

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 457 | Abril 2021

ISSN: 1138-9532

**«Duelo al sol» (digital).
¿Un algoritmo controla mi trabajo?
Sí; a tu empresa también**

Las reformas del ingreso mínimo vital

Santiago González Ortega

**De la auditoría retributiva a la reducción
de la brecha de género en pensiones**

Cristóbal Molina Navarrete

**El tratamiento jurisprudencial de la
desigualdad retributiva («doble escala
salarial»)**

Tomás Sala Franco

**Frank, el algoritmo
consciente de Deliveroo**

Sonia Fernández Sánchez

**La imposible jubilación anticipada
voluntaria de las empleadas del hogar**

Juan Antonio Maldonado Molina

**La pensión de viudedad y el cómputo de los
días cuota por gratificaciones extraordinarias**

Gloria María Montes Adalid

CEF.-

MATRÍCULA
ABIERTA

CURSOS ONLINE

INICIO ABRIL 2021

Curso Superior en Seguridad Social y Derecho Laboral |
Curso sobre Aplicación Práctica Mindfulness en Entornos Personal
y Profesional | Curso Práctico de Derecho Laboral | Curso
sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Curso de
Práctica en Despidos | Curso sobre Gestión de Nóminas
y Seguros Sociales | Curso sobre Movilidad, Extranjería
y Nacionalidad | Curso sobre Retribución y Compensación |
Curso de Diseño de Programas Formativos
e-Learning & b-Learning

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es/cursos

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 457 | Abril 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 Arencibia](#). 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
- [Vanessa 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.

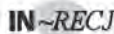
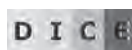
Edita

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
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).



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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

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

Sumario

Editorial

- «Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también 5-21
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Las reformas del Real Decreto-Ley 20/2020, regulador del ingreso mínimo vital, y sus inmediatas y relevantes correcciones posteriores 23-69
The reforms of Royal Decree Law 20/2020, regulator of minimum vital income, and its immediate and relevant subsequent corrections
Santiago González Ortega
- El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020 71-106
The regulation of remote work in collective agreements. First experiences after Royal Decree Law 28/2020
Fermín Gallego Moya
- Prestación por cuidado de hijos/as en los supuestos de gestación subrogada 107-133
Childcare benefit in cases of surrogate gestation
Alejandro Zalvide Bassadone

Análisis de actualidad

- De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio? 135-163
From salary auditing to reducing the gender gap in pensions: a new corrective supplement to take seriously?
Cristóbal Molina Navarrete
- El tratamiento jurisprudencial de la desigualdad retributiva (la denominada «doble escala salarial») establecida en la negociación colectiva sobre la base del momento en que la persona trabajadora entra a trabajar en la empresa 165-177
The jurisprudential treatment of unequal pay (the so-called «double pay scale») established in collective bargaining on the basis of the time at which the worker enters the company
Tomás Sala Franco
- Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre 179-193
Frank, Deliveroo's conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December
Sonia Fernández Sánchez



Diálogos con la jurisprudencia

- El ámbito de aplicación temporal de las previsiones salariales del Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 y 1633/2020, de 15 de diciembre 195-204
The temporary scope of application of wage provisions of the Statutes of Predoctoral Research Fellows. Commentary on the judgments of the Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 and 1633/2020, of 15 December
Josep Moreno Gené
- Discriminación indirecta vs. sostenibilidad del sistema. La imposible jubilación anticipada voluntaria de las empleadas del hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19 205-216
Indirect discrimination vs. sustainability of the system. The impossible voluntary early retirement of domestic workers. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 21, 2021, case C-843/19
Juan Antonio Maldonado Molina
- La pensión de viudedad y el cómputo de los días cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de completar el periodo de cotización de 500 días. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 788/2020, de 22 de septiembre 217-224
The widow's pension and the calculation of the days quota for extraordinary bonuses in order to complete the contribution period of 500 days. Commentary on Supreme Court ruling 788/2020, of September 22
Gloria María Montes Adalid
- Situación de las personas trabajadoras fijas discontinuas que son contratadas sin solución de continuidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 951/2020, de 28 de octubre 225-229
Situation of permanente discontinuous workers who are hire without solution of continuity. Commentary on Supreme Court ruling 951/2020, of October 28
Pilar Palomino Saurina
- Delito de ultrajes a la bandera en el seno de una manifestación laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2020, de 15 de diciembre 230-240
Crime of ultrajes to the flag in the sine of a labor manifestation. Commentary on the judgment of the Constitutional Court 190/2020, of December 15
Sergio Martín Guardado

Recensión bibliográfica

- Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos (David Montoya Medina) 241-245
Ángeles Ceinos Suárez
- Normas de publicación 247-248

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>.

«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también

Cristóbal Molina Navarrete

Director

El principio del «ser humano al mando» en todos los contextos, entre ellos el laboral, debe encontrar aplicaciones concretas.

Comité Económico y Social Europeo ([«Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa»](#))

1. Se busca «hilo de Ariadna» para el laberinto algorítmico. En su loable búsqueda de una –inevitable– transición a una sociedad y una economía digitales, dominadas por la inteligencia artificial (IA) y por la automatización de procesos, que no pierda los valores de la justicia, muy en especial en el ámbito sociolaboral, el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) lleva varios años alertando y alentando para que la Comisión Europea, en su función de elaborar directrices ético-sociales y jurídicas sobre la IA, establezca un sistema de límites claros en la interacción entre las personas trabajadoras y las máquinas inteligentes. El objetivo es que el ser humano nunca sea puro «ejecutor» («*terminator*»), o «siervo», de aquellas, sino que mantenga su control siempre, de forma socialmente responsable ([Dictamen CESE: «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa»](#), [Dictamen de iniciativa, 2018/C 440/01](#), punto 1.8). Sin dudar de la contribución favorable al progreso social, no solo al progreso económico, ínsita en el desarrollo de la IA (y la robótica), ampliando los efectos de la digitalización en los mercados de trabajo y en las relaciones de protección social, el CESE recomienda reforzar los principios de transparencia en el uso de los sistemas de IA (en la contratación, evaluación y supervisión de las personas trabajadoras) y de prohibición de discriminación.

Todos los días conocemos que un algoritmo marca algún aspecto de nuestra vida

La actualidad de estas advertencias-exigencias de transición digital justa es total. Todos los días conocemos que un algoritmo marca algún aspecto de nuestra vida. La organización y gestión del trabajo, así como la «policía» y «control», privadas y públicas, las realizan algoritmos.

El –atormentado– acuerdo social final de mínimos sobre una «ley de *riders*» incluye la obligación, a cargo de las empresas, de [dar acceso a los varios algoritmos laborales que utilizan las empresas que gestionan el trabajo en plataformas online](#), en la línea de la transparencia colectiva apuntada por el CESE. Anteriormente pudimos ver en el BOE (Real Decreto-Ley –RDL– 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo) que el Ministerio de Trabajo y Economía Social usará también, en función de «policía laboral», así como para la mejora de la «función recaudatoria de la Seguridad Social», algoritmos. De este modo, la gestión *big data* y algorítmica entra de lleno en el ejercicio de las potestades administrativas en la rama social del derecho. Si las empresas se han lanzado a la gestión analítica y predictiva del trabajo de sus personas empleadas, de igual modo las autoridades laborales acogen las técnicas de «[policía predictiva](#)» para vigilar a aquellas (como hace la Policía Nacional respecto de toda la ciudadanía, por otro lado), a fin de maximizar la lucha contra el fraude laboral y la recaudación de cuotas.

Por supuesto, siguiendo el enfoque ambivalente y transaccional del CESE, si no hay que dudar de los muchos beneficios, económicos y sociales, que pueden derivar de un buen uso de estas innovaciones tecnológicas, también hay evidencia de los riesgos que, al tiempo, incorpora esta colonización algorítmico-digital de la vida de las empresas y de la ciudadanía, por lo tanto, de las personas trabajadoras, así como de las potestades públicas. Y para ilustrarlo basta recordar el terrorífico [ataque informático sufrido hace apenas un mes por el Servicio Estatal Público de Empleo, hasta amenazar la propia gestión prestacional](#). O la muy airada crítica realizada por el propio colectivo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), a través de su sindicato mayoritario: «[La automatización de las sanciones rompe con los principios de legalidad, seguridad jurídica, eficiencia, neutralidad, imparcialidad de la ITSS](#)».

No es menor la afirmación para un Estado de derecho. No solo el «cuerpo de policía laboral humana» de élite que representa la ITSS se reivindica frente al «nuevo cuerpo de policía laboral algorítmica» de élite artificial (evoca películas de ciencia ficción como *RoboCop*), también las autoridades judiciales de todo el mundo ofrecen un creciente goteo de decisiones que evidencia la actualización de los riesgos de discriminación algorítmica. Para Italia –con gran impacto en el acuerdo de «ley de *riders*»– es conocida la [sentencia del tribunal laboral boloñés](#), de la que nos da cumplido [análisis](#) la profesora Sonia Fernández, en este mismo número.

Decisiones análogas podemos hallar en Holanda, Francia, Estados Unidos, Reino Unido, etc. Ha llegado la hora, pues, de poner un poco de orden jurídico, no solo en el plano internacional, como acaba de reivindicar la Organización Internacional del Trabajo, en su reciente [informe sobre las plataformas digitales](#), sino también comunitario y nacional, para el apabullante laberinto algorítmico. Mejorar eficiencia, productividad y rendimiento, así como «[cercar a las empresas defraudadoras](#)», mediante IA, *big data* y algoritmos, solo implica «progreso» si no conlleva «reducción de las garantías jurídicas», sea de las personas trabajadoras, sea, respecto de las autoridades, de las propias empresas. Por supuesto, la

gestión algorítmica siempre se presenta en positivo (**enfatan los beneficios asociados, para las empresas, para las personas trabajadoras**) y de forma neutral (no erosiona garantía jurídica previa alguna), pero su aplicación práctica nos ofrece una imagen menos idílica. A la norma jurídica, no solo a la ético-social, corresponde trazar el debido equilibrio transaccional para crear las condiciones de uso o de gestión algorítmica que maximicen sus ventajas y minimicen los riesgos.

A la norma jurídica corresponde trazar el debido equilibrio transaccional para crear las condiciones de uso o de gestión algorítmica que maximicen sus ventajas y minimicen los riesgos

gestión algorítmica que maximicen sus ventajas y minimicen los riesgos.

2. La renovada seducción por la infalibilidad de las ciencias matemáticas y los mitos sobre la objetividad de los algoritmos: deciden conforme a los sesgos que aprenden.

Naturalmente, para avanzar en esa regulación más transaccional (principio de equilibrio de razones) y prudente (principio de precaución frente a los riesgos sospechados –aún no evidentes científicamente–), lo primero que hay que hacer es concienciar sobre el carácter solo aparente de la perfección numérica de las ciencias matemáticas que, ahora en formas de ciencia y tecnología algorítmicas, siguen deslumbrando a las personas cultoras del derecho, también del trabajo. Habitadas como estamos a utilizar unos conceptos imperfectos, como serían los conceptos jurídicos indeterminados, de textura abierta y urgidos de juicios de valor, por tanto, de concreción final más imprevisible y cambiante, intuitiva y opinable, la promesa de decisiones objetivas, con total automatización y predictibilidad, sin los sesgos típicos del actuar humano, seduce en extremo. En última instancia, la palabra procede etimológicamente de «número» (griego: *arithmos*; latín: *dixit algorithmus*) y, en lo sustancial, viene a representar un determinado ideal de derecho (positivo): el algoritmo es (sería) un orden lógico de procesos que, sobre la base de reglas finitas, predefinidas e inequívocas, permite automatizar una solución objetivada, eficaz y eficiente a un problema operativo (realizar cómputos, procesar datos o realizar cualquier otra actividad –*Skiena, 2000*–).

En suma, sin juicio de valor no puede haber arbitrariedad, ni prejuicios, ni estereotipos sociales y culturales que conforman a diario las decisiones humanas. Como siempre, pongamos ejemplos representativos de esta convicción con implicaciones jurídico-laborales. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 861/2018, de 25 de septiembre, legitima un sistema informático (algorítmico), el *Skill Competency Matrix*, para la selección de las personas trabajadoras que serán objeto de un despido colectivo. Puesto de relieve por parte de la representación laboral que ese sistema de selección no podía resultar controlado en la negociación y acreditado que 17 de las 25 personas despedidas estaban afiliadas a un mismo sindicato, pedía la nulidad. Sin embargo, el TS, aun aceptando que se trata de un indicio de discriminación, avala el sistema automático de selección porque: «Resulta difícil concebir que los criterios de selección [...] fijados en la aplicación *Skill Matrix* y con una [...] ponderación de tres valores [...] pueda generar algún tipo de discriminación, y más [...] la de afiliación sindical» (FJ 5.º, letra C).

Sorprende esta expresión de «inocencia» jurisprudencial, que pareciera sacada de un anuncio de *marketing* digital. Los sistemas de decisión algorítmica se venden como el método más eficaz para valorar un inmenso conjunto de situaciones y personas sin introducir sesgos. Su –ilusoria– objetividad evitaría tanto la incertidumbre en la decisión (conocimiento intuitivo, corazonadas, impresiones, sesgos de la experiencia pasada), cuanto el efecto discriminatorio (estereotipos sociales, prejuicios, etc.). Por supuesto, todo a un módico precio: se ofrece más y mejor servicio, por menos coste, sin que escape a esta oferta la autoridad, inspectora y recaudatoria, que busca más eficacia con menos «recursos humanos inspectores» (que también sufrirían el temor al desplazamiento de empleos por la automatización: valor de la eficiencia –Pasquale, 2015, p. 35–).

Como siempre, la realidad es bien distinta y distante de esa confiada visión. Primero, desde un punto de vista interno (científico y técnico), los algoritmos no viven al margen de los estereotipos y prejuicios sociales, ínsitos en las fuentes de datos de los que se alimentan. De ahí que pueden resultar discriminatorios [*vid.* Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 (GT29) –hoy, Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD)–, «[Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679](#)», WP251rev.01, 2017], incluso antisindicales. Así lo evidencia la citada sentencia del tribunal laboral boloñés (diciembre 2020), para el trabajo en Deliveroo, y, para los servicios públicos de empleo y sociales de Holanda, el [tribunal civil de La Haya que anuló el sistema SyRI](#) (*System Risk Indication*) por sus efectos posiblemente (no había certeza por la falta de transparencia de sus criterios) discriminatorios frente a las minorías (para un ejemplo en la realidad analógica, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE–, [Gran Sala, de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14](#)).

Segundo, desde un punto de vista externo (social y jurídico) es inadmisibles que una decisión, con efectos humanos, pueda ser adoptada solo por procesos algorítmicos, sin acción humana. Como dice el CESE, siempre hay «humano» al mando. Por fortuna, pese a que hagan metáforas como «mi jefe/a es un algoritmo» o, en paralelo, «mi inspector/a es un algoritmo», en el actual estado de cosas –confío que en el futuro también–, siempre hay una persona, sea física o jurídica (privada o pública) a la que imputar la decisión algorítmica y responsable de ella, también de ofrecer una «explicación humanamente» comprensible, además de haber debido informar previamente (deberes de transparencia). Esta necesidad de respetar garantías y límites será aún mayor, como recordaba el sindicato mayoritario de la ITSS, si el algoritmo dirige la gestión pública y cumple funciones reguladoras (al margen ahora de la polémica de si el algoritmo es o no –como sostiene [Arroyo Jiménez, 2020](#)– un reglamento propio de la Administración basada en decisiones de IA).

La necesidad de respetar garantías y límites será aún mayor si el algoritmo dirige la gestión pública y cumple funciones reguladoras

Los algoritmos no viven al margen de los estereotipos y prejuicios sociales, ínsitos en las fuentes de datos de los que se alimentan

3. El falso debate sobre la necesidad de reglas específicas: la regulación no solo es debida, sino que ya ha comenzado, por lo que la discusión es quién, cómo y qué.

Vemos, pues, que la gestión algorítmica, dentro y fuera de las empresas, ya ha comenzado a entrar en el mundo del derecho, también del derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social, a través de las más diversas vías (judiciales, legales, convencionales). Consecuentemente, carece de sentido un cierto debate abierto en torno a si se puede (no solo si se debe) regular el algoritmo, entre otras cosas porque, se dice, formaría parte del núcleo duro de la organización digital del trabajo, por lo tanto, zona reservada a la dirección de empresa, constituiría secreto industrial y debería ser blindado por la propiedad industrial. A mi juicio, estas constataciones no pueden dejar –como pretendía la CEOE [Confederación Española de Organizaciones Empresariales]– extramuros de la ley al algoritmo, sí ofrecen pautas para orientar el régimen normativo bajo el equilibrio debido tanto entre razones de eficacia de gestión (empresarial y pública), cuanto de las personas trabajadoras (para la gestión analítica del trabajo) y de las empresas cuando se trata de una intervención pública –inspectora o recaudatoria social–. En suma, el problema no es si se debe o no regular, que es un falso debate, sino quién debería asumir su protagonismo (reparto de fuentes reguladoras), cómo debería regularse el algoritmo y qué debe regularse, en el ámbito sociolaboral, de la gestión analítica o algorítmica.

El problema no es si se debe o no regular, que es falso debate, sino cómo debería regularse el algoritmo

La diversidad de opciones reguladoras está presente en la experiencia europea. En Holanda, el [tribunal civil de La Haya](#) aplicó normas comunes (art. 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)) y principios de nuevo cuño (principio de precaución en el uso social de la IA). El Consejo de Estado italiano o el francés aplican una norma específica: el artículo 22 del [Reglamento general de protección de datos](#) (RGPD).

La Comisión ha activado el proceso para la elaboración y aprobación de una Directiva comunitaria para la mejora de las condiciones de trabajo de las personas que prestan sus servicios por cuenta ajena en plataformas («[improve the working conditions of people working in the platform economy](#)»). A tal fin, ha iniciado la primera etapa de aquel, en virtud de los artículos 154 y 155 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), esto es, la de diálogo social (lo que evidencia que no está tan «herido»). Cumple con su Comunicación al resto de autoridades comunitarias (Parlamento y Consejo, así como al CESE y Comité de Regiones) sobre «[una nueva estrategia industrial para Europa](#)» [10 de marzo de 2020, COM (2020) 102 final].

No entramos aquí –lo haremos en el número monográfico de junio de 2021– en la cuestión hasta ahora más polémica, la calificación jurídica de la relación de prestación de servicios, para la que hay diversidad de modelos nacionales (Italia y Francia mantienen la ambigüedad; Dinamarca apuesta por el derecho convencional, etc.). Solo haremos una doble precisión. La primera, existe una convergencia favorable a la calificación como laboral del trabajo en

plataformas, no solo los «riders» (plataformas de reparto), sino también los «crowdworkers» (plataformas en web), en el derecho jurisprudencial –tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*– (De la Casa Quesada, 2021). La segunda, conviene no abrir una fosa abisal entre ambas formas de trabajo en plataformas, asalariado y (verdadero) autónomo, por cuanto, como ha establecido la sentencia del tribunal laboral boloñés, al tratarse de la protección de derechos fundamentales, como la prohibición de discriminación, debe darse una protección extensiva, de modo que la ubicación intramuros de lo laboral haga advenir la primavera de la protección y extramuros el invierno de la desprotección (precariedad). En esta línea se sitúa la Comisión, que ha abierto una consulta pública sobre la negociación colectiva para este tipo de actividad profesional.

Comprobamos, de este modo, cómo la Comisión es consciente de que el marco jurídico actual, el que suministra el artículo 22 del RGPD, o incluso su moderno enfoque de «responsabilidad proactiva», técnicamente formalizado en la garantía de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD), prevista en el artículo 35.3, letra a), del RGPD (forma de acreditación de que aplican medidas adecuadas para gestionar eficazmente dichos riesgos y acreditar que se cumple el RGPD, según el citado WP251rev.01, 2017, p. 33), no es suficiente. Se precisan respuestas más específicas y reforzadas. Coincide con el Parlamento Europeo, que trabaja también en ello.

4. La transparencia sobre los criterios de funcionamiento del algoritmo como garantía de contenido esencial de la prohibición de discriminación (algorítmica). La Comisión, haciendo suya la propuesta científico-técnica del estudio que encargó para recabar evidencias suficientes sobre las condiciones laborales de las personas en plataformas (VT/2018/032, 13 March 2020, p. 228), acepta la necesidad de comunicar información útil (suficiente, en el plano cuantitativo; comprensible, en términos cualitativos) sobre dinámicas del algoritmo (garantía de transparencia algorítmica humanamente inteligible). En última instancia, la garantía de transparencia informativa útil (accesible y temporánea) es común a toda cuestión de protección derivada de la gestión de datos personales en las empresas –y autoridades–, como viene poniendo de relieve el GT29 (hoy, CEPD). Se trata de una garantía del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad de trato algorítmico, no ya solo a la no discriminación (Mercader Uguina, 2021), en su aplicación a una sociedad digital del trabajo y a fin de evitar reducir su condición solo a recurso productivo para revigorizar su condición de ciudadanía (digital).

La Comisión acepta la necesidad de comunicar información útil sobre dinámicas del algoritmo (garantía de transparencia algorítmica humanamente inteligible)

No obstante, si bien el documento deja constancia de que tal necesidad tiene referencias, aún difusas y embrionarias, en la normativa comunitaria vigente (RGPD, Reglamento sobre intermediación en plataformas), considera útil hacer modificaciones que clarifiquen

de una forma más precisa y adicional tal garantía de transparencia algorítmica. La misma idea sostiene el Parlamento Europeo. Este ha iniciado también esta senda en busca de un «hilo conductor jurídico» que ayude a entrar y salir del selvático laberinto algorítmico, con tanta eficacia para las empresas como, en principio, protección para las personas trabajadoras. El Parlamento Europeo no duda de la aplicación del rico acervo comunitario en la lucha contra la discriminación laboral, para ofrecer un estándar mínimo de regulación de los procesos algorítmicos. Pero sería condición necesaria, no suficiente para la tutela efectiva frente al riesgo de discriminación algorítmica.

De ahí que proponga mejoras, más allá del [RGPD](#), aunque haciendo de él una referencia significativa. Por eso, incidirá en su proyecto de Informe sobre [«condiciones de trabajo equitativas, derechos y protección social para las personas trabajadoras de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital»](#) [2019/2186 (INI), 9 de febrero de 2021]:

- en el «derecho a un acceso transparente y no discriminatorio y algoritmos éticos»;
- en el «derecho a una explicación inteligible del funcionamiento del algoritmo» (forma de la asignación de tareas, otorgamiento de calificaciones, el procedimiento de desactivación, atribución de precios proporcionados);
- en que el algoritmo debe prevenir la «discriminación de género y otros prejuicios sociales».

La misma línea, pero con mayor grado de concreción, ofrece la [propuesta de Directiva del grupo de izquierda del Parlamento Europeo](#). Además de hacer inteligible humanamente el funcionamiento algorítmico a cualquier persona trabajadora, la plataforma debe dar transparencia a:

- los principales parámetros en función de los cuales se lleva a cabo la organización y gestión (por ejemplo, asignación de equipos, distribución de ofertas de empleo y lugares de trabajo, valoración del desempeño, tiempo de espera, remuneración);
- «la importancia relativa» de cada parámetro (valor de ponderativo para la decisión).

En el fondo tampoco hay tanto nuevo «bajo el nuevo sol digital». El [CESE lleva años](#) manteniendo una visión de la gobernanza colectiva como condición esencial para la transición digital de la economía justa en lo laboral. Esta condición tiene un presupuesto: garantizar una información adecuada, por cuanto los sistemas de IA son fuente continua de novaciones en la organización, gestión (contratación, evaluación) y en el control del trabajo ([Dictamen sobre «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las Regiones, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano»](#) [COM (2019) 168 final]).

5. De la «transparencia» a la «negociación» de las condiciones de uso laboral de la gestión por algoritmos: primeras experiencias convencionales. La transparencia es un instrumento para un equilibrio regulado de los usos laborales de la IA, así como, en general, para todos los aspectos de impacto sociolaboral de los procesos de digitalización. Las personas trabajadoras han de tener voz y voto en la gobernanza digital laboral, incluyendo en la negociación la gestión por algoritmos, sin que su complejidad técnica, su inherencia a la organización (libertad de empresa) y su pertenencia al secreto industrial (propiedad) sean obstáculos insalvables. De forma paradójica, mientras las empresas reclaman total transparencia de datos (de las personas trabajadoras y clientela), tienden a mostrarse con una elevada opacidad (saber todo de los demás, mostrar lo menos posible a los demás).

Las personas trabajadoras han de tener voz y voto en la gobernanza digital laboral, incluyendo en la negociación la gestión por algoritmos

Una vez más, la experiencia forense más reciente evidencia esta posición de resistencia empresarial sea a la transparencia, sea a la gobernanza colectiva (incluyendo la negociación) de las innovaciones tecnológicas, encontrando, por lo general, el revés jurisprudencial. Piénsese en la [STS 1134/2020, de 21 de diciembre](#). Al tiempo que en el código de conducta de las empresas (Banco de España) se refleja la citada política de requerimiento de la mayor transparencia de datos personales de la plantilla, incluidas en este caso las declaraciones del IRPF (transparencia financiera de la persona empleada), lo que es calificado por el TS como un exceso contrario a la normativa de protección de datos personales, se reflejan en él enormes cortapisas a la libertad de expresión, exigiendo autorización previa (opacidad frente a terceros). Restricciones sobre las que, en cambio, ni la Audiencia Nacional (AN) ni el TS han realizado tacha alguna, avalando que el deber de buena fe mute en deber de lealtad, pese a la doctrina constitucional que lo erradicó y la contrariedad del sistema de autorizaciones previas si está en juego la libertad sindical ([STS 661/2017, de 24 de julio](#), nulidad de la cláusula convencional que condiciona la distribución telemática de listas corporativas a una autorización previa de la empresa y al conocimiento de contenidos).

Asimismo, la [STS 1033/2020, de 25 de noviembre](#), reprueba a una empresa de *contact center* que prohíba a la representación laboral repartir comunicados e información en papel en la sala de plataformas de *telemarketing* telefónico, sin acreditar que tal actividad pone en riesgo de forma real, no hipotética, la celosa política de ciberseguridad de la empresa. También se vio el recelo empresarial a dar información digital a la representación colectiva en la Sentencia de la AN ([SAN\) 130/2020, de 30 de diciembre, referida en el número de marzo/2021 de esta revista](#) y que descarta aplicar el [artículo 19 del RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia, por razones temporales. Finalmente, por no resultar muy reiterativos (volveremos sobre ellas en el número de junio), una mínima mención merece también la [STS 163/2021, de 8 de febrero](#) (un magnífico análisis en [Rojo Torrecilla, 2021](#)). Confirma la nulidad del proyecto de Telepizza que obliga a sus personas

repartidoras a aportar su móvil personal para su geolocalización, responsabilizando a aquellas de cualquier impedimento en la activación del sistema, no porque se impuso unilateralmente, prescindiendo del consentimiento de las personas empleadas y de la consulta-negociación de buena fe ex [artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) con la representación laboral.

En suma, es tiempo de la negociación colectiva de las condiciones de uso laboral de los sistemas de gestión algorítmica. Es un imperativo jurídico-social vigente. No es solo afortunada metáfora doctrinal ([De Stefano, 2018](#)). Tampoco es solo deseo institucional del CESE como condición de transición digital justa, o, una vez más, del Parlamento Europeo.

Es tiempo de la negociación colectiva de las condiciones de uso laboral de los sistemas de gestión algorítmica. Es un imperativo jurídico-social vigente

Aunque su [Resolución de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda europea para la economía colaborativa \(2017/2003\(INI\)\)](#), es inequívoca sobre la necesidad de que se actualicen los convenios colectivos «de forma que las normas de protección en vigor puedan mantenerse también en el entorno laboral digital». Una convicción institucional que ya cuenta con algunas experiencias comparadas, como la danesa. Así, el 10 de abril de 2018 se firmó el primer convenio colectivo entre [Hilfr.dk](#), una plataforma digital que ofrece servicios de limpieza en hogares privados, y el principal sindicato del país escandinavo, la Federación Unida de Trabajadores Daneses (UNI Global propone el establecimiento de consejos de gobernanza colectiva de datos personales en las empresas, compuestos por personas trabajadoras, delegadas de protección de datos y gerencia, para regular el uso, almacenamiento y venta de algoritmos, la IA y los datos). La plataforma (450 personas limpiadoras para casi 2.000 personas usuarias) se define como de «responsabilidad social». De ahí que busque, a través de esta vía acordada, no impuesta legalmente, el debido o necesario equilibrio entre las razones de libertad de empresa (flexibilidad) en las plataformas digitales y las razones de tutela de los derechos de las personas trabajadoras (paradigma de «flexiseguridad» tan característico del modelo danés).

El acuerdo pretende superar las condiciones retributivas y sociales ya reconocidas en la práctica precedente. En primer lugar, distingue entre el colectivo de personas trabajadoras autónomas y el de «*Super Hilfr*». Este último es el que se beneficia de las condiciones pactadas. Las personas limpiadoras de la plataforma adquieren tal condición una vez trabajadas 100 horas a través de la plataforma, produciéndose la novación de forma automática, salvo que expresen de forma clara su voluntad contraria. El convenio se ocupa de un tema especialmente sensible a los algoritmos: establece un protocolo de protección de datos personales y de la dirección digital. Toda la correspondencia entre Hilfr y la persona empleada será telemática, exigiendo que sean transparentes y responsables con la difusión del uso de datos, algoritmos y perfiles.

No carecemos tampoco en España de experiencias convencionales sobre usos laborales de los algoritmos, aunque, de momento, sean apenas un puñado. Por ejemplo, la

eficiencia de la gestión algorítmica en los procesos de selección de personal, ofreciendo más (número de currículos valorados, datos) y mejor (ajuste de la candidatura más adecuada al perfil laboral a cubrir y predefinido), no ha pasado desapercibida para diversos convenios colectivos. Sería el caso del anexo del [II Convenio colectivo \(CC\) de puertos del Estado y autoridades portuarias](#), prorrogado provisionalmente en el vigente (la disp. trans. segunda del vigente [III CC –2019-2026–](#) prevé que, en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, se proponga, a través de un grupo de trabajo mixto, un «nuevo procedimiento del modelo de gestión por competencias, incluyendo la actualización e inclusión de los anexos correspondientes»).

No carecemos en España de experiencias convencionales sobre usos laborales de los algoritmos

En la materia relativa a los «procedimientos del sistema de gestión por competencias» (incluye el aspecto procedimental de la gestión de recursos humanos con base en el modelo de gestión por competencias como la participación y responsabilidades de las partes implicadas –empresa y sindicatos–), en su punto 2.1 (procedimiento para cubrir situaciones de necesidad específica organizativa), prevé:

Procedimiento: Recursos Humanos selecciona a los empleados, en número igual al requerido, mediante la aplicación del algoritmo de distancias con respecto al perfil necesario. En caso de existir más empleados de los necesarios con distancia idéntica, se realizarán las pruebas de selección complementarias.

[...]

Garantías: Los perfiles personales de todos los trabajadores y las herramientas de medida (algoritmo de distancia) están a disposición de los miembros de la Comisión Local.

Más reciente, y ampliamente, los sindicatos y la banca han logrado firmar el convenio del sector por un periodo de 5 años (2019 a 2023): [XXIV CC de banca \(firmado el 29 de enero de 2021\)](#). Es el primero en regular el derecho ante la IA. En el artículo 80 (derechos digitales), apartado 5 (derecho frente a la IA), una vez se defiende la eficiencia de gestión empresarial asociada al uso de algoritmos, siguiendo la lógica transaccional y de equilibrio del CESE, se llama a la precaución: «Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas».

De ahí que solo se acepte el tratamiento automatizado en los supuestos autorizados por la ley, por lo que supone una cláusula de remisión genérica (poco útil, pues) al artículo 22 del [RGPD](#), con expresa prohibición (también superflua, porque es derecho necesario) de la discriminación por los algoritmos en todo tipo de decisiones y procesos. Asimismo, se prevé, como garantía de tipo individual, «el concurso e intervención de las

personas designadas a tal efecto por la empresa, en caso de discrepancia» con la decisión algorítmica. Además, como garantía de transparencia colectiva, se establece la obligación de las empresas de informar a la representación laboral:

[...] sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales, sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.

Si se compara esta regulación convencional con el nuevo contenido de la letra d) del artículo 64.4 del ET, mediante la reforma a través de la «ley de *riders*», se verá su utilidad, porque esta regla ha quedado algo genérica (incluso desvaída) en el proceso negociador. El tenor final de la obligación legal informativa se limita a exigir de las empresas dar transparencia de:

Si se compara la regulación del artículo 80.5 del XXIV CC de banca con el nuevo contenido de la letra d) del artículo 64.4 del ET mediante la «ley de *riders*», se verá su utilidad

[...] los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basen los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Es evidente que la gobernanza colectiva de los sistemas de gestión algorítmica debe ir mucho más allá, y no solo por razones sociales, también económicas. Por ejemplo, central debe ser regular lo que se considera tiempo de trabajo y lo que es tiempo de disponibilidad (pura conexión a la plataforma). Esta necesidad, también para la empresa, se evidencia si se tiene en cuenta la valoración de la Corte Suprema del Reino Unido ([19 de febrero de 2021](#)) que, además de calificar como laboral la relación de prestación de servicios de las personas conductoras de Uber en Londres, afirma, muy polémicamente, que:

[...] todo el tiempo que pasa un conductor trabajando bajo un contrato [...] con Uber [...], incluido el tiempo que pasa «en servicio» conectado a la aplicación [...] disponible para aceptar una solicitud de viaje es «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva [...] de tiempo de trabajo (apdo. 134).

Más allá de lo significativo que resulta ver a la Corte Suprema británica resolver este asunto de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, ahora que ya ha culminado el Brexit (durante un tiempo será así, en virtud del acuerdo con la Unión Europea), esta valoración suscita numerosos problemas, máxime con los nuevos ámbitos de incertidumbre abiertos

por las SSTJUE de 9 de marzo de 2021, asuntos [C-580/19](#) y [C-344/19](#). El asunto aquí resuelto es bien distinto, atiende a la calificación, como de trabajo o de descanso (no está la alternativa a esa pobre dicotomía), de los tiempos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo (guardias localizadas). Pero su enorme ambigüedad, que autoriza concluir en un sentido y

el contrario, permite un concepto expansivo de tiempo de trabajo vinculado a las conexiones telemáticas. Precisamente, en este campo, recientes sentencias evidencian la complejidad y conflictividad de la cuestión calificadora del tiempo de trabajo en la prestación de servicios en plataformas (por ejemplo, [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid 347/2020, de 11 de diciembre](#), que considera tiempo de trabajo efectivo todo el tiempo de conexión, inaplicando el art. 13 [CC de alquiler de vehículos con y sin conductor para los años 2017, 2018 y 2019](#) –Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 24 de junio de 2017–).

6. El flujo inverso de transparencia desde las empresas y las redes hacia la Administración de la Seguridad Social: la voracidad informativa del algoritmo recaudatorio.

Paradójicamente, el creciente intensivo recurso a la gestión por IA, sumando *big data* (tratamiento de datos masivos) y algoritmo (sistemas de ordenación numérica automatizada y predictiva), de las autoridades de Seguridad Social, sea en función de «policía sociolaboral», sea en «función recaudatoria», supone un flujo inverso de información. En este caso, la preocupación por la transparencia no será sobre la lógica de funcionamiento del algoritmo usado por la Administración. Al contrario, el centro de la regulación se sitúa en cómo asegurar que el algoritmo se alimente de la suficiente información para maximizar su eficacia. Prima la transparencia (contributiva) de la empresa, no del algoritmo.

El nuevo (inaudito y algo sorpresivo) régimen de decisiones automatizadas mediante sistemas de gestión algorítmica, institucionalizado por el [RDL 2/2021](#) para los procedimientos sancionadores en el orden social, no significa que el *big data* fuese desconocido previamente, ni en la función recaudatoria ni en la función inspectora de la Seguridad social, pero sí supone un salto cualitativo. Con él se busca cumplir una marcada finalidad de maximización de la función recaudatoria (la [disp. final cuarta RDL 2/2021](#) modifica el art. 53.1 a) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS– y la [disp. final quinta](#) precipita numerosas reformas en la Ley general de la Seguridad Social –LGSS–) y, en cambio, como denuncia con razón el sindicato mayoritario de la ITSS ([que también teme su debilitamiento](#) al dejar de ser «los ojos y el brazo» actuante de la Tesorería General de la Seguridad Social), se deja en un segundo plano el sentido de los límites

Recientes sentencias evidencian la complejidad y conflictividad de la cuestión calificadora del tiempo de trabajo en la prestación de servicios en plataformas

El nuevo régimen de decisiones automatizadas mediante sistemas de gestión algorítmica busca una maximización de la función recaudatoria

jurídicos (garantías) inherentes al ejercicio de estas potestades administrativas, confundiendo, además, ambos planos de intervención (inspector y recaudatorio).

En términos generales, el sentido básico de las reformas en la LGSS es el de aumentar tanto el ámbito de personas obligadas a suministrar información con fines recaudatorios ([art. 40 LGSS](#)), para que nadie quede extramuros de esa obligación, como el tipo de datos a transmitir, incluso no relacionados directamente con la recaudación, pero de los que una IA pueda inferir conexiones relevantes a tal fin. Incluso las redes sociales, no solo las corporativas, se pondrán al servicio de este inmenso caudal informativo a favor de la Administración de la Seguridad Social ([art. 40.6 LGSS](#)), quedando al margen de los severos límites que, para los datos personales, puso la [Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero](#). En suma: cada vez más datos, transparencia total que garantice la mayor accesibilidad a información útil para maximizar el interés público, sea recaudatorio, sea preventivo, de los riesgos de fraude en la percepción de recursos sociales ([art. 71.1 a\) y h\) LGSS](#)).

Esta máxima de disponibilidad de datos se expresa también en el nuevo redactado del [artículo 77 de la LGSS](#) relativo a la reserva de datos, que extiende notablemente los supuestos excepcionales en los que la Administración de la Seguridad Social puede proceder para cederlos a terceros, en especial a la ITSS, siempre que «resulten necesarios para la preparación y ejercicio de sus funciones de inspección» ([art. 77.1 i\) LGSS](#)). De este modo, como se decía, se crean las condiciones para asegurar la eficacia de la principal y más disruptiva innovación jurídico-institucional ([art. 130 LGSS](#)): la gestión de tal volumen masivo de información (*big data*) mediante decisiones automatizadas (algorítmicas). Nacen, así, las «actas automatizadas» ([art. 53.1 a\) LISOS](#)).

Nacen, así, las «actas automatizadas»
([art. 53.1 a\) LISOS](#))

7. Todo por el interés público económico-financiero: el tránsito de la gestión algorítmica (decisión automatizada) de la función recaudatoria al procedimiento sancionador. Estando en juego datos personales (aunque no solo), respecto de personas físicas, claro, no jurídicas, en tales decisiones automatizadas, es evidente que la nueva regulación legislativa nacional no puede quedar extramuros del artículo 22 del [RGPD](#), que las prohíbe (apdo. 1), incluso la elaboración de perfiles (por ejemplo, personas físicas defraudadoras), salvo que concurra un título jurídico habilitador y siempre, claro está, con las debidas precauciones y garantías para evitar la violación de derechos y libertades fundamentales. Pues bien, junto al título relativo a la toma de decisiones automatizadas necesarias para la celebración o la ejecución de un contrato entre la persona interesada y una responsable del tratamiento (aquí entran las relaciones de trabajo), se reconoce la facultad del derecho de la Unión Europea o del derecho estatal para su autorización en cumplimiento de intereses públicos. Así se prevé en el artículo 23 del [RGPD](#) para:

- un «interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero [...] inclusive [en el ámbito de] la seguridad social» (letra e);
- «una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada [...] con el ejercicio de [...] autoridad [...]», como aquel interés público-económico de seguridad social (letra h).

Aunque no podemos profundizar aquí en esta interesante regulación, sí nos permite reclamar la atención sobre una dimensión que, a nuestro juicio (y del sindicato mayoritario de la ITSS), ha quedado algo huera o huérfana de regulación con el [RDL 2/2021](#): el sentido del límite jurídico. Los artículos 22 y 23 del [RGPD](#) son especialmente cuidadosos en la exigencia de «medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos». Por eso, todo tipo de decisión automatizada que se introduzca ha de respetar «en lo esencial» los derechos y libertades fundamentales y constituir «una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática» para alcanzar alguna de las finalidades previstas (art. 23.1 [RGPD](#)).

Ciertamente, el [artículo 130 de la LGSS](#) recibe de forma explícita las reglas generales para las decisiones automatizadas públicas recogidas en el [artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público. En tales casos, la regulación deberá establecer previamente:

El artículo 130 de la LGSS recibe de forma explícita las reglas generales para las decisiones automatizadas públicas recogidas en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre

- la autoridad competente para «la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente»;
- el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

Vemos, pues, que se cuida el momento previo para la toma de decisiones automatizadas (conocimiento de las especificaciones claves del algoritmo que tomará decisiones sobre personas interesadas –criterios básicos de su programación y funcionamiento que deben ser públicos–) y el posterior (el derecho a la impugnación). En cambio, se diluye el contenido que debe tener la resolución que comunique la decisión (términos de la resolución en la afectación posterior de los intereses de las personas afectadas) y que es esencial para que sea efectivo o útil el derecho de impugnación, ¿trasunto del derecho a una explicación o justificación humana?

En suma, la culminación del proceso de automatización de la entera gestión del sistema de Seguridad Social, más allá del reconocimiento de la prestación y el inicio de la función

inspectora-sancionadora automatizada, más allá de la garantía de efectividad de la función recaudatoria (art. 53.1 a LISOS), en aras de la eficacia, no puede orillar su condicionante institucional, el sistema de límites. Si el algoritmo de empresa puede discriminar a las personas empleadas, el algoritmo de la Administración de Seguridad Social también a las empresas (o personas autónomas) fiscalizadas, como prueba la experiencia judicial comparada. De ahí que se reclama extender las garantías del Estado de derecho (transparencia, motivación accesible, etc.) a las decisiones administrativas mediante algoritmos predictivos de eventuales fraudes a la Seguridad Social (Arroyo Jiménez, 2020). En definitiva, ni un algoritmo puede sustituir a la ITSS, ni la IA las garantías de la ciudadanía, incluidas las empresas.

La automatización de la entera gestión del sistema de Seguridad Social no puede orillar su sistema de límites. Ni un algoritmo puede sustituir a la ITSS, ni la IA las garantías de la ciudadanía, incluidas las empresas

8. La regulación y gobernanza colectiva de los algoritmos como condiciones para que la IA no devenga «estulticia artificial» ¿y humana? Ya en el siglo XVIII, fue Montesquieu quien acreditó que todo ejercicio de autoridad (pública o privada) sin someterse a vínculos jurídicos deviene «poder salvaje». A principios de la segunda década del siglo XXI, se pone de relieve que una IA ejercida sin reglas ético-sociales y jurídicas (en nuestro caso, laborales y de seguridad social) puede volverse no solo arbitraria, sino incluso también estulta.

La razón (lógica) algorítmica como forma y proceso de toma de decisiones ha colonizado ya todos los mundos de vida humana, en virtud de la seducción y utilidad que compromete, por parte iguales, la llamada IA, aunque también se desarrolle, al tiempo, el campo de la «estulticia artificial». No es ninguna ocurrencia. El año 2020 habría visto inaugurarse el campo de [la estupidez artificial](#) y que pretende que la IA se aproxime cada vez más a la inteligencia humana, para que el algoritmo también pueda crear historias ficticias, conspiradoras, caóticas o sin sentido.

Sin entrar en estas complejidades, sí parece claro ya que el algoritmo ni es infalible ni está exento de prejuicios, así como tampoco puede prescindir de las reglas jurídicas, de modo que no quede como un sistema de absoluta autorregulación. La experiencia judicial confirma su ambivalencia: nadie en su sano juicio puede negar la legitimidad de los sujetos privados y públicos para utilizar las innovaciones tecnológicas para maximizar la eficacia en el cumplimiento de sus intereses legítimos y misiones o funciones. Ahora bien, no menos cierto es que resulta extralimitado aprovechar su novedad y las mayores capacidades de decisión que ofrece para liberarse de los vínculos clásicos al ejercicio de sus poderes y potestades.

El principio de Estado social y democrático de derecho no puede sufrir merma alguna por el modo (tecnológico) de ejercicio, por lo que el sentido de sistema de límites que es de esencia al orden jurídico de la vida social y económica requiere de la efectividad de

las garantías de protección de los derechos e intereses de la ciudadanía, aquí laboriosa, pero también empresarial, frente a los riesgos de opacidad y discriminación algorítmica. Como obra humana que es también tiene prejuicios y, por lo tanto, corre el riesgo de decidir arbitrariamente. Pese a lo difundido de esta imagen, ni la dirección de empresa puede ser puramente algorítmica, ni lo puede ser la función inspectora, porque, como bien expresa el CESE, siempre debe haber –lo hay en todos los casos– «un humano al mando» al igual que la ventaja competitiva real siempre está en las personas (que saben aprovechar las oportunidades que brindan las máquinas; como señala [Cassiman, 2018](#), pp. 10-11: «Tienen imaginación y saltos intuitivos que la IA tardará en replicar»).

No hay algoritmo que pueda desplazar la decisión de las personas (humanas o jurídicas), como prueban desde hace décadas las ciencias de la sociología ([Ibáñez Alonso, 1998](#)), y es inherente a la vida jurídica, que se rige por el «principio de humano al mando». Desde luego eso es, hoy por hoy, irrefutable en el ámbito de las relaciones de trabajo –también de seguridad social–.

Por eso, el debate sobre si hay que regular o no el algoritmo es falso. La necesidad de su regulación se impone por doquier, incluso, como se ha evidenciado aquí, por razones de índole económica, por lo tanto, no solo por equidad o justicia social, sino por sostenibilidad de todo el modelo de economía digital. Así se expresa, [por ejemplo, en el sector «fintech»](#) (servicios financieros basados en la gestión por la tecnología digital), donde se clama por reglas que impidan las actuales fugas de control y las desigualdades de condiciones competitivas, así como para anticiparse a futuras crisis. Si esta necesidad se consolida en los sectores financieros de uso intensivo de la tecnología algorítmica, cuánto más lo debe ser para garantizar que el moderno enfoque de gestión analítica de las personas trabajadoras («recursos humanos») siga atendiendo a la faceta humana de las mismas, no solo como factor productivo tecnológicamente optimizable. Las leyes y los propios interlocutores sociales (por ejemplo, CC. OO., «[Guía de negociación colectiva y digitalización 2020](#)», p. 25) parecen ya conscientes de ello.

En conclusión:

- La regulación de los algoritmos es ineludible. Los debates sobre si se debe, o no, si se puede, o no, regularlos devienen falsos. La cuestión se desplaza al quién y al cómo.
- En todo caso, y como elementos mínimos de esa regulación, debe atenderse a:
 - La transparencia (individual, colectiva) humanamente accesible. La accesibilidad (inteligibilidad humana) es una condición del principio de calidad de datos. De ahí, la necesidad de mayor concreción del nuevo artículo 64.4, letra d), del ET.

Pese a lo difundido de esta imagen, ni la dirección de empresa puede ser puramente algorítmica, ni lo puede ser la función inspectora, porque siempre debe haber «un humano al mando»

- La garantía efectiva de no discriminación algorítmica, que requiere también de técnicas específicas (precaución, EIPD, etc.), no solo las comunes.
- Las condiciones de justo equilibrio de aquellas garantías con las de las empresas para sus intereses legítimos (derecho a la protección de la estrategia de modelo de organización artificialmente inteligente y patrimonio empresarial). Esta idea ya está en el [artículo 68 del ET](#): información colectiva en el marco de sus obligaciones de confidencialidad y de secreto industrial (como demostró la crisis financiera de 2012, con carácter sistémico, y [acreditan experiencias recientes](#), la ausencia de transparencia, no solo de mercados, sino de gestión algorítmica, será cada vez más causa de quiebras de gigantes tecnológicos).

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 5-21.





Las reformas del Real Decreto-Ley 20/2020, regulador del ingreso mínimo vital, y sus inmediatas y relevantes correcciones posteriores

Santiago González Ortega

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

sgonort@upo.es | <https://orcid.org/0000-0003-0038-0288>

Extracto

La aprobación del ingreso mínimo vital (IMV) supone completar el diseño del sistema de Seguridad Social perfeccionando su nivel no contributivo, aunque ello no implica necesariamente la desaparición de las prestaciones autonómicas de garantía de rentas de subsistencia. Se trata de una prestación singular con reglas especiales en lo referente a las personas titulares y beneficiarias, en particular todo lo relativo a las unidades de convivencia, y otras más habituales propias de las prestaciones no contributivas como las referidas a la situación de vulnerabilidad económica, al cómputo de los ingresos de quienes solicitan la prestación y a la determinación de la cuantía que es variable y diferencial. La aprobación del IMV en un contexto de crisis social y económica consecuencia de la emergencia sanitaria ha provocado que la norma reguladora se haya aprobado con una cierta urgencia, lo que ha repercutido negativamente sobre su precisión y corrección técnica. Razón por la cual la norma inicial, el Real Decreto-Ley 20/2020, ha sido sometida a varias correcciones y reformas posteriores de relevancia que son las que se analizan en el presente trabajo.

Palabras clave: renta mínima; garantía de subsistencia; prestación de la Seguridad Social; unidades de convivencia; vulnerabilidad económica; cuantía variable y diferencial.

Fecha de entrada: 11-01-2021 / Fecha de revisión: 24-02-2021 / Fecha de aceptación: 25-02-2021

Cómo citar: González Ortega, Santiago. (2021). Las reformas del Real Decreto-Ley 20/2020, regulador del ingreso mínimo vital, y sus inmediatas y relevantes correcciones posteriores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 23-69.





The reforms of Royal Decree Law 20/2020, regulator of minimum vital income, and its immediate and relevant subsequent corrections

Santiago González Ortega

Abstract

The approval of the minimum vital income («ingreso mínimo vital» –IMV– in Spanish) assumes completing the design of the Social Security System, perfecting its non-contributory level, although this does not necessarily means the disappearance of the autonomous benefits to guarantee subsistence income. It is a benefit with special rules in relation to the holders and beneficiaries, in particular everything related to cohabitation units, and other more common non-contributory benefits such as those referring to the situation of economic vulnerability, to the calculation of the income of those who request the benefit and the determination of the amount that is variable and differential. The approval of the IMV in a context of social and economic crisis as a consequence of the health emergency has caused the regulatory standard to be approved with a certain urgency that has had a negative impact on its precision and technical correctness. Reason why the initial rule has been subjected to several relevant subsequent corrections and reforms, which are those analyzed in this paper.

Keywords: minimum income; subsistence guarantee; Social Security benefit; cohabitation unit; economic vulnerability; variable and differential amount.

Citation: González Ortega, Santiago. (2021). The reforms of Royal Decree Law 20/2020, regulator of minimum vital income, and its immediate and relevant subsequent corrections. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 23-69.





Sumario

1. Introducción
 2. Las cuestiones centrales del régimen jurídico del IMV
 3. Las reformas del RDL 20/2020: contenido, orientación y finalidades
 - 3.1. Personas individuales y colectivos beneficiarios del IMV. El polisémico concepto de unidad de convivencia: sus variantes y alternativas
 - 3.1.1. El domicilio como referencia y los supuestos especiales
 - 3.1.2. Personas solicitantes del IMV que vivan solas o compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en la que no se integran
 - 3.1.3. Las unidades de convivencia
 - 3.1.4. Supuestos especiales de personas beneficiarias del IMV
 - 3.2. Cuantía. Acreditación de los requisitos. Obligaciones y sanciones
 - 3.3. Modificaciones en materia de procedimiento y tramitación de las solicitudes
 - 3.3.1. Ampliación de los efectos retroactivos de las resoluciones de concesión
 - 3.3.2. Ampliación del abanico de las posibles entidades gestoras e introducción de un trámite de admisión
 - 3.3.3. Ampliación del régimen excepcional en caso de carencia de rentas
 - 3.3.4. Otras cuestiones procedimentales
 - 3.3.5. La intervención de las entidades del tercer sector de acción social en la prestación del IMV
 - 3.4. El IMV transitorio de la disposición transitoria primera del RDL 20/2020, así como la desaparición o integración de la asignación económica por hijo[a] a cargo
 4. Observación final
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El ingreso mínimo vital (IMV) fue aprobado por el Real Decreto-Ley (RDL) 20/2020, de 29 de mayo, entrando en vigor el mismo día de su publicación, es decir, el 1 de junio de 2020. Aunque creado en el contexto de la emergencia sanitaria y a la par que otras muchas medidas excepcionales adoptadas para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, el IMV no puede calificarse como un instrumento de protección social de carácter excepcional y transitorio. Por el contrario, el IMV ha de considerarse, como así lo dice expresamente el artículo 2.2 del RDL 20/2020, una prestación que «forma parte de la acción protectora del sistema de Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva».

Es decir que se trata de una prestación de carácter estructural que se incorpora al abanico de prestaciones de la Seguridad Social de forma estable y permanente. De aquí que la disposición final cuarta del RDL 20/2020 proceda, entre otras cosas, a modificar el artículo 42.1 c) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), añadiendo el IMV a la lista de prestaciones que configuran la acción protectora del sistema de Seguridad Social¹. Que el IMV se inserte en el sistema de Seguridad Social supone que, yendo más allá de la mera labor de perfeccionamiento del sistema de protección social, viene a hacer frente a una situación de necesidad no tutelada hasta ese momento por la Seguridad Social, aunque lo haya sido a través de otros mecanismos de cobertura social ajenos o externos a la Seguridad Social institucional como son, esencialmente, las rentas mínimas autonómicas². Al tratarse de una prestación que pertenece, por propia declaración y sustancia, al nivel no contributivo de prestaciones, el IMV afronta la carencia más relevante de este nivel en el sistema de Seguridad Social y que no es otra que su deficiente o parcial universalidad.

En efecto, si lo característico del nivel no contributivo es que es asistencial en el sentido de que atiende situaciones reales de necesidad económica, y no solo presuntas como sucede

¹ Una inclusión estructural que se manifiesta también en el artículo 109.3 b) 6.ª de la LGSS, igualmente reformado por la disposición final cuarta del RDL 20/2020, cuando establece, a efectos de la financiación del sistema de Seguridad Social, que el IMV forma parte de las prestaciones no contributivas del sistema y que, en consecuencia, como dice el apartado 2 del mismo artículo 109, se financiará mediante aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

² Sobre esta cuestión, puede verse González Ortega y Barcelón Cobedo (2020b, pp. 22-27), así como los trabajos de Barcelón Cobedo *et al.* (2018), sobre diversos aspectos de las rentas autonómicas de garantía de recursos.

con el nivel contributivo, y que su vocación, por función y por exigencias del artículo 41 de la Constitución española (CE) cuando se refiere a todos los ciudadanos/as como destinatarios de la protección de la Seguridad Social, es la de abrirse a todas las personas que se encuentren en tal situación de necesidad, parece una exigencia natural de dicho nivel no contributivo el que sea universal, a diferencia del nivel contributivo que está subjetivamente limitado a quienes desempeñan o han desarrollado una actividad profesional. Pese a ello, el nivel no contributivo carecía hasta el RDL 20/2020 de esa trascendental connotación, ya que estaba integrado solamente por las prestaciones familiares y, con una lógica igual a la del IMV, por las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, reguladas por los artículos 363 a 372 de la LGSS. Prestaciones que, por estar destinadas a proteger exclusivamente a las personas que, entre los 18 y los 65 años, estén aquejadas de una invalidez o discapacidad en un grado igual o superior al 65 % o sean mayores de 65 años, tienen un ámbito subjetivo de tutela muy delimitado.

Esta es, precisamente, la carencia que el IMV viene a solventar, como se desprende de los artículos del RDL 20/2020 que determinan su ámbito subjetivo de aplicación. Empezando por el propio artículo 1, el cual, sin ninguna limitación, establece que el IMV es una prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza de todas las personas, vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, que se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para dar cobertura a sus necesidades básicas. Y siguiendo por los artículos 4 y 7, según los cuales pueden ser beneficiarias del IMV las personas que, viviendo solas o en una unidad de convivencia, tengan residencia legal en España y se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, es decir, en situación de pobreza o de carencia de recursos para la subsistencia. De forma que con el IMV se completa, de conformidad con el artículo 41 de la CE, el nivel no contributivo de prestaciones del sistema de Seguridad Social, cerrando la brecha de protección que le venía aquejando desde 1990 (Barcelón Cobedo, 2018, p. 19)³. Cumpliendo la finalidad señalada, el RDL 20/2020 ha hecho, no obstante, una opción normativa singular en el sentido de que no ha procedido a modificar, como hubiera sido quizás lo apropiado, el título VI de la LGSS, dedicado a las prestaciones no contributivas, insertando en él la regulación del IMV y coordinándolo sistemáticamente con las demás prestaciones no contributivas integrantes de dicho nivel. Por el contrario, el IMV se ha articulado mediante una norma independiente como es el RDL 20/2020. Esta opción normativa y sistemática puede ser debida a diversas causas.

Entre ellas no juega un papel secundario la urgencia de la intervención normativa, directamente justificada por la situación social y económica a la que el IMV contribuye a hacer frente; de aquí el propio recurso al instrumento del real decreto-ley. Pero también puede indicarse otra razón. Siendo, como es, una reforma trascendente del nivel no contributivo de prestaciones, el RDL 20/2020 supone una importante ampliación de dicho nivel, teniendo

³ Año en el que comienza la construcción del nivel no contributivo mediante la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

la potencialidad de convertir el IMV en la prestación central del mismo. Dicha centralidad, añadida a la novedad dentro del sistema de Seguridad Social, abre un tiempo de aplicación, de experimentación y prueba que seguramente forzará tanto ajustes normativos como la apertura de un proceso de coordinación con otras prestaciones; y no solamente con las citadas pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, sino también con algunas de desempleo que pueden cumplir un papel similar al tratarse de prestaciones igualmente asistenciales. Lo anterior lleva a que el RDL 20/2020 deba valorarse como una norma abierta a su perfeccionamiento mediante la aplicación práctica, muy condicionada por el desarrollo reglamentario previsto en la misma y que, seguramente, acabará integrándose en la LGSS; posiblemente aprovechando una de las ocasiones para la refundición que, con una reiterada periodicidad, se impone a las normas legales reguladoras de la Seguridad Social y de la que es expresión la propia LGSS actualmente vigente.

Sin embargo, las razones anteriores no justifican las importantes deficiencias técnicas que aquejan al RDL 20/2020, particularmente centradas en cuestiones tan esenciales como la identificación de las personas que pueden ser titulares o beneficiarias del IMV o el propio concepto de unidad de convivencia que constituye el referente en torno al cual se organiza la prestación; por no mencionar lo relacionado con los requisitos que la norma exige para acceder a la tutela y la forma de acreditarlos, o algunas de las dimensiones o aspectos del procedimiento establecido para su solicitud y concesión. En estos puntos, el RDL 20/2020 aparece más como una norma imperfecta, un tanto improvisada y experimental, poco pulida en lo que se refiere a la exigible precisión de sus nociones básicas y, lo que es más llamativo, sin un concepto definido y bien perfilado acerca de qué personas pueden obtenerlo, con qué requisitos y cómo acreditarlos, qué formas de vida entre todas las variantes posibles pueden dar sustento a la protección partiendo del hecho de que puede tratarse de una persona que viva sola o varias las que lo hacen en un mismo domicilio, o, en fin, qué tipo de vínculos deben existir entre estas últimas. Como tampoco ha tenido claro desde el inicio el procedimiento de solicitud, su fases y vicisitudes, el papel que juegan en él cada una de las variadas entidades implicadas respecto de las competencias, facultades, obligaciones y cargas que se les atribuyen en dicho procedimiento y en relación con la tarea, tanto previa como posterior a la concesión del IMV, de control del cumplimiento por parte de las personas beneficiarias de los requisitos exigidos y sus consecuencias.

Una manifestación clara de esta criticable falta de un diseño ultimado, consciente y completo de todo lo relativo al IMV son las inmediatas, sucesivas y relevantes reformas que han afectado al RDL 20/2020 en los meses transcurridos desde su entrada en vigor, algunas de las cuales versan incluso sobre los mismos temas o artículos, introduciendo rectificaciones sobre aspectos modificados por normas precedentes, aunque ya posteriores al RDL 20/2020 y, en algún caso, con una separación temporal de poco más de una semana. Una mera relación de esas reformas es suficientemente indicativa al respecto: la contenida en la disposición final quinta del RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo; la introducida por las disposiciones transitoria cuarta y final undécima del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia; la

establecida por la disposición final quinta del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo; la prevista en la disposición final quinta del RDL 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria; y la, muy trascendente y por ahora última, determinada por el artículo 3 del RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico⁴.

La propia inmediatez, frecuencia y entidad de las reformas, particularmente de las contenidas en el RDL 28/2020, en el 30/2020 y en el 3/2021, ponen de manifiesto la falta de un criterio normativo definido, así como la debilidad técnica de la versión inicial del RDL 20/2020 y la necesidad, o incluso urgencia, de modificaciones y precisiones en relación con su contenido. Un proceso de revisión por acumulación que seguramente no ha finalizado aún, pero que en todo caso tiene como consecuencia negativa cambios, a veces radicales, de criterios esenciales que, además del solapamiento de diversos y sucesivos regímenes jurídicos, implican introducir en la aplicación y gestión del IMV una dosis muy significativa de confusión, desconcierto e inseguridad jurídica. De aquí la necesidad de detenerse en las reformas citadas, explicar su alcance e integrarlas en un discurso global y unitario que las haga entendibles; lo que es justamente el objetivo del presente trabajo. Aunque se trate de un esfuerzo que, con toda seguridad, dado el accidentado recorrido normativo del IMV, habrá de reproducirse tras las muy previsibles reformas que se sumarán en el futuro a las que aquí se comentan.

2. Las cuestiones centrales del régimen jurídico del IMV

Obviamente, no es la pretensión de este trabajo realizar un análisis detenido del régimen jurídico del IMV tal y como se contiene a lo largo del articulado del RDL 20/2020⁵. En todo caso, cabe subrayar que el IMV sigue la misma lógica secuencial de otras prestaciones no contributivas o asistenciales. De manera que todo el procedimiento comienza, en circunstancias ordinarias⁶, con la solicitud de la potencial persona beneficiaria, la comprobación

⁴ Aunque también afecta al IMV, no procede sino hacer una referencia marginal al artículo 1 del RDL 39/2020, de 29 de diciembre, de medidas financieras de apoyo social y económico y de cumplimiento de la ejecución de sentencias, cuya finalidad es declarar el IMV, desde la entrada en vigor del RDL 20/2020 y al igual que las demás prestaciones monetarias públicas de carácter social, exento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF); si bien con el límite general anual conjunto de 1,5 veces el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM). Todo ello sin perjuicio de la obligación de declarar el impuesto que incumbe a quienes lo perciben.

⁵ Este tipo de análisis se encuentra en González Ortega y Barcelón Cobedo (2020a) y en Monereo Pérez *et al.* (2021).

⁶ Se hace la salvedad del llamado IMV transitorio, regulado por la disposición transitoria primera del RDL 20/2020, que se otorga de oficio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a

por parte de la entidad gestora del cumplimiento de los requisitos, igualmente habituales de edad y residencia, con la constatación de la situación de vulnerabilidad económica, previo el cómputo de los ingresos que, al margen del IMV, pudiera percibir la persona individual o la unidad de convivencia en la que se integra, y con el cálculo de la cuantía final del IMV, que dependerá de la composición del hogar y de las unidades de convivencia y que se determina por la diferencia entre el tope máximo de recursos de esa unidad, lo que se fija conforme a parámetros contenidos en los anexos del RDL 20/2020, y los posibles ingresos de la misma en relación con dicho tope.

De lo anterior ya puede deducirse que uno de los conceptos básicos sobre el que se apoya el régimen jurídico de la prestación es el de vulnerabilidad económica. Lo que reclama establecer un nivel mínimo de recursos, el habitualmente calificado como umbral de pobreza, por debajo del cual puede decirse que la persona en cuestión se encuentra en una situación de necesidad económica. Estos criterios son los que sirven, desde la perspectiva contraria, para establecer la propia cuantía de la prestación, ya que, si de lo que se trata es de garantizar un nivel de recursos que sea al menos igual al umbral de pobreza, es claro que la prestación deberá tener como cuantía estándar o de base la que se entienda que es suficiente para poder afrontar esa situación, elevando los recursos de la persona individual o de la unidad de convivencia hasta el umbral de referencia. Por eso, normalmente, el umbral de pobreza de este tipo de prestaciones se establece en la misma cuantía de la propia prestación básica.

Una vez fijado ese nivel o umbral de recursos, es obvio que no es igual si se trata de una persona aislada o de una unidad de convivencia, dependiendo además de la configuración de la misma. Tanto numérica, lo que viene determinado por la cantidad de personas que integran la unidad de convivencia, si es que se vive en una de ellas y no de forma independiente; como cualitativa, es decir, si se trata, por ejemplo, de personas adultas o menores de edad y el número de unas y otras dentro de la unidad de convivencia, ya que las necesidades mínimas de subsistencia varían de unos supuestos a otros. Lo que ya indica que el umbral de pobreza, y con él la cuantía de la prestación, partiendo de un montante o nivel fijo para el caso de una sola persona, debe subir a medida que aumenta el número de componentes de la unidad de convivencia y cambia la proporción de personas adultas o menores que se integran en ella.

quienes estuvieran disfrutando, al inicio de su vigencia, de la prestación familiar de asignación por hijo[a] a cargo. Una prestación estándar que ha sido derogada por la disposición final cuarta. Cinco del RDL 20/2020, al recomponer el repertorio de las prestaciones por hijo[a] a cargo, limitándolas ahora a la asignación económica por hijo[a] a cargo discapacitado y a las prestaciones por parto en determinadas y concretas circunstancias como son el parto múltiple, el que acontece en una familia numerosa, el de familias monoparentales o de mujeres discapacitadas, como ahora se establece en el artículo 351 de la LGSS.

Todas estas cuestiones tienen un desarrollo específico en el RDL 20/2020. En cuanto a la primera, se encuentra en el artículo 10, el cual toma como referencia, siendo un ejemplo más de la proximidad entre las pensiones no contributivas y el IMV, la propia cuantía anual de esas pensiones que es, para el año 2020, de 5.538 euros y que, dividida por 12 mensualidades, arroja una cantidad de 461,5 euros/mes⁷. Este dato, de tanta relevancia como para determinar todo lo relativo a la cuantía final de la prestación, fija el umbral de recursos para la persona solicitante individual y sirve de referencia para todas las modalidades de unidades de convivencia para las que la cuantía de la prestación se incrementará en función de su composición. En cuanto al cómputo de recursos, el RDL 20/2020 sigue la pauta de otras normas reguladoras de las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia que tienden a tener en cuenta todos los ingresos de que dispone la persona o la unidad de convivencia, valorándolos en una cuantía que viene determinada por las normas tributarias; reglas que se encuentran en el artículo 18 del RDL 20/2020 y que no ofrecen ninguna especialidad relevante. Salvo la de que también se computa el patrimonio en la medida en que se considera que un nivel excesivo, aunque no produzca ingresos monetarios, determina una capacidad económica suficiente como para hacer injustificada la concesión del IMV.

Ninguna de estas cuestiones ha sido afectada por las numerosas reformas del RDL 20/2020 a que se ha hecho referencia antes, por lo que no serán objeto de análisis. Sí, en cambio, las muy relevantes que afectan, en primer lugar, a la precisión de las personas beneficiarias del IMV, a la definición de la unidad de convivencia y sus posibles variantes, a los requisitos exigidos para acceder a la prestación y a la forma de acreditarlos⁸; en segundo

⁷ Una identidad que parece haberse roto con la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021, conforme a la cual la cuantía de las pensiones no contributivas se fija en 5.639,20 euros/año, habiéndose producido un incremento de 1,8% respecto de la cuantía vigente para el año 2020. Sucede, sin embargo, que el artículo 10.5 del RDL 20/2020 no fija la cuantía del IMV en relación con la propia de las pensiones no contributivas, sino que directamente establece la de 5.538 euros/año. Y, en la medida en que la Ley de presupuestos para el año 2021 no hace referencia directa alguna al IMV, hay que entender que la cuantía inicialmente fijada sigue vigente, no afectándole el incremento determinado para las pensiones no contributivas. Si este resultado es el querido o si, una vez más, se trata de un olvido o de una imprevisión, es algo que no puede precisarse.

⁸ No se atiende aquí a la reforma del artículo 5 del RDL 20/2020 en relación con las personas titulares del IMV, introducida por el RDL 30/2020 y el 3/2021, ya que tiene un alcance limitado. Así, partiendo de que la persona titular del IMV es quien, como dice el artículo 5.1, solicita y percibe la prestación, sea en nombre propio, si la solicitud es individual, o en el de la unidad de convivencia de la que forma parte, si es el caso, actuando como la interlocutora frente a la entidad gestora hasta el extremo de convertirse en la representante de dicha unidad, lo que los reales decretos-leyes citados hacen es incidir en las condiciones subjetivas que permiten a una persona convertirse en titular del IMV. No en lo que se refiere a la edad mínima, que ha sido siempre de 23 años salvo que se trate de personas mayores de edad o menores emancipadas con hijos/as o asimilados, o mujeres víctimas de violencia de género o personas víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, supuestos estos últimos en los que la norma exige solamente que se trate de mayores de edad. Pero sí en lo que hace a la edad máxima, que se fijó inicialmente en los 65 años, siendo un tope que el RDL 30/2020 suprimió y que el RDL 3/2021 no ha

lugar, a lo referido a algún aspecto de la cuantía del IMV, así como a las obligaciones de las personas beneficiarias y las posibles infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de las mismas; en tercer lugar, a la gestión, el procedimiento y la tramitación de las solicitudes de IMV; y, en cuarto lugar, al denominado como IMV transitorio y la desaparición de la asignación económica por hijo[a] a cargo⁹. Cambios que se abordarán en el orden con el que se han enunciado.

alterado. Será titular del IMV, por tanto, quien, por capacidad jurídica y por decisión de otras personas convivientes si es el caso, pueda serlo, sin que la edad de 65 años constituya ningún tope insalvable. Por otra parte, y con carácter general, el artículo 5.1, primer párrafo, exigía de las personas titulares del IMV que estuvieran en posesión de la plena capacidad de obrar; exigencia lógica, ya que la persona titular del IMV no solo es quien solicita el IMV en nombre propio o de la unidad de convivencia, sino que también es quien lo percibe y dispone de él; todo ello con el consentimiento de las otras personas mayores de edad que formen parte de la unidad de convivencia. A este respecto, el RDL 3/2021 ha sustituido la referencia a la plena capacidad de obrar de la persona titular por la de mera capacidad jurídica; lo que no deja de ser llamativo, ya que, permitiendo la titularidad a personas sin plena capacidad de obrar, lo que se fuerza es que esas personas tengan que actuar a través de representantes, haciendo más burocratizada la actuación de la persona titular y más compleja la gestión del IMV que percibe. En tercer lugar, la persona titular del IMV es la que reúne esa condición siempre que esté avalada por el resto de los/las miembros de la unidad de convivencia, si es que se trata de una de ellas; lo que se acredita mediante la firma de la solicitud del IMV por parte de todas estas personas, siempre que sean mayores de edad y no se encuentren incapacitadas legalmente. Así lo estableció desde el origen el artículo 5.1 del RDL 20/2020, siendo una exigencia adecuada, sobre todo teniendo en cuenta la presencia constante de esa dimensión colectiva del IMV cuando se otorga a una unidad de convivencia. Lo que el RDL 3/2021 ha añadido es que, cuando las personas integrantes de la unidad de convivencia tengan establecidas judicialmente medidas de apoyo para la toma de decisiones, se actuará de acuerdo con dichas medidas. Se cubre así una situación, puede que no tan infrecuente, que, al no estar prevista en la versión anterior del segundo párrafo del artículo 5.1 del RDL 20/2020, generaba la duda de si estas personas debían o no prestar igualmente su consentimiento; ahora también deben hacerlo, si bien en el contexto de las medidas judiciales citadas. Finalmente, el RDL 3/2021 ha suprimido el apartado 5 del artículo 5 eliminando el máximo que se fijaba de dos personas titulares del IMV por domicilio; una supresión que, como se verá más adelante, no debe ser entendida como un indicio de liberalización del número y del repertorio de los/las posibles aspirantes a convertirse en titulares del IMV aun compartiendo domicilio, sino de acomodo de lo establecido en el artículo 5 a la posibilidad, muy excepcional, de que convivan en un mismo domicilio personas que, por estar en riesgo de exclusión social, pueden solicitar individualmente el IMV, cuestión ahora regulada en el nuevo artículo 6 *quater*.

⁹ Se deja también al margen la reforma del artículo 30, apartado 2, del RDL 20/2020, introducida por el artículo 3. Once del RDL 3/2021, en relación con la Comisión de seguimiento del IMV, en cuanto órgano de cooperación administrativa, de cuya composición, integrada por representantes del Estado, de las comunidades autónomas y de la Administración local, ha eliminado la referencia a los otros representantes de la Administración General del Estado (AGE) relacionados con el IMV que establezcan las normas reglamentarias de desarrollo del RDL 20/2020; reduciendo, por tanto, la representación estatal, con un total de seis miembros, exclusivamente a la constituida por los ministerios y secretarías de Estado, subsecretaría y secretaría general con competencias en la materia a los que el artículo cita expresamente. Un recorte evidente de la presencia estatal en la Comisión de seguimiento, dando en consecuencia más protagonismo a los Gobiernos autonómicos y locales y haciendo más improbable que pueda acontecer lo que se anuncia al final del párrafo, como es que la comisión pueda reunirse

3. Las reformas del RDL 20/2020: contenido, orientación y finalidades

3.1. Personas individuales y colectivos beneficiarios del IMV. El polisémico concepto de unidad de convivencia: sus variantes y alternativas

Como se ha dicho antes, tanto la determinación de la situación de necesidad, declarando la materialización de la contingencia protegida en cuanto fijación del umbral de pobreza a partir del cual se otorga la prestación; como el cómputo de recursos que, comparados con la cuantía de ese umbral, permiten declarar si esa pobreza existe o no; cuanto, en fin, la fijación de la cuantía concreta de la prestación que, en la medida en que es diferencial, como dice el artículo 3 a) del RDL 20/2020, se concretará en la distancia entre los recursos obtenidos y el nivel de la prestación o umbral de pobreza, dependen directamente de las características de la situación en la que la persona se encuentra. Más concretamente, en qué domicilio vive, y, sobre todo, si lo hace sola o acompañada de otras personas con las que podría constituir o no, por el hecho de compartir el domicilio, una misma unidad de convivencia. En definitiva, en qué condiciones una persona puede solicitar de forma independiente el IMV y

sin estos últimos representantes. No solamente porque su implicación en la gestión del IMV, prevista e incentivada por el propio RDL 20/2020, convierte en muy marginal el supuesto sobre el que se basa esa ausencia, que no es otro que el que su presencia no sea necesaria por razón de los asuntos a tratar, algo difícil a poco que se tengan en cuenta las competencias de la comisión establecidas en el apartado 3 del mismo artículo 30 y que no han sido modificadas por el RDL 3/2021. También porque, excluidos esos otros representantes de la AGE, la comisión queda integrada exclusivamente por representantes institucionales que participan al más alto nivel en la gestión del IMV y cuya exclusiva presencia en la Comisión de seguimiento difícilmente se justifica. Por otra parte, y en un sentido contrario, el mismo artículo 3 del RDL 3/2021, ahora en su apartado doce, procede a modificar el apartado 2 del artículo 31 del RDL 20/2020, en relación con la composición del Consejo consultivo del IMV, órgano de consulta y de participación de las entidades del tercer sector de acción social de mayor cobertura en el territorio español y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, tal y como lo fija el apartado 1 del propio artículo 31 y lo precisa la versión primitiva del apartado 2 de dicho artículo, que en este punto sigue incólume. Lo que se hace, sin embargo, es incluir en el Consejo consultivo no solo a los representantes institucionales que la norma enumera (ministro de Inclusión, Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, un director general en representación del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 y la directora del ahora llamado Instituto de las Mujeres), sino también a los representantes de la AGE relacionados con el IMV que se establezcan reglamentariamente. Se introduce así, de forma discutible, a los representantes de la AGE que, como se ha visto, se han excluido de la Comisión de seguimiento, en un órgano de consulta y participación junto a los de las entidades del tercer sector y de las organizaciones sindicales y empresariales. Lo que, dada la naturaleza y la función del órgano puede considerarse bastante inapropiado; máxime si en el Consejo consultivo no están los representantes autonómicos y locales que, puestos a desnaturalizar la naturaleza del consejo, también deberían formar parte del mismo.

cuáles sean, de no ser así, la definición y los rasgos esenciales de la unidad de convivencia constituyen elementos centrales y muy característicos del IMV.

La idea de que las cosas son diferentes según que la persona solicitante viva sola o integrada en una unidad de convivencia está constantemente presente en el RDL 20/2020, ya desde el artículo 1, reiterándose en todos en los que el hecho de vivir de una u otra manera sea relevante en algún aspecto. Parece lógico, por tanto, prestar una atención especial al concepto de unidad de convivencia, donde el binomio habitual en los sistemas de Seguridad Social, que el RDL 20/2020 reproduce cuando el/la solicitante es una persona individual que vive sola y que consiste en que, siendo la que se encuentra en situación de necesidad, es ella la que, por tanto, reclama y puede obtener el derecho a la protección, queda desplazado, ya que, en la unidad de convivencia, titular y persona beneficiaria no siempre se identifican y cuyos estatus jurídicos igualmente se diversifican. A este respecto hay que anticipar que el concepto de persona beneficiaria individual del IMV, así como el de unidad de convivencia a efectos del RDL 20/2020, se desprenden de la maraña, no particularmente elogiable desde el punto de vista sistemático y de la técnica jurídica, de los artículos 4, 5, 6, 6 bis, 6 ter, 6 *quater*, 7 e, incluso, 19, destinados los dos primeros a establecer las condiciones para ser persona beneficiaria o titular del IMV, los cuatro artículos 6 a las unidades de convivencia, el último a los requisitos de acceso a la prestación y el 19 a la forma de acreditar tales requisitos, siendo ambos un complemento indispensable de lo establecido en los artículos anteriores. De aquí que, al tratar la cuestión de quiénes y en qué circunstancias son personas o colectivos protegidos por el IMV, se deba recurrir a ellos de forma combinada.

No obstante, y antes de entrar en el análisis de estas materias, existe una cuestión previa, relevante tanto para el individuo singular como para las unidades de convivencia en sentido propio, y es que el primer referente identificativo es el domicilio, siendo el que acota todo intento de configuración, sea del/de la solicitante del IMV como una persona individual o aislada, sea de la unidad o unidades de convivencia de que se trate. Y ello, aunque el RDL 3/2021 haya suprimido el apartado 5 del artículo 5 que limitaba a dos el número máximo de personas titulares del IMV que podían concurrir en un mismo domicilio¹⁰.

3.1.1. El domicilio como referencia y los supuestos especiales

El concepto de domicilio a los efectos del IMV parte de la base de un espacio físico delimitado que se utiliza por la persona solicitante del IMV en calidad de vivienda habitual, sea de forma individual, sea de forma conjunta con otras personas como sucede en el caso de la

¹⁰ Se trata de una operación típica, y no por ello menos equivocada, de las reformas del RDL 20/2020, consistente en eliminar o alterar reglas generales con el único fin de dar acogida a modificaciones muy específicas del régimen jurídico del IMV que responden a situaciones particulares y singulares, por no hablar de marginales. Con la consecuencia de que dicha eliminación, no obstante dar acogida a la regla especial, genera indefiniciones y vacíos debidos precisamente a la desaparición de dicha regla general.

unidad de convivencia. No es un concepto que plantee particulares problemas de identificación, sobre todo teniendo en cuenta la relevancia que alcanza a estos efectos el empadronamiento, en la medida en que este sirve para acreditar el domicilio de la persona y la residencia en una concreta vivienda; relevancia que se ha ido incrementando, como se verá más tarde, al compás de las propias reformas. No obstante, el nuevo artículo 6 ter del RDL 20/2020, incluido por el RDL 3/2021 y titulado como «Consideración del domicilio en supuestos especiales», establece algunas matizaciones en relación con el concepto de domicilio.

En primer lugar, respecto de las situaciones previstas en el nuevo párrafo último del artículo 6.1, también añadido por el RDL 3/2021, esto es, las de las personas que figuren empadronadas en establecimientos colectivos o que, por carecer de techo y residir habitualmente en un municipio, figuren empadronadas en un domicilio ficticio. Esta hipótesis peculiar de domicilio, que tanto el artículo 6.1 como el 6 ter, primer apartado, parecen restringir a las unidades de convivencia típicas, familiares o asimiladas, definidas además de una manera limitada, puede pese a todo igualmente ampliarse a los casos de personas beneficiarias individuales del IMV que pudieran encontrarse en la misma situación. Negarlo sería incongruente y una exclusión sin fundamento alguno del beneficio del IMV a ese tipo de solicitantes individuales. Pero es necesario afirmarlo en la medida en que no se desprende nítidamente del tenor del artículo.

Pero la versión restrictiva del apartado 1 del artículo 6 ter, además de excluir aparentemente a las personas solicitantes individuales, reserva esta forma peculiar de identificar el domicilio en los casos especiales que se acaban de describir a las unidades de convivencia más reducidas frente a la definición general de las mismas contenida en el artículo 6.1 del RDL 20/2020. Concretamente, solo podrán acogerse las unidades de convivencia basadas en matrimonio o en un vínculo de pareja de hecho y, en su caso, sus descendientes menores de edad y hasta solamente el primer grado de parentesco; pudiendo ampliarse a descendientes hasta el segundo grado si se diera el caso de que no estuvieran empadronados con sus ascendientes de primer grado. La limitación a los/las descendientes, frente a otros parentescos, y a solamente el primer grado, frente al segundo, que es la regla general del artículo 6.1, parece excesivamente rigurosa y una vez más poco reflexionada. Sobre todo, frente a situaciones muy marginales como las que justifican esta consideración como domicilio de las hipótesis de establecimientos colectivos, carencia de domicilio y empadronamiento en domicilio ficticio. Una vez más, como se apreciará a lo largo de este trabajo, la reforma parece obedecer a la necesidad de solucionar una problemática muy concreta, la de las unidades familiares, en el sentido más limitado de este término, que se encuentran en las situaciones marginales que el nuevo párrafo último del artículo 6.1 recoge, haciéndolo mediante fórmulas miopes y excesivamente ceñidas al caso, que no prevén las posibles dudas, consecuencias y alternativas interpretativas que pueden suscitarse a partir de ellas.

En segundo lugar, ahora abarcando tanto a la persona solicitante individual como a las unidades de convivencia, también se considera domicilio el uso individualizado por esas personas de una habitación en un establecimiento hotelero o similar, aunque siempre que

conste dicho uso en el pertinente contrato. Una previsión que ya se incluía en la anterior versión del artículo 6, concretamente en su apartado 7, dada por el RDL 30/2020, y que ahora, suprimido dicho apartado por el RDL 3/2021, se ha trasladado al artículo 6 ter, apartado tercero. Aunque eliminando un segundo párrafo en el que se excluía que fuese válido a estos efectos el simple pacto o acuerdo entre los/las convivientes sobre el uso del domicilio o de determinadas zonas del mismo, salvo que existiera contraprestación económica. Esta eliminación es adecuada, ya que la hipótesis a la que se refería el artículo 6.7, y que ahora se contiene en el actual artículo 6 ter, apartado 2, es la del uso de una habitación en un establecimiento hotelero o similar, debiendo haberse añadido en su momento el párrafo segundo del artículo 6.7 más bien al apartado 6 del mismo artículo, que se refería al uso exclusivo de una determinada parte del domicilio por una unidad de convivencia. Un apartado 6 que el RDL 3/2021 ha eliminado y convertido, con alguna modificación, en el apartado 3 del artículo 6 ter.

En este caso, se trata de la consideración como domicilio a efectos del IMV de las zonas de uso exclusivo de una vivienda; algo que es habitual en situaciones de escasez de recursos que impiden afrontar el precio del alquiler de una vivienda y que llevan a que varias familias, o unidades de convivencia, o incluso personas individuales, se repartan el uso de una misma vivienda, estableciendo en ella zonas de uso exclusivo que no impiden la existencia de otras de uso compartido como podría ser el caso de cocinas, los servicios sanitarios u otros espacios de coexistencia. Pues bien, para estos supuestos, la versión del artículo 6.6 del RDL 20/2020, introducida en su momento por el RDL 30/2020, permitía que esas zonas de uso exclusivo se consideraran en sí mismas un domicilio, con una serie de condiciones: la primera, que esta posibilidad quedaba limitada a las unidades de convivencia, excluyendo en consecuencia a las personas aisladas, siendo además unidades de convivencia integradas al menos por una persona menor o por una persona discapacitada; la segunda, que dicho uso exclusivo se justificara, bien por cualquier título jurídico, algo bastante improbable en estas condiciones, bien por certificación de los servicios sociales. Sin que esta posibilidad de considerar el uso exclusivo de ciertas zonas de un domicilio como un domicilio independiente a efectos del IMV fuera posible si lo que fundamentaba dicho uso era solamente un acuerdo o pacto privado sin ningún tipo de contraprestación económica, trayendo aquí la previsión, ya comentada, del segundo párrafo del anterior apartado 7 del artículo 6. Una exclusión criticable en la forma en que se formulaba ya que, frecuentemente, ese uso exclusivo de zonas de un domicilio se basa en un contrato o acuerdo, con la pertinente prestación económica, no tanto entre los/las convivientes, sino más bien entre el/la titular del domicilio y cada una de las personas o unidades de convivencia que viven en él.

Estas imprecisiones e incoherencias de la versión del artículo 6 del RDL 20/2020 tras la reforma del RDL 30/2020 parecen haberse aclarado algo tras la emigración del apartado 6 del artículo 6 al apartado 3 del nuevo artículo 6 ter. Aunque es una emigración que ha introducido cambios. De forma que, en la versión actual, para que el uso exclusivo de zonas de una misma vivienda se considere domicilio a efectos del IMV es necesario que dicho uso se apoye en la existencia de un título jurídico que así lo acredite; algo que impedirá en muchos casos que esta hipótesis se realice, salvo que esta exigencia de título jurídico sea

muy flexible en cuanto a contenido y forma, mucho más cuando se ha eliminado la posibilidad de que dicho peculiar uso exclusivo se certifique por los servicios sociales. En cambio, esa alternativa de uso exclusivo se abre ahora claramente tanto a personas individuales como a unidades de convivencia, de las que no se reclama ningún tipo de composición específica, habiéndose eliminado la exigencia de que en dicha unidad de convivencia se integre, sea por un/una menor, sea por una persona discapacitada. Un resultado, por tanto, de restricción poco justificada y de ampliación razonable que vuelve a poner de manifiesto los vaivenes de la legislación y su falta de seguridad a la hora de delimitar las posibles personas beneficiarias del IMV, así como su impericia en establecer, ampliar, modificar o reducir criterios sin tener en cuenta las consecuencias de dichos cambios, al quedar absorbido exclusivamente por la finalidad de dar solución a un específico y concreto problema aplicativo.

Por último, y aunque esta cuestión se contempla en el artículo 4 del RDL 20/2020, relativo a las posibles personas beneficiarias del IMV, se trata de un supuesto especial relacionado con el lugar donde vive esa persona; más concretamente, en una residencia de carácter social, sanitario o sociosanitario. También esta cuestión ha sufrido un cambio por obra del RDL 3/2021, ya que, en la versión inicial del artículo 4.2, no podían ser beneficiarias del IMV las personas usuarias de estos servicios residenciales que lo hicieran con carácter permanente, tratándose de una residencia financiada con fondos públicos. Seguramente porque se entendía que, en estos supuestos, las necesidades básicas de supervivencia de estas personas quedaban suficientemente cubiertas por el servicio residencial. Pero que obviaba, no solo el que la financiación de tales servicios, incluso si de carácter público, podía apoyarse, al menos parcialmente, en una contribución de la propia persona que los utilizaba, por lo que podía carecer de sentido excluir estos supuestos del IMV, sino también porque la exclusión afectaba solo a residencias públicas y no a los servicios residenciales de carácter privado, pudiendo en este caso el IMV contribuir a afrontar el coste de tales servicios.

Todas estas cuestiones se han solventado, o ignorado, en el tenor del artículo 4.2 introducido por el RDL 3/2021. Así, se excluyen del beneficio del IMV a todas las personas que utilicen esos servicios residenciales de forma permanente y ya sean financiados con cargo a fondos públicos o privados, reproduciendo implícitamente la argumentación acerca de la falta de justificación para la concesión del IMV a personas que ya cubren sus necesidades con la atención residencial, formulándose el mandato ahora en sentido positivo. Es decir que solamente podrán ser beneficiarias del IMV las personas que sean usuarias de dichos servicios residenciales de manera temporal, sin especificar si financiados con fondos públicos o privados, y sin tampoco precisar qué se deba entender por uso temporal de tales servicios y hasta qué duración pueden alcanzar; lo que abre una incógnita para la que la norma no da herramientas para resolverla. Todo ello dejando al margen la situación de las mujeres víctimas de violencia de género o de las personas víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, que pueden ser beneficiarias del IMV, aunque recurran de forma permanente a los citados servicios residenciales, según lo establece el artículo 4.2, segundo párrafo, conforme a la redacción dada por el RDL 3/2021, pero que procede de lo previsto en la versión inicial del mismo artículo y apartado.

3.1.2. Personas solicitantes del IMV que vivan solas o compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en la que no se integran

Hay que señalar, en primer lugar, que la mención del artículo 4.1 b) del RDL 20/2020 a las personas que vivan solas como beneficiarias del IMV ha desaparecido de su enunciado por obra del RDL 3/2021, quedando sustituida por la indirecta y negativa de no estar integrada en una unidad de convivencia. Este cambio, que puede parecer banal, también puede ser interpretado, y esta parece ser la intención de la reforma, en el sentido de que el objeto central de protección del RDL 20/2020 son las unidades de convivencia integradas por varias personas y no tanto las personas individuales, que solamente accederán al IMV si no están incluidas en una unidad de convivencia. Algo que, pese a todo, es obvio cuando la persona vive sola y de forma independiente, no pudiéndose negar su derecho a acceder a la prestación si reúne los requisitos exigidos. Entre los que se encuentra, como se ha dicho, el no estar integrada en una unidad de convivencia, así como el no estar unida a otra por vínculo matrimonial o de pareja de hecho, con las excepciones en este caso de haber iniciado los trámites de separación o divorcio o encontrarse en otras situaciones análogas que el RDL 20/2020 no precisa, remitiéndose a la regulación reglamentaria.

Sin duda alguna, la nueva regulación derivada del RDL 3/2021 ha oscurecido el panorama legal hasta tal punto que no se comprende bien su alcance. Desde luego que no es posible negar el derecho de una persona individual a solicitar el IMV, máxime si vive de forma independiente en un domicilio sin compartirlo con otras personas. Otra cosa es el alcance de las dos causas de exclusión de este derecho. Respecto de la integración en una unidad de convivencia, si se pretendiera que toda persona que reuniera alguno de los vínculos familiares o análogos con los integrantes de una unidad de convivencia quedara excluida de la solicitud individual del IMV, aunque viva de forma de independiente, muchas de las situaciones previstas en el artículo 7.2 del RDL 20/2020, no modificado por el RDL 3/2021 y sobre las que se volverá ahora, que parten de la base de una persona que vive de forma independiente de personas progenitoras, tutoras o acogedoras, carecerían de sentido, ya que, desde un punto de vista estricto, estarían integradas en la unidad de convivencia formada por esas personas progenitoras o tutoras. En consecuencia, el requisito de no integrarse en una unidad de convivencia debe quedar limitado a las personas que pretenden acceder al IMV desde una situación en la que comparten domicilio con esa unidad; supuesto en el que la exclusión citada tiene todo su sentido.

En relación con el otro requisito, esto es, el de no estar unidas a otra por un vínculo matrimonial o de pareja de hecho, todo indica que tiene aplicación, tanto en el caso de una persona sola que vive sola como si comparte domicilio con una unidad de convivencia, supuesto en el que, no obstante, sería redundante, ya que esa vinculación queda englobada en la anterior exigencia, esto es, no estar integrada en una unidad de convivencia con la que se convive. La finalidad de esta regla de exclusión parece que es la de evitar que dos personas que tengan esa vinculación decidan, no obstante, vivir de forma independiente, solicitando cada una de ellas un IMV diferente. Lo anterior encuentra apoyo en el dato de que

la excepción a esta causa de exclusión que se contiene en la parte final del artículo 4.1 b) se materializa en el hecho de que dichas personas hayan iniciado los trámites de separación o de divorcio, dejando abiertas otras desconocidas posibilidades que la norma remite al desarrollo reglamentario, que no se ha producido aún. En definitiva, una persona sola, que viva de forma independiente, puede solicitar el IMV, salvo si tiene un vínculo activo de tipo matrimonial o de pareja de hecho con otra, aunque esta resida en otro domicilio. Una forma, pues, de limitar el acceso individual al IMV.

No parece lógico aceptar esta limitación, ya que, si una persona vive sola y de forma independiente y acredita el cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 7.2 del RDL 20/2020 (en la versión del RDL 30/2020) respecto de una vida independiente (aunque aquí sea en relación con el/la cónyuge o la pareja de hecho) durante 3 o 1 año, a tenor de si su edad es inferior o superior a 30 años, el que subsista formalmente el vínculo matrimonial o el de pareja de hecho no debería impedir el acceso al IMV. Es la vida independiente y la existencia de un domicilio separado, es decir, una situación vital y económica autónoma, lo que avala la solicitud, sin que puedan esgrimirse vínculos formales para excluir a esa persona de la protección. Algo que igualmente sucedería con el/la otro/a cónyuge o pareja de hecho, que tampoco podría solicitar individualmente el IMV por impedírsele la existencia de tales vínculos. Lo que, o bien obligaría a una solicitud conjunta en calidad de unidad de convivencia, lo que es imposible porque la convivencia no existe; o bien condena a ambas personas a quedar excluidas de la protección, salvo, si acaso, si alguna de las dos forma parte de una unidad de convivencia que pueda acceder al IMV.

Por estos motivos, lo razonable sería entender que el obstáculo que representa la existencia de un vínculo matrimonial o de pareja de hecho solamente debía ser operativo cuando se trata de una persona que pretende solicitar el IMV de forma individual pese a compartir el domicilio con su cónyuge o pareja de hecho. Porque, en este caso, lo que debe hacer es actuar como titular de una prestación que se solicita en nombre de la unidad de convivencia, ya que existen los vínculos que la configuran y tiene lugar, además, la convivencia en un mismo domicilio. Interpretación que hace razonables las excepciones previstas en el mismo artículo 4.1 b) y, particularmente, en el nuevo artículo 6 bis, ambos conforme a la redacción proporcionada por el RDL 3/2021, respecto de separaciones, divorcios, víctimas de violencia de género o semejantes.

Sentada la posibilidad de que una persona que viva sola y de forma independiente pueda solicitar el IMV, más oscura es la alternativa de una persona independiente que, no obstante, comparta domicilio con una unidad de convivencia. Se trata de una posibilidad que se encontraba expresamente prevista en los artículos 4.1 b) y 6.2 c) del RDL 20/2020, cuando se refería este último a la concurrencia de una unidad de convivencia constituida por los miembros de una familia o relación análoga y una persona beneficiaria individual; lo que fue sustancialmente mantenido por el RDL 30/2020, pero trasladando esta parte final del artículo 6.2 c) al párrafo primero del apartado 3 del mismo artículo 6. Se trata, no obstante, de un apartado que, finalmente, ha sido eliminado por el RDL 3/2021, quedando solamente como fundamento legal de esta posibilidad el artículo 4.1 b) en la forma ambigua como se formula.

Lo que, aparentemente, excluye la posibilidad de una persona beneficiaria individual que comparta domicilio con una unidad de convivencia típica. No obstante, el apartado 9 del artículo 19, introducido por el RDL 3/2021, y más concretamente su letra d), recurre a un certificado de los servicios sociales competentes, si fuera necesario, para acreditar que, cuando en un domicilio, además de cada miembro de la unidad de convivencia de tipo familiar o típica, están empadronadas otras personas, no existe con estas ningún lazo de parentesco ni haber constituido una pareja de hecho. Con independencia de las incoherencias del apartado que, por ejemplo, menciona como vínculo del que hay que acreditar que no existe el de la pareja de hecho, pero no el matrimonio, lo cierto es que acepta que en un mismo domicilio pueden convivir una unidad de convivencia familiar o típica con otras personas. Otra cosa es, ya que el artículo nada indica, si esas otras personas pueden o no constituir una unidad de convivencia propia, que habría que denominar atípica, o solicitar, todas o algunas, el IMV de forma individual.

El único soporte normativo a esa convivencia entre una unidad de tipo familiar y una persona individual, con la que no tiene los vínculos descritos en el artículo 6.1, pudiendo solicitar ambas el IMV, aunque de forma separada, quizás puede encontrarse en el nuevo artículo 6 *quater* del RDL 20/2020, añadido por el RDL 3/2021, si esta última es una persona que se encuentra en situación de riesgo de exclusión social. Algo que el nuevo apartado 10 del artículo 19 del RDL 20/2020, artículo dedicado a la acreditación de los requisitos, y que también ha sido incorporado por obra del RDL 3/2021, exige que se certifique por los servicios sociales competentes. En todo caso, la redacción del artículo 6 *quater*, titulado «Convivientes sin vínculos de parentesco», es, como está siendo habitual en todas estas reformas, algo imprecisa, ya que esa posibilidad de que las personas en riesgo de exclusión social puedan ser titulares individuales del IMV la declara en el caso de que «convivan en el mismo domicilio personas entre las que no concurren los vínculos previstos en el artículo 6».

Lo que podría ser interpretado como una hipótesis restringida al caso de varias personas que, sin vínculos familiares o análogos entre sí, comparten domicilio y que no se refiere al que aquí se está considerando, es decir, el de una persona individual que comparte domicilio con una unidad de convivencia típica. Lo confirma el que el artículo 19.9 e) reclame el que se acredite en este caso que entre todas o parte de las personas convivientes no existen los lazos familiares del artículo 6.1 cuando una de esas personas convivientes solicitare el IMV al amparo de lo previsto en el artículo 6 *quater*. Lo que ciertamente es una hipótesis de convivencia de varias personas en un mismo domicilio y no de coexistencia de una unidad de convivencia con derecho al IMV con una persona solicitante individual del IMV, que es la que se está aquí analizando. En todo caso, parece desproporcionado permitir esa o esas titularidades individuales en casos de agrupaciones de personas sin ningún vínculo familiar entre ellas y no aceptarla en el caso de una persona individual que comparte domicilio con una unidad de convivencia típica sin integrarse en ella. Lo que, por otra parte, podrá ser frecuente si se piensa, por ejemplo, en la convivencia de una unidad con parientes que exceden del grado de parentesco que delimita el perímetro de las unidades de convivencia típicas de acuerdo con el artículo 6.1 del RDL 20/2020.

Siguiendo con las personas, tanto las que vivan solas en un domicilio, como si lo hacen de forma independiente pero compartiéndolo con una unidad de convivencia en la que no se integran, la versión inicial del artículo 4.1 b) del RDL 20/2020 requería de ellas que tuvieran un mínimo de 23 años y un máximo de 65; algo que el RDL 30/2020 mantuvo, aunque abriendo la posibilidad de solicitar el IMV a las personas mayores de 65 años siempre que no fueran beneficiarias de una pensión de jubilación. Por su parte, el RDL 3/2021 ha suprimido correctamente cualquier referencia a un tope de edad, en la medida en que dicho tope se justificaba por la idea, un tanto mecanicista, según la cual, por encima de esa edad, lo lógico era que la persona accediera, si carece de recursos, a una pensión no contributiva de jubilación. La aceptación de que ese tránsito desde el IMV a la pensión no contributiva no siempre es posible en la medida en que, pese a la edad, pueden no reunirse, por ejemplo, los requisitos de residencia legal mínima en España exigidos por el artículo 369.1 de la LGSS hace adecuada esa supresión.

Pero la posibilidad de que una persona que vive sola o de forma independiente en un domicilio compartido acceda al IMV y que, salvo la edad, no tenía otras limitaciones se ha visto restringida por los añadidos introducidos, de forma acumulativa, en el artículo 4.1 b) del RDL 20/2020 por obra del RDL 30/2020 y del 3/2021. Tales añadidos, que excluían del IMV a quienes, por encima de los 65 años, fueran beneficiarias de una pensión de jubilación, sin mayores precisiones (RDL 30/2020), ahora, conforme a la versión del RDL 3/2021, excluyen a quienes, cualquiera que sea su edad, aunque siempre mayor de 23 años, se benefician tanto de una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente, sin especificar el grado de incapacidad que fundamenta la pensión, lo que obliga a suponer que cualquiera de ellos, o de una pensión no contributiva de jubilación o invalidez, al tratarse de unas prestaciones incompatibles con el percibo del IMV. Lo que, aunque no hay una declaración expresa y directa en este sentido, se deriva de lo establecido en el artículo 7.1 c) del RDL 20/2020 cuando exige, como requisito de acceso al IMV, el haber solicitado las pensiones y prestaciones de la Seguridad Social a que la persona solicitante pudiera tener derecho; si bien esta condición queda remitida, en cuanto a la precisión de sus circunstancias, a lo que se establezca reglamentariamente. Previsión que no ha sido modificada por ninguno de los reales decretos-leyes de reforma.

En consecuencia, podrá acceder al IMV una persona que viva sola o de forma independiente en un domicilio compartido, siempre que tenga más de 23 años y que no tenga derecho a ninguna de las pensiones del sistema de Seguridad Social por jubilación o incapacidad. Sin embargo, no basta con cumplir estas exigencias, ya que el artículo 7 del RDL 20/2020, en su apartado 2, establece otras, fijadas a partir de la reforma del RDL 28/2020, luego reforzada por el RDL 30/2020. Que, en principio, se referían tanto a las personas que vivan solas como a las que comparten domicilio con otras, no formando, sin embargo, parte de una unidad de convivencia, ya que se remitía a lo establecido en el artículo 4.1 b) que abarcaba ambas situaciones. Lo confirma el que la remisión del artículo 7.2 se hacía tanto al artículo 4.1 b) como al 6.2 c), donde se precisaba la posibilidad de que una persona individual titular del IMV compartiera domicilio con una unidad de convivencia de tipo familiar o análogo.

Sin embargo, las reformas posteriores de los artículos afectados han implicado igualmente a las remisiones cruzadas entre los mismos. Así, en un primer momento, el RDL 28/2020 cambió lo establecido en el artículo 7.2, tanto en relación con las personas solicitantes que vivieran de forma independiente, como respecto de quienes compartieran de forma individual el domicilio con una unidad de convivencia sin integrarse en ella, estableciendo que las personas que tuvieran menos de 30 años en la fecha de solicitud deberían acreditar una residencia legal y efectiva en España, así como haber vivido de forma independiente durante al menos los 3 años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. Algo que la versión inicial del RDL 20/2020 exigía de modo absoluto con independencia de la edad, de forma que el RDL 28/2020 vino a limitar tales exigencias solamente a las personas menores de 30 años, no proyectándolas ya sobre las mayores de esa edad.

Por su parte, el RDL 30/2020 volvió a alterar el contenido del artículo 7.2 en el sentido de suprimir lo relativo a la residencia legal y efectiva en España, fundiendo ambas exigencias en la de haber vivido de forma independiente en España, al menos esos mismos 3 años que no se alteran; lo que podría interpretarse que se trata de una residencia real y efectiva al margen de su regularidad administrativa. Pero añadiendo un nuevo párrafo al artículo 7.2 en el sentido de que también las personas solicitantes del IMV que vivan de forma independiente o con una unidad de convivencia en un mismo domicilio, pero sin integrarse en ella, y tengan más de 30 años, deberán acreditar que, en el año inmediatamente anterior a la solicitud, su domicilio en España ha sido distinto al de sus progenitores/as, tutores/as o acogedores/as. Todo lo anterior es el régimen vigente que el RDL 3/2021 no ha alterado.

Lo que sucede es que también ha quedado afectada la definición de lo que debe entenderse por vida independiente. En su origen, esta definición se contenía en el artículo 7.2, segundo párrafo, entendiéndola existente si la persona había permanecido en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social durante al menos 12 meses, continuados o no, y siempre que acreditara también que su domicilio había sido independiente al de las personas progenitoras, tutoras o acogedoras durante los 3 años inmediatamente anteriores a la solicitud. Por su parte, el RDL 28/2020, manteniendo la versión inicial, pero precisando que la duración mínima del alta se refería igualmente a los 3 años inmediatamente anteriores a la solicitud, añadía que esa alta podía ser tanto en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, en las clases pasivas o, incluso, en una mutualidad de previsión social que sea alternativa, para determinadas personas profesionales autónomas, al régimen especial de trabajadores por cuenta propia. Dicción normativa que no ha quedado afectada por el RDL 30/2020 y el 3/2021, salvo, en lo que se refiere al primero, al introducir la exigencia, menos rigurosa, del año de vida independiente en el caso de las personas solicitantes individuales mayores de 30 años, lo que, como se ha dicho, no ha sido reformado por el RDL 3/2021.

Las anteriores, estén en una u otra versión de la norma, son exigencias que tienen en su punto de mira a las personas jóvenes, de las que se teme que puedan verse incentivadas a forzar artificialmente una vida independiente con el único fin de obtener, debido a su

carencia de recursos, el IMV. Y, desde esta perspectiva, puede considerarse razonable tanto la prueba de una cierta vida económicamente independiente, lo que se reflejaría en los 12 meses de alta requeridos, como la edad de 30 años en cuanto frontera para esa exigencia de vida independiente durante los 3 años inmediatamente anteriores. Pero se trata de una sospecha que, lógicamente, pierde entidad a medida que la edad del solicitante es mayor. Por lo que, si bien se justifica ubicar la frontera en la edad, más que razonable para una vida independiente, de los 30 años, por encima de ella es un tanto exagerado requerir de la persona solicitante que acredite que se trata de alguien que ha vivido, en el año inmediatamente anterior, de forma independiente de sus progenitores/as, tutores/as o acogedores/as. Requisito que, a esas edades, solo sirve para bloquear situaciones marginales de personas que, por carencia de recursos, han retornado al hogar familiar; aunque es cierto que también frena las solicitudes de personas que han permanecido en el hogar familiar más allá del cumplimiento de los 30 años, pretendiendo desde esa situación reclamar un IMV que, más que atender situaciones de necesidad efectivas, sirve para afrontar las necesidades económicas de una vida que solo es independiente de forma artificial.

3.1.3. Las unidades de convivencia

Como contraposición a la persona demandante individual del IMV que vive sola y de forma independiente o, caso de compartir domicilio, lo hace con otras personas que forman una unidad de convivencia, pero sin incorporarse a ella, el referente central del RDL 20/2020 es, como se ha dicho, la unidad de convivencia. A la que la norma dedica el artículo 6, sin olvidar las previsiones al respecto que se contienen en los artículos 4 (personas beneficiarias), 7 (requisitos para acceder a la prestación), 19 (en lo que se refiere a la acreditación de los requisitos), y, desde el RDL 3/2021, los artículos 6 bis y 6 *quater*; quedando fuera de consideración el artículo 6 ter, también incorporado al RDL 20/2020 por el RDL 3/2021, que se dedica, como se ha visto antes, a establecer supuestos especiales de domicilio. Naturalmente que todas las reflexiones que siguen parten de la base de que la unidad o unidades de convivencia de que se trate viven en, o comparten, un único domicilio.

Pues bien, a este respecto hay que acudir al artículo 6.1 donde se define la unidad de convivencia. En su origen, el artículo 6.1 del RDL 20/2020 estableció que una unidad de convivencia es la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por un vínculo matrimonial o de pareja de hecho, o por un vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad y adopción, así como otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. Es lo que se viene denominando como unidad de convivencia familiar o típica. El único cambio, finalmente irrelevante, lo introdujo el RDL 30/2020 en el sentido de que, en relación con el concepto de pareja de hecho, más que remitir al artículo 221.2 de la LGSS, referido como se sabe a la pensión de viudedad, añadió un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 6 donde, sencillamente, incluyó esa misma definición tomada del artículo 221.2 de la LGSS.

Así, a efectos de la pensión de viudedad, las personas integrantes de la pareja de hecho, además de no estar impedidas para contraer matrimonio ni tener vínculo matrimonial con otra persona, no solamente deben haber convivido de forma estable y notoria durante al menos 5 años ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento de la persona causante de la pensión de viudedad, lo que ha de probarse mediante el certificado de empadronamiento o también mediante otros medios de prueba, sino que también deben acreditar, a través de la certificación del pertinente registro de parejas de hecho de la comunidad autónoma o del ayuntamiento del lugar de residencia o mediante documento público, normalmente notarial, la existencia de dicha pareja de hecho; inscripción o formalización que debe tener lugar al menos con una antelación de 2 años respecto de la fecha de fallecimiento de la persona causante. Exigencias que la versión inicial del artículo 6.1 del RDL 20/2020 establecía igualmente para que pudiera tenerse en consideración dicha pareja de hecho a los efectos de la constitución de la unidad de convivencia que constituye el soporte de la solicitud del IMV y que, no obstante, podían considerarse excesivas teniendo en cuenta que tales requisitos se reclaman para una prestación de largo recorrido y de entidad económica relevante, circunstancias que no concurren en el IMV.

Sin embargo, el que el RDL 30/2020 haya suprimido la remisión al artículo 221.2 de la LGSS y haya incluido en el segundo párrafo del artículo 6.1 del RDL 20/2020 una propia definición de pareja de hecho no ha implicado cambios de relevancia. Pese a no existir la remisión al artículo 221.2 de la LGSS, sin embargo, su contenido se ha incorporado, por obra del RDL 28/2020, al artículo 19, referido a la acreditación de los requisitos, y cuyo apartado 4, quinto párrafo, establece la forma de probar la existencia de la pareja de hecho reproduciendo exactamente el contenido del artículo 221.2 de la LGSS. No en relación con la necesidad de una convivencia estable y notoria con una duración mínima ininterrumpida de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud del IMV, lo que ha hecho el RDL 30/2020, añadiendo un segundo párrafo al artículo 6, y pudiendo valer para atestiguarlo, como para las pensiones de viudedad¹¹, tanto el certificado de empadronamiento como cualquier otro medio de prueba, ya que la versión actual del artículo 6.1 del RDL 20/2020 para nada se refiere a la forma de probar la existencia en ese tiempo de la pareja de hecho, valiendo cualquiera de las admitidas en derecho. Pero sí respecto de la otra exigencia de registro de la pareja de hecho o su formalización en documento público con una antelación mínima de 2 años, que aquí sería a la de la fecha de la solicitud del IMV; para lo que el artículo 19.4 reproduce, como se ha dicho, lo establecido en el artículo 221.2 de la LGSS. Una exigencia, especificada por el RDL 28/2020, que los posteriores RDL 30/2020 y RDL 3/2021 han mantenido y que sigue resultando excesiva y una manifestación más de la desconsideración por parte de las normas de protección social hacia las parejas de hecho.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 de marzo, y Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (rec. 1514/2010) y 22 de septiembre de 2014 (rec. 1958/2012).

Sentado lo anterior, conviene detenerse en los variados interrogantes que suscita la referencia a los vínculos o lazos de parentesco que fundamentan la solicitud del IMV en nombre de la unidad de convivencia.

En primer lugar, hay que indicar que, tratándose de una unidad de convivencia que vive en un domicilio sin compartirlo con otras personas ajenas a esa unidad, su configuración no es disponible para las personas potenciales solicitantes del IMV; de forma que, existiendo ese tipo de vínculos, las personas afectadas estarán forzosamente integradas en la unidad de convivencia a efectos del IMV. Pero, como contrapartida, quienes convivan en el mismo domicilio con esa unidad de convivencia, pero sin tener ese tipo de vínculos porque, por ejemplo, excedan de los límites del parentesco, no serán tenidas en consideración ni para computarlas a efectos de determinar el número de componentes de la unidad de convivencia, ni para tener en cuenta sus posibles ingresos, ni, tampoco, para establecer la cuantía final del IMV. Se trata, en fin, de convivientes que son invisibles para el IMV, tanto en un sentido negativo como positivo. Y que solamente podrían reclamar individualmente el IMV si, como indica el nuevo artículo 6 *quater*, se encuentran en riesgo de exclusión social, certificado pertinentemente por los servicios sociales competentes.

En segundo lugar, la definición de la unidad de convivencia del artículo 6.1, primer párrafo, que no ha sido alterado por el RDL 3/2021 en cuanto a la redacción contenida en el RDL 30/2020, parece pretender incluir en la misma unidad de convivencia, y de forma obligatoria, a todas las personas que vivan en un mismo domicilio y que tengan algunos de los lazos indicados, sean matrimoniales, de pareja de hecho o de parentesco, con independencia de con quién se anuden tales vínculos. Esta interpretación amplia está propiciada por el hecho de que la norma no establece un referente preciso de en relación con quién o quiénes se establecen y miden tales vínculos. Lo que podría entenderse en el sentido de que también formarán parte de la unidad de convivencia encabezada por las personas integrantes del matrimonio o la pareja de hecho, quienes estén vinculados, al margen del matrimonio, por lazos de parentesco dentro del segundo grado con, por ejemplo, hijos/as o nietos/as de ese vínculo matrimonial inicial o quienes fueran parientes por afinidad de cualquiera de estas personas convivientes y, en general, quienes son parientes en el segundo grado de cualquiera de los/las componentes de la unidad de convivencia, aunque su relación de parentesco con las personas que forman el núcleo de la unidad sea de un parentesco que excede el segundo grado.

No parece que, pese a la deficitaria definición del artículo 6.1, estas alternativas sean asumibles. Por el contrario, ha de entenderse que, en cuanto a los vínculos que tienen relevancia, el referente es el matrimonio o la pareja de hecho en torno al cual se organiza la convivencia. De manera que solo integrarán la unidad de convivencia, además de los/las miembros del matrimonio o de la pareja de hecho, los/las parientes hasta el segundo grado de esas personas, se trate de descendientes o de ascendientes, sin admitirse extensiones como las descritas antes como ejemplo. En consecuencia, y pese a que exista convivencia en un mismo domicilio, no pueden considerarse integrantes de la unidad de

convivencia a efectos del IMV las personas que tienen vínculos de parentesco o asimilado con algunas de las personas convivientes, que sí se toman en cuenta, pero son lazos que exceden del grado límite que la norma fija, haciéndolo exclusivamente respecto del matrimonio o la pareja que da cuerpo y sostén a la unidad de convivencia. Quedarían así fuera de dicha unidad los supuestos antes citados como hipótesis, siendo personas que pasarían a engrosar el elenco de los/las miembros invisibles de las unidades de convivencia. Salvo que tuvieran la posibilidad de solicitar individualmente el IMV o de constituir otra u otras unidades de convivencia dentro del mismo domicilio; lo que es harto improbable como ya se ha visto. Una afirmación que vale igualmente en el caso de que el soporte de la unidad de convivencia sea una persona individual que, por no haber contraído matrimonio ni formado una pareja de hecho, convive en el mismo domicilio con sus parientes hasta el segundo grado.

Establecida, con las dificultades que se han apuntado, la hipótesis de una unidad de convivencia que viva en un domicilio sin compartirlo, en principio, con otras personas, salvo las que se han calificado como miembros invisibles de la unidad de convivencia, procede ahora analizar si es posible que, en un mismo domicilio, convivan personas entre las que no existan los vínculos citados que puedan reclamar, en conjunto o de forma individualizada, el IMV, conformando lo que podría denominarse como una unidad de convivencia atípica o no familiar. Pues bien, según las versiones combinadas de los artículos 4.1 b) y 6.2 c), en la redacción original dada al RDL 20/2020, esta alternativa era posible en la medida en que el segundo de los artículos citados decía expresamente que tendría la consideración de unidad de convivencia la formada por dos o más personas que, sin mantener entre sí una relación de las características de la unidad de convivencia típica o familiar, habitaran en un mismo domicilio, si bien añadiendo la norma que esto sería posible en los términos en que lo estableciera el reglamento de desarrollo que, como se ha venido advirtiendo, aún no se ha aprobado.

La posibilidad de una unidad de convivencia atípica o no familiar, en cuanto basada en otros lazos que la norma no precisaba y que podían incluir la amistad, la conveniencia, la utilidad o el mero reparto de gastos, quedaba avalada por la versión del artículo 6.2 c) introducida por el RDL 30/2020, según la cual podía ser considerada una unidad de convivencia, potencial beneficiaria del IMV, la formada por dos o más personas de al menos 23 años que, sin mantener una relación basada en los vínculos descritos en el artículo 6.1, es decir, los que fundamentan una unidad de convivencia típica o familiar, habitaran, sin embargo, en un mismo domicilio. Hipótesis para la que se exigía, por obra del RDL 30/2020, que al menos una de ellas tuviera una discapacidad igual o superior al 65 % y que no fuera beneficiaria de una pensión contributiva de incapacidad permanente o no contributiva de invalidez; o que, si tuviera más de 65 años, no fuera beneficiaria de una pensión de jubilación contributiva o no contributiva; o que, en fin, fuera declarada en situación de exclusión social. Reiterando la norma la posible extensión a otros supuestos que pudieran ser añadidos por la norma reglamentaria.

Se trata de una orientación que corrigió lo que parecía ser una de las características del RDL 20/2020 cual era manejar un repertorio amplio de posibles personas beneficiarias del IMV incluyendo desde unidades de convivencia de tipo familiar a otras en las que los vínculos entre sus miembros y el hecho de compartir domicilio respondían a otros fundamentos como los citados. Este planteamiento restrictivo afectó, a partir del RDL 30/2020, a las personas que comparten el domicilio con otras con las que no las unen lazos de parentesco o asimilados, a las que se les imponía el cumplimiento de unos requisitos de edad, incapacidad o exclusión de al menos una de las personas afectadas. Pero que, por obra del RDL 3/2021, se ha acentuado hasta el extremo de que, sencillamente, ha eliminado el apartado 2 del artículo 6 que regulaba este tema.

De manera que esa unidad de convivencia atípica, posible beneficiaria del IMV en forma conjunta, ha desaparecido del repertorio de las unidades de convivencia protegidas por obra del RDL 3/2021, para ceñirse al supuesto, muy limitado, establecido en el nuevo artículo 6 *quater*; esto es, el de personas que convivan en un mismo domicilio sin que entre ellas existan los vínculos requeridos por el artículo 6.1, pudiendo ser solamente titulares del IMV quienes se encuentren en riesgo de exclusión, así certificado por los servicios sociales. Una formulación que no piensa en una unidad de convivencia atípica, sino en una concurrencia de convivientes cada uno de los cuales podrá solicitar el IMV de forma individual siempre que se trate de una persona en riesgo de exclusión. Lo que permite que en un mismo domicilio convivan varios titulares del IMV, frente a la prohibición contenida en el artículo 5 del RDL 20/2020 desde su primera versión, en el sentido de que en un mismo domicilio podrá haber un máximo de dos titulares. Apartado, como se dijo antes, suprimido por el RDL 3/2021.

El que las unidades de convivencia atípicas queden excluidas como potenciales beneficiarias del IMV tiene una repercusión directa en la cuestión de la posible concurrencia, no tanto de una persona solicitante individual con una unidad de convivencia familiar o típica, que, aun con dudas, parece que sigue siendo posible como se ha visto antes, sino sobre la coexistencia de dos unidades de convivencia, una típica y otra atípica. Se trata de una posibilidad ya existente en la versión primitiva del artículo 6.2 c) que se refería a la existencia de dos unidades de convivencia, estando una formada por las personas que carecen de vínculo entre sí y otra por las integrantes de una familia. Una previsión que el RDL 30/2020 recogió en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 6, pero que, finalmente, el RDL 3/2021 ha suprimido.

En consecuencia, a partir del RDL 3/2021 ni son tutelables mediante el IMV las unidades de convivencia atípicas que vivan de forma independiente y exclusiva en un domicilio, ni tampoco es posible la concurrencia entre una unidad de convivencia típica y otra atípica. Lo que incrementa el número de quienes se han denominado antes como miembros invisibles de las unidades de convivencia y que no son otras personas que las que conviven en un mismo domicilio con una unidad de convivencia familiar o típica que no forman parte de ella por no existir con la misma los vínculos y lazos de parentesco a los que se ha venido haciendo referencia. Personas que no podrán solicitar el IMV salvo, si acaso y al amparo del

artículo 6 *quater*, si se encuentran en situación de exclusión social. Solicitud en todo caso individual, lo que hace que sea posible que algunas de las personas convivientes, sea con una unidad de convivencia familiar, pero sin formar parte de ella, sea de forma independiente y agrupadas en un mismo domicilio, obtengan el IMV y otras no.

Queda por considerar la hipótesis según la cual es posible la concurrencia en un mismo domicilio de dos o más unidades de convivencia familiares o típicas, cada una de las cuales pueda acceder al IMV de forma separada. Sin embargo, al tratarse de un domicilio compartido, juega aquí la regla, ya descrita antes y prevista en el artículo 6 *ter*, apartado 3, según la cual solo puede entenderse que existen dos unidades de convivencia diferentes con derecho al IMV cuando, mediando un título jurídico, existen en dicho domicilio zonas o espacios de uso exclusivo para cada una de las unidades de convivencia implicadas. De no ser así, el domicilio se entiende conjunto o unitario, siendo el soporte de una sola reclamación del IMV. Lo que plantea la cuestión de cuál de esas unidades de convivencia, que separadamente tendrían derecho cada una al IMV, resulta acreedora al mismo, aceptando, como se ha dicho antes, que no pueden serlo ambas de forma simultánea. Para lo que no puede existir otro criterio objetivo que el de la prioridad temporal; de forma que la unidad de convivencia que solicitara y obtuviera el IMV bloquearía cualquier otra petición posterior de otro IMV para la segunda unidad de convivencia. Un criterio que, pese a su objetividad, no puede sino calificarse como criterio ciego que tiene como resultado la desprotección de la otra unidad de convivencia típica o familiar la cual no podría acceder al IMV por haberlo obtenido antes la otra unidad de convivencia con la que se comparte domicilio. Un resultado poco satisfactorio que, sin embargo, solamente se corregiría aceptando dicha concurrencia, aunque se trate de un domicilio en el que no existen zonas de uso exclusivo. Solución que, a tenor de la norma vigente, no parece incluida en las previsiones del RDL 20/2020.

3.1.4. Supuestos especiales de personas beneficiarias del IMV

Se ha venido remitiendo a un análisis posterior la singular posición de determinadas personas en cuanto a su posible condición de titulares o beneficiarias del IMV, concretamente las que aparecen mencionadas en muchos lugares del RDL 20/2020 como víctimas de violencia de género, víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual o quienes hayan iniciado los trámites de separación o divorcio¹². Obviamente, lo que la norma pretende es facilitar el acceso al IMV de las personas que se encuentren en esas circunstancias, por lo que su mención aparece tanto en lo relativo a las personas beneficiarias (art. 4), a las titulares (art. 5), a las

¹² Sin que puedan tenerse en consideración otras situaciones análogas o asimilables a las que el artículo 4.1 b) y apartado 2 se refieren y a las que las reformas del RDL 30/2020 y del RDL 3/2021 no les han afectado, remitiéndose a lo que establezca el desarrollo reglamentario del RDL 20/2020, que aún no ha tenido lugar; una remisión que también se encuentra en los apartados 2 y 3 del artículo 7 que tampoco ha sido afectado por el RDL 28/2020, el 30/2020 o el 3/2021.

unidades de convivencia (art. 6), a los requisitos para acceder al IMV (art. 7), como, en fin, a la forma de acreditar el cumplimiento de los mismos (art. 19). Artículos que han sufrido algunas modificaciones en relación con estos temas por obra de los reales decretos-leyes posteriores.

Respecto de las personas que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio, en cuanto manifestación de la ruptura del vínculo matrimonial sobre el que se apoya la unidad de convivencia, el artículo 4.1 b) 1.º de la versión inicial permite que tales personas pudieran acceder, de forma independiente, al IMV, pese a la prohibición general de no estar unidas a otras por vínculo matrimonial o de pareja de hecho. Una hipótesis que no abarcaba a las parejas de hecho, seguramente por entender la facilidad o inmediatez con la que dicha pareja puede quedar disuelta con solo acudir a anular la inscripción en el registro correspondiente frente a la relativa mayor lentitud y coste de los procedimientos de separación y divorcio cuya iniciación, como establece el artículo 19.4, último párrafo, ya en la redacción inicial y que no ha sido modificada por los reales decretos-leyes sucesivos, solo puede acreditarse mediante la presentación de la demanda o la correspondiente resolución judicial (art. 19.4, último párrafo, que no ha sido modificado). En todo caso, llama la atención el olvido de las vicisitudes por las que puede atravesar una pareja de hecho, colocando a sus integrantes en una posición similar a la de quienes han decidido poner fin a la relación matrimonial.

Como consecuencia de esta posibilidad de obtener el IMV en estas situaciones, el artículo 6.2 b) del RDL 20/2020 establecía que tendrá la consideración de una unidad de convivencia la constituida por una persona acompañada de sus hijos/as menores o asimilados y las personas familiares hasta el segundo grado por consanguinidad y afinidad, siempre que, una vez más, haya iniciado los trámites de separación y divorcio. Una previsión, confirmada por el RDL 30/2020, que no ha sido suprimida por el RDL 3/2021, ya que la ha trasladado al apartado 1 b) del artículo 6 bis, si bien introduciendo modificaciones de relevancia.

Así, cabe la posibilidad de considerar a estas personas como beneficiarias del IMV, tanto si no se integran en una unidad de convivencia, como si lo hacen en una unidad independiente, pese a que convivan en el mismo domicilio con otras personas con las que mantengan los vínculos propios de la unidad de convivencia familiar, siempre que se hayan iniciado los trámites de separación y divorcio, si la persona ha abandonado el domicilio familiar habitual, aunque lo haga sola, pudiendo ir o no acompañada de los hijos/as menores de edad o asimilados. El mismo apartado del artículo 6 bis sí que presta atención a las parejas de hecho, equiparando los trámites de separación y divorcio al hecho de haber instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, entendiéndose que tanto puede hacerlo sola, como acompañada de hijos/as o menores asimilados, exigiéndose de existir hijos/as que se hayan iniciado los trámites para la atribución de la guarda y custodia de los/las menores. Finalmente, el mismo artículo establece, en el último párrafo del apartado 1, que la consideración de unidad de convivencia independiente está limitada temporalmente a los 3 años siguientes a la fecha en la que se hubieran producido los hechos antes descritos. Una unidad de convivencia que, por su carácter especial o excepcional, solo se admite por tanto de forma transitoria, como una medida de tránsito desde la particular situación en la que se encuentran esas personas hacia la configuración ordinaria de tales unidades de convivencia.

En todo caso, y en coherencia con esta peculiar alternativa para obtener el IMV, el artículo 7.2, dedicado a establecer los requisitos para ello, ha recogido determinadas excepciones a la regla general en el supuesto de personas que hayan iniciado los trámites de separación y divorcio, situación a la que hay que equiparar, aunque la norma no lo diga por tratarse de una regla contenida en el RDL 30/2020, los casos de disolución de las parejas de hecho, debido a la previsión del artículo 6 bis, apartado 1 b), ya descrita, a las que no se exige una vida independiente de una duración mínima de 3 años que, tras el RDL 30/2020, solo se reclama a quienes tengan menos de 30 años, ni tampoco el que la unidad de convivencia esté constituida durante al menos el año anterior a la presentación de la solicitud del IMV (apdo. 2, cuarto párrafo, y apdo. 3, segundo párrafo, del art. 7). Ni tampoco la edad mínima para ser titular del IMV de 23 años. Regulaciones que no han sido afectadas por el RDL 3/2021.

Muchas de las reglas anteriores, en cuanto excepcionales, son aplicables también a los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, para las que no rigen las exigencias generales de no estar unidas a otras personas por vínculo matrimonial o de pareja de hecho, ni formar parte de otras unidades de convivencia, ni tampoco el de edad mínima de 23 años establecida en el artículo 5.2, segundo párrafo, exigiéndose solamente que sean mayores de edad (art. 5.2). Por su parte, el artículo 6.2 a) permite la consideración como unidad de convivencia particular la constituida por una persona víctima de violencia de género, previsión que no se aplica a los casos de trata de seres humanos y explotación sexual, y que, como en el caso de la separación o divorcio, haya abandonado el domicilio familiar acompañada de hijos/as o menores asimilados y sus familiares hasta el segundo grado de parentesco. De la misma forma que el artículo 7.1, 2.º y 3.º, excluye de la obligación de haber residido, de forma legal y efectiva, continuada e ininterrumpida, en España durante al menos 1 año tanto a las víctimas de la violencia de género como, lo que es más lógico, a quienes sean víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual. También el artículo 7.2, tercer párrafo, excluye de la obligación de haber vivido de forma independiente durante al menos 3 años para constituir una unidad de convivencia independiente, si bien refiriéndose solamente a las víctimas de violencia de género, sin mencionar, lo que igualmente hubiera sido lógico, a las víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual. Circunstancias, por último, cuya acreditación, en el caso de la violencia de género, puede hacerse por cualquiera de las formas previstas en el artículo 23 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (art. 19.4, tercer párrafo); y, en el supuesto de trata de seres humanos y explotación sexual, mediante un informe emitido por los servicios públicos de atención integral a estas víctimas o por los servicios sociales, así como por cualquier otro medio de acreditación que se establezca reglamentariamente.

La descrita es la regulación contenida en el texto inicial del RDL 20/2020 que, en todo caso, se presenta como irregular y un tanto desordenada, abarcando o excluyendo de sus previsiones, de forma discutible, sea a un tipo de víctimas u otras. Es el RDL 28/2020 el primero en abordar estas cuestiones, llevando la forma de acreditar tales situaciones del

artículo 7.1 al artículo 19.6, un lugar más idóneo, si bien sin alterar la forma de acreditación, que es la misma que figuraba en el artículo 7.1. En cuanto al RDL 30/2020, su versión del artículo 4 mantiene la no exigencia, para poder ser beneficiarios del IMV, de todos los requisitos, incluida la edad, a ambos colectivos de víctimas; de la misma forma que reitera que, para ser titular del IMV, la edad mínima requerida es la de la mayoría de edad, eludiendo la regla general que la sitúa en los 23 años. Lo que el RDL 3/2021 ha mantenido, añadiendo al artículo 4.1 b), segundo párrafo, que tampoco se les exigirá el haber iniciado los trámites de separación o divorcio, a lo que habría que añadir los de disolución de la pareja de hecho.

En lo que hace a las unidades de convivencia, ya se ha indicado que el RDL 3/2021 ha suprimido el apartado 2, llevando su contenido al artículo 6 bis, pero acogiendo solamente la hipótesis de las víctimas de la violencia de género, especificando que podrán beneficiarse del IMV de forma independiente las personas que, no obstante convivir en el mismo domicilio con alguna persona con la que mantuvieran los vínculos familiares establecidos en el artículo 6.1, sean víctimas de violencia de género y que hayan abandonado su domicilio familiar habitual, acompañadas o no de sus hijos/as o menores asimilados. Lo que, en una nueva manifestación de ambigüedad, no precisa si para que se acepte esta especial unidad de convivencia a efectos del IMV, es necesario que la mujer víctima de la violencia de género tenga hijos/as, al margen de que la acompañen o no cuando abandona el domicilio familiar. No parece razonable, sin embargo, restringir esta posibilidad solo a las mujeres con hijos/as, debiendo entenderse que también se benefician de este trato especial las víctimas de violencia de género sin hijos/as o menores a cargo¹³.

En cuanto a los requisitos exigibles a estas singulares unidades de convivencia, con independencia del RDL 28/2020, que llevó la forma de acreditar la existencia de esas situaciones de violencia, sin alterarla, del artículo 7.1 a) al 19.6, y de que insistiera en que la exigencia de una vida independiente de al menos 3 años tampoco regía en el caso de las personas víctimas de la violencia de género que hubieran abandonado su domicilio, aunque olvidando de nuevo a las víctimas de trata de personas y de explotación sexual, el RDL 30/2020 ha modificado el artículo 7, en sus apartados 2 y 3, eximiendo de la exigencia de vida independiente durante al menos 3 años requerida a los menores de 30 años, así como de la existencia de la

¹³ El artículo 6 bis, apartado 1 c), también reconoce una situación especial a proteger mediante el IMV: la de las personas que abandonan el domicilio familiar por desahucio, o por haber quedado inhabitable por accidente o fuerza mayor, así como quienes, con una fórmula tan habitual como imprecisa e inaplicada, se encuentren en otros supuestos semejantes o asimilables a establecer de forma reglamentaria. Situaciones en las que cabrá la consideración de la existencia de una unidad de convivencia independiente solo de forma temporal con un máximo de 3 años, de la misma forma que ya se ha indicado respecto de quienes hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o de disolución de la pareja de hecho. Otro ejemplo de una regulación muy particular, sin duda motivada por la situación económica que ha tenido como consecuencia la pérdida del domicilio por deudas o impagos del alquiler o de las cuotas hipotecarias, pero que se refiere a situaciones muy diversas de las reguladas en el nuevo artículo 6 bis, habiendo sido afrontada en este artículo relativo a, como su propio título dicta, «Situaciones especiales».

unidad de convivencia independiente durante al menos 1 año. Si bien esa exención se refiere sin que se aprecien razones para ello, en el primer caso, solamente a las mujeres víctimas de violencia de género que, por esta causa, hayan abandonado el domicilio familiar; mientras que, en el segundo, abarca también a las víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual, ampliándose a otros indeterminados supuestos que, una vez más, puedan determinarse reglamentariamente. Nada de esto ha sido alterado por el RDL 3/2021.

Como puede apreciarse tras la apretada exposición de las singularidades que afectan a las situaciones de separación o divorcio, de disolución de la pareja de hecho y de víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos y de explotación sexual, su tratamiento dista mucho de ser sistemático, articulado y completo al estar integrado por normas dispersas, que además se han cambiado de ubicación normativa, que se refieren a hipótesis a veces muy singulares al añadir a estas condiciones el hecho de tener o no hijos/as o el abandonar o no el domicilio familiar o habitual y al mencionar unas veces sí y otras no a las personas víctimas de la trata de seres humanos y de explotación sexual. Un cuadro final desarticulado y confuso, que genera variadas dudas interpretativas y que reclamaría una regulación mejor organizada y completa, posiblemente en un artículo diferenciado dedicado a estas especialidades. Es lo que parece que ha pretendido el artículo 6 bis, introducido por el RDL 3/2021, aunque su propósito, por incompleto y parcial, dista mucho de tener un resultado satisfactorio.

3.2. Cuantía. Acreditación de los requisitos. Obligaciones y sanciones

Aunque se trata de una modificación del apartado 2 del artículo 10 del RDL 20/2020, relativo a la cuantía de la prestación, en realidad, la innovación introducida por el RDL 30/2020 se refiere exclusivamente a la circunstancia de que la unidad de convivencia sea monoparental, lo que implica un incremento del 22 % de la cuantía estándar del IMV, establecida en la letra a) del mismo apartado 2 del artículo 10. Se pasa así de la más breve descripción del primitivo artículo 10.2 c) del RDL 20/2020 a la más amplia actual en la que se considera familia monoparental no solamente la convivencia de una sola persona adulta con uno o más hijos/as menores con los que conviva o la de una persona adulta con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata de una única persona acogedora o guardadora, sino también la convivencia de una sola persona adulta con descendientes hasta el segundo grado menores de edad sobre los que tenga la guardia y custodia exclusiva (el supuesto típico de abuela/o con nietos/as menores bajo su custodia) y la de una persona progenitora, guardadora o acogedora cuando la otra, de existir, está ingresada en prisión o en un centro hospitalario por un periodo largo (igual o superior a 1 año), lo que configura una unidad de convivencia monoparental fáctica, pero igualmente merecedora de tutela. Hipótesis muy específicas a las que la legislación ha considerado conveniente extender la tutela particular de las unidades de convivencia monoparentales.

Como sucede con otras ampliaciones del concepto, también incluidas en el artículo 10.2 c) relativas a los casos en los que los/las menores convivan exclusivamente con sus progenitores/as, abuelos/as, guardadores/as o acogedores/as y uno de ellos/as tenga reconocido un grado 3 de dependencia (el máximo posible o gran dependencia), o sea una mujer víctima de violencia de género que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado, o menores sobre los que tenga la guarda y custodia, o uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción¹⁴.

Con independencia de la modificación establecida respecto de la configuración de la vulnerabilidad económica¹⁵, y en relación con la acreditación de los requisitos, los cambios son más relevantes y se refieren al apartado 4 del artículo 19 que ahora se formula de manera más detallada y precisa. Conforme a esta nueva versión del RDL 28/2020, la existencia de la unidad de convivencia se acreditará con el libro de familia, con el certificado del Registro Civil, y, lo que es más relevante, acudiendo de forma más intensa a los datos obrantes en los padrones municipales relativos a las personas inscritas en la vivienda. Algo que se decía brevemente en la versión anterior, pero que en la actual tiene un desarrollo particular, permitiendo al INSS acceder a la base de datos de coordinación de los padrones municipales del Instituto Nacional de Estadística. Añadiendo que, si de la información recabada se manifiesta falta de coincidencia con los datos aportados con la solicitud, se podrá requerir el correspondiente certificado de empadronamiento, histórico y colectivo, del periodo requerido en cada supuesto. Un recurso que el nuevo apartado 5 del artículo 19 amplía al caso de la acreditación del hecho de haber vivido de forma independiente, cuando así se exija en los supuestos de personas solicitantes que vivan solas.

Añade el artículo 19.4, tercer párrafo, que todos los datos obtenidos mediante los procedimientos descritos podrán ser utilizados para acreditar la existencia de unidades de convivencia atípicas, o que la persona solicitante vive sola o que comparte domicilio con una unidad de convivencia de la que no forma parte. Situaciones que, como se ha visto, han quedado excluidas o limitadas por el RDL 3/2021, sin que ello haya llevado, como sería lógico, a una reforma del artículo 19.4. En todo caso, el párrafo cuarto del mismo artículo 19 contiene la advertencia de que, a los efectos de los datos que figuren en el padrón, no se requerirá el consentimiento de las personas empadronadas en el domicilio de la solicitante;

¹⁴ Aunque también afecta a la cuantía final del IMV, no procede sino recordar aquí lo ya dicho acerca del RDL 39/2020 en cuanto declara el IMV exento del IRPF con el límite general anual conjunto de 1,5 veces el IPREM.

¹⁵ Regulada por el artículo 8 del RDL 20/2020 y que ha sido objeto de una reforma muy marginal de su apartado tercero, introducida por el RDL 28/2020, según la cual, respecto de las hipótesis en las que no concurre la situación de vulnerabilidad económica en el caso de que cualquiera de las personas que se integran en la unidad de convivencia sea administradora de derecho de una sociedad mercantil, solamente se producirá tal exclusión del IMV si el cargo se refiere a una sociedad mercantil que no haya cesado en su actividad; eliminando la exclusión, lo que es lógico, si, por el contrario, dicha sociedad es inactiva.

algo que es la regla general. Poco más puede decirse de las novedades del artículo 19 a partir del RDL 28/2020, salvo que desaparece el que la persona solicitante deba acreditar su condición de demandante de empleo, algo que, no siendo ya requisito para la solicitud, se convierte en una obligación de titulares y, en su caso, de personas beneficiarias del IMV mayores de edad, establecida en el artículo 33.

Lo que sí ha alterado el RDL 3/2021 es el final del artículo 19, añadiendo dos apartados, el 9 y el 10. Centrado el segundo en establecer que la situación de riesgo de exclusión social, que es necesario certificar en los casos de unidades de convivencia reguladas por el artículo 6 *quater*, esto es, la de varias personas que convivan en un mismo domicilio sin que entre ellas existan los tradicionales vínculos familiares, como condición para el acceso de esas personas, de forma individual, al IMV, el nuevo apartado 10 del artículo 19 establece que esa certificación corresponde a los servicios sociales competentes. En cuanto al apartado 9, lo que hace es enumerar los supuestos en los que es necesario un certificado expedido por los servicios sociales para atestiguar una serie de hechos o situaciones como la residencia efectiva en España en los casos de empadronamiento en un domicilio ficticio; la naturaleza temporal del servicio residencial cuando este tipo de residencia puede dar cobertura al IMV; el domicilio real de la persona cuando alegue que no vive donde consta en el empadronamiento; la inexistencia de vínculos familiares cuando en el mismo domicilio figuren, además de la unidad de convivencia, otras personas o cuando convivan con dicha unidad las personas beneficiarias especiales del IMV previstas en el artículo 6 *quater*; o el cumplimiento del requisito de haber vivido de forma independiente en España, así como la acreditación de formar parte de una unidad de convivencia al menos 1 año antes de la solicitud del IMV, requisitos exigidos por el artículo 7, apartados 2 y 3¹⁶.

En lo que se refiere a las obligaciones de las personas beneficiarias, se dividen, más formalmente que otra cosa, entre las que conciernen a las personas titulares y a las integrantes de la unidad de convivencia. Su relación se encuentra, respectivamente, en el artículo 33, apartados 1 y 2 del RDL 20/2020, apartados que han sido afectados por la disposición final undécima del RDL 28/2020. No hay en realidad demasiados cambios que constatar, pudiendo reducirse a tres.

En primer lugar, el nuevo apartado 1 c) del artículo 33, dando relevancia al padrón municipal, obliga a la persona titular a comunicar a la entidad gestora, en un plazo de 30 días naturales, cualquier cambio de domicilio o de situación en el padrón municipal que le afecte personalmente o a cualquier persona que forme parte de la unidad de convivencia. Lo que

¹⁶ El RDL 3/2021 ha añadido un nuevo artículo al texto del RDL 20/2020, en concreto el artículo 19 bis, donde se establece que, con carácter anual, los servicios sociales comunicarán a la entidad gestora el mantenimiento o modificación de los informes previstos en el nuevo apartado 9 del artículo 19; más concretamente los referidos a la inexistencia de los vínculos de matrimonio, pareja de hecho o familiares, así como los relativos a la exclusión social.

no es más que una precisión de la obligación informativa general contenida en la letra a) del mismo apartado 1 del artículo 33, en relación con una circunstancia personal de indudable relevancia para el mantenimiento del IMV. Una obligación que el RDL 3/2021 ha puesto a cargo del propio ayuntamiento que gestiona el padrón municipal en el caso de personas sin domicilio que estén empadronadas conforme a las correspondientes instrucciones técnicas al respecto, el cual deberá comunicar, en el plazo de 30 días, al INSS la modificación o, en su caso, la baja en el padrón (nuevo art. 33 bis).

En segundo lugar, se precisa la obligación de comunicación previa a la entidad gestora de las salidas al extranjero tanto de la persona titular como de cualquiera de los/las miembros computables de la unidad de convivencia, pero solamente si se trata de un periodo, continuado o no, superior a los 90 días por año natural; o cuando se trate de ausencias justificadas por periodos superiores, pero debidas a enfermedad. La formulación actual hace desaparecer la obligación de comunicar cualquier ausencia, haciendo constar la duración previsible, así como la licencia anual para ausentarse por una sola vez del territorio nacional por un periodo no superior a 15 días al año, ya que todas las ausencias se computan para llegar a los 90 días de límite, sin que sea necesario ya comunicar y justificar previamente cada ausencia. Una formulación más clara y simplificada, por tanto, de la obligación legal.

En tercer lugar, la reforma de la letra f) del apartado 1 del artículo 33 del RDL 20/2020, relativa a la obligación de estar inscritas las personas titulares como demandantes de empleo, dentro de los 6 meses siguientes a la notificación de la resolución de concesión, y que el apartado 2, letra e), del mismo artículo 33 amplía a las beneficiarias no titulares, en ambos casos si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipadas, elimina la remisión a la regulación reglamentaria para la concreción de los supuestos en que esta obligación es exigible, asumiendo el propio RDL 28/2020 esa tarea estableciendo en qué casos, todos ellos razonables, esta obligación no será exigible y la forma de acreditar tales situaciones.

Así, se recogen supuestos como los de estar cursando estudios reglados y ser menor de 28 años (para quienes el plazo de 6 meses comienza a correr desde que la persona beneficiaria cumple 28 años); tener suscrito un convenio especial con la Seguridad Social relativo a las personas cuidadoras de las que estén en situación de dependencia; estar percibiendo una pensión de incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, una pensión no contributiva de invalidez o una pensión de jubilación contributiva o, sencillamente, haber cumplido los 65 años, circunstancias y edad en las que carece de sentido reclamar a la persona afectada la búsqueda activa de empleo; estar afectado/a por una discapacidad con un grado igual o superior al 65 %, al margen de que se esté o no percibiendo una pensión no contributiva de invalidez; o, en fin, tener reconocida una situación de dependencia de cualquier nivel, de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.

Por su parte, es la disposición final quinta, apartado nueve, del RDL 30/2020 la que altera lo establecido en el artículo 34.3 del RDL 20/2020 en materia de infracciones graves, así como el apartado diez de la misma disposición final, lo referente a las sanciones, reguladas por el artículo 35 de la misma norma. El primer cambio es coherente con la modificación, recién descrita, de las obligaciones de la persona titular de la prestación en relación con las salidas al extranjero de las personas beneficiarias que tengan una duración superior a los 15 días e inferior a 90; obligación sustituida por la de comunicar las ausencias del territorio nacional que, continuadas o no, sean superiores a los 90 días, por lo que la infracción carece ya de sustento, lo que es motivo para que la anterior letra c) del artículo 34.3 del RDL 20/2020 sea suprimida.

En lo que se refiere a las sanciones, reguladas por el artículo 35 del RDL 20/2020, el cambio introducido por el RDL 30/2020 es menos relevante de lo que parece, limitándose a adecuar la relación de sanciones con las infracciones tipificadas, excluyendo del apartado 2 del artículo 33 (que en la actualidad sería el 3, referido a las infracciones graves) la de no comunicar con carácter previo las estancias en el extranjero de una duración superior a los 15 días e inferior a los 90 que ha sido suprimida, como se ha visto antes, del listado de infracciones graves, restando solamente la de no comunicar ni justificar ausencia de más de 90 días, que sí persiste como infracción muy grave.

Finalmente, lo que el nuevo artículo 35.1 hace es dar cumplimiento a lo previsto en el apartado 6 de la anterior regulación que remitía al desarrollo reglamentario la posibilidad de que, en el ámbito de la imposición de sanciones, se tuviera en cuenta la graduación de las mismas considerando los factores habituales de culpabilidad, negligencia e intencionalidad de la persona infractora, así como la cuantía económica de la prestación que se hubiera percibido indebidamente. Posiblemente, razones ligadas al respeto del principio de legalidad han hecho que el RDL 30/2020 modifique el apartado 1 del artículo 35, incluyendo en el mismo, aunque sea muy genéricamente, la posibilidad de que las sanciones puedan imponerse en los grados mínimo, medio y máximo teniendo en cuenta las mismas circunstancias que ya mencionaba el ahora desaparecido apartado 6 del artículo 35.

3.3. Modificaciones en materia de procedimiento y tramitación de las solicitudes

3.3.1. Ampliación de los efectos retroactivos de las resoluciones de concesión

En cuanto a las solicitudes del IMV, la disposición final undécima del RDL 28/2020, en su apartado seis, modifica la disposición transitoria segunda del RDL 20/2020 en el sentido de ampliar los efectos retroactivos de las presentadas a partir del 15 de junio de 2020, fecha inicial tras la cual ha podido hacerse. El RDL 28/2020 no cambia lógicamente esta fecha, pero sí el plazo hasta el cual la solicitud tendrá efectos retroactivos, que pasa del 15 de septiembre

al 31 de diciembre de 2020. De manera que, haciéndolo hasta esta fecha, los efectos económicos de la solicitud se retrotraerán hasta el día 1 de junio de 2020, retrasando hasta el 1 de enero de 2021 el efecto ordinario de la solicitud, establecido por la misma disposición transitoria segunda y de acuerdo con lo que, con carácter general, fija el breve artículo 11.1 del RDL 20/2020, titulado «Derecho a la prestación y pago». Que permanece inalterado, tanto en este punto como en la previsión de que el pago del IMV será mensual y mediante transferencia bancaria, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto (RD) 696/2018, de 29 de junio.

Claramente, la ampliación del plazo de presentación de solicitudes con efectos retroactivos, algo excepcional en relación con el régimen jurídico ordinario de las mismas que se establece en el artículo 11 que, como se ha visto, no prevé ningún efecto retroactivo de tipo económico para las solicitudes del IMV, se debe a la constatación práctica de que el plazo inicial de solamente 3 meses era excesivamente limitado para una prestación nueva y compleja, con las dificultades de difusión, de comprensión y de aplicación por parte de las posibles personas aspirantes a la misma que ello plantea; requiriéndose, en consecuencia, un espacio de tiempo mayor para su consolidación, sin que ello supusiera una merma de derechos para las personas que, habiendo accedido más tarde a esta posibilidad, hubieran retrasado, por necesidades meramente informativas y de identificación de los requisitos necesarios, la presentación de la pertinente solicitud. Además de que el excepcional efecto retroactivo de esta también sirve para paliar las necesidades urgentes de recursos para la subsistencia de las posibles personas beneficiarias, particularmente agravadas en el contexto de la emergencia sanitaria y sus efectos sobre el empleo y los ingresos de los hogares.

3.3.2. Ampliación del abanico de las posibles entidades gestoras e introducción de un trámite de admisión

Respecto de la tramitación, la misma disposición final undécima del RDL 28/2020, en su apartado tres, cambia la redacción del artículo 25 del RDL 20/2020, dedicado precisamente a la tramitación de las solicitudes, con una doble finalidad. De una parte, para ampliar nominalmente el abanico de órganos competentes para iniciar el procedimiento de concesión del IMV que, en la versión original, parecía ser exclusivamente el INSS, pero que, en la reformada, de conformidad con otras previsiones del RDL 20/2020, se da entrada en dicho procedimiento, sea solamente para iniciarlo, sea incluso para concluirlo con la resolución pertinente, a otros órganos autonómicos o incluso locales. La nueva versión del artículo 25 se refiere, por tanto, de forma general, al «órgano competente», sin precisar su posible identidad.

En relación con este tema, hay que resaltar la reforma del artículo 29 del RDL 20/2020 por obra del RDL 35/2020, cuya disposición final quinta añade un nuevo apartado que tiene como finalidad, una vez hechos los desarrollos técnicos necesarios, favorecer e intensificar

la intervención de otras Administraciones con el objetivo de atender con la mayor celeridad posible las situaciones de necesidad que son objeto de protección. Si ya el apartado 1 del mismo artículo preveía la colaboración interadministrativa, mediante convenios, acuerdos o cualquier otro instrumento de colaboración, entre el ministerio y la Administración de la Seguridad Social y otros órganos de cualquiera de las Administraciones públicas, sean estatales, autonómicas o locales, el nuevo apartado 2 concreta esa colaboración, dando entrada, de forma muy incisiva, a la Administración autonómica correspondiente en el procedimiento de reconocimiento del IMV.

Partiendo del hecho, normativamente establecido, de que el órgano competente para reconocer el IMV es el INSS, el nuevo apartado del artículo 29 del RDL 20/2020 ubica en las comunidades autónomas la facultad de iniciación del expediente y la intervención en la mayor parte de su desarrollo en cuanto que, si hay consentimiento de la persona interesada, la comunidad autónoma de su domicilio podrá recabar y remitir los datos necesarios para la identificación de la persona solicitante, así como un certificado que atestigüe que el IMV ha sido pedido en la fecha de recepción de la solicitud. Pero, además, y lo que es más relevante, dicho certificado emitido por la comunidad autónoma será suficiente para acreditar la unidad de convivencia y el cumplimiento de todos los requisitos a excepción del de vulnerabilidad económica, que deberá ser constatado por el INSS antes de proceder a la concesión o denegación del IMV¹⁷.

Una concesión que, habiéndose reconocido sobre la base de la certificación antes mencionada, si posteriormente se estima indebida, hará asumir los perjuicios la propia comunidad autónoma, siempre que no fuese posible recuperar lo indebidamente abonado conforme a los procedimientos habituales referidos al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (art. 55 LGSS y RD 148/1996, de 5 de febrero). Y, puesto que es el INSS el que tiene la facultad última de resolución del procedimiento, el artículo 29.2 del RDL 20/2020 establece ahora que deberá comunicarlo, por los procedimientos informáticos establecidos, a la comunidad autónoma de que se trate.

Una reforma, en consecuencia, que insiste en la idea de descentralizar, particularmente en lo que se refiere a las comunidades autónomas, todo lo relativo a la iniciación del expediente y a la comprobación de los variados requisitos subjetivos y objetivos que el RDL 20/2020 establece, culminando su intervención con un certificado que, no solo deja constancia de la presentación de la solicitud, sino también de que la persona interesada, y en su caso su

¹⁷ A lo dicho en el texto se añade que, conforme al nuevo artículo 29.2 del RDL 20/2020, las comunidades autónomas, en cuyo poder obra la documentación necesaria para emitir el certificado, tienen la obligación de remitir al INSS toda la documentación:

[...] en el plazo máximo de 6 meses a contar desde la fecha de la resolución de la prestación o, en su caso, dentro de los 10 días siguientes a la solicitud a tal efecto cuando sea necesaria para la resolución de cualquier reclamación.

unidad de convivencia, cumple con esas exigencias. Salvo la de la vulnerabilidad económica, mucho más fácil de comprobar desde el INSS que esas otras circunstancias para las que las comunidades autónomas están mejor posicionadas por cercanía y mayor facilidad de control de las circunstancias personales de las personas solicitantes.

Por otra parte, el nuevo artículo 25.1 introduce una fase previa al inicio del verdadero procedimiento de tramitación de las solicitudes, consistente en un trámite de admisión de las mismas ante el órgano competente que decidirá si la solicitud de que se trate puede ser o no admitida. Para lo que el artículo 25.1 establece que deberá atenderse a si la persona solicitante reúne los requisitos de formar una unidad de convivencia de las tuteladas por el RDL 20/2020 y si cumple, ella o la unidad de convivencia en la que está inserta, la condición de encontrarse en situación de vulnerabilidad económica, conforme a lo establecido en el artículo 7.1 b) del mismo RDL 20/2020.

No se entiende bien la finalidad de un trámite previo de admisión que no se limita a un control formal del cumplimiento de los requisitos exigidos, ni tampoco a un juicio más o menos general o superficial que permitiera depurar las solicitudes de aquellas que, con claridad, no reúnen las condiciones para ser admitidas a un juicio, ya más detenido y preciso, posterior, a realizar sea por el mismo órgano o por otro competente. Si así fuera, el nuevo trámite de admisión tendría sentido en la línea de agilizar los procedimientos de concesión, excluyendo las solicitudes que no merecen ser sometidas a consideración. Que seguramente son muchas, dada la novedad del IMV y las expectativas que ha creado entre las personas que creen encontrarse en la situación de necesidad que la norma exige, y que, en consecuencia, lo han solicitado sin el importante filtro social y jurídico que suponen unos criterios estables para adoptar las decisiones, fruto de una práctica reiterada y, sobre todo, de la experiencia derivada de la resolución de innumerables solicitudes.

Pero no es esa la función que el trámite de admisión acaba cumpliendo, porque, en primer lugar, el control que está obligado a hacer el órgano competente es, por exigencia del propio artículo 25.1, muy exhaustivo¹⁸, hasta el punto de que la resolución del trámite de

¹⁸ Salvo, si acaso, en relación con las solicitudes presentadas hasta el 30 de junio de 2021, en las que el control de la Intervención General, mediante sus órganos territoriales delegados, y pese a lo establecido en el artículo 37 del RDL 20/2020, donde se regula el régimen de control del reconocimiento del derecho al IMV que señala que dicho control corresponde a la función interventora y al control financiero permanente, se limita al control financiero permanente, como una forma de agilización de los procedimientos de reconocimiento del derecho. Dicha agilización, que ya estaba prevista en la disposición transitoria cuarta del RDL 20/2020 hasta el 1 de enero de 2021, se ha ampliado hasta el 30 de junio de 2021, conforme a la habilitación prevista en la misma disposición transitoria cuarta, número 2; habiéndose recogido la materialización de tal encomienda en la Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital.

admisión puede considerarse como una especie de pre-resolución que condiciona de forma muy intensa la resolución final. Tan cierto es lo que se sostiene que el propio artículo 25.1 del RDL 20/2020 se preocupa de subrayar que la admisión de la solicitud no impide su desestimación final. Y por más que el artículo 25.2 diga, como ya lo hacía antes de la reforma, que el procedimiento que se instruye a partir de la admisión está orientado a comprobar que la solicitud reúne los requisitos requeridos; algo que ya se ha hecho, y con exhaustividad, en el trámite de admisión¹⁹. Por lo que solamente cabe la denegación final si, durante la instrucción del procedimiento, la entidad gestora efectuara nuevas comprobaciones que hicieran inexistente la situación de vulnerabilidad económica. Una iniciativa que es difícil que dicha entidad emprenda, abrumada como lo estará por el alto número de solicitudes presentadas, y por la urgencia de resolverlas ahora en el trámite de admisión. Con lo que el efecto es finalmente que la resolución de admisión o inadmisión es la verdaderamente relevante, aportando la reforma muy poco al objetivo de agilizar los procedimientos de concesión, que teóricamente ha inspirado la modificación del artículo 25.1.

Mucho menos si se tiene en cuenta que, además, el nuevo artículo 25.1 ha incorporado un procedimiento administrativo de reclamación contra la decisión de inadmisión de la solicitud que es el mismo que el previsto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en cuanto a la reclamación previa a interponer, en caso igualmente de denegación, ante la entidad gestora, como precedente de la posible posterior demanda judicial en materia de prestaciones de Seguridad Social. Reclamación que, incrementando la presión sobre el órgano competente, debe ser resuelta en el plazo de 30 días, sin duda breve en las circunstancias actuales, de acumulación de solicitudes²⁰. No obstante, la remisión es lógica porque el IMV es una prestación de Seguridad Social y la actuación del órgano competente, estatal, autonómico o local que sea, una resolución equivalente a la adoptada normalmente por el INSS. Lo descrito confirma la relevancia decisiva del trámite de admisión al convertir su resolución en directamente recurrible mediante la reclamación administrativa previa ante la misma entidad gestora sin esperar a la conclusión del procedimiento de concesión que pierde relevancia.

No se entiende la reforma descrita si no es como un intento de sofocar, en una fase inicial, las solicitudes presentadas. Lo que no consigue, puesto que, al exigir la norma un control previo tan estricto de las exigencias legales, hace casi inútil el resto del procedimiento,

¹⁹ La consecuencia de lo que se afirma implica que la reforma del artículo 25.1 ha insertado, un tanto precipitadamente, una nueva versión del apartado 1, sin considerar si las innovaciones eran o no coherentes con el resto de los apartados del artículo. Y no lo son porque si, en el caso de las resoluciones admitidas, alguna se desestimara, sería, lo exige ahora el apartado 1, solamente a consecuencia de nuevas comprobaciones hechas a iniciativa de la entidad gestora. Lo que, desde luego, no es lo mismo que lo que sostiene el apartado 2 en el sentido de ordenar a la entidad gestora efectuar nuevas comprobaciones del cumplimiento de los requisitos, instituyendo una especie de doble control y duplicando los trámites de concesión.

²⁰ Salvo que quien resuelva las reclamaciones sea otro órgano superior de la organización administrativa.

ya que el órgano competente resolverá sobre solicitudes admitidas, que es casi decir que concedidas, siendo lo normal que lo que se produzca sea una mera confirmación de la resolución de admisión. Mucho más cuando quien tiene la facultad de resolver, según el artículo 25.3, es, y antes, el INSS; es decir, un órgano que no ha iniciado el procedimiento y que seguramente no lo ha instruido, reservándose solamente la facultad decisoria final, con una dimensión más formal que otra cosa de confirmación de lo ya decidido. De ser esto así, lo que la reforma del artículo 25 ha hecho ha sido, simplemente, descargar al INSS, descentralizando la carga de la instrucción del procedimiento en esas otras variadas entidades autonómicas o locales y liberándolo de una tarea de control para la que no tiene la cercanía ni los medios. Algo que seguramente comunidades autónomas y entes locales consideren positivo en la medida en que les permite intervenir en un procedimiento para el que tienen mejores recursos, predeterminando prácticamente la resolución final del INSS. Un anticipo quizás de lo que sin duda sucederá y es que, como ya lo hace el RDL 20/2020 respecto del País Vasco y Navarra, la resolución final del procedimiento también acabe siendo de su competencia.

Para acabar el comentario de la reforma del artículo 25 del RDL 20/2020, hay que señalar que también se ha modificado el anterior apartado segundo, ahora tercero, en el sentido de ampliar el plazo en el que el INSS ha de emitir y notificar la resolución, que ha pasado de ser de 3 meses a 6 meses desde la entrada en el registro de la solicitud. Una ampliación que estaría justificada, como una manera de reducir la presión sobre la entidad gestora, si el silencio administrativo se considerara positivo; cosa que no sucedía antes ni sucede en la nueva versión, que afirma que, transcurrido dicho plazo, la solicitud se entenderá desestimada. Posiblemente la ampliación del plazo para la resolución obedezca al importante número de solicitudes presentadas, y con la finalidad de evitar reclamaciones por silencio administrativo negativo que sin duda serán más frecuentes con un plazo como el de 3 meses. Por último, el retraso en cubrir las necesidades económicas, claramente urgentes, de las personas solicitantes que la ampliación del plazo comporta se compensa con la medida que ya se ha analizado de ampliar los efectos retroactivos de la resolución.

En esta misma línea se mueve el apartado primero de la disposición transitoria cuarta del RDL 28/2020, ya que, en relación con los procedimientos iniciados entre el 15 de junio y el 23 de septiembre de 2020, que es la fecha de entrada en vigor de la nueva disposición transitoria cuarta, establece que igualmente regirá el nuevo plazo de 6 meses del artículo 25. Aun cuando a la fecha de entrada en vigor del RDL 28/2020 hayan transcurrido desde la presentación de la solicitud los 3 meses previstos anteriormente para que se entendiera producido el silencio administrativo negativo; tiempo que, supere o no los 3 meses, se computará a los efectos del nuevo plazo de 6 meses. Lo anterior tiene el efecto no solo de ampliación del plazo de resolución para estas solicitudes, sino también el más singular de entender sin efecto la resolución por silencio que ya se ha producido al transcurrir los 3 primeros meses. Aunque su consecuencia práctica sea leve en la medida en que esos primeros 3 meses se cumplieron el 15 de septiembre de 2020, solo 8 días antes de la entrada en vigor de la disposición transitoria cuarta.

Finalmente, y también en relación con estos mismos procedimientos iniciados antes del 23 de septiembre de 2020, el apartado 2 de la misma disposición transitoria cuarta del RDL 28/2020 ordena, centrándose en el requisito de la vulnerabilidad económica, que, al margen del estado en que se encuentre el procedimiento, la entidad gestora, para continuar la tramitación, tendrá que comprobar si existe dicha situación. Algo que sorprende un tanto, ya que esa exigencia es general del RDL 20/2020 y poco o nada añade a esta obligación la disposición transitoria cuarta que se comenta. Aunque en realidad, puede entenderse que lo que hace es aplicar a las solicitudes anteriores a la entrada en vigor del RDL 28/2020 (es decir, el 23 de septiembre de 2020) una especie de mecanismo o trámite de admisión, que aquí sería de impulso del procedimiento, semejante al que el mismo RDL 28/2020 ha insertado, como se ha visto, en el artículo 25.1 del RDL 20/2020. Por eso, la disposición transitoria cuarta establece que la falta de acreditación del requisito de la vulnerabilidad económica determinará que se dicte resolución declarando la imposibilidad de continuar con la tramitación, lo que es muy similar a la declaración de inadmisión del artículo 25. Tanto que, como esta, es susceptible de reclamación administrativa previa en los términos analizados antes. Y, como sucede respecto de la resolución de admisión, la continuación del procedimiento no impide la desestimación final de la solicitud si, como en el caso del artículo 25, la entidad gestora realiza nuevas comprobaciones de las que se derivara el incumplimiento del requisito de vulnerabilidad económica que funciona, y las reformas lo evidencian, como la exigencia central. Aunque de lo anterior se desprende, como se verá más adelante, la idea de que el requisito más relevante, al menos en las primeras fases de aplicación del IMV, es el de la vulnerabilidad económica y en cuya constatación se concentra la atención de la entidad gestora²¹.

3.3.3. Ampliación del régimen excepcional en caso de carencia de rentas

Se refiere a ello la nueva versión de la disposición transitoria tercera del RDL 20/2020, consecuencia de la reforma introducida por la disposición final quinta, apartado once, del RDL 30/2020. En ambos casos se trata de un régimen excepcional aplicable a las solicitudes cursadas por una situación, que habría que adjetivar de actual; y ello para hacer comprensible incluso el título de esta disposición transitoria, ya que todas las solicitudes, como se acaba de ver, se basan en la situación de carencia de rentas o vulnerabilidad económica.

²¹ No merece la pena detenerse en la reforma del artículo 25.3 del RDL 20/2020 por obra del RDL 3/2021, según la cual se añade un párrafo al apartado 3 en el sentido de que, tratándose de personas sin domicilio pero empadronadas, conforme a las instrucciones pertinentes para estos casos, en el padrón municipal, las notificaciones se efectuarán en los servicios sociales del municipio o, en su caso, en la sede del centro o entidad en el que tales personas figuren empadronadas. Un apartado que recoge esta hipótesis peculiar de empadronamiento, dando, como otros artículos reformados, un particular protagonismo a los servicios sociales, llamados a desempeñar una función central en cuanto a la constatación y control del cumplimiento de los numerosos requisitos exigidos, particularmente de residencia, domicilio, situación familiar o exclusión social.

En realidad, la disposición transitoria tercera del RDL 20/2020 está directamente relacionada con el procedimiento de comprobación y certificación de la carencia de recursos que el artículo 8.2 basa en los ingresos obtenidos en el ejercicio anterior. Como quiera que la aprobación del IMV tiene lugar en un contexto de graves problemas de empleo y de disminución o carencia de recursos de muchos ciudadanos/as como consecuencia de la pandemia, son justamente los datos de ingresos del año en curso los que podrían justificar la solicitud del IMV. Solo que, de basarse su concesión en los recursos obtenidos en el año anterior, seguramente muchas de las personas solicitantes, que efectivamente se encuentran en situación de vulnerabilidad económica en el año 2020, verían rechazada su solicitud atendiendo, como lo exige el propio RDL 20/2020, a los datos económicos del ejercicio anterior. Por este motivo, ya la versión anterior de la disposición transitoria tercera permitía que, hasta el 31 de diciembre de 2020, se pudieran presentar solicitudes del IMV teniendo en consideración la situación económica en el año 2020 y si la vulnerabilidad económica de la persona se ha producido a lo largo del mismo año.

Para aprovecharse de esta posibilidad, la disposición transitoria tercera aplicaba una regla proporcional de tiempo e ingresos en referencia a los obtenidos por la unidad de convivencia a lo largo del año 2020 hasta el momento de la solicitud. Pero con dos limitaciones: una, que, en el año 2019, la persona o la unidad de convivencia solicitantes no superen la mitad de los límites del patrimonio neto establecido conforme a las reglas de cálculo de dicho patrimonio establecidas en el artículo 18 del RDL 20/2020; dos, que los ingresos obtenidos en el año 2019 tampoco alcancen el 50 % de los límites de ingresos de la persona solicitante o de su unidad de convivencia. En todo caso, la disposición transitoria tercera preveía una regularización de las cuantías abonadas, teniendo ya en cuenta los datos económicos del propio año 2020, estableciendo incluso la posibilidad de una acción de reclamación contra la persona o la unidad de convivencia en concepto de prestaciones o ingresos indebidos, regulada por el artículo 17 del RDL 20/2020.

Pues bien, la nueva versión de la disposición transitoria tercera, que conserva el mismo objetivo y semejante tenor, lo que hace es ampliar esta posibilidad de solicitar el IMV sobre la base de los ingresos del año en curso también para el ejercicio de 2021, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2021. Por lo demás, como se ha dicho, la intención y el tenor de las dos versiones de la disposición transitoria tercera son muy semejantes, salvo una mayor precisión e insistencia en las fuentes de las que tomar los datos para establecer los cálculos que, en la nueva versión, no son solamente los que obren en poder de la propia Seguridad Social o figuren en la declaración responsable de la persona solicitante, sino los que proporcionen las Administraciones tributarias tanto estatales como autonómicas competentes.

En todo caso, lo que la disposición transitoria tercera plantea es una cuestión que va más allá de la propia transitoriedad. Y es el funcionamiento de la regla general conforme a la cual son los datos económicos de un año los que condicionan la obtención del IMV a lo largo del ejercicio siguiente. De forma que pueden producirse frecuentemente situaciones como las que prevé la disposición transitoria tercera, es decir, que quienes pudieron

obtener ingresos por encima de los límites en el año anterior se encuentren en una auténtica situación de vulnerabilidad económica cuando solicitan el IMV, quedándoles vedada la solicitud por referirse el control al ejercicio anterior; y, al contrario, que quien cae en una situación real de vulnerabilidad económica durante un año, pero no lo está en el de la solicitud, puede obtener pese a todo el IMV, ya que es el año anterior el que se tiene en cuenta a efectos de dictaminar la situación de vulnerabilidad.

Ambos son resultados incómodos. Por lo que es razonable plantearse si el criterio de recurrir a los datos económicos del ejercicio anterior, establecido en el artículo 8.2 del RDL 20/2020 y con una cierta tradición en el ámbito de la Seguridad Social, sobre todo a efectos de las prestaciones asistenciales por desempleo, debería revisarse sustituyéndolo por otro menos rígido, como podría ser no tanto atender a la situación concreta en el momento de la solicitud, que sería un criterio poco manejable y escasamente funcional, ya que la vulnerabilidad económica es una situación, es decir, algo con unas mínimas dosis de realidad y, sobre todo, de entidad y permanencia; pero sí, a lo mejor, establecer que los datos computables se refieren al año inmediatamente anterior, pero de fecha a fecha concreta, a la solicitud. Lo que permitiría al IMV cumplir su función más adecuadamente, pudiendo reaccionar con prontitud tanto frente a las nuevas situaciones de vulnerabilidad, como a las de obtención de recursos por encima del umbral de pobreza. Lo que contrasta con la rigidez del enunciado del artículo 13.3 del RDL 20/2020 que se basa en esa periodificación anual.

3.3.4. Otras cuestiones procedimentales

El artículo 20 del RDL 20/2020, titulado «Cesión de datos y confidencialidad de los mismos», fue modificado por la primera reforma del RDL 20/2020, es decir, la operada por el RDL 25/2020, añadiendo un nuevo apartado, el número 4. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 20 se refiere a todo lo relacionado con el suministro de información entre diversas Administraciones a los efectos de la gestión por parte del INSS o de la entidad gestora que sea finalmente competente. Destacando dos cosas: que dicho intercambio de información no requiere el consentimiento de la persona solicitante ni de las personas que forman su unidad de convivencia, y que todos los organismos que intervengan en tales operaciones están obligados a manejar dichos datos con plena reserva en los términos establecidos en el artículo 77 de la LGSS, así como a tomar las medidas oportunas para garantizar la confidencialidad.

Pues bien, lo que viene a añadir el nuevo apartado 4 del artículo 20 es una regulación detenida respecto de la comunicación por parte del INSS de las resoluciones relativas al IMV, también sin necesidad de consentimiento de la persona titular de los datos personales de que se trate. Se habilita así al INSS para comunicar dichos datos a las comunidades autónomas y entes locales pertinentes con la finalidad de facilitar a estos órganos la información necesaria para el reconocimiento y el control de las prestaciones que sean de su

competencia. Pero también para permitir la realización de las actividades de colaboración y de cooperación que dichas Administraciones, que tanto pueden ser el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales, deban realizar en materia de gestión y control del IMV. De la misma forma, y sin requerir tampoco el consentimiento de los afectados, el INSS podrá comunicar de forma telemática la información necesaria sobre el IMV a las instituciones y organismos públicos que lo soliciten, con el fin de que puedan desarrollar las actuaciones que les competen en relación con esta prestación.

3.3.5. La intervención de las entidades del tercer sector de acción social en la prestación del IMV

Se trata de una importante innovación del RDL 3/2021 mediante la cual se incorpora al texto del RDL 20/2020 una nueva disposición transitoria, en este caso, la octava, asociando a la gestión del IMV a las entidades del tercer sector de acción social²² en concepto de mediadoras sociales del IMV, siempre que estén inscritas en un registro público de mediadores sociales del IMV, que la norma crea en el apartado 2, segundo párrafo, de la misma disposición transitoria, correspondiendo su titularidad al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y siendo gestionado por la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y de Previsión Social.

En este registro pueden inscribirse²³ todas las entidades del tercer sector de acción social que cumplan una serie de requisitos que se encuentran recogidos en el apartado 3 de la disposición transitoria octava y que se refieren a circunstancias básicas como la constitución y registro regular de tales entidades 3 años antes al menos de la solicitud de inscripción en el registro de mediadores (letra a), lo que avala su consistencia y estabilidad, carecer de fin de lucro (letra b), desarrollar actividades sociales de interés general y disponer de una estructura adecuada para el desarrollo de sus actividades, así como acreditar

²² Entendiendo por tales, como lo establece la disposición transitoria octava en su apartado 2, primer párrafo, las así definidas en el artículo 2 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social.

²³ Mediante un detallado procedimiento que la propia disposición transitoria octava regula en su apartado 4, teniendo validez anual, aunque se prevé una prórroga que puede ser automática bajo la condición de acreditar en los 3 primeros meses de la prórroga el mantenimiento de los requisitos exigidos para la inscripción, incumplida la cual se tramitará la baja de oficio en el registro. El mismo apartado hace referencia a la obligación de remitir información periódica acreditativa de las actividades de certificación en los términos que se establezcan en una orden ministerial de desarrollo que la norma también prevé (letra f), así como se establece la posibilidad de una suspensión de la inscripción cuando se esté tramitando un expediente sancionador, o la baja en el registro si la entidad ha sido sancionada por una falta muy grave. Lo anterior reclama un repertorio de infracciones en las que pueden incurrir estas entidades, diferenciando entre leves, graves y muy graves, y asociando a estas últimas la sanción de baja de la inscripción en el registro, dejando a salvo las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar, lo que está recogido en el apartado 5 de la misma disposición transitoria octava.

una experiencia de al menos 3 años en el acompañamiento y asistencia a las personas en riesgo de exclusión social (letras d), e), h) y k); ser solventes en el sentido de hallarse al corriente en lo que se refiere a sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social (letra f), no haber sido condenadas, la entidad o sus representantes, mediante sentencia firme por delitos relacionados con el desarrollo de su actividad (letra g) o no haber sido sancionada, en el plazo de 3 años anteriores a la presentación de la solicitud de inscripción, por cualquiera de las infracciones establecidas en el propio RDL 20/2020 (letra l), algo en este momento improbable. Lo más llamativo, sin embargo, del repertorio de requisitos es la exigencia de que se trate de organizaciones de carácter estatal (letra c) que, además, acrediten que disponen de puntos de atención directos en todas las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía (letra i); algo que contrasta con la apertura de la gestión del IMV a las comunidades autónomas que caracteriza al RDL 20/2020, lo que hubiera quizás justificado la posibilidad de entidades con un ámbito territorial de actuación limitado a una comunidad autónoma.

Al margen de estas cuestiones institucionales y procedimentales, lo más relevante de la nueva disposición transitoria octava son las funciones que se encomiendan a estas entidades de mediación social del IMV²⁴. Se encuentran recogidas en el apartado 2 de la disposición transitoria octava y pueden resumirse en emitir las certificaciones a que se ha hecho referencia a la hora de analizar los apartados 9 y 10 del artículo 19, función que la norma encomienda a los servicios sociales; certificaciones que deberán ser firmadas por un trabajador/a social perteneciente a la entidad, debidamente colegiado.

En cuanto a las obligaciones informativas, tanto activas como pasivas, han de comunicar anualmente a la entidad gestora el mantenimiento o modificación de los informes que emiten, aunque resulta inquietante que el incumplimiento de esta obligación determine la suspensión del abono del IMV, cuando se trata de un comportamiento sobre el que la persona beneficiaria de la prestación carece de control, sufriendo en cambio las consecuencias de tal incumplimiento. Los entes mediadores sociales también deberán comunicar al INSS cualquier cambio que afecte a la gestión y control del IMV de las personas empadronadas en sus sedes o centros cuando carecen de domicilio, lo que deberán hacer en el plazo de 30 días. Finalmente, la entidad gestora, en las mismas condiciones establecidas en el artículo 20.4 del RDL 20/2020, podrá comunicar a estas entidades mediadoras sociales las resoluciones acerca del IMV con el fin de facilitar la realización de las actividades de colaboración y cooperación en la gestión y control del IMV.

²⁴ Aunque solamente durante los 5 años siguientes a la entrada en vigor del RDL 20/2020. Lo que puede interpretarse tanto como una previsión temporalmente limitada con el fin de valorar en su momento la utilidad y eficacia de la intervención de tales mediadores sociales, como la fijación de un plazo razonable correspondiente a la implantación plena del IMV en el que esa colaboración es necesaria teniendo en cuenta las necesidades de reorganización y de adaptación a estos efectos de los organismos públicos competentes, en particular de los servicios sociales a los que el RDL 20/2020 encomienda muchas tareas de supervisión, certificación y control.

3.4. El IMV transitorio de la disposición transitoria primera del RDL 20/2020, así como la desaparición o integración de la asignación económica por hijo[a] a cargo

La última de las reformas a consignar se refiere al IMV transitorio regulado por la disposición transitoria primera del RDL 20/2020 y las normas, como el artículo 16, relativas a la incompatibilidad del IMV con la asignación por hijo[a] menor a cargo, y también la disposición transitoria tercera, referida a la integración de esta asignación en el IMV. Cambios introducidos por la disposición final undécima, apartado cinco, del RDL 28/2020 y por la disposición final quinta del RDL 30/2020, en sus apartados ocho y doce; a lo que debe añadirse otro, menos trascendente, realizado por la disposición final quinta, apartado dos, del RDL 25/2020.

El impacto mayor tiene lugar mediante el RDL 28/2020 que da una nueva redacción a la totalidad de la disposición transitoria primera del RDL 20/2020 que ya incluye lo previsto en el RDL 25/2020. Las diferencias entre la redacción primitiva y la derivada del RDL 28/2020 se centran en algunas dimensiones de este IMV transitorio que fue inicialmente creado para tener vigencia a lo largo del año 2020, pero que el RDL 28/2020 ha extendido al 31 de diciembre de 2021, como una forma excepcional de facilitar la obtención del IMV por parte de quienes eran titulares, a la entrada en vigor del RDL 20/2020 (1 de junio de 2020), de la citada asignación económica, cumpliendo unos requisitos concretos referidos al tipo de unidad de convivencia protegida (la formada exclusivamente por la persona beneficiaria de la asignación, la otra persona progenitora en caso de convivencia y los hijos/as menores a cargo causantes de la asignación), siempre que la cuantía de la asignación por hijo[a] a cargo, o de la suma de ellas, si son varias, fuera inferior a la del IMV, y siempre que dicha unidad de convivencia se encuentre en la situación de vulnerabilidad económica prevista en el artículo 8 del RDL 20/2020. En estos supuestos, la previsión de la disposición transitoria primera es la de que se reconocerá de oficio por parte del INSS el derecho al IMV, sin necesidad de solicitud previa por parte de la potencial persona beneficiaria; teniendo esta, en todo caso, la posibilidad de rechazar la concesión del IMV y mantenerse en el disfrute de la o las asignaciones por hijo[a] a cargo.

En realidad, las modificaciones introducidas por el RDL 28/2020 son de tipo técnico o procedimentales, relativas esencialmente a facilitar la transmisión de las informaciones necesarias entre las Administraciones competentes, incluyendo las de las comunidades autónomas; y de forma particular a las del País Vasco y Navarra, casos para los que se hace la breve reforma procedimental del RDL 25/2020. Lo más relevante de la modificación operada por el RDL 28/2020 está relacionado con la ampliación del plazo de vigencia del IMV transitorio a 31 de diciembre de 2021. De manera que, como ahora dice la disposición transitoria primera, en su apartado once, el IMV transitorio devendrá, a partir del 1 de enero de 2022, IMV ordinario, siempre que la persona interesada cumpla los requisitos del RDL 20/2020 y lo documente antes del 31 de diciembre de 2021.

Lo singular de toda esta regulación, al margen de sus modificaciones, es que, transformándose la asignación por hijo[a] a cargo en IMV, tanto la persona beneficiaria puede rechazarlo en el momento en que el INSS se lo comunique, para lo que tiene un plazo de 30 días naturales, manteniéndose, en este caso, en el percibo de la asignación económica por hijo[a] a cargo, mientras reúna los requisitos para ello; o bien puede recuperar esta asignación si, a finales del año 2021, no los reúne para disfrutar del IMV ordinario. Así se establece en los apartados ocho, nueve y once de la disposición transitoria primera.

Lo anterior desplaza el foco hacia la problemática subsistencia de la asignación económica por hijo[a] a cargo. Se trata de una prestación familiar de la Seguridad Social que ha sido suprimida por la disposición final cuarta del RDL 20/2020 que modifica el artículo 351 de la LGSS, eliminando dicha prestación del repertorio contenido en el mismo. De forma que solamente permanece la asignación económica por hijo[a] menor a cargo siempre que sea discapacitado. Expresión de esta desaparición es la disposición transitoria séptima del RDL 20/2020, modificada por el RDL 30/2020, que se titula precisamente «Integración de la asignación por hijo o menor a cargo en el ingreso mínimo vital».

Lo anterior significa que desde el 1 de junio de 2020 no pueden presentarse nuevas solicitudes para la asignación por hijo[a] a cargo ordinaria que, como dice la disposición transitoria séptima, quedará a extinguir. Sin embargo, como se ha visto, dicha asignación tiene posibilidades de supervivencia, que se encuentran recogidas en la misma disposición transitoria séptima al establecer que, si a 31 de diciembre de 2020, las personas beneficiarias del IMV, por proceder de la situación de persona beneficiaria de la asignación por hijo[a] a cargo, no cumplen los requisitos del RDL 20/2020 (no de la disp. trans. primera) para acceder al IMV, pueden elegir volver a percibir la asignación económica, que, de esta forma, por así decir, resucita, manteniéndose mientras se reúnan los requisitos para ello, desaparecidos los cuales, la prestación se extingue.

Dicho sintéticamente, ni la versión original del RDL 20/2020 ni las reformas posteriores eliminan sin más la asignación por hijo[a] a cargo ordinaria, pese a que la reforma del artículo 16 del RDL 20/2020, relativo a la incompatibilidad del IMV con esta asignación, introducida por el RDL 30/2020, así lo diga expresamente según lo establecido en el segundo y tercer párrafo de este artículo, que parecen determinar que, si se opta por el IMV, se extingue el derecho a la asignación económica por hijo[a] a cargo. No obstante, como se acaba de ver, si transcurrido el periodo transitorio de aplicación del IMV transitorio, que ahora dura hasta finales del año 2021, la persona no puede acceder al IMV ordinario, recuperará el derecho a la asignación. Y lo mismo hay que concluir de las personas beneficiarias de la asignación que hubieran rechazado su transformación en IMV, que, igualmente, seguirán percibiendo la asignación mientras reúnan los requisitos para ello. Una supervivencia que niega el mensaje aparente de que esa asignación desaparece de forma definitiva del repertorio de las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Sin que las reformas posteriores del RDL 20/2020 hayan contribuido a solventar, de forma más correcta, esta combinación de extinción y persistencia.

4. Observación final

El IMV, como se dijo al inicio, lejos de ser una medida de carácter excepcional y transitorio, es la pieza que faltaba para rellenar el puzle del sistema español de Seguridad Social, que ahora sí que puede decirse que se ha completado, culminando el programa normativo contenido en el artículo 41 de la CE. Empieza ahora una intensa fase interpretativa y aplicativa, de la que el RDL 25/2020, el 28/2020, el 30/2020, el 35/2020, el 39/2020 y el 3/2021 no son sino una expresión, que pondrá en evidencia sus aciertos y sus defectos, que exigirá retoques y desarrollos reglamentarios y que, finalmente, acabará integrándose de una forma más natural en la LGSS mediante un nuevo capítulo o, lo que será lo más probable, remodelando el existente acerca de las prestaciones no contributivas. Un proceso en el que incluso pudiera plantearse la pervivencia separada de las pensiones no contributivas, una vez que hayan perdido su artificial paralelismo con la incapacidad permanente y con la jubilación, al ser capaz el IMV de integrarlas sin particulares complejidades. Pero esto será el final de un camino que no ha hecho más que comenzar y del que el RDL 20/2020, y sus sucesivas e inmediatas reformas, no son más que el primer e importante paso.

Referencias bibliográficas

- Barcelón Cobedo, Susana. (2018). Las prestaciones autonómicas de garantía de ingresos como cobertura de la brecha de protección del sistema de Seguridad Social en relación con las situaciones reales de necesidad económica. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 143, 13-54.
- Barcelón Cobedo, Susana; Carrero Domínguez, Carmen; Moreno Márquez, Ana; Navas-Parejo Alonso, Marta; Valdueza Blanco, María Dolores y Pazos Pérez, Alexandre. (2018). Monográfico sobre las rentas autonómicas de garantía de recursos. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 143, 13-224. <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=79033e15-d7ab-4a2d-b590-57acb2a5fedb.pdf>.
- González Ortega, Santiago y Barcelón Cobedo, Susana. (2020a). *El ingreso mínimo vital (Comentarios al Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo)*. Tirant lo Blanch.
- González Ortega, Santiago y Barcelón Cobedo, Susana. (2020b). El Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que establece el ingreso mínimo vital: una norma trascendental en la configuración del sistema español de Seguridad Social. En *El ingreso mínimo vital (Comentarios al Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo)* (pp. 17-61). Tirant lo Blanch.
- Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Iñiesta, Guillermo y Trillo García, Andrés Ramón. (2021). *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*. Laborum.





El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020

Fermín Gallego Moya

Abogado

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Murcia

fgallego@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-7426-6819>

Extracto

Hasta hace apenas un año, y pese a las posibilidades técnicas para haberse generalizado en diversos sectores, el trabajo a distancia (y el teletrabajo como subtipo) en España contaba con una escasa implantación; situación que ha alterado la pandemia sanitaria por COVID-19, precipitando el dictado de normas que pretenden establecer principios regulatorios básicos cuya definición efectiva y desarrollo material se ha confiado a la negociación colectiva. De cómo asuma esta última la misión encomendada por el Real Decreto-Ley 28/2020 dependerá el desarrollo, inmediato y futuro, de una forma de prestar servicios que, anticipándose a lo que debiera haber sido una implantación pausada y sin urgencias, ha de poder acometerse, ya, en condiciones de equilibrio de intereses, igualdad de derechos y preservación de la seguridad y salud laborales. El objeto de este trabajo consiste en analizar de qué manera los convenios colectivos pueden liderar ahora la regulación del trabajo a distancia y en qué forma la nueva normativa ha supuesto un cambio en las experiencias convencionales, debiendo asumir que, debido al poco tiempo transcurrido desde la publicación del real decreto-ley, los datos son escasos y habrán de completarse en posteriores trabajos.

Palabras clave: trabajo a distancia; teletrabajo; negociación colectiva; convenios colectivos.

Fecha de entrada: 22-02-2021 / Fecha de aceptación: 03-03-2021

Cómo citar: Gallego Moya, Fermín. (2021). El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 71-106.





The regulation of remote work in collective agreements. First experiences after Royal Decree Law 28/2020

Fermín Gallego Moya

Abstract

Until just a year ago, and despite the technical possibilities for widespread use in various sectors, telecommuting (and teleworking as a sub-type) in Spain was poorly established; a situation that has altered the COVID-19 health pandemic, precipitating the enactment of rules that seek to establish basic regulatory principles whose effective definition and material development has been entrusted to collective bargaining. The immediate and future development of a way of providing services which, in anticipation of what should have been a slow and non-urgent implementation, must be able to be undertaken now in conditions of balance of interests, equality of rights and preservation of occupational health and safety, will depend on how the latter assumes the mission entrusted to it by Royal Decree Law 28/2020. The aim of this paper is to analyse how collective agreements can now lead the way in the regulation of teleworking and how the new legislation has changed the conventional experiences, assuming that, due to the short time elapsed since the publication of the royal decree law, data are scarce and will have to be completed in subsequent works.

Keywords: telecommuting; teleworking; collective bargaining; collective agreements.

Citation: Gallego Moya, Fermín. (2021). The regulation of remote work in collective agreements. First experiences after Royal Decree Law 28/2020. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 71-106.



Sumario

1. Introducción
2. El panorama convencional inmediatamente anterior al RDL 28/2020
 - 2.1. Encuadramiento del teletrabajo
 - 2.2. Definición de su contenido
 - 2.3. El teletrabajo como objeto de estudio y experimentación
 - 2.4. Afirmación de sus notas esenciales
 - 2.5. Condiciones de acceso y ejercicio del derecho
 - 2.6. Relación con el acuerdo marco europeo
 - 2.7. Algunas exigencias formales
 - 2.8. Genérica identificación de actividades susceptibles de desarrollarse en teletrabajo
 - 2.9. El lugar de trabajo y la jornada
 - 2.10. Requisitos personales de acceso al teletrabajo
 - 2.11. Duración de la prestación en forma de teletrabajo
 - 2.12. Reversibilidad
 - 2.13. Desconexión digital
 - 2.14. Dotación de equipos y asunción de gastos
 - 2.15. Protección de datos y control empresarial
 - 2.16. Seguridad y salud laboral
3. La gestión del teletrabajo en la negociación colectiva diseñada por el RDL 28/2020
 - 3.1. Ámbito de aplicación
 - 3.2. Concepto de trabajo a distancia y teletrabajo
 - 3.3. Limitaciones
 - 3.4. Igualdad de trato y no discriminación
 - 3.5. Voluntariedad y reversibilidad
 - 3.6. Obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia
 - 3.7. Contenido del acuerdo de trabajo a distancia
 - 3.8. Modificación del acuerdo y ordenación de prioridades
 - 3.9. Derechos de las personas trabajadoras a distancia
 - 3.10. Facultades de organización, dirección y control empresarial



4. Repaso de la breve experiencia convencional posterior a la publicación del RDL 28/2020

5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Anexo. Convenios colectivos analizados



1. Introducción

Hasta hace bien poco, el trabajo a distancia, y el teletrabajo como subtipo de este, era una materia «secundaria» en nuestro mercado de trabajo, siendo escasos los instrumentos de negociación colectiva que regulaban, de una forma mínimamente detallada, tal forma de organizar el trabajo. Pese a que el nivel de tecnificación de buena parte de nuestro tejido empresarial habría permitido, sin duda, implantar modalidades de prestación no presencial, no era la regulación detallada del teletrabajo una prioridad del legislativo, ni formaba parte de la agenda más urgente de los interlocutores sociales. La situación –es evidente– ha dado un «vuelco», debiendo contribuir la negociación colectiva, de manera prioritaria, a una regulación ordenada y adecuada de una materia que, en los últimos meses, se ha convertido en protagonista indiscutible en todos los foros de análisis iuslaboralista.

Aunque amplificado en la actualidad, el interés por esta figura no es absolutamente nuevo, ni en nuestro país ni en el contexto comunitario. Los interlocutores sociales europeos, que, en julio de 2002, concluyeron el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, consideraron el trabajo a distancia como una modalidad de prestación laboral capaz, por una parte, de modernizar la prestación y organización del trabajo en empresas y organizaciones de servicios públicos y, por otra, de dotar de mayor autonomía en la realización de sus tareas a las personas trabajadoras.

Su pretensión –conseguir un marco general a escala europea que equilibrase las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a empresas y personas trabajadoras, garantizándose a estas últimas la misma protección global que a quienes ejercían sus actividades en las instalaciones de la empresa– pivotaba sobre varios elementos básicos: la voluntaria elección de dicha modalidad de trabajo, la igualdad de derechos con respecto a las personas empleadas presenciales, el respeto a la vida privada, la dotación de equipos, la responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud, la formación y los derechos colectivos. En este contexto –se indicaba–, correspondía a la persona teletrabajadora gestionar la organización de su trabajo en el marco de la legislación laboral y de los convenios colectivos aplicables, advirtiendo ya, con esta última referencia, el papel que la negociación colectiva podría desempeñar en este campo.

Con anterioridad, y en el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo había dedicado su Convenio 177 (y posterior Recomendación núm. 184) al trabajo a domicilio, entendido como actividad laboral desarrollada en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la misma.

El citado convenio, que compelió a los Estados ratificadores del mismo a «adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio destinada a mejorar la situación de los trabajadores a domicilio», quiso situar a la negociación colectiva en primera línea, al prescribir que dicho cometido se realizase «en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas y, cuando las haya, con las organizaciones que se ocupan de los trabajadores a domicilio y las organizaciones de los empleadores que recurren a trabajadores a domicilio».

A nivel interno, las sucesivas reformas laborales que, en los últimos tiempos, han incidido en las necesidades de flexibilidad en las empresas no han proporcionado suficiente cobertura a los conflictos derivados de la implantación del teletrabajo. La reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 7 de julio, afectó a la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, dándose una nueva redacción al artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que consideró trabajo a distancia aquella prestación de actividad laboral realizada de manera preponderante en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. El preámbulo de la norma afirmaba acoger, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías, si bien esta última afirmación no sería luego objeto de desarrollo en el articulado, al no recoger el precepto modificado referencia alguna a las nuevas tecnologías informáticas y de comunicación.

Por ello, el «nuevo» artículo 13 del ET, en la redacción que asumiría el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, resultaba insuficiente para aplicarlo a las peculiaridades del teletrabajo, que requiere no solo de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa, sino también de un uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación.

En este contexto, se felicita el legislador de haber propiciado una norma, el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDL 28/2020), que, al ser fruto de la concertación social plasmada en el Acuerdo de Trabajo a Distancia¹, asegurará –diciendo el justo equilibrio en la regulación del trabajo a distancia, como su perdurabilidad en el tiempo.

Y así, ante la escasez normativa existente, la exposición de motivos del RDL 28/2020 se marca como objetivo proporcionar una regulación suficiente y transversal, integrada en una única norma, que dé respuesta a las necesidades que se planteen, equilibre el uso de esta nueva forma de prestación laboral y garantice un marco de derechos que satisfaga, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de

¹ La totalidad de los capítulos de la norma, así como las disposiciones adicionales primera y segunda, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, y las disposiciones finales primera, segunda y tercera provienen del Acuerdo sobre Trabajo a Distancia.

trato en las condiciones profesionales (en especial, la retribución, incluida la compensación de gastos), la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la igualdad de oportunidades en el territorio, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento.

Tan ambicioso objetivo no concuerda, sin embargo, con una norma de amplia proyección, sí, pero con una «lógica de principios más que de reglas, con contornos a veces imprecisos» (García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, p. 14). Por ello, quizás, una vez afirmado el objetivo de igualar el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, la norma insta, acto seguido, a acudir «en la medida necesaria a la negociación colectiva», catalogándose al convenio colectivo de «instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios».

El legislador es consciente de que la irrupción en nuestro país del teletrabajo, como respuesta a las restricciones y medidas de contención de la pandemia sanitaria, se ha producido en un «contexto legal caracterizado por la casi total ausencia de regulación específica»²; situación que aconseja equilibrar los derechos y obligaciones entre empresas y personas trabajadoras mediante una regulación normativa que, trasladando el carácter tuitivo del derecho del trabajo a la nueva realidad, aborde sus aspectos principales; labor decisiva a la que están llamados los interlocutores sociales.

En este contexto, el RDL 28/2020 no solo pretende establecer una serie de principios mínimos que igualen el tratamiento jurídico laboral en los aspectos más importantes de esta «nueva» forma de organización del trabajo, sino que considera imprescindible acudir a la negociación colectiva, como instrumento esencial capaz de completar la normativa aplicable en cada sector específico o empresa con posibilidad de establecer criterios propios (Rodríguez Escanciano, 2020, p. 88). Se convierte, así, a la negociación colectiva en instrumento indispensable del desarrollo y perfeccionamiento de los principios y reglas que han de marcar el rumbo del trabajo a distancia y del teletrabajo, en cada sector de actividad y

² Tangencialmente, no obstante, diversas normas recientes han incidido en la materia; así el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que modificó el artículo 34.8 del ET, mejorando la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas la fórmulas de trabajo a distancia; la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, que estableció un conjunto de derechos relacionados con el uso de dispositivos en el ámbito laboral (el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y el derecho a la desconexión digital); o, forzado por la crisis del coronavirus, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, que, en su condición de norma de vigencia limitada, estableció el carácter preferente del trabajo a distancia frente a otras medidas en relación con el empleo.

empresa. En este sentido, el RDL 28/2020 intentando «revertir el escaso interés negocial [...] llama incesantemente a la negociación colectiva» (Rodríguez Escanciano, 2020, p. 95), con numerosas remisiones, tanto para desarrollar aspectos contenidos en su regulación, como para abordar aquellos no previstos expresamente en su texto.

En efecto, la exposición de motivos reconoce la «marcada atención» prestada «al necesario papel de la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a distancia», a la que se remite de manera expresa en la disposición adicional primera («El trabajo a distancia en la negociación colectiva»), al determinar (apdo. 1) que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se considere necesario regular; pudiendo regular, asimismo (apdo. 2), una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión. Destacando el reconocimiento al convenio de la facultad de «apartarse» de la norma que lo habilita en materias como la fijación de un porcentaje o periodo de referencia inferior a efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, o el establecimiento de un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en la norma, siempre que no se celebren con menores de edad.

La anterior disposición actúa como cláusula de cierre de un articulado en el que son constantes las remisiones, llamadas e invitaciones a la negociación colectiva, bien para complementar la regulación contenida en la norma, bien para abordar aspectos no previstos, y ello en el entendimiento de que aquella será capaz de «amoldar» el trabajo a distancia a las peculiaridades de cada sector.

De esta forma, a lo largo de los cuatro capítulos de su texto, son muy frecuentes las remisiones expresas que, en distintas materias, se hacen tanto a la «negociación colectiva», como a los «convenios y acuerdos colectivos»; así, se indica: a) que pese a la voluntariedad del teletrabajo, se permite a la negociación colectiva reconocer el derecho al trabajo a distancia (art. 5.1); b) que el ejercicio de reversibilidad de la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad presencial puede efectuarse por ambas partes, en los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo *ad hoc* (art. 5.3); c) que la negociación colectiva puede modular el contenido del acuerdo de trabajo a distancia (art. 7), incluida la enumeración y compensación de gastos, que habrá de corresponderse con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación (letra b); d) que los convenios y acuerdos colectivos podrán establecer mecanismos, criterios y preferencias, por los que la persona que trabaja presencialmente pueda pasar a realizar trabajo a distancia y viceversa (art. 8.3); e) que las personas trabajadoras a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado, por parte de la empresa, de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de

la actividad, en los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación (art. 11.1); f) que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos para la determinación de los gastos vinculados al desarrollo de la actividad a distancia, así como su compensación o abono (art. 12.2); g) que la persona trabajadora a distancia tiene derecho a flexibilizar su horario, de conformidad con los términos de la negociación colectiva (art. 13); h) que la negociación colectiva establecerá el sistema de registro de jornada (art. 14); i) que los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos en que se permite el uso por motivos personales de los medios informáticos puestos a su disposición por la empresa (art. 17.3); j) que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer medidas que garanticen el efectivo derecho a la desconexión y la organización adecuada de la jornada y descansos (art. 18.2); k) que la negociación colectiva establecerá las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos por las personas trabajadoras remotas (art. 19.1); l) o que el uso y conservación de equipos por parte de las personas trabajadoras se efectuará dentro de los términos que, en su caso, establezca la negociación colectiva (art. 21).

Se ha otorgado, pues, a la autonomía colectiva, un papel destacable en la regulación de aspectos esenciales del trabajo a distancia, comenzando por su propia «delimitación» (en la medida en que el convenio puede reducir el porcentaje o periodo de referencia que determina su «regularidad»), y siguiendo por la modulación en su «voluntariedad», dada la facultad atribuida al convenio colectivo –art. 5.1– de identificar las circunstancias que, de concurrir, permitirían a la persona trabajadora exigir a la empresa la prestación del trabajo a distancia (De la Puebla Pinilla, 2020, p. 25). Con todo, el papel principal de la autonomía colectiva es desarrollar, concretar e integrar las previsiones legales del RDL 28/2020, siendo muy amplio, como se ha visto, el campo de trabajo.

Debe analizarse ahora, pese a que es poco el tiempo transcurrido desde la promulgación de la norma, cómo ha sido recogido dicho «guante» por parte de la negociación colectiva, convertida ahora en verdadera protagonista de la nueva regulación, cuyo esfuerzo marcará el devenir del trabajo a distancia como forma de organización del trabajo. Más allá del análisis prospectivo, podremos comprobar el nivel de implicación real de las organizaciones sindicales y patronales por regular materias, algunas de importancia capital (preferencias en la elección de teletrabajo, compensación de gastos, reversibilidad, etc.) que, a falta de negociación colectiva, quedarán supeditadas a la discrecionalidad de la empresa o, en el mejor de los casos, al acuerdo individual entre aquella y su plantilla.

2. El panorama convencional inmediatamente anterior al RDL 28/2020

En España, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del año 2003 incorporó a su texto el acuerdo marco europeo (que se reconoció como un instrumento de modernización de la organización del trabajo, de flexibilidad y de seguridad para las personas

trabajadoras), estableciéndose en sus ediciones posteriores algunos criterios para la negociación de los convenios colectivos basados en las disposiciones del citado acuerdo europeo, fruto de lo cual algunos convenios colectivos han venido incluyendo normas específicas sobre teletrabajo, si bien, en su mayor parte, no dejan de ser meras declaraciones programáticas sobre la importancia y utilidad de esta modalidad de prestación de trabajo (Fernández Nieto, 2020).

Esta falta de tradición negocial en la materia, tanto a nivel sectorial como de empresa, apenas era excepcionada por alguna gran compañía capaz de incluir, en su organización de trabajo, modalidades de prestación flexible. En efecto, grandes empresas como Repsol Petróleo, SA, o Telefónica de España, SAU, contaban con una amplia regulación del teletrabajo. No obstante, incluso en estos casos, se ha llegado a afirmar que la regulación que contenían no aportaba un verdadero andamiaje regulatorio de la figura en el concreto ámbito de vigencia del convenio (Quintanilla Navarro, 2014, pp. 329 y ss.).

Y así, las escasas previsiones convencionales de carácter sustantivo se han limitado, mayoritariamente, a establecer los requisitos exigidos para poder teletrabajar, regular las posibilidades de reversibilidad, fijar la forma de compensación de gastos, configurar el teletrabajo como fórmula de conciliación y equiparar, en fin, los derechos entre el personal a distancia y el presencial.

No obstante, desde comienzos del año 2020, y coincidiendo claramente con el impacto que la crisis del coronavirus estaba teniendo en las relaciones laborales, se observa un incremento de los convenios colectivos que regulan el teletrabajo como mecanismo capaz de combinar el mantenimiento de la actividad productiva con la preservación de la salud.

Alguno de estos nuevos convenios³, anteriores aún a la publicación del RDL 28/2020, pero coetáneos a la novedosa situación de crisis sociolaboral, integran un articulado más completo, coherente con la implantación real, y en muchas ocasiones forzada, de esta nueva modalidad de trabajo no presencial, pudiendo extraer varias conclusiones de interés:

2.1. Encuadramiento del teletrabajo

La mayoría de convenios colectivos ha venido concibiendo y justificando el teletrabajo como medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Teleinformática, art. 25), comprometiéndose las partes negociadoras con el objetivo de seguir avanzando en este instrumento de conciliación (Repsol Petróleo, SA, art. 85). Se considera que la adaptación del trabajo al cambio tecnológico es el medio para conciliar la vida profesional con

³ Para descargar las notas a pie de página, optamos por indicar, sobre el texto, los datos identificadores del convenio colectivo en cuestión, remitiendo al lector al anexo que los enumera con todos sus datos.

la personal (Grupo Selecta, art. 43). Alguno incluso justifica la inclusión de un capítulo específico sobre teletrabajo con la única finalidad de favorecer dicha conciliación (Thales España GRP, SAU, cap. IX), reiterándose que la progresiva implantación del teletrabajo en el sector conllevará favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (Registradores de la Propiedad, disp. adic. cuarta).

En ocasiones encontramos regulado el derecho al teletrabajo («facilitarlo» en momentos «puntuales») como parte integrante del «Plan de igualdad», incluido en los apartados que regulan el tiempo de trabajo y conciliación (BSH Electrodomésticos España, anexo IV).

Otros convenios, sin embargo, encuadran el teletrabajo entre las disposiciones relativas al registro diario de jornada, estableciendo procedimientos para identificar a los diferentes colectivos de personas trabajadoras, entre ellos, las personas en teletrabajo, con la finalidad de establecer las herramientas más efectivas para dar cumplimiento a la obligación legal (Industria Metalgráfica y Construcción de Envases Metálicos, anexo VI, Acuerdo de registro de jornada); de manera que la organización del registro de jornada implementado tenga en consideración las distintas modalidades de prestación de servicios, incluido el teletrabajo (Construcción y Obras Públicas Madrid, art. 46; Construcción Islas Baleares, art. 12; Construcción y Obras Públicas Valencia, art. 4).

Sin ofrecer propuestas concretas, los convenios sí han establecido que el registro, objetivo fiable y accesible, habrá de ser compatible con la prestación de servicios en modelo de teletrabajo y trabajo en remoto a distancia (Grupo Santander, Acuerdo sobre registro diario de jornada); otros, aun encuadrando el teletrabajo en sus acuerdos sobre registro de jornada, lo relacionan con la facilitación de la conciliación de la vida familiar y laboral (Bancos Privados, Acuerdo sobre registro diario de jornada).

También los hay que encuadran el «contrato a distancia» entre las «modalidades de contratación» (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11); entre las fórmulas de «adaptación y distribución de la jornada» (Plasbel Plásticos, art. 32; Zukán, art. 30; Transportes por Carretera, art. 21); e, incluso, en el apartado correspondiente a los «permisos» (Empresas de Estacionamiento Limitado, art. 49).

2.2. Definición de su contenido

Aunque no es frecuente, algunos convenios ofrecen su propia definición del teletrabajo; así, se ha considerado una:

[...] modalidad de prestación de servicios en la que se desarrolla una parte de la jornada laboral en un sistema no presencial y desde un puesto de trabajo en el que se garanticen las condiciones en materia de prevención de riesgos laborales, de seguridad social, de privacidad y protección y confidencialidad de los datos mediante el uso de medios electrónicos (Repsol Petróleo, SA, art. 85).

En términos similares, se ha identificado al teletrabajo como aquella:

[...] modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual se puede desarrollar parte de la jornada laboral fuera de las dependencias administrativas con plenas garantías de las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, de seguridad social, de privacidad, de protección y confidencialidad de los datos, mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de las políticas de calidad de los servicios públicos y de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos (Universidad de Extremadura, art. 46).

Denominándose «trabajo en remoto» a aquella:

[...] forma innovadora de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en el centro de trabajo al que está adscrito, durante una parte de su jornada laboral semanal, utilizando las tecnologías de la información y comunicación (Grupo Selecta, art. 43).

2.3. El teletrabajo como objeto de estudio y experimentación

Es común el compromiso convencional de crear comisiones y organismos *ad hoc* que permitan «estudiar las posibilidades de teletrabajo en función de las necesidades de cada programa» (Aldeas Infantiles, disp. trans. primera); su «estudio y modo de implantación» (Registradores de la Propiedad, disp. adic. cuarta); o «avanzar en el desarrollo del teletrabajo» en los distintos ámbitos (Michélin España Portugal, art. 23). Algunas de estas comisiones destacan su carácter «participativo», al integrarse por personas designadas por cada sección sindical, además de por la representación de la dirección de la empresa (Metro Bilbao, art. 65).

Algunos sectores incluyen, como materia sometida a la verificación mensual por parte de observatorios sectoriales, la implementación de procesos de teletrabajo en los puestos susceptibles de tal modalidad (Ambulancias, art. 22).

En otras ocasiones, sin embargo, es la puesta en marcha previa de «experiencias piloto» (Movistar +, disp. trans. tercera) la que determina la implantación, por convenio colectivo, de este sistema de trabajo.

2.4. Afirmación de sus notas esenciales

Muchos convenios se limitan a contemplar la posibilidad de teletrabajar, definiendo sus notas esenciales de voluntariedad, reversibilidad y respeto a la igualdad de derechos, tanto legales como convencionales, en todas las materias, incluidas la formación, la promoción

profesional o los derechos colectivos (EDF Fenice Ibérica, SLU, disp. adic. primera; Thales España GRP, SAU, cap. IX; Accepta Servicios Integrales, art. 8; Nokia Transformation, art. 49). La indicada igualdad no alcanza a las condiciones de empleo que deriven de la «propia naturaleza» del trabajo realizado fuera de las instalaciones de la empresa (Oficinas y Despachos de Cataluña, art. 77).

2.5. Condiciones de acceso y ejercicio del derecho

En cuanto a las condiciones para el ejercicio propio del derecho, suele reconocerse, por las partes negociadoras, un compromiso de «potenciación» del teletrabajo, no configurándose exigencias concretas para su implantación (Teleinformática, art. 25); algunos convenios se limitan simplemente a contemplar la facultad empresarial de «ofrecer» a las personas trabajadoras la opción del teletrabajo (Accepta Servicios Integrales, art. 8); otros contemplan la «posibilidad organizativa» de pactar tiempos de teletrabajo (Nokia Transformation, art. 49); siendo frecuente el reconocimiento del derecho a «solicitar» la realización de teletrabajo (Ayuntamiento de Torrelodones, art. 24), siendo la empresa la que «valorará» las solicitudes individuales de teletrabajo y «tratará de acceder a las mismas» (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11). Abundando las fórmulas de escaso contenido obligacional según las cuales el reconocimiento del derecho tendrá en cuenta las necesidades de la persona solicitante y las necesidades organizativas y productivas de la empresa (Clínicas y Consultas de Odontología, art. 6).

Los convenios que establecen «procedimientos» para tramitar las solicitudes de teletrabajo suelen repetir esquemas básicos representados por: una solicitud inicial (dotada, a veces, de requisitos formales); la apertura de una fase de negociación con la persona trabajadora (durante un plazo que suele coincidir con el de 1 mes); y la contestación por parte de la empresa, bien comunicando la aceptación, bien planteando una propuesta alternativa, o directamente manifestando la negativa razonada a la concesión del teletrabajo solicitado, abriéndose en tal caso la posibilidad de acceso a la vía jurisdiccional (Corcho, art. 38; Transportes por Carretera, art. 21).

Como excepción, y sin abandonar el anterior esquema, algunos convenios, al regular el procedimiento de presentación de solicitudes, establecen qué documentación se exige en cada caso, así como los factores a tener en cuenta a la hora de resolver la petición, tales como: el perjuicio a otros compañeros/as; si existen medidas de conciliación ya concedidas previamente; si constan restricciones de la otra persona progenitora para cuidar del/de la menor, en su caso; si existen otras personas de la familia que puedan hacerse cargo del familiar, en su caso; así como los horarios escolares o de guarderías (Plasbel Plásticos, art. 32; Zukán, art. 30).

Algunos convenios, directamente, afirman que habrá personas trabajadoras que, por sus características, naturaleza de las actividades que realizan, puesto que ocupan o necesidades del servicio, «no podrán prestar sus servicios bajo el sistema de teletrabajo» y, con

respecto a las que sí sean susceptibles de hacerlo, será la decisión del *mánager* quien así lo disponga (Grupo Selecta, art. 43). Precisamente bajo la concepción del teletrabajo como una suerte de «liberalidad» empresarial, se ha llegado a aceptar que la empresa «pueda extinguir las situaciones de teletrabajo en cualquier momento», no exigiéndose la indicación de causa alguna (Repsol Petróleo, SA, art. 85).

Siendo también común que las necesidades de la empresa se impongan al interés de la persona trabajadora y puedan alterar la prestación del trabajo a distancia, una vez acordado; en este sentido, se ha contemplado que la persona trabajadora podrá ser requerida a asistir al centro de trabajo habitual, en cualquier momento en que las necesidades de la empresa lo exijan, dentro de su jornada de trabajo y horario habitual (Thales España GRP, SAU, cap. IX); pudiendo ser requerida a acudir a cuantas reuniones, periódicas o imprevisadas, se convoquen por sus responsables (Grupo Selecta, art. 43). En términos más amplios, se ha contemplado la posibilidad de requerir su presencia en el centro de trabajo en casos de situaciones urgentes o excepcionales, sucesos extraordinarios, implantación de nueva clientela, periodos de fidelización, implantación de nuevas políticas, formación, necesidades específicas de la clientela o del servicio (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11)⁴.

2.6. Relación con el acuerdo marco europeo

Algunos convenios justifican la implantación del teletrabajo en la finalidad de impulsar el desarrollo del acuerdo marco europeo que lo regula (Accepta Servicios Integrales, art. 8); o señalan que las condiciones de teletrabajo que establezcan las empresas habrán de basarse en los principios establecidos en dicho acuerdo marco (Oficinas y Despachos de Cataluña, art. 77), tomando en consideración sus directrices (Grupo Selecta, art. 43); se indica, también, que los propios acuerdos de implantación progresiva en la empresa se basarán en aquel (Repsol Petróleo, SA, art. 85). Algunos convenios consideran «teletrabajo» a aquel que se haya formalizado conforme marca el acuerdo marco europeo.

También encontramos referencias específicas, según el sector de actividad, al papel previo de los interlocutores sociales europeos, como sucede, por ejemplo, con la «Declaración relativa al teletrabajo» suscrita por aquellos en febrero de 2015 (Seguros Privados, art. 8 bis).

2.7. Algunas exigencias formales

Desde un punto de vista formal, y partiendo siempre de la voluntariedad y del carácter individual del teletrabajo, ha solido exigirse la plasmación del acuerdo que lo instaura en un

⁴ Como excepción, el convenio establece que no se considera circunstancia habilitante la huelga que secunden las personas trabajadoras de la empresa.

momento previo a su inicio y en un documento escrito, normalmente como anexo al contrato de trabajo (Thales España GRP, SAU, cap. IX), quedando de esta forma fijadas las condiciones de dicha forma de trabajo, salvo en los aspectos en que pudiera existir un acuerdo colectivo con la representación legal de las personas trabajadoras (Oficinas y Despachos de Cataluña, art. 77). También suele recogerse la obligación de facilitar al Comité Intercentros la copia de los contratos a distancia que se confeccionen (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11), así como la de «informar» a los delegados y delegadas de personal o miembros del comité de empresa de los contratos de trabajo a distancia existentes (Madera, art. 24).

2.8. Genérica identificación de actividades susceptibles de desarrollarse en teletrabajo

No suelen definirse qué actividades podrán prestarse en modalidad de trabajo a distancia, abusándose de la remisión a las que «por su naturaleza» sean susceptibles de desarrollarse en dicha modalidad (Teleinformática, art. 25); y «siempre que las necesidades del servicio lo permitan» (EDF Fenice Ibérica, SLU, disp. adic. primera). Fórmulas como la decisión de implementar el teletrabajo en «aquellas áreas, departamentos o servicios en donde es posible llevarse a cabo» (Movistar +, disp. trans. tercera) o en los «puestos y centros de trabajo que lo permitan» (Nokia Transformation, art. 49) carecen del mínimo contenido obligatorio. Al igual que acoger el teletrabajo «siempre que las necesidades del servicio lo permitan, a juicio de la dirección de la empresa» (Repsol Petróleo, SA, art. 85).

2.9. El lugar de trabajo y la jornada

En cuanto al lugar de prestación de servicio a distancia, algunos convenios exigen que sea el «domicilio particular» de la persona trabajadora, debiendo cumplir este con los requisitos necesarios en materia de prevención de riesgos laborales, especialmente en cuanto a ergonomía, permitiéndose a la empresa realizar visitas de verificación, a cuyo efecto la persona trabajadora ha de facilitar el acceso al personal técnico encargado (Seguros Privados, art. 8 bis); la mayoría de convenios, sin embargo, no hace referencia a este tema, o lo hace posibilitando que la prestación se realice en el domicilio de la persona trabajadora o «lugar libremente elegido» por ella (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11); o en «lugar distinto al centro de trabajo», debiéndose encargar la persona empleada de realizar aquellos cambios que puedan ser necesarios para cumplir con los requisitos de seguridad y salud informados previamente por parte del servicio de prevención de riesgos (Grupo Selecta, art. 43).

En cuanto a la distribución de la jornada a distancia y flexibilidad horaria, algunos convenios permiten un amplio margen de acuerdo con las partes, lo que incluye la realización en el domicilio de jornadas tanto parciales como completas (Thales España GRP, SAU, cap. IX), siendo común que la persona trabajadora deba estar trabajando y disponible *online* durante las horas de presencia obligatoria que señale el calendario laboral (Grupo Selecta, art. 43).

Relacionado con esta cuestión, observamos algunos convenios que dan un paso más, contemplando fórmulas de trabajo basadas en una mayor flexibilidad y confianza mutuas, tales como el «e-Work», que genera –dicen– mayor compromiso, productividad y motivación (Teleinformática, art. 26); o el «flex work», concebido como una modalidad del teletrabajo, pensada para perfiles concretos de personas empleadas, que permite realizar la actividad laboral en cualquier lugar, con total autonomía y de manera muy flexible (Telefónica de España, SAU, art. 89).

2.10. Requisitos personales de acceso al teletrabajo

No es común encontrar convenios que supediten la posibilidad de teletrabajar al cumplimiento previo de algún requisito atinente a la propia persona empleada, pudiendo citarse, entre los pocos que lo hacen, la exigencia del carácter «indefinido» de la relación laboral (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11), una antigüedad superior a 6 meses (Nokia Transformation, art. 49), o 2 años de antigüedad en la compañía y venir realizando un trabajo a jornada completa (Repsol Petróleo, SA, art. 85), o, también, pertenecer a las áreas técnicas y comerciales con antigüedad mínima de 12 meses (Grupo Selecta, art. 43).

En alguna ocasión, los requisitos que se exigen, tales como tener un «conocimiento suficiente del puesto», «habilidades informáticas» o «responsabilidad para la autogestión» (Repsol Petróleo, SA, art. 85), carecen del mínimo de objetividad necesario para que el derecho sea efectivo, más allá de la discrecionalidad de la empresa evaluadora de tales competencias.

En otras ocasiones, se ha exigido, salvo política en contra de la empresa, la previa superación del «periodo de prueba» fijado en el contrato de trabajo, para poder acceder al teletrabajo (Seguros Privados, art. 8 bis).

2.11. Duración de la prestación en forma de teletrabajo

En cuanto a la duración del teletrabajo, apenas hay referencias; entre las pocas que abordan la materia, se encuentra la exigencia de un periodo mínimo de permanencia en esta modalidad de 3 meses (Seguros Privados, art. 8 bis). Algunos convenios apuestan decididamente por establecer, en el acuerdo de teletrabajo, una duración «indefinida», previendo, en circunstancias concretas (tratarse, por ejemplo, de una fase del proyecto), formalizar acuerdo de teletrabajo por tiempo «determinado» (Grupo Selecta, art. 43); otros optan por que las solicitudes individuales se resuelvan concediendo periodos de tiempo determinado, con posibilidad de «renovación» (Ayuntamiento de Torreldones, art. 24).

2.12. Reversibilidad

En cuanto a la reversibilidad del derecho, que ningún convenio discute, se suele establecer un plazo para su ejercicio; así se ha establecido el preaviso de 15 días, salvo circunstancias

justificadas que exijan la reincorporación presencial inmediata (Repsol Petróleo, SA, art. 85), o el preaviso de 1 mes, sin alegar motivos (Grupo Selecta, art. 43).

Aquellos convenios que exigen una permanencia mínima en teletrabajo no permiten la reversibilidad hasta el transcurso de aquella (Seguros Privados, art. 8 bis); siendo normal que los convenios remitan al acuerdo individual sobre teletrabajo la fijación de condiciones en las que la persona teletrabajadora podrá volver a prestar servicios en forma presencial (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11).

Algunos remarcan que la denuncia y conclusión del acuerdo de teletrabajo no conllevará compensación económica alguna, además de no implicar la vuelta al trabajo presencial una modificación sustancial de condiciones de trabajo (Grupo Selecta, art. 43).

2.13. Desconexión digital

Partiendo de las previsiones de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), algunos convenios han reconocido el derecho a la desconexión digital, comprometiéndose a impulsar medidas que potencien el tiempo de descanso una vez finalizada la jornada laboral (Teleinformática, art. 27). La finalidad del derecho, se dice, es «garantizar (a la persona empleada), fuera del tiempo de trabajo, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» (Centros y Servicios Veterinarios, art. 95). En esta línea, las empresas, previa audiencia de la representación de las personas trabajadoras, elaborarán una política interna que definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de «fatiga informática», debiendo preverse, en particular, el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización, total o parcial, de trabajo a distancia (Estaciones de Servicio, anexo 5).

Aunque normalmente el compromiso no suele acompañarse del establecimiento de medidas concretas, no han faltado declaraciones de intenciones sobre la «importancia fundamental» de estas medidas que apuesten por la «calidad de vida en el trabajo» (Michelin España Portugal, art. 24), llegando a la autoimposición de plazos para desarrollar los criterios de ejercicio del derecho (6 meses, en el caso de Accepta Servicios Integrales, art. 21.3).

En otras ocasiones, el texto del convenio colectivo se limita a transcribir el contenido de los artículos (88 y 89) de la LOPDGDD, que hacen referencia al derecho a la desconexión digital y a la intimidad durante el uso de dispositivos digitales (Alimentos de Cataluña, disp. adic. decimocuarta).

No obstante las buenas intenciones, incluso en los casos en los que aparentemente se ha intentado regular de manera más efectiva la desconexión («los trabajadores no están

obligados a dar respuesta a los correos electrónicos de la empresa fuera de su jornada laboral»), esta queda supeditada a la no concurrencia de «fuerza mayor» o de «circunstancias excepcionales ligadas a necesidades de prestación de servicio a clientes» (Grupo Selecta, art. 44). De ahí que, la mayor parte de las veces, no solo no se prohíben prácticas «poco aconsejables» por parte de la empresa (pues la persona destinataria de la norma es la trabajadora, a la que se «dispensa» de la obligación de contestar), sino que las mismas quedan finalmente permitidas de manera muy amplia, por motivos relacionados con la actividad ordinaria.

En este sentido, sin «disimulo» alguno, hay convenios colectivos que advierten de la inexistencia de obligatoriedad en sus previsiones, reconociendo y formalizando el derecho a la desconexión digital «como un derecho pero no como una obligación (lo que) implica que aquellas personas trabajadoras que quieran realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo con total libertad» (Centros y Servicios Veterinarios, art. 95), debiendo aceptar, eso sí, que «no tendrán respuesta alguna hasta el día hábil posterior» (Telefónica Ingeniería de Seguridad, anexo 3).

Otros convenios, tanto en los supuestos de presencialidad como en los de realización total o parcial del trabajo a distancia, aunque sin introducir su obligatoriedad, al menos sí conminan a quienes tengan responsabilidad sobre equipos de personas a cumplir especialmente las medidas de desconexión digital, «absteniéndose» de requerir respuesta en las comunicaciones enviadas fuera de horario de trabajo o en un momento próximo a su finalización, cuando estas supongan para la persona destinataria realizar un trabajo efectivo que previsiblemente invada su tiempo de descanso. Derivado de lo anterior, se detalla, en relación con la persona trabajadora, su «derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.) una vez finalizada su jornada (Telefónica Ingeniería de Seguridad, anexo 3).

En este contexto, es frecuente encontrar interpelaciones al fomento de prácticas responsables de los medios tecnológicos, dirigidas muy especialmente al «personal directivo» (Estaciones de Servicio, anexo 5); «mandos intermedios y a la misma dirección» (Óptica, disp. adic. III); o a quienes tienen una «posición referente» respecto a los equipos de personas que coordinan, debiendo dichos directivos «asumir» que, en caso de hacerlo, la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente (Centros y Servicios Veterinarios, art. 95).

Como cláusula garantista, se ha solido indicar que el ejercicio del derecho a la desconexión no podría implicar sanción alguna, o repercutir negativamente en el desarrollo profesional de las personas empleadas (Centros y Servicios Veterinarios, art. 95); en similares términos, no se «podrá sancionar disciplinariamente» a las personas trabajadoras con ocasión del ejercicio del derecho, ni este podrá «repercutir negativamente» en su desarrollo profesional (Telefónica Ingeniería de Seguridad, anexo 3), o influir de manera negativa en los «procesos de evaluación y valoración» (Óptica, disp. adic. III).

2.14. Dotación de equipos y asunción de gastos

En cuanto a los equipos y herramientas necesarias para desarrollar la actividad en teletrabajo, es común que la negociación colectiva regule la obligación empresarial de puesta a disposición y mantenimiento de los mismos, y la correlativa obligación, por parte de la persona empleada, del correcto uso, cuidado, conservación y devolución en buen estado, finalizada la actividad de teletrabajo (Thales España GRP, SAU, cap. IX; Seguros Privados, art. 8 bis; Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11).

Algunos convenios detallan qué medios materiales han de ser puestos a disposición de la persona trabajadora: ordenador, telefonía, línea ADSL y el *software* necesario para el desempeño del trabajo (Repsol Petróleo, SA, art. 85); permitiéndose, por acuerdo entre las partes, la utilización, por parte de dicha persona trabajadora, de su «propio equipo» (Oficinas y Despachos de Cataluña, art. 77).

La cuestión de los gastos que genera la actividad y la forma de abono o compensación ha sido objeto de tratamiento dispar. Algunos convenios han llegado a afirmar que «no se abonará compensación alguna por la participación en el régimen de teletrabajo, ni por la manutención correspondiente a los días de teletrabajo» (Thales España GRP, SAU, cap. IX); habiéndose afirmado que la implementación del proceso de teletrabajo «no supondrá coste adicional alguno para la empresa» (Nokia Transformation, art. 49).

No obstante, lo más frecuente es que la empresa costee tales medios (Repsol Petróleo, SA, art. 85). Con mayor razón si el trabajo requiere efectuar comunicaciones informáticas con los citados equipos; situación ante la que algunos convenios recogen el compromiso empresarial de costear la instalación de la línea de ADSL con tarifa plana, en el domicilio de la persona trabajadora (Thales España GRP, SAU, cap. IX); aunque se ha llegado a disponer que la empresa únicamente asumirá el coste de servicio de internet cuando se requiera, en la conexión, una velocidad y ancho de banda específicos (Carlson Wagonlit España, SLU, art. 11).

Algunas regulaciones, más parcas, obligan a la empresa a costear los gastos directamente originados si el teletrabajo se realiza de manera «regular» (Oficinas y Despachos de Cataluña, art. 77).

2.15. Protección de datos y control empresarial

En relación con la protección y confidencialidad de los datos utilizados y acceso a datos personales por las personas trabajadoras, suele repetirse en los convenios colectivos la fórmula del necesario conocimiento, por la persona trabajadora, de la normativa de protección de datos (LOPDGDD), así como su responsabilidad en el cumplimiento de la normativa interna publicada en la intranet (Repsol Petróleo, SA, art. 85). Otros convenios, de manera



más laxa, se limitan a establecer la conveniencia de «que se regulen aspectos como la privacidad (o) la confidencialidad» (Seguros Privados, art. 8 bis).

En cuanto al control empresarial de la actividad, cuestión clave en la prestación del trabajo a distancia, los pocos convenios colectivos que la han abordado se limitan a afirmar dicha facultad, derivada del poder de dirección y organización empresarial, recordando a la persona que teletrabaja su sometimiento a los sistemas de control de la prestación que la empresa pueda poner en marcha, que le serán comunicados con antelación y que respetarán en todo caso su intimidad (Repsol Petróleo, SA, art. 85).

2.16. Seguridad y salud laboral

En materia de prevención de riesgos laborales, abundan las referencias a la obligación de dar cumplimiento a la Ley de prevención de riesgos laborales y a la normativa de desarrollo (Thales España GRP, SAU, cap. IX), así como a la responsabilidad de la empresa en cuanto a la protección de la seguridad y salud profesionales de la persona trabajadora, conforme a la legislación y recomendaciones vigentes (Oficinas y Despachos de Cataluña, art. 77). No abundan, en los instrumentos negociales, referencias a la acción protectora en Seguridad Social; siquiera alguna referencia indirecta, como la que afirma el mantenimiento, para quien trabaja a distancia, de las coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional (Thales España GRP, SAU, cap. IX).

3. La gestión del teletrabajo en la negociación colectiva diseñada por el RDL 28/2020

El relevante papel asignado a la autonomía colectiva en el «diseño» y acomodo del trabajo a distancia a su respectivo ámbito funcional debiera animar a la negociación colectiva a actuar, con decisión, ejerciendo el papel protagonista que el RDL 28/2020 le ha asignado en la mayor parte de materias que aborda. Y así:

3.1. Ámbito de aplicación

Es el artículo 1.1 del ET el que enmarca la aplicación subjetiva de la norma, al quedar incluidas en la regulación del trabajo a distancia –RDL 28/2020 (art. 1)– las personas que realicen, con carácter regular, una prestación sometida a las notas de laboralidad allí enunciadas. Dicha «regularidad» viene representada, en un periodo de referencia de 3 meses, por un mínimo del 30 % de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo, pudiendo tener una incidencia decisiva la autonomía colectiva, ampliando el ámbito de aplicación de la norma, mediante la reducción (disp. adic.

primera, 2) tanto del porcentaje de jornada como del periodo de referencia fijados; con ello, el colectivo de personas trabajadoras a las que la norma pretende proteger puede quedar ampliado por voluntad de las partes negociadoras.

3.2. Concepto de trabajo a distancia y teletrabajo

Convencido de la necesidad de aclarar convenientemente los conceptos, dedica el RDL 28/2020 su artículo 2 a distinguir qué ha de entenderse por trabajo a distancia y qué por teletrabajo. Así, «trabajo a distancia» es la forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular; mientras que «teletrabajo» es aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

Sin que quepan alteraciones conceptuales por parte de la negociación colectiva, sí es útil el papel que puede jugar el convenio colectivo en la definición de los puestos de trabajo y actividades susceptibles de acogerse a dichas modalidades, mucho más al quedar dicha definición, por ley, prácticamente en manos de la negociación colectiva. Utilizando criterios objetivos (limitaciones de movilidad, lejanía del domicilio al centro de trabajo, etc.) y evitando exigencias genéricas, se limitará la unilateralidad empresarial y el riesgo de que el acceso al teletrabajo dependa de una sola de las partes.

3.3. Limitaciones

Como límite a la prestación de servicios a distancia, la legislación establece (art. 3) que, en los contratos de trabajo con menores de edad y en los contratos formativos, el acuerdo de trabajo a distancia garantizará un mínimo del 50 % de prestación presencial de servicios, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos. Dicho porcentaje puede, sin embargo, modificarse por la negociación colectiva, siempre que el contrato no se celebre con menores (disp. adic. primera, 2).

3.4. Igualdad de trato y no discriminación

Proclamado en la exposición de motivos el principio básico de igualdad de derechos entre las personas teletrabajadoras y las que desarrollan su actividad en el establecimiento empresarial, el artículo 4 refuerza este compromiso, al vedar cualquier trato menos favorable hacia aquellas (incluyendo retribuciones, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional) e impedir que las eventuales dificultades técnicas que

surjan en el desempeño del trabajo a distancia puedan implicar perjuicio a la persona empleada o modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución.

Con la misma contundencia, se contempla la obligación empresarial de evitar cualquier discriminación, directa o indirecta (particularmente por razón de sexo), así como la de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, tanto en la elaboración de los planes de igualdad, como en la confección de las medidas protectoras de las víctimas de violencia de género, contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. Igualdad que ha de reconocerse, asimismo, en los derechos en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho a la adaptación de la jornada del artículo 34.8 del ET.

No existiendo en el RDL 28/2020 una llamada expresa a la negociación colectiva, es obvio que su participación en este ámbito debe ser no solo incuestionable, sino imprescindible, objetivando en el articulado del convenio todos aquellos derechos y obligaciones que hagan efectivo el proclamado derecho.

3.5. Voluntariedad y reversibilidad

Según el artículo 5, el acuerdo de trabajo a distancia, que podrá formar parte del contrato o elaborarse posteriormente, requiere del concurso de voluntad de ambas partes, no pudiendo imponerse por vía del artículo 41 del ET. Derivadamente, la negativa a trabajar a distancia, el ejercicio del derecho de reversibilidad a trabajo presencial o las dificultades que surjan en la prestación a distancia relacionadas exclusivamente con dicho cambio de modalidad prestacional no serán causas justificativas de extinción contractual ni de modificación sustancial de condiciones de trabajo. No obstante lo anterior –como se apuntó previamente–, la negociación colectiva puede matizar dicha «voluntariedad», identificando aquellas circunstancias (art. 5.1) que, de concurrir, podrían permitir a la persona trabajadora exigir a la empresa la prestación del trabajo a distancia.

En cuanto al ejercicio de reversibilidad de la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad presencial, el mismo puede efectuarse por ambas partes, en los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo *ad hoc*, lo que significa que, en una materia clave como la reversión de la decisión de trabajar a distancia, la negociación colectiva tiene mucho que decir; piénsese, por ejemplo: en la posible configuración del derecho de una forma distinta si la persona trabajadora fue o no contratada inicialmente a distancia; en el posible diverso régimen jurídico en función del porcentaje de jornada a distancia contratada; en el posible establecimiento de plazos mínimos para el ejercicio del derecho; en la prioridad o no de la persona trabajadora a distancia para ocupar puestos que queden vacantes que se realicen total o parcialmente de modo presencial; etc. En todo caso, deben establecerse requisitos y condiciones objetivas de acceso al derecho que eviten tanto la

perpetuación de roles, como las negativas inconsistentes al reconocimiento del mismo. En cuanto al ejercicio del derecho por la empresa, sería conveniente establecer causas tasadas que limiten al máximo la discrecionalidad.

3.6. Obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia

El acuerdo de trabajo a distancia (art. 6), ya se inserte en el propio contrato de trabajo, ya se confeccione posteriormente, deberá formalizarse por escrito, siempre antes del inicio del trabajo a distancia, facilitándose una copia a la representación de las personas trabajadoras en el plazo de 10 días desde su formalización, con envío posterior a la oficina de empleo.

No prevé la norma la ampliación de requisitos formales en la constitución del acuerdo, por parte de la autonomía colectiva, debiendo considerarse mínimos de derecho necesario los reflejados en el precepto, no previéndose una intervención relevante de la negociación colectiva en la materia.

3.7. Contenido del acuerdo de trabajo a distancia

Muy relevante puede ser el papel de la negociación colectiva a la hora de fijar el contenido del acuerdo de trabajo a distancia, y ello en la medida en que la regulación mínima obligatoria que la norma establece, resumida en doce apartados (art. 7), lo es «sin perjuicio de la regulación recogida en los convenios o acuerdos colectivos». Ello significa que es el convenio el que puede incluir otras materias «obligatorias» en el acuerdo de trabajo a distancia, además de, obviamente, llenar de contenido⁵ las que la ley enumera.

3.8. Modificación del acuerdo y ordenación de prioridades

La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 8), que deberá plasmarse por escrito y del que se facilitará copia a la representación legal de las personas trabajadoras, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona empleada.

La ley reconoce la prioridad de las personas que realizan el trabajo a distancia desde el inicio de su relación laboral durante toda la jornada, para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial, siendo obligación de la empresa informar de las vacantes disponibles.

⁵ Piénsese en duraciones mínimas y máximas del teletrabajo, prórrogas, medidas que eviten el aislamiento de la persona trabajadora, fraccionamientos de jornada diaria, tiempos de disponibilidad obligatorios, pautas de flexibilidad horaria, etc.

Es importante la delegación que la norma hace, a los convenios colectivos, de la posibilidad de establecer mecanismos que permitan modificar la prestación, desde la presencialidad al trabajo a distancia, y viceversa, así como reglas de preferencia, evitando, en todo caso, la perpetuación de roles y estereotipos de género.

3.9. Derechos de las personas trabajadoras a distancia

Esencial es, también, el papel otorgado a la autonomía colectiva, en la confección y desarrollo de los derechos reconocidos a las personas trabajadoras a distancia; la máxima que lo sustente es que el principio de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación entre las personas trabajadoras a distancia y las personas que desarrollan su actividad de manera presencial no solo es razón de ser de la norma, sino que debe estar presente y guiar cualquier negociación colectiva. Un rápido repaso de los derechos reconocidos en la norma nos permite comprobar la llamada a la negociación colectiva en la mayoría de los casos:

- a) En virtud del artículo 11, las personas trabajadoras a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado, por parte de la empresa, de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo de trabajo a distancia, y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación, incluyéndose la atención necesaria en caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo. Parece razonable, en este punto, que la negociación colectiva facilite el ejercicio de este derecho, estableciendo, con carácter general, qué elementos esenciales (equipos, medios, etc.) habrán de incorporarse al inventario de bienes a proporcionar a la persona trabajadora, arbitrando procedimientos claros para la asignación de tales medios, su mantenimiento y la resolución de cualquier incidencia en su uso, y estableciendo una vía, igualmente clara, para que la persona trabajadora pueda reclamar su cumplimiento.
- b) Con una afirmación de carácter general («El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral») resuelve el artículo 12 una de las cuestiones más «espinosas» y abordadas por las personas estudiosas del derecho en las fechas previas a la publicación de la norma: ¿cómo se abonan los gastos que genere el trabajo a distancia? Afirmación que se acompaña del emplazamiento a los convenios o acuerdos colectivos para que establezcan los mecanismos para la determinación de dichos gastos, así como su compensación o abono. En este campo, el papel de los convenios es muy necesario, no solo a la hora de determinar y cuantificar cuáles sean, en cada caso, los gastos asociados a la actividad de teletrabajo (incremento de factura de luz, electricidad, calefacción; adaptación o mejora de la instalación domiciliaria; adquisición de mesa de trabajo,

sillas ergonómicas; contratación o mejora de conexión a internet; etc.), sino, sobre todo, a la hora de establecer cómo se procederá a su compensación y abono (por ejemplo, mediante la creación de pluses o complementos por teletrabajo).

- c) Según el artículo 13, el horario de prestación de servicios establecido podrá flexibilizarse por la persona trabajadora, de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo de trabajo a distancia y en la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso.
- d) El artículo 14 establece que, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, el derecho a un registro horario adecuado exige un sistema que refleje fielmente el tiempo que la persona dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, debiendo incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada. En este ámbito, es notorio que, tras la entrada en vigor del artículo 34.9 del ET, muchas empresas implementaron mecanismos de control y registro horario que, en un contexto de trabajo a distancia, pueden no ser suficientes, teniendo la posibilidad la negociación colectiva de completar este posible vacío con métodos y criterios concretos de registro, que sean fiables (preferentemente telemáticos o digitales) y respeten los derechos de la persona trabajadora a su imagen y a la protección de sus datos.
- e) En la utilización de medios telemáticos y en el control de la prestación laboral por parte de la empresa, el artículo 17 garantiza el derecho a la intimidad y a la protección de datos de la persona trabajadora, sin que pueda la empresa exigirle la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de dicha persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia. Las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos que respeten los estándares mínimos de protección de su intimidad. En este ámbito, es importante la habilitación a la negociación colectiva para que regule el uso de estos equipos por motivos personales, debiendo esta desarrollar los términos en los que las personas trabajadoras a distancia pueden hacer ese uso, por motivos personales, de las herramientas informáticas puestas a su disposición por la empresa, teniendo en cuenta las particularidades propias de esta modalidad de trabajo.
- f) En términos muy similares a los del artículo 88 de la LOPDGDD, que expresamente cita, se regula en el artículo 18 el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras a distancia, limitando el uso empresarial de los medios tecnológicos de comunicación y trabajo, que debe ajustarse a los límites de jornada y respetar los periodos de descanso; restricción que debe acompañarse de la implementación de una política interna, dirigida a trabajadores/as y personal directivo, que defina las modalidades del ejercicio del derecho de desconexión y las acciones formativas sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. También en esta materia los convenios o acuerdos

colectivos son llamados a arbitrar mecanismos de desconexión y organización de la jornada en forma compatible con la garantía de los tiempos de descanso.

- g) Reconoce explícitamente el artículo 19 el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, cuyo contenido y alcance es idéntico al del resto de personas trabajadoras, pudiendo la negociación colectiva establecer condiciones que garanticen el respeto pleno a la igualdad de trato y oportunidades, atendiendo a sus singularidades propias. En este contexto, la empresa debe suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa (entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia), asegurándose, asimismo, de que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y su representación legal, así como con el resto de personas trabajadoras, y garantizándose, a quienes trabajan a distancia, la participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales.

Es, en cualquier caso, evidente, que la intervención de la autonomía colectiva en el desarrollo del resto de derechos reconocidos en la norma no queda en absoluto vedada por el hecho de que el precepto en cuestión no la mencione; al contrario, se trata de materias en las que tradicionalmente los convenios colectivos contribuyen atinadamente a completar la regulación legal. Nos referimos, en concreto, al derecho que tienen las personas que trabajan a distancia a su participación efectiva en actividades formativas (art. 9), a la promoción profesional (art. 10) y a una adecuada protección en seguridad y salud laboral (art. 15), precedida de una evaluación y plantificación preventiva que tenga en cuenta los riesgos propios de esta modalidad (art. 16).

3.10. Facultades de organización, dirección y control empresarial

Según dispone el artículo 20, las personas trabajadoras a distancia deberán cumplir las instrucciones empresariales sobre protección de datos y en materia de seguridad de la información, previa participación e información, respectivamente, de su representación legal. En este ámbito, por tanto, el RDL 28/2020 omite el llamamiento a la negociación colectiva, dejando en manos de la empresa, con la participación de la representación de las personas trabajadoras, todo lo atinente a la protección de datos y a la seguridad en la información.

Consecuencia lógica de su recepción es la obligación de la persona trabajadora a distancia (art. 21) de cumplir con las condiciones e instrucciones de uso y conservación de los equipos, establecidas por la empresa, dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva; términos que sería recomendable que especificasen los convenios, para mayor seguridad.

Por último, se faculta la adopción por la empresa (art. 22) de las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de obligaciones y deberes por la persona trabajadora a distancia, incluida la utilización de medios telemáticos, respetando su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de las personas trabajadoras con discapacidad. Es esta una materia «sensible», teniendo en cuenta que el control empresarial del teletrabajo puede llegar a ser más intenso e incisivo que la vigilancia del trabajo presencial, siendo mayor el riesgo de vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de la persona trabajadora. Y aquí, partiendo –obviamente– de que el control y vigilancia de la actividad corresponde a la empresa, no es descartable la intervención decidida de los convenios para minimizar la intromisión en la esfera privada y personal de la persona trabajadora, mucho más teniendo en cuenta que la prestación de servicios se realiza normalmente en su propio domicilio.

4. Repaso de la breve experiencia convencional posterior a la publicación del RDL 28/2020

Atendiendo a lo establecido en la disposición adicional primera del RDL 28/2020, según la cual los convenios y acuerdos colectivos, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, podrán complementar y desarrollar la regulación legal en diversos aspectos, pretendemos completar este estudio con el análisis, necesariamente de urgencia, del «uso» que la negociación colectiva haya podido hacer de tal precepto.

Ciertamente, las conclusiones acerca del papel efectivo que los convenios asuman en la misión a la que han sido llamados no podrán obtenerse, con cierto detalle, hasta que transcurran varios meses, esto es, hasta que tengamos datos cuantitativa y cualitativamente amplios que den respuesta al interrogante.

Ello, además, teniendo en cuenta que en determinados sectores se ha acordado expresamente diferir la regulación convencional del teletrabajo a un momento posterior; decisión comprensible si quienes negocian no han valorado suficientemente, hoy en día, el contenido de los acuerdos que pretenden implantar o no quieren apresurarse a confeccionar una normativa que no se adapte adecuadamente al RDL 28/2020. Se ha llegado a contemplar como una misión adicional «la adaptación del convenio a la (nueva) regulación del teletrabajo» (Vigilancia y Seguridad Privada, preámbulo).

Observamos, en este contexto, referencias en los nuevos textos convencionales a la existencia de una nueva regulación legal que ha de ser tenida en cuenta; se ha expuesto que «dado que en los últimos meses han nacido al mundo jurídico determinadas disposiciones legales en materia de trabajo a distancia, desconexión digital y otras», la comisión negociadora del convenio habrá de «incorporar lo acordado en dichas materias» (Iberdrola Inmobiliaria, SAU, expositivo VIII).

Quizás por esta falta de tiempo para «madurar» una regulación concreta y ajustada al sector, alguno de estos nuevos convenios se limita a utilizar la fórmula imperativa según la cual «será de aplicación el Real Decreto-Ley 8/2020, de trabajo a distancia»; afirmación que no se acompaña de mayor concreción en el texto (Aceite, art. 43). Alguno de los que utiliza la misma fórmula imperativa sí la acompaña del compromiso de efectuar un seguimiento del trabajo a distancia, con el fin de «desarrollar, en su caso, las remisiones normativas a la negociación colectiva» (Alimentos de Castellón, art. 16), exteriorizando el conocimiento que ya tienen de la normativa que delega en las partes negociadoras dicha facultad de desarrollo.

Otros convenios, pese a publicarse tras la promulgación del RDL 28/2020, no efectúan mención alguna a la norma, limitándose a regular la materia, como hicieran previamente, extractando el contenido de otros instrumentos del sector ya negociados (Construcción y Obras Públicas de Cádiz, art. 43); otros, en fin, aparentemente «desconectados» del nuevo contexto jurídico, se limitan a proponer la realización de una «prueba piloto» de trabajo a distancia, que afectará al personal de oficina (Abertis Autopistas de España, disp. trans. octava); o a regular la materia, de manera escueta y nada reseñable, en extremos tan básicos como el registro de jornada, que habrá de ser efectivo también en los supuestos de personas que «no tengan un puesto físico en el centro de trabajo», o la desconexión digital, que también se preservará en los supuestos de trabajo a distancia o en el domicilio de la persona empleada (Asistencia Social de Cataluña, art. 49). También hay algún convenio que, con un enfoque «distinto», aborda el teletrabajo desde la perspectiva de la «disponibilidad horaria» (Siderometalurgia Zaragoza, cap. II).

Se observa, pues, de momento, cautela en las partes negociadoras y conciencia del papel que, a medio plazo, habrán de jugar en la tarea de adaptar los convenios colectivos a la nueva legislación del teletrabajo. Y así, 5 meses después de la publicación de la meritada norma⁶, apenas contamos con convenios colectivos que, teniendo a la vista el esquema ofrecido por la legislación, hayan contribuido, de modo singular, a desarrollar el trabajo a distancia; circunstancia que nos impide aportar en este momento datos de interés, que forzosamente habrán de ofrecerse más adelante.

Incluso si leemos detenidamente aquellos que, aparentemente, ofrecen una regulación más extensa, pronto descubrimos que apenas se apartan del texto legal, cuyos aspectos principales se limitan a resumir.

Valga de ejemplo el Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua que, en su anexo I (Modificaciones convencionales), añade una disposición transitoria segunda al VI Convenio, para señalar que aquellas empresas que de manera voluntaria «modifiquen» su sistema de trabajo de tal forma que distribuyan parte de la prestación de trabajo presencial por trabajo a distancia, quedando dentro del ámbito de aplicación del RDL 28/2020,

⁶ Este estudio finaliza el día 20 de febrero de 2021.

tendrán en consideración: a) la voluntariedad y reversibilidad en cualquier momento; b) la necesidad de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia, que deberá registrarse en la oficina de empleo y del que habrá de entregarse copia a la representación de las personas trabajadoras; acuerdo que deberá contemplar, entre otros aspectos: el inicio y la finalización de la jornada; los tramos de actividad y el tiempo de activación y desactivación de equipos; el inventario de los medios, equipos, herramientas, consumibles y elementos muebles; la enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora, así como la compensación a abonar por los mismos; c) la obligación de negociar en la búsqueda de acuerdos con la representación unitaria o sindical que establezcan condiciones y criterios generales; d) el derecho a la desconexión, debiendo acordarse un horario de disponibilidad de teletrabajo, además de la necesidad de establecer y obligar a realizar un registro de la jornada correspondiente; e) la obligación empresarial de sufragar o compensar el trabajo a distancia, no permitiéndose la asunción por la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados, así como cualquier otro gasto necesario para la correcta prestación de trabajo.

La conclusión de su lectura es clara: la falta de desarrollo del texto legal en las materias habilitadas. Así, no identifica puestos o funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, ni regula condiciones de acceso y desarrollo de esta modalidad de trabajo; no establece duraciones máximas del trabajo a distancia, ni fija contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia; no establece jornada mínima presencial, ni regula condiciones del ejercicio de reversibilidad; no altera el porcentaje de «regularidad» legalmente establecido, ni el de presencialidad en los contratos formativos; no incorpora, en fin, circunstancias extraordinarias que modulen el derecho a la desconexión, ni considera necesario regular cuestiones adicionales.

En el lado opuesto, encontramos el Convenio colectivo estatal de cajas y entidades financieras de ahorro, que, aceptando el «encargo» de la legislación, ha acometido la regulación de varias de las materias para las que las partes negociadoras fueron habilitadas, aunque centrándose, casi exclusivamente, en detallar las condiciones de acceso y ejercicio del trabajo a distancia y modular el derecho a la desconexión digital. En este sentido, como ejemplo práctico de la forma en la que los convenios pueden completar la regulación legal, podemos destacar del mismo (art. 14):

- a) La concepción del trabajo no como una medida de conciliación, sino como una forma innovadora de organizar y ejecutar la prestación laboral derivada del propio avance tecnológico.
- b) La inclusión de requisitos formales para el ejercicio de la reversibilidad, consistente en su comunicación escrita y con antelación de 30 días (salvo causa grave sobrevenida o fuerza mayor), además de su restricción en los casos en los que el teletrabajo forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo.

- c) La apuesta por mecanismos que faciliten una cierta presencialidad que evite el aislamiento de la persona teletrabajadora.
- d) La obligatoriedad de indicar, en la publicación de las vacantes, aquellas que requieran teletrabajo.
- e) La especificación del derecho a la dotación de equipos y herramientas, detallando los que, en caso de ser necesarios, debe facilitar la empresa: ordenador, tableta, Smart PC o similar; teléfono móvil con línea y datos necesarios y suficientes para conexión (wifi); y silla ergonómica homologada (a petición de la persona trabajadora).
- f) El establecimiento, adicional, por la totalidad de gastos restantes que pudiera tener la persona trabajadora a distancia, de una cantidad máxima de 55 euros mensuales, que se abonarán en proporción al porcentaje de jornada acordada en teletrabajo.
- g) La concreción de los derechos de información y participación de la representación legal de las personas trabajadoras, quedando obligada la empresa a identificar en los censos de plantilla a las personas que teletrabajen y a entregar mensualmente la relación de personas que suscriban acuerdos individuales de teletrabajo, informando asimismo a tales representantes de las instrucciones sobre confidencialidad, protección de datos, y medidas de vigilancia y control de actividad.
- h) El establecimiento de garantías concretas en el ejercicio de derechos colectivos plasmadas, por una parte, en el acceso a los portales virtuales de información sindical que existen en las redes y canales telemáticos de la empresa y, por otra, en la obligación empresarial de informar «por todos los medios disponibles y con antelación suficiente» de todo lo relativo al proceso electoral.
- i) En cuanto al derecho a la desconexión digital (art. 15), el convenio, consciente –dice– de las «distorsiones» que la permanente conectividad provoca, y en un intento por contribuir a la salud de las personas trabajadoras, además de establecer una guía de «buenas prácticas»⁷, y de afirmar la necesidad de acciones de formación y sensibilización, viene a detallar qué medidas «mínimas» han de contemplarse, y que básicamente consisten en reconocer el «derecho» a no atender dispositivos digitales fuera de su jornada de trabajo y durante el tiempo destinado a permisos, licencias, vacaciones, excedencias o reducciones de jornada; y a indicar que, «con carácter general»⁸, no se realizarán llamadas telefónicas, envío de

⁷ A modo –se indica– de «recomendaciones» (comunicaciones dirigidas exclusivamente a las personas implicadas, con el contenido imprescindible; promoción de la opción de envío retardado de correos electrónicos; limitación de reuniones, videoconferencias, etc., fuera de la jornada de trabajo; convocatoria de reuniones con 48 horas de antelación y finalización de las mismas no más tarde de las 19 horas; etc.).

⁸ Además de este carácter «general», lo cierto es que el propio convenio establece con laxitud aquellas circunstancias excepcionales que justifican contravenir la regla, lo que unido al cariz de mero «derecho»

correos electrónicos o de mensajería mediante herramientas de trabajo puestas a disposición por parte de las entidades desde las 19 horas de la tarde y hasta las 8 horas del día siguiente, excepto correos automáticos que no contengan mandatos.

Un mes después, y como nuevo ejemplo de compromiso de las partes negociadoras por avanzar en la regulación de la materia, el Convenio colectivo de Radiotelevisión Española⁹ dedica un extenso anexo 5 a regular el «Teletrabajo», pudiendo destacar del mismo: a) la posibilidad de que la persona teletrabajadora fije el lugar de prestación de servicios; b) el compromiso por facilitar el teletrabajo a personas con problemas graves de salud, movilidad o necesidad de cuidados de familiares próximos; c) la fijación de una duración mínima de 1 año (con posibilidad de prórroga, previa valoración de la experiencia y teniendo en cuenta las solicitudes de otras personas que no hayan podido acceder al teletrabajo), con reversibilidad voluntaria durante los 2 primeros meses; d) el establecimiento, entre 1 y 4, de los días de teletrabajo, con programación de reuniones obligatorias y presencia física mínima durante una jornada, para evitar el aislamiento; e) la necesidad de que la persona que pretenda teletrabajar cuente con los servicios de telecomunicaciones precisos de conectividad, asumiendo la misma todos los costes asociados de adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, gastos de electricidad, agua, calefacción, etc.; f) o la posibilidad, siempre que organizativamente fuera posible, de trabajo fuera del horario habitual.

5. Conclusiones

Acuciado por la necesidad, precipitada, de estructurar en sus elementos esenciales un trabajo a distancia que, en condiciones de normalidad, aún permanecería aletargado, el RDL 28/2020 irrumpe en el tablero de relaciones laborales, ofreciéndonos un texto abierto que pretende convertir a la negociación colectiva en instrumento esencial para su desarrollo.

La norma así lo indica en su exposición de motivos, lo confirma en su articulado y lo recalca en una disposición adicional primera que pone sobre la mesa aquellas materias en las que la intervención del convenio colectivo se estima más necesaria. Es palmario, además,

de la persona empleada a conectarse o no fuera de su jornada resta virtualidad a una desconexión más decorativa que efectiva.

⁹ Cabe destacar que el convenio fue suscrito el 26 de febrero de 2020, siendo la resolución de la Dirección General de Trabajo (DGT) que lo publica de 15 de diciembre de 2020 (BOE de 22 de diciembre), con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2020, lo que significa que se negoció antes del RDL 28/2020 y entró en vigor después de tal norma, lo que podría plantear problemas de aplicabilidad convencional en materias en las que se apartase del texto legal.

que la norma ha evitado profundizar en elementos clave de la regulación, como pueden ser la concreta dotación de equipos y el abono o compensación de los gastos de la actividad en teletrabajo, que quedan diferidos al acuerdo negocial, sin que, a este respecto, se hayan alterado por la legislación prioridades aplicativas ni reglas de preferencia en casos de concurrencia de convenios.

Cuál sea el papel que, en la práctica, asuman las partes negociadoras es un interrogante que aún tardaremos en responder. Por el momento, los convenios colectivos concluidos tras la publicación del RDL 28/2020 apenas difieren, en su contenido, de los que, en los meses previos, contemplaban en sus textos algunas reglas relativas al acceso y desarrollo de esta modalidad de prestación laboral, a su reversibilidad y a los derechos de desconexión digital relacionados. Regulación marcadamente ineficaz para dar respuesta a los conflictos que el día a día va a presentarnos, y que debieran encontrar respuesta en la negociación colectiva, preferiblemente sectorial, que evite el desequilibrio «natural» de derechos en favor de quien, haciendo uso de facultades propias, decide en qué forma ha de organizar la prestación laboral de sus personas empleadas, en función de sus necesidades productivas.

Referencias bibliográficas

- Fernández Nieto, Liviana A. (2020). El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del Covid-19. *Diario La Ley*, 9703.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús. (2020). La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 237, 13-20.
- Puebla Pinilla, Ana de la. (2020). Teletrabajo. Preguntas y respuestas sobre el trabajo a distancia. *Revista de Derecho Laboral vLex*, 1, 19-27.
- Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. (2014). Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos. En Carolina San Martín Mazzucconi (Dir.ª), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico* (pp. 329-428). Eolas.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2020). El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva. *Revista Galega de Dereito Social*, 11, 39-104. <http://www.revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/download/104/257>.

Anexo. Convenios colectivos analizados

Abertis Autopistas de España (Resolución de 26 de enero de 2021, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, BOE de 5 de febrero).

Accepta Servicios Integrales (Resolución de 21 de julio de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, BOE de 30 de julio).

Aceite (Acuerdo de 19 de diciembre de 2020, por el que se registra y publica el Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados para la provincia de Córdoba, BO Córdoba de 11 de enero de 2021).

Aldeas Infantiles (Resolución de 26 de agosto de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España, BOE de 7 de septiembre).

Alimentos de Castellón (Resolución de 24 de noviembre de 2020, sobre articulado del Convenio del sector de almacenistas de alimentación al por mayor de la provincia de Castellón, BO Castellón de 9 de diciembre).

Alimentos de Cataluña (Resolución de 9 de marzo de 2020, por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio colectivo de trabajo de preparados alimenticios y productos dietéticos de la comunidad autónoma de Cataluña, DO Generalitat de Catalunya de 19 de junio).

Ambulancias (Resolución de 15 de septiembre de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, BOE de 25 de septiembre).

Asistencia Social de Cataluña (Resolución de 20 de octubre de 2020, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de empresas de atención domiciliaria de Cataluña, DO Generalitat de Catalunya de 5 de noviembre).

Ayuntamiento de Torreldones (Resolución de 3 de julio de 2020, por la que se registra, deposita y publica el Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Torreldones, BO Comunidad de Madrid de 8 de agosto).

Bancos Privados (Resolución de 22 de enero de 2020, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, BOE de 4 de febrero).

BSH Electrodomésticos España (Resolución de 29 de junio de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos de España, SA –Servicio BSH al cliente, Zona 2, Norte–, BOE de 10 de julio).

Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (Resolución de 23 de noviembre de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre).

Carlson Wagonlit España, SLU (Resolución de 14 de febrero de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU, BOE de 27 de febrero).

Centros y Servicios Veterinarios (Resolución de 3 de agosto de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios, BOE de 14 de agosto).

Ciclo Integral del Agua (Resolución de 8 de enero de 2021, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua, BOE de 21 de enero).

Clínicas y Consultas de Odontología (Resolución de 28 de enero de 2020, por la que se acuerda la inscripción y publicación del Convenio colectivo para clínicas y consultas de odontología de la provincia de Segovia, BO Segovia de 7 de febrero).

Construcción Islas Baleares (Resolución de 9 de diciembre de 2020, por la que se dispone la inscripción y depósito en el Registro de Convenios de las Illes Balears del Convenio colectivo del sector de construcción de las Illes Balears para el año 2020, BO Illes Balears de 2 de febrero de 2021).

Construcción y Obras Públicas de Cádiz (Resolución de 21 de octubre de 2020, Convenio colectivo provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz, BO Cádiz de 9 de noviembre).

Construcción y Obras Públicas Madrid (Resolución de 29 de enero de 2020, por la que se registra, deposita y publica el Convenio colectivo del sector de construcción y obras públicas de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid de 28 de marzo).

Construcción y Obras Públicas Valencia (Anuncio de 27 de enero de 2020 que contiene el Acta de la comisión negociadora del Convenio colectivo de trabajo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Valencia, BO Valencia de 27 de enero).

Corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo estatal del corcho, BOE de 14 de mayo).

EDF Fenice Ibérica, SLU (Resolución de 19 de marzo de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de EDF Fenice Ibérica, SLU, BOE de 13 de mayo).

Empresas de Estacionamiento Limitado (Resolución de 6 de marzo de 2020, por la que se registra, deposita y publica el Convenio colectivo del sector del estacionamiento regulado de superficie y retirada de vehículos de la vía pública de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid de 4 de julio).

Estaciones de Servicio (Resolución de 2 de marzo de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio, BOE de 11 de marzo).

Grupo Santander (Resolución de 19 de agosto de 2020, por la que se publica el Acuerdo sobre registro de jornada de las personas trabajadoras del Convenio colectivo del Grupo Santander, BOE de 2 de septiembre).

Grupo Selecta (Resolución de 21 de enero de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Selecta –AB Servicios Selecta España, SLU, Acorn Spain 1, SL, y Servecave, SL–, BOE de 30 de enero).

Iberdrola Inmobiliaria, SAU (Resolución de 8 de enero de 2021, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga del IV Convenio colectivo de Iberdrola Inmobiliaria, SAU, BOE de 21 de enero).

Industria Metalgráfica y Construcción de Envases Metálicos (Resolución de 10 de enero de 2020, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre registro de jornada de trabajo del Convenio colectivo del sector de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, BOE de 21 de enero).

Madera (Resolución de 30 de junio de 2020, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo de Convenio colectivo del sector de la madera –carpintería, ebanistería, tapicería, etc.–, BO Región de Murcia de 14 de agosto).

Metro Bilbao (Resolución de 3 de febrero de 2020, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio colectivo de la empresa Metro de Bilbao, SA, BO Bizkaia de 27 de abril).

Michelin España Portugal (Resolución de 19 de junio de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos –Madrid– y de Illescas –Toledo–, BOE de 3 de julio).

Movistar + (Resolución de 21 de julio de 2020, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de Movistar + –DTS, Distribuidora de Televisión Digital, SA, Telefónica Audiovisual Digital, SLU, y Compañía Independiente de Televisión, SL–, BOE de 1 de agosto).

Nokia Transformation (Resolución de 29 de julio de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU, BOE de 12 de agosto).

Oficinas y Despachos de Cataluña (Resolución de 28 de enero de 2020, por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector de oficinas y despachos de Cataluña, para los años 2019 a 2021, DO Generalitat de Catalunya de 14 de febrero).

Óptica (Resolución de 29 de julio de 2020, por la que se registra, deposita y publica el Convenio colectivo del sector de comercio de óptica al detalle y talleres anejos de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid de 22 de agosto).

Plasbel Plásticos (Resolución por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo de Convenio colectivo de la empresa Plasbel Plásticos, SAU, BO Región de Murcia de 24 de junio de 2020).

Radiotelevisión Española (Resolución de 15 de diciembre de 2020, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española SME, SA, BOE de 22 de diciembre).

Registadores de la Propiedad (Resolución de 13 de febrero de 2020, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar, BOE de 27 de febrero).

Repsol Petróleo, SA (Resolución de 4 de mayo de 2018, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA, BOE de 16 de mayo).

Seguros Privados (Resolución de 23 de diciembre de 2019, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022, BOE de 7 de enero de 2020).

Siderometalurgia Zaragoza (Resolución de 3 de noviembre de 2020, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza, BO Zaragoza de 13 de noviembre).

Telefónica de España, SAU (Resolución de 23 de octubre de 2019, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, BOE de 13 de noviembre).

Telefónica Ingeniería de Seguridad (Resolución de 23 de diciembre de 2019, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU, BOE de 7 de enero de 2020).

Teleinformática (Resolución de 11 de junio de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU, BOE de 22 de junio).

Thales España GRP, SAU (Resolución de 1 de julio de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU, BOE de 11 de julio).

Transportes por Carretera (Anuncio de 3 de diciembre de 2020, Convenio colectivo de trabajo del sector del transporte de mercancías por carretera, logística y mensajerías de Valencia, BO de Valencia de 3 de diciembre).

Universidad de Extremadura (Resolución de 4 de agosto de 2020, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del IV Convenio colectivo de la Universidad de Extremadura –personal laboral de administración y servicios–, DO Extremadura de 20 de agosto).

Vigilancia y Seguridad Privada (Resolución de 18 de noviembre de 2020, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el año 2021, BOE de 26 de noviembre).

Zukán (Resolución por la que se dispone la inscripción y publicación del Acuerdo de Convenio colectivo de la empresa Zukán, SL, BO Región de Murcia de 21 de noviembre de 2020).



Prestación por cuidado de hijos/as en los supuestos de gestación subrogada

Alejandro Zalvide Bassadone

Profesor del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Huelva

alejandro.zalvide@dam.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0001-5261-9057>

Extracto

La gestación subrogada está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pero es una técnica de reproducción asistida válida en determinados países, a la que recurre un colectivo significativo de personas progenitoras intencionales españolas y que viene originando consecuencias jurídicas en nuestro territorio sobre cuestiones de filiación y, sobre todo, en materia de prestaciones de la Seguridad Social, donde se cuenta con distintos pronunciamientos e interpretaciones, hasta llegar a la actual consideración sobre la prestación por cuidado de hijos/as, reformada recientemente.

Palabras clave: gestación subrogada; maternidad; paternidad; prestación social; cuidado de hijos/as.

Fecha de entrada: 16-10-2020 / Fecha de revisión: 08-01-2021 / Fecha de aceptación: 11-01-2021

Cómo citar: Zalvide Bassadone, Alejandro. (2021). Prestación por cuidado de hijos/as en los supuestos de gestación subrogada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 107-133.





Childcare benefit in cases of surrogate gestation

Alejandro Zalvide Bassadone

Abstract

Surrogate gestation is prohibited in our legal order, but it is an assisted reproduction technique valid in certain countries, which is used by a significant group of intentional spanish parents and which has been causing legal consequences in our territory on matters of affiliation and, above all, on Social Security benefits, where there are different pronouncements and interpretations, until we reach the current consideration of the recently reformed childcare benefit.

Keywords: surrogate gestation; maternity; paternity; social benefit; childcare.

Citation: Zalvide Bassadone, Alejandro. (2021). Childcare benefit in cases of surrogate gestation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 107-133.





Sumario

1. Introducción
 2. La gestación subrogada
 3. Repercusión jurídica en España de la gestación por subrogación originada en el extranjero
 - 3.1. Posición del notariado
 - 3.2. Jurisprudencia del TS
 - 3.3. Adaptación del derecho de la seguridad social
 4. Reinterpretación del estado de situación tras la nueva regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El devenir de los tiempos trae como consecuencia acontecimientos y supuestos de muy diversa índole impensables hace tan solo unas décadas. Esta evolución constante de la historia supone de forma implícita una transformación social a la que hay que sumar para el caso que nos ocupa toda una serie de avances biomédicos que se van sucediendo de forma constante y a pasos agigantados. Fruto de esta combinación, nos encontramos con distintas situaciones que tienen su origen en una nueva forma de percibir el concepto de familia y, fundamentalmente, con la existencia de nuevas técnicas de reproducción asistida que permiten, entre otras posibilidades, la gestación por sustitución o subrogación. A esta realidad responden, en esencia, diferentes acepciones que se utilizan de forma indiferenciada: gestación por sustitución, maternidad subrogada, vientres de alquiler, y otras, aunque todas traten de identificar el mismo acontecimiento. Pluralidad conceptual y terminológica que se extiende igualmente a las distintas áreas de conocimiento, con notables discrepancias, a veces, en la forma de entender la situación, en especial, en el ámbito de la medicina, la ética, la política o el derecho, por citar tan solo algunos de los ejemplos más ilustrativos en los que se localizan los debates con más diferencias y opiniones contrapuestas¹.

El origen del problema parte de un contrato que está prohibido en nuestro país y que ya se contemplaba, aunque fuese para negarle validez, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE de 27 de mayo), que en su artículo 10.1 declara: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Un precepto que en previsión de las consecuencias que podían originarse fruto de los avances en el desarrollo de estas técnicas de reproducción asistida y con independencia de su carácter comercial o altruista trataba de eliminar dicha posibilidad. Sin que se hayan tenido que afrontar las inevitables consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de esta técnica médica en el extranjero. Y es que, como se sabe, este controvertido medio de gestación sí está reconocido por el ordenamiento jurídico de otros países, lo que ha provocado que no pocos ciudadanos y ciudadanas de España hayan

¹ Desde el ámbito de la deontología médica se aprecian los principales problemas y discrepancias que se suelen suscitar bajo esta técnica de reproducción, en cuestiones de orden puramente médicas, pero también de carácter jurídico, ético o deontológico, donde también se señala la doble existencia de una gestación por sustitución comercial y otra denominada altruista, que en todo caso se entiende que sería la única posible de cara a una futura regulación, salvaguardando en cualquier caso el derecho a la objeción de conciencia que reconoce el Código de Deontología Médica (Pérez Artigues, 2017).

acudido a esos territorios en busca de su solución reproductiva. Muy en especial, en países con legislaciones permisivas bien diversas como Canadá con la Ley de reproducción humana asistida de Canadá de 2004; Rusia con la Ley federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de enero de 2012, el Código de Familia de la Federación de Rusia y la Orden número 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia de febrero de 2003; Ucrania con el Código de Familia de Ucrania, Acto número 1154/5 del Ministerio de Justicia, de noviembre de 2007 y Acto número 771 del Ministerio de Salud, de diciembre de 2008; o EE. UU.². La sucesión de casos ha terminado provocando importantes conflictos jurídicos en materia de filiación e inscripción registral, pero también en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social, en cuestiones relativas a la suspensión de contrato y la prestación por maternidad, de donde se derivará finalmente la necesidad de adaptar también la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

2. La gestación subrogada

En el contrato de gestación subrogada intervienen, por una parte, la madre gestante, que es la que lleva dentro el embrión fruto de inseminación artificial o de fecundación *in vitro*, sea con aporte biológico de una de las personas progenitoras, de las dos o de donaciones de terceras personas; por otra, una persona o pareja que por no poder tener hijos/as, o por otros motivos, decide encargar esta función a la mujer gestante para que, inmediatamente después del parto, ceda a los padres o madres intencionales el/la bebé, con todos los derechos y obligaciones propios de una filiación integral y plena.

El contrato puede realizarse con ánimo comercial o altruista, contando la primera opción con tarifas variables según los países que admiten este negocio jurídico, mientras que, para la segunda posibilidad, de carácter altruista, solo podrán ser compensados los gastos necesarios a soportar por la madre gestante para alcanzar dicha finalidad. Es decir, aquellos relativos a gastos médicos, de desplazamiento, laborales y otros que puedan surgir para evitar un sobrecoste de la situación para la madre portadora, por lo que, en su adaptación a la realidad, la suma de gastos puede ser de muy diversa índole y naturaleza y, por consiguiente, de muy difícil control. Una realidad que pone de manifiesto la dificultad existente a la hora de distinguir entre compensación resarcitoria y retribución, que podría reconducir la primera de forma soterrada a una gestación comercial, eludiendo así la verdadera finalidad que debe suponer en cuanto a una opción verdaderamente altruista y que, en todo caso,

² En EE. UU., la regulación surge a partir de la ley y la jurisprudencia, sin que exista una posición uniforme entre los distintos Estados con respecto a la validez jurídica del contrato, por lo que se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez (Rodríguez Yong y Martínez Muñoz, 2012).

debería ser regulada de forma muy precisa para dar respuesta a la demanda de este servicio³. Esta circunstancia que se presta en algunos casos a situaciones abusivas de un cariz más comercial y no tan meramente altruista, según otra interpretación, podría también esconder bajo esa falsa apariencia otra finalidad de carácter menos compensador y más bien ser considerada como un pago por la renuncia del derecho de custodia (Rodríguez Yong y Martínez Muñoz, 2012, p. 72).

Muchas de las mujeres portadoras que van a recurrir a este sistema van a ser aquellas que se encuentran en situaciones de necesidad económica, por lo que estas circunstancias pueden derivar en determinadas situaciones de explotación que suscitan un nuevo debate ético-jurídico y donde ya se llega incluso a señalar una cierta analogía en estos supuestos con la compraventa de órganos o la prostitución. Rechazada la compraventa de órganos como una muestra clara de explotación en la que tan solo los más necesitados estarían dispuestos a vender sus órganos, la otra de las situaciones, la de la prostitución, sí va a generar un conflicto interpretativo entre quienes la consideran una situación de explotación hacia la mujer y quienes defienden la libertad de la mujer como dueña de su cuerpo y, consecuentemente, con plena potestad a poder comerciar con él, y es en esta cuestión donde sí podría apreciarse un paralelismo entre dicha situación y la que se genera en los supuestos de gestación por sustitución (Rostagnol, 2018). Sin embargo, al constatar la experiencia en cuanto a que la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, supone la explotación habitual de las mujeres que se someten a ella, se puede concluir que esta práctica debería ser considerada a todos los efectos como ilícita, según el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (Comité de Bioética de España, 2017, p. 25). Por lo que la maternidad subrogada altruista debería ser la única en poder ser admitida y, en su caso, regulada.

Este tipo de cuestiones también se plantean en el debate político, en el que esta dualidad de posturas a favor y en contra también ha llegado incluso al seno de los partidos, donde llama la atención la división interna de posturas en Podemos, ya que una de sus corrientes optaba por dar libertad sexual a las mujeres, mientras que otra consideraba esta técnica una forma de explotación de la mujer; siendo esta última la que definitivamente se materializó en el acuerdo final de coalición formalizado para esta legislatura al considerar que: «La explotación reproductiva está prohibida en nuestra legislación, en coherencia con las recomendaciones del Parlamento Europeo. Los vientres de alquiler socavan

³ A este respecto es interesante el recorrido que hace Bellver Capella (2017) sobre las dificultades que entraña el modelo altruista de maternidad subrogada por la nebulosa que existe sobre el significado que se da, en estos casos, en cuanto a compensación y remuneración, ante lo cual y para dar una respuesta al modelo altruista, empieza comparando esta situación con la donación de órganos *inter vivos* donde no existen gastos que compensar, aunque finalmente concluye que no debería existir una verdadera analogía entre ambas, ya que, incluso siendo la maternidad subrogada altruista la opción más recomendable, no deja de ser una solución problemática.

los derechos de las mujeres, especialmente de las más vulnerables, mercantilizando sus cuerpos y sus funciones reproductivas» (Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y Unidas Podemos, 2019, p. 37).

Hay que resaltar que desde la óptica política las propuestas más avanzadas hasta ahora en nuestro país vienen dadas desde el grupo parlamentario Ciudadanos, que trata de desarrollar la cuestión a nivel legislativo con dos Propositiones de Ley, una con fecha 27 de abril de 2017, reguladora del derecho a la gestación por subrogación (núm. 122/00017, BOCG núm. 145-1, de 8 de septiembre), y otra de 3 de julio de 2019, reguladora del derecho a la gestación por sustitución (núm. 122/00015, BOCG núm. 46-1, de 16 de julio). Esta última iniciativa registrada en la Mesa del Congreso de los Diputados se anuncia por el grupo parlamentario Ciudadanos como «altruista y garantista», incorporando como principal novedad con respecto a la anterior la posibilidad de existencia de vínculo familiar entre la madre gestante y la o las personas progenitoras subrogantes; una circunstancia que es rechazada por el Comité de Bioética de España (2017, pp. 70 y ss.), al entender que se originan conflictos respecto de los roles que las personas han desempeñado, llegando a duplicarse, considerando además esta situación como contraria a la protección constitucional que se reconoce tanto a la familia, como al propio interés de la persona menor. La existencia de parentesco entre las partes implicadas podría producir conflictos emocionales por no saber bien el papel que están desempeñando; sin perjuicio de la confusión que se pueda generar en el/la menor⁴. En cualquier caso, una proposición con escasas o nulas garantías de prosperar dados los acontecimientos posteriores y la conformación actual del Poder Legislativo.

Más allá de las controversias que se vienen suscitando desde muy distintos ámbitos, interesa constatar una realidad patente, que paradójicamente surge como consecuencia de la prohibición legal existente en nuestro país sobre este asunto de la maternidad subrogada, y es que se ha venido generando una salida al extranjero de un número considerable de padres y madres intencionales españoles en busca de soluciones foráneas que amparan esta gestación por sustitución. Esta corriente que surge hacia determinados países es fundamentalmente impulsada por agencias intermediarias que actúan a modo de facilitadoras conectando a los padres y madres potencialmente interesados con aquellos destinos que cumplen los requisitos legales necesarios en estas técnicas y que se adaptan mejor a las necesidades jurídicas, personales y económicas de cada uno, por lo que hay quien

⁴ Es bastante ilustrativa la cuestión que expone al respecto Quinzá Redondo (2018, p. 104) con un ejemplo en el que plantea la posibilidad de que «la abuela o la tía del bebé puede que pasen a ser la madre del mismo», aunque el análisis realizado se refiere a la primera Proposición de Ley, la de 2017, que era la que no admitía que la mujer gestante tuviese vínculo de consanguinidad con las personas progenitoras subrogantes; una circunstancia que según la autora era avalada por el Comité de Bioética, que sirve precisamente ahora y por los mismos argumentos para poder rebatir la propuesta actual, que sí pretende admitir esa posible relación con los padres o madres intencionales.

considera que tras este tipo de turismo se ha generado un sustancioso y amplio negocio que conlleva de forma inexorable a la comercialización y explotación de las potenciales gestantes; asimismo, se pone de manifiesto que los lugares donde más proliferan estas prácticas son aquellos países con mayor índice de pobreza y donde la mujer vive una situación de mayor desigualdad (García Amez y Martín Ayala, 2017).

Con independencia de los posibles fines comerciales que pudieran derivarse por parte de algunos de estos agentes implicados en esta compleja relación, sí es verdad que se puede apreciar un lado potencialmente oscuro en esta industria de los viajes al extranjero, y es el uso que dentro de este llamado turismo médico, o reproductivo, en estos casos, se da para la obtención de servicios que son ilegales en el país de origen del/de la paciente, es decir, lo que se considera como un turismo de circunvalación (Cohen, 2014). Este flujo que viene sucediéndose en los últimos tiempos ha suscitado en nuestro país una casuística de muy diversa índole y procedencia, y cuyas consecuencias jurídicas han venido marcadas de forma preponderante desde dos ramas del derecho que han tomado soluciones bien distintas según su incidencia, como es el caso del derecho civil en materia de filiación y el derecho del trabajo y de la seguridad social en lo relativo a la prestación por maternidad y su consecuente actualización; aunque todo ello viniera previamente motivado por decisiones de instituciones de diversa entidad tanto nacionales como supranacionales. Además de otras posibles consecuencias penales, como las que se pueden originar para aquellas personas que, careciendo de los recursos económicos necesarios para costearse estos desplazamientos al extranjero y así poder contratar estos servicios de gestación por subrogación, tuviesen que recurrir al uso de esa técnica en nuestro país; unos hechos por los que podrían verse imputados por la supuesta comisión de un delito contra las relaciones familiares (Molina Navarrete, 2017).

En cualquier caso, la realidad jurídica tan diversa que se da en los contratos de maternidad por sustitución, con una pluralidad de normas de diferentes países que imposibilitan dotar a esta técnica de reproducción asistida de una validez universal, así como una patente realidad que no impide que actos nulos de pleno derecho en España sean formalizados en el extranjero y tengan una significativa repercusión jurídica en nuestro territorio, aconsejan un estudio a favor o en contra de la maternidad subrogada que contenga una ordenación más completa e integral de la materia, en el marco de una coordinación legal que regule tanto este sistema de maternidad, como los efectos que del mismo puedan derivarse⁵.

⁵ A este respecto es interesante la valoración de Zubero Quintanilla (2018), que defiende la necesidad de regular esta materia tan comprometida pese a la complejidad que pueda conllevar y que tiene un claro reflejo con lo acaecido en nuestra vecina Portugal con su ley de gestación subrogada de 2017, que, a pesar de acoger límites dispares para su posible ejercicio, no ha estado exenta de críticas, y cuyo Tribunal Constitucional ha declarado nulo parte de su contenido por violar determinados principios y derechos constitucionales.

3. Repercusión jurídica en España de la gestación por subrogación originada en el extranjero

La prohibición existente en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido suficiente para disuadir a un segmento poblacional español con interés o necesidad en recurrir a este sistema reproductivo, por lo que la solución internacional ha sido la única salida a esta opción. El problema surge en el momento del retorno a nuestro país con el hijo o hija habido en tales circunstancias y las consecuencias jurídicas que en su caso se plantean a nivel interno. Interesa, por tanto, realizar una descripción de los antecedentes más significativos que se han ido sucediendo por este motivo y algunos de los vaivenes interpretativos que correlativamente se han ido produciendo.

3.1. Posición del notariado

Los primeros efectos jurídicos sobre el tema de la maternidad subrogada provienen del ámbito del derecho civil, en particular de aquellos derivados de una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009, que admitió la inscripción en el Registro Civil español de los hijos gemelos de una pareja española nacidos por gestación por sustitución en el Estado de California (EE. UU.). Esta resolución de la DGRN es recurrida por el Ministerio Fiscal, dictando sentencia el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia con fecha 15 de septiembre de 2010, revocando la decisión de la DGRN, y cuya tesis es posteriormente confirmada en instancias superiores hasta llegar al Tribunal Supremo (TS), con la Sentencia (STS), Sala de lo Civil, 835/2013, de 6 de febrero, que vuelve a resolver en el mismo sentido. Una resolución que supone un punto de inflexión en la orientación interpretativa en esta materia al contar con un voto particular de cuatro de los nueve magistrados que se muestran favorables a la inscripción, esgrimiendo como principal argumento el interés superior del menor.

La reacción por parte de la DGRN no espera la resolución final de tales acontecimientos, y tras la primera sentencia de instancia adopta una posición ecléctica, partiendo de una clasificación esencial de los supuestos de hecho, en función de si ha existido intervención judicial, previa o no, en el país donde ha tenido lugar la gestación, que homologue el correspondiente contrato y determine mediante resolución judicial la filiación a favor de los padres o madres comitentes (Díaz Fraile, 2018). Este criterio interpretativo queda ratificado con posterioridad por la misma institución a través de una nueva Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de noviembre), al amparo de dos directrices:

- «La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido».

- «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante».

Hay que constatar, además, la actualización más reciente producida desde dicha instrucción con ocasión del dictado de la Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 21 de febrero), y cuyo aspecto más significativo con respecto a las anteriores es tratar de reforzar las garantías *ab initio*, con un mayor nivel de exigencia. Se establece como regla general la desestimación de las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de los/las menores nacidos mediante gestación por sustitución, salvo que exista sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente y que esté dotada de *exequatur*, o que cuente con el debido control incidental conforme a la Instrucción de 2010. Por lo que cambia la forma de actuar de las embajadas y oficinas consulares de España en el extranjero y ya no van a inscribir a los/las menores en el libro de familia en primera instancia, aun siendo este un documento imprescindible en la tramitación posterior para el reconocimiento de la prestación, sino que van a demandar para poder validar dicha inscripción una sentencia del país de procedencia firme y con todas las garantías, ya que de otra forma será suspendido dicho procedimiento registral por falta de medios probatorios suficientes. Esta posible paralización no tiene por qué impedir el desplazamiento a nuestro país si es que las autoridades locales conceden el pasaporte y permiso de la persona menor para viajar a España, pero una vez en nuestro territorio se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación con el suficiente rigor probatorio y con la intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación. Por tanto, si llegado el momento en el que la persona trabajadora presenta la solicitud, y no existe la pertinente inscripción en el Registro Civil, faltaría uno de los requisitos indispensables para reconocer la prestación, pero que, no obstante, podría ser subsanado en el plazo oportuno o en caso contrario se procedería al archivo de la solicitud.

3.2. Jurisprudencia del TS

El TS marca de nuevo el rumbo sobre esta cuestión de forma especialmente significativa por los efectos que origina la STS 881/2016, de 25 de octubre, en la que falla a favor de conceder la prestación por maternidad al padre genético en un caso de gestación por subrogación de una donante en la India de la que nacen dos niñas que fueron posteriormente inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi. Para alcanzar dicha resolución se basa en una serie de razonamientos en los que cabe resaltar el que gira sobre el interés superior del/de la menor, el relativo a la equiparación que debe darse en estos casos a las situaciones de adopción, en el hecho de que en este caso en particular el padre sea el único que está al cuidado de las menores y el que contempla

que la situación de necesidad que la Seguridad Social debe proteger debe ir más allá de la nulidad del contrato de orden civil que la origina. Ya que la denegación supondría una discriminación para la persona menor por su origen; una solución que se consideraba innovadora, pero llena de polémica y complejidad, que se ampara en el argumento relativo a que la prestación por maternidad no solo debe proteger a la mujer que ha sido madre, sino también a la persona recién nacida, tratando de garantizar que pueda acceder a unos cuidados fundamentales en la primera etapa de su vida (Gala Durán, 2017). Lo que también se entiende como una solución de compromiso, que pretende adoptar un criterio respetuoso con los intereses del/de la menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente, ya que de otra forma los hijos y las hijas nacidos quedarían desprotegidos, siendo este criterio seguido ante esta técnica de fecundación artificial el que tradicionalmente ha ofrecido nuestro ordenamiento jurídico ante aquellos casos en los que se entiende que el único progenitor conocido es el sujeto que ha de disfrutar la prestación por maternidad (Selma Penalva, 2014).

Más allá de la consideración de nulidad del contrato de maternidad por subrogación de la que parte este supuesto, no se eliminan los efectos que produce y, en particular, la situación de necesidad que surge del nacimiento del/de la menor que debe ser afrontada por la Seguridad Social y que, por consiguiente, ocasiona la prestación por maternidad (paternidad). Se incorpora desde ese instante por parte de las entidades gestoras encargadas de su tramitación (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–) la situación de gestación por sustitución como uno de los ítems posibles que contempla la solicitud para poder acceder a dicha prestación.

Poco tiempo después, el TS vuelve a pronunciarse de forma especialmente relevante sobre un asunto relativo a la maternidad por subrogación en la STS 953/2016, de 16 de noviembre, como consecuencia de un caso en el que el padre y la madre intencionales formalizan un contrato de gestación por sustitución con la madre biológica en el Estado de California (EE. UU.) y en el que media una resolución judicial por parte de un tribunal competente reconociendo la filiación del menor en favor de los comitentes, circunstancia que queda posteriormente inscrita en el Consulado español en Los Ángeles. También en este asunto se reconoce el derecho a la prestación por maternidad a favor de la actora y se vuelve a incidir en el interés superior del menor al que no puede perjudicar la nulidad de este tipo de contrato en nuestro país, reforzando esta tesis con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en los casos *Menesson y Labassee* y *Paradiso y Campanelli*) que considera que el interés de la persona menor debe guiar cualquier decisión que le afecte, además de evitar un trato discriminatorio por su filiación. Se vuelve a incidir a este respecto en el artículo 39.2 de la Constitución española como base fundamental en la protección integral de los hijos/as como iguales ante la ley con independencia de su filiación, reconociendo en este caso la existencia de una familia *de facto* en la que conviven el padre y madre comitentes con el menor al que ofrecen todo tipo de cuidados y atenciones parentales.

Una teoría no compartida por todos en relación con el verdadero interés del/de la menor, considerando al respecto que parecen primar los intereses de las personas adultas sobre los intereses de los niños/as, ya que ninguna regulación puede evitarle el desgarró que supone la separación de la madre que lo gestó, su mercantilización, problemas de identidad, además de otros, incluidos los de orden psicosocial que afectan a su interés superior. El planteamiento general, al margen de lo criticable del modo en el que se ha producido el nacimiento de estos niños/as, parte del reconocimiento del interés superior del/de la menor sobre todo ante la necesidad de cuidados especialísimos en los primeros días de su vida y el apego necesario con sus personas cuidadoras primarias, que en estos casos van a ser los padres o madres intencionales. Sin embargo, también se entiende que los intereses de las personas menores pueden ser vulnerados en los supuestos de maternidad subrogada, ya que nadie parece querer ocuparse de establecer unos requisitos de idoneidad a los padres (madres) comitentes, como sí ocurre en los procedimientos de adopción (Garibo Peyró, 2017).

Aunque la maternidad por sustitución no tiene en el derecho de la Unión Europea la misma protección que la maternidad natural, no sería óbice para que el derecho español pudiera atribuirle la misma consideración a efectos legales, máxime cuando en nuestro país a diferencia del derecho comunitario atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento. Una circunstancia que puede servir para dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada (Hierro Hierro, 2017). Siendo precisamente esta la otra línea argumental básica junto a la del interés del/de la menor, es decir, la que establece la equiparación de la maternidad subrogada con la adopción, que ya se había ofrecido sobre la referencia del artículo 2 del Real Decreto 295/2009, que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquellas, cualquiera que sea su denominación, y que lleva a concluir al tribunal que estos supuestos de filiación están también amparados en dicha norma.

Esta interpretación analógica ofrece dudas sobre su verdadero sentido de si corresponde situar en un plano de igualdad a la maternidad y paternidad fruto de maternidad subrogada con la adopción o acogimiento preadoptivo, o si lo definitivo es el cumplimiento del requisito de la inscripción en los Registros Civiles de los Consulados de España en los países correspondientes. En cualquier caso, se da cumplimiento al requisito de la filiación desde el punto de vista jurídico, permitiendo un nuevo escenario de protección del/de la menor y del vínculo creado con sus personas progenitoras, que es señalado a través de la vía jurisprudencial y que conlleva, a su vez, un reconocimiento de esta forma de filiación por el ordenamiento jurídico laboral. Un reconocimiento que también se entiende que ha colonizado determinados derechos laborales que hasta ahora estaban reservados a la maternidad biológica, adopción y acogimiento, y que podría propagarse como una onda expansiva hacia la colonización de otros ámbitos del derecho (Ruiz Franco, 2018). Hay quien incluso considera que ni tan siquiera el sentido del precepto es equiparar la maternidad subrogada a la adopción, sino que supondría el mero reconocimiento de aquellas instituciones jurídicas de

ordenamientos extranjeros que teniendo efectos similares a la adopción y cumpliendo con el requisito de ser declaradas a través de resoluciones judiciales o administrativas permitan acreditar su existencia (Gorelli Hernández, 2017).

Los argumentos generales de ambas sentencias no evitan la existencia de votos particulares que ponen de manifiesto la enorme dificultad de alcanzar un resultado que consiga una solución adecuada para dar una respuesta perfecta a la compleja red de intereses en juego. También se alza la voz contra el rol que debe ocupar el órgano judicial, entendiendo que, si hace de legislador, se produce una deformación integral del ordenamiento jurídico (Mercader Uguina, 2017).

A estas dos sentencias fundamentales en la orientación a seguir en cuestiones de maternidad por sustitución les suceden algunas otras posteriores, pero siempre siguiendo la misma doctrina favorable, entre las que cabe citar las SSTS 917/2017, de 22 de noviembre, 972/2017, de 30 de noviembre, o 347/2018, de 22 de marzo. Unos pronunciamientos que, sin embargo, no quedan exentos de polémicas en un tema difícil de conjugar, a las que habría que sumar otras voces contrarias a la forma en la que se articula la concesión de estas prestaciones por maternidad, ya que se elude el procedimiento natural de elaboración de las normas. Una muestra de esto puede apreciarse tras la Consulta 29/2016, de 29 de diciembre (Presa García-López, 2017), en la que el INSS establece los nuevos criterios interpretativos adaptando la jurisprudencia del TS, cediendo, por consiguiente, el protagonismo del legislador en este caso al INSS y al TS, casi al alimón (Molina Martín, 2017).

3.3. Adaptación del derecho de la seguridad social

Tras la Consulta 29/2016, de 29 de diciembre, a la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, sobre el derecho al subsidio por maternidad previsto en el artículo 177 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), en los supuestos de hijos/as nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero, el dictamen del INSS asume la jurisprudencia del TS sobre el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad a las personas progenitoras de hijos/as nacidos por gestación por sustitución y considera «situación protegida» el nacimiento de un hijo/a por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, durante los periodos de descanso que, por tales situaciones, se disfruten en virtud del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) o del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Esta interpretación extensiva que se hace desde el INSS para incorporar la gestación por sustitución entre los supuestos protegidos para poder lucrar la prestación por maternidad es, no obstante, susceptible de algunas consideraciones. Así, la finalidad pretendida para la prestación por maternidad en los supuestos previstos de adopción y acogimiento, que consecuentemente y por equiparación debe extenderse a los casos de maternidad subrogada,

debe ser la protección y cuidado del/de la menor, así como el estrechamiento de los lazos familiares de los padres/madres con el hijo/a (Ortiz Vidal, 2015). El hecho de venir precedida de un contrato de gestación subrogada que se considera nulo en nuestro país no enerva los efectos jurídicos que puedan derivarse en materia de prestación por maternidad al no considerarse implícitamente prohibida en dicha nulidad, al igual que sucede en otras materias del ordenamiento laboral que otorgan un sistema de protección al trabajador o trabajadora ante determinados actos jurídicos nulos, como los que recuerda el TS que ya existen para determinados supuestos en la normativa laboral, por ejemplo, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato nulo (art. 9.2 ET); o en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial (art. 174.2, actual 220.3 LGSS); o cuando se delimitan los efectos ante la ausencia de permiso de trabajo en casos de extranjería (art. 36.5 Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

Que el caso de gestación por sustitución en un país extranjero, aun siendo conforme a la correspondiente legalidad vigente de dicho territorio, no se encontrara entre las situaciones protegidas por la prestación por maternidad suponía que para el reconocimiento de este subsidio había que considerar el supuesto general previsto en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, donde se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo). Para su aplicación se han de cumplir los requisitos de orden necesario previstos en la normativa, además de las consabidas y ya referidas circunstancias sobre la adaptación de la situación protegida y la preceptiva inscripción de la filiación en el Registro Civil español. En esta línea se señala que también deberían ser reconocidas otras prestaciones causadas por la madre comitente a favor del/de la menor, como la pensión de orfandad, incluso en supuestos de ausencia de inscripción registral.

El reconocimiento en materia de prestaciones derivadas de contratos de maternidad por subrogación, considerando la nulidad de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico, no debería tener alcance general de la acción protectora, sino que debería analizarse caso por caso para ver si concurren o no los requisitos (Alzaga Ruiz, 2018). Entendiendo, asimismo, que esa acción protectora no puede significar una convalidación de un contrato fraudulento, sino más bien cubrir las necesidades que produce una contingencia determinada, generadas en este caso por el ingreso del/de la menor en la nueva unidad familiar y los cuidados y atenciones que precisa de sus personas progenitoras subrogantes (Villajos de Silva, 2019).

La persona beneficiaria del subsidio por maternidad será la persona progenitora que, con independencia de su sexo, haya disfrutado del descanso o permiso y siempre que se encuentre en situación de alta o asimilada y acredite el periodo mínimo de cotización correspondiente. De esta forma, si tiene menos de 21 años, no se exige un periodo mínimo de cotización. Aunque hay que contemplar que determinados países como Canadá o Rusia exigen una edad mínima para la madre gestante, así, en el caso de Canadá, la madre gestante debe ser mayor de 21 años (Ley de reproducción humana asistida de Canadá, 2004),

y en Rusia, debe tener entre 20 y 35 años (Ley federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, 2012). Una exigencia para la madre gestante que suele ser algo más frecuente, pero en algún otro caso como Colombia se propuso la edad mínima de 25 años tanto para la madre gestante como para los padres/madres intencionales (Proyectos de Ley 37 de 2009 y 196 de 2008, Colombia). Una edad mínima para las personas progenitoras, al igual que se contemplaba en la proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución de Ciudadanos de 2019, que en su artículo 8.2 establecía entre otros requisitos que el progenitor subrogante tenía que ser mayor de 25 años y menor de 45 años.

Estas previsiones pueden ilustrar una hipotética realidad en la que, de darse en alguna de esas leyes extranjeras condicionantes relativos a la edad o idoneidad de las personas progenitoras, al igual que sucede en los supuestos de adopción nacional e internacional, difícilmente van a darse casos en los que poder acogerse a ese primer supuesto.

La siguiente franja de edad para las personas trabajadoras-progenitoras se sitúa entre los 21 y los 26 años, para los que se exigen 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral; una previsión que, salvando la hipótesis anterior sobre el factor edad que en determinados casos podría igualmente condicionarla, no parece que sea tan difícil de alcanzar como en el supuesto anterior. Para el resto de situaciones, que en cualquier caso serán las más frecuentes, es decir, para las personas que tienen cumplidos los 26 años, se exigen 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral. Caso de existir dos personas progenitoras comitentes y el periodo de descanso se hubiera disfrutado de forma simultánea o sucesiva a opción de ambas, las dos tendrán la condición de beneficiarias, siempre y cuando cada una de ellas reúna de forma independiente los requisitos exigidos.

El hecho causante se considera a estos efectos la fecha del nacimiento del hijo/a, por lo que todos los requisitos anteriores en cuanto a edad y periodo mínimo de cotización deberán ser situados en dicho momento. No procede el supuesto recogido en el artículo 5.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, previsto para el caso de parto, que permite una distribución del periodo de suspensión a opción de la interesada con la única salvedad de disfrutar al menos 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, y que consecuentemente admite la posibilidad de anticipar parte del descanso total a un momento anterior al nacimiento del hijo/a. Una previsión legal que como tal estaba dispuesta para la madre que daba a luz y que ni tan siquiera alcanzaba a las otras situaciones reguladas para la prestación por maternidad de adopción o acogimiento, y que por supuesto tampoco iba a tener cabida en estos casos para los padres/madres comitentes. De igual forma tampoco procede para estos casos de maternidad subrogada la previsión establecida en el artículo 5.4, en relación con la adopción internacional, donde también se admite la posibilidad de anticipar el momento del disfrute del permiso hasta 4 semanas antes de la resolución de adopción para aquellos casos donde fuese necesario el desplazamiento previo de las personas progenitoras al país de origen del

adoptado o adoptada. A pesar de ser una situación más parecida a la maternidad por sustitución en cuanto al necesario movimiento internacional para poder alcanzar el estatus de persona progenitora, quedaría entre otras cuestiones descartada por entenderse causada la prestación en la fecha del nacimiento del hijo/a. Por consiguiente, no se admite ni en este último supuesto ni en el anterior vinculado al parto ninguna posibilidad de anticipar el periodo de suspensión a un momento distinto, ya que el único referente del inicio del disfrute sigue siendo la fecha del nacimiento considerada como hecho causante.

La norma que regula la prestación de maternidad permite la opción voluntaria de ceder una parte del permiso en favor de la otra persona progenitora que no ha dado a luz, lo que no procede por razones obvias para el caso que nos ocupa de subrogación, al igual que tampoco lo previsto en cuanto al informe de maternidad necesario en determinados casos al estar claramente vinculado a la trabajadora embarazada. Además del supuesto de cesión voluntaria del derecho al descanso por parte de la madre que tiene el hijo/a, existe otra posibilidad admitida en el artículo 48.4 del ET, para la transferencia del derecho a favor de la otra persona progenitora, como es aquella que puede acontecer en caso de fallecimiento de la madre en relación con la cesión o desplazamiento de la totalidad o la parte restante del periodo de suspensión computado desde la fecha del parto. Una situación que no corresponde para el caso de existir personas progenitoras intencionales donde siguiendo los argumentos anteriores esta circunstancia sigue estando pensada para la madre que da a luz y, por tanto, falta la figura de la causante del derecho. Sin embargo, en el artículo 5.2, párrafo segundo, del real decreto regulador de esta prestación, se contempla una previsión para los casos de adopción o acogimiento en los mismos términos previstos para la maternidad natural para cuando fallezca la otra persona progenitora, en los que se puede recuperar el periodo de descanso no completado, siempre que en esos otros casos la otra persona adoptante o acogedora superviviente reúna los requisitos para causar derecho a dicho subsidio y disfrute del descanso o permiso correspondiente, lo cual se extiende por equiparación al caso de fallecimiento de alguna de las personas progenitoras comitentes que sea a su vez beneficiaria del subsidio. Ni que decir tiene que no procede ninguna de estas equiparaciones en aquellos casos no poco frecuentes en los que esta situación se da en el seno de una unidad familiar monoparental que contrata la maternidad por sustitución, en relación con un hipotético fallecimiento de la madre gestante.

Caso distinto es la pensión de viudedad que pueda generarse para la persona cónyuge superviviente en aquellos casos de fallecimiento analizados que corresponda, pero interesa al menos señalar a este respecto el paralelismo que se da en nuestro país entre el supuesto de maternidad por subrogación con respecto a la prestación por maternidad y el caso de poligamia y la pensión de viudedad. Siendo este último supuesto aquel que tiene su origen en un matrimonio preexistente celebrado en el extranjero que es válido conforme a la ley personal de las personas contrayentes y del que van a derivar derechos en materia de Seguridad Social, sin que por ello el segundo matrimonio deje de ser nulo de acuerdo con nuestro ordenamiento. En todo caso:

[...] el posible reconocimiento de efectos en materia de Seguridad Social que puedan derivarse de un contrato o relación prohibidos o nulos nunca tendría un alcance general que permitiera el acceso a todas las prestaciones que integran la acción protectora, sino que habría que proceder a un análisis individualizado de cada prestación atendiendo a la regulación de la misma y a los requisitos que condicionan el acceso a la protección (Moreno Pueyo, 2011, p. 41).

En el caso de la poligamia, la situación viene avalada en origen por la existencia de determinados convenios bilaterales, como el Convenio de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 y el Convenio con la República de Túnez de 26 de febrero de 2001. En dichos convenios se incorpora una referencia expresa al reconocimiento de la pensión de viudedad a varias esposas simultáneas del sujeto causante, lo que parece un grave error, que ha permitido la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales que admiten la posibilidad de que un matrimonio polígamo celebrado en el extranjero despliegue efectos jurídicos en nuestro ordenamiento en materia de protección social⁶. Los argumentos fundamentales para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad por parte de la Seguridad Social se centran en el reconocimiento de la eficacia jurídica de este tipo de matrimonio y porque en el ámbito de la protección social se trata de no dejar sin cobertura a la/al segunda/o o ulterior esposa/o del causante. A pesar del reconocimiento en estos casos en materia de Seguridad Social, se entiende la colisión de derechos esenciales que se suscitan y la existencia de posibles argumentos en distintas direcciones, lo que vuelve a poner de manifiesto el paralelismo que existe para el caso que nos ocupa entre poligamia y maternidad subrogada (Blasco Rasero, 2013).

En definitiva, nos encontramos con dos supuestos que, partiendo de ordenamientos jurídicos extranjeros permisivos en cuestiones que se encuentran prohibidas en nuestro territorio, van a alcanzar un reconocimiento en el ámbito de la Seguridad Social a pesar de que el hecho causante siga siendo una situación nula e incluso tipificada como delito en nuestro ordenamiento jurídico.

En caso de internamiento hospitalario de la persona neonata por parto prematuro o cualquier otra causa por la que precise prolongar la estancia hospitalaria después del parto por un periodo superior a 7 días, se permite la ampliación del periodo de suspensión en tantos días como se encuentre hospitalizado, con un límite máximo de 13 semanas adicionales. Para poder constatar dicho historial clínico, habida cuenta de que el nacimiento del/ de la menor se ha debido originar en un país extranjero, será preceptiva, además de toda la documentación exigible en los términos ya mencionados para el reconocimiento de la

⁶ Es interesante señalar la crítica que a este respecto realiza Díaz Aznarte (2011), quien aboga por una política legislativa que ponga orden a este caos normativo en torno a la pensión de viudedad, donde además considera sorprendente que los convenios bilaterales existentes acepten criterios de reparto de la prestación diferentes a los exigidos por la legislación española para el resto de la ciudadanía.

prestación por maternidad en nuestro territorio, aquella otra que acredite la hospitalización expedida por el centro pertinente, en la que deberán acreditarse tanto las circunstancias médicas que prescriban dicho internamiento, como las fechas de inicio y finalización, ya que van a ser determinantes para poder calcular el periodo de ampliación que ha de corresponder. Por otro lado, hay que tener en consideración que en todos estos supuestos de gestación por sustitución el hecho causante se produce inexorablemente en algún territorio extranjero, por lo que toda la documentación anunciada deberá presentarse con su traducción oficial correspondiente.

En relación con la Consulta 29/2016, cabe señalar por último que las circunstancias sobre incapacidad temporal y extinción del contrato vinculadas a la maternidad van a poder aplicarse en los mismos términos regulados de forma general, salvo aquellos aspectos pensados y con clara referencia a la maternidad biológica.

4. Reinterpretación del estado de situación tras la nueva regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor

La prestación por maternidad-paternidad sufre una significativa adaptación como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo), siendo el argumento fundamental a estos efectos el derecho al ejercicio de la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, que debe manifestarse en las relaciones de trabajo para aquellas personas trabajadoras ya sean hombres o mujeres, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo o indirecto por cuestión de sexo. Se trata, pues, de dar un paso más en el equilibrio, o, en no pocos casos, equilibrismo, a la hora de compatibilizar el tiempo de trabajo y el de orden familiar y todo lo que ello supone. De tal forma que se aparta el término últimamente utilizado para estas cuestiones como es el de conciliación, para usar a partir de ahora el de la corresponsabilidad, que si bien son términos que se refieren a cuestiones íntimamente relacionadas, no son lo mismo, entendiéndose en líneas generales por conciliación todas aquellas normas que van dirigidas a hacer compatible trabajo y familia, y por corresponsabilidad aquellas que dentro del ámbito general de la conciliación pretenden llegar a más con un reparto equitativo para ambas personas de las tareas o cargas familiares (Gorelli Hernández, 2019).

La norma actual reconoce una prestación que viene a sustituir a la anterior de maternidad y paternidad, para considerarla en términos generales por nacimiento y cuidado de menor y cuya principal novedad es la ampliación del tiempo de duración de la misma para la otra persona progenitora distinta de la madre biológica hasta la equiparación de ambas. La cuestión preliminar es saber si tiene cabida esta circunstancia en la maternidad

por subrogación y, en su caso, cómo va a repercutir en su planteamiento. En cuanto a la primera de las cuestiones, parece que siguiendo las directrices anteriormente marcadas originalmente desde el ámbito jurisprudencial no parece que vaya a ser distinto en estos casos donde sigue existiendo tanto el hecho causante del nacimiento, como la necesidad de cuidado del/de la menor, por lo que *a priori* y salvo reinterpretaciones judiciales o legislativas posteriores los supuestos de gestación por sustitución deberían poder acogerse, siempre que se cumplan los requisitos, en el planteamiento general de la prestación.

La siguiente cuestión ha de centrarse en la previsión legal que a este respecto establece el artículo 48.4 del ET, en el que se incide de forma expresa en el reconocimiento que ha lugar, por un lado, para la madre biológica y, por otro, para la otra persona progenitora, donde desaparece la referencia anterior al hecho del parto para situar la cuestión central en la madre biológica, lo cual no es solo una sustitución terminológica, sino que se ha de considerar la incidencia de esta cuestión. De tal forma que el concepto «madre biológica» podría ser entendido en dos direcciones, por un lado, en sentido estricto, como aquella madre que lo ha sido por parto biológico; y, por otro, en sentido amplio, como aquella madre que tiene vínculo genético con el menor, con independencia del método o técnica utilizada, es decir, que el óvulo del que se gesta el/la bebé sea de la madre intencional y por ello pueda ser considerada como tal; aunque todo apunta a la primera de estas direcciones, es decir, la de la interpretación restrictiva del término (Tomás Mataix, 2019).

Siguiendo el criterio mantenido al amparo de la normativa anterior, que señalaba el hecho del parto como el factor determinante para acogerse al descanso en la modalidad de maternidad natural y tras la adaptación a la norma actual en la que se hace mención de la madre biológica, parece lógico que se imponga el criterio restrictivo antes señalado, entendiendo que no debe proceder la aplicación de esta previsión legal a los supuestos de maternidad alcanzados bajo contrato de subrogación. Donde, además, y de no ser así, tan solo debería admitirse por exclusión esa prestación para la otra persona progenitora; quiere ello decir que, incluso en aquellos casos más frecuentes en los que suele existir una pareja intencional y aun teniendo ambas personas reconocida la filiación, tan solo se aplicaría a una de las personas progenitoras comitentes.

Sin embargo, pese a esta última hipótesis, parece prevalecer tanto la interpretación restrictiva inicialmente señalada, como el criterio ya utilizado por el INSS en la consulta de 2016, del que se desprende que la maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica, y ello por la propia naturaleza y definición de la gestación por sustitución, que consiste en que una mujer dé a luz al hijo de otra persona, tal y como vuelve a recordar este mismo organismo tras una nueva consulta de 2019 (Consulta 8192/2019, de 25 de junio, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS). Un documento evacuado para dar respuesta sobre el criterio a seguir en los supuestos de hijos/as nacidos en el extranjero por gestación por sustitución tras la nueva redacción que el Real Decreto-Ley 6/2019 ha dado al artículo 48 del ET.

Se ha de considerar el estado de salud de la mujer embarazada y su recuperación tras el parto un derecho originario de la mujer y que solo ella puede disfrutar, que no tiene por qué impedir la existencia de un segundo permiso que no diferencie el sexo de la persona progenitora, adoptante o tutora, que garantice el cuidado de la persona menor recién nacida, adoptada o acogida. También se plantea la necesidad de una reforma normativa que evite la interpretación jurisprudencial existente en pro del reconocimiento de la prestación en los casos de maternidad subrogada, ya sea en sentido favorable o para su supresión (Llorens Espada, 2017).

Otra cuestión distinta se podría debatir con respecto a una posible legalización de la maternidad por sustitución en nuestro país que abriría nuevos interrogantes con respecto a quién correspondería el disfrute del permiso y su correspondiente subsidio, si a la madre gestante y/o a la madre comitente. Una cuestión que debería girar en función de las respectivas necesidades susceptibles de protección: el fomento de los lazos maternofiliales y la atención y cuidado del/de la menor tras el nacimiento de este por parte de la madre comitente, y el cuidado y recuperación física necesarios por parte de la madre subrogada que ha asumido el proceso de gestación. Así, la situación actual existente con respecto a la maternidad subrogada, en cuanto a la diversidad de criterios interpretativos, tanto en sede administrativa como judicial, tanto en los tribunales civiles como los de orden social, viene generando un clima de inseguridad jurídica. Recordando a este respecto cómo la doctrina del TS ha llevado al INSS a reconocer como situación protegida la gestación por sustitución a efectos de tales prestaciones, pero que no puede perpetuarse en estas cuestiones para su regulación (Sirvent Hernández, 2018).

El nuevo dictamen de la Seguridad Social de 2019 entiende que, dado que ninguna de las personas progenitoras ha dado a luz, procede aplicar la normativa de la adopción, al igual que ya se hiciera con el criterio 29/2016, y consecuentemente se ha de aplicar a estos efectos la disposición transitoria decimotercera.1 c) del Real Decreto-Ley 6/2019. Por lo que ambas personas progenitoras comitentes siguen teniendo la condición de beneficiarias siempre que reúnan los requisitos necesarios de forma independiente. Un planteamiento que vuelve a poner de manifiesto la idoneidad de preservar las relaciones especiales que se generan entre estas personas progenitoras e hijos/as tras la maternidad subrogada, de igual forma que sucede en los casos de adopción o acogimiento, y que, asimismo, contribuyen a reconocer un sistema más amplio del modelo de protección de la maternidad (Martínez Moreno, 2019).

En la nueva regulación de la prestación sobre nacimiento y cuidado de menor se establece una equiparación gradual de la duración de los permisos para ambas personas progenitoras hasta alcanzar las 16 semanas ininterrumpidas e intransferibles a partir del 1 de enero de 2021.

En los casos de gestación por sustitución se entiende que cada persona progenitora dispondrá de un periodo de suspensión de 6 semanas a disfrutar a tiempo completo de forma

obligatoria e ininterrumpida inmediatamente posterior al nacimiento del niño/a. Por lo que se impone un descanso obligatorio para ambas personas progenitoras (caso de existir dos), siendo la finalidad pretendida en estos casos la de dar cumplimiento a los deberes de cuidado y atención previstos en el artículo 68 del Código Civil, en lo que debe ser un ejercicio de corresponsabilidad para con los/las descendientes.

Tras este periodo de disfrute obligatorio, las personas progenitoras podrán disponer de un total de 10 semanas de disfrute voluntario que podrán distribuirse en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida dentro de los 12 meses siguientes al hecho causante, lo que, por otro lado, supone además una ampliación con respecto al referente anterior para su ejercicio que para determinados casos estaba marcado en 9 meses y no en 12 desde el hecho causante. Este periodo de disfrute no obligatorio se distribuirá a opción de las personas interesadas, que podrán disfrutarlo en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Esta distribución puede generar problemas a la hora de su aplicación efectiva, ya que es preceptiva la comunicación a la empresa con suficiente antelación, fijándose un plazo mínimo de 15 días, en los términos que en su caso se hayan establecido en el convenio colectivo. Cuando las dos personas progenitoras que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección de la misma podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

La cuestión se hace más compleja en los casos de querer distribuir el periodo a jornada parcial, partiendo para ello del propio reconocimiento, ya que está condicionado a la existencia de acuerdo individual entre la empresa y la persona trabajadora, por lo que no parece un derecho subjetivo pleno, que también es posible que esté regulado en convenio, en cuyo caso se estaría ante un derecho reconocido vía negociación colectiva (Gorelli Hernández, 2019, p. 27). En cualquier caso, la circunstancia va referida al resto del tiempo de descanso no obligatorio, 10 semanas, ya que su extensión se va a prolongar aún más en el tiempo hasta alcanzar la totalidad a la que se tiene derecho, siempre y cuando no se supere el periodo máximo de referencia de 12 meses desde el nacimiento del/de la menor. A ello hay que sumar que el acuerdo puede celebrarse tanto al inicio del descanso, como en un momento posterior, y puede extenderse a todo el periodo de descanso o usarse de forma fraccionada, pero siempre respetando el plazo de 15 días de preaviso a la empresa. Por otro lado, cabe la posibilidad de que, una vez acordado el sistema de suspensión parcial, el trabajador o trabajadora quiera modificar su opción y volver a disfrutar el permiso a jornada completa, lo que llegado el caso necesitaría un nuevo acuerdo para su modificación. En definitiva, el sistema previsto para su distribución debe contar con bastantes variables que pueden complicar la organización de su disfrute efectivo.

La última de las cuestiones relevantes tras la reforma en relación con los supuestos de gestación por sustitución se va a dar en aquellos casos de nacimiento múltiple o discapacidad del hijo/a, ya que se establece una ampliación del tiempo de descanso y, de forma novedosa, un criterio de reparto obligatorio de dicho periodo. Así, la duración del permiso

se ampliará en 2 semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple, debiendo ser asignada una para cada una de las personas progenitoras comitentes. Una previsión que, en caso de familias monoparentales, tan frecuentes, por otro lado, en los supuestos de maternidad subrogada, significaba una merma comparativa de tiempo de descanso con respecto a aquellas integradas por ambas personas progenitoras, ya que con la aplicación del Real Decreto-Ley 6/2019 se entiende limitado a tan solo 1 semana para esos casos. Siendo ese el reconocimiento seguido en un primer momento, que es posteriormente revisado por el INSS, estableciendo desde entonces un nuevo criterio por el que reconoce el derecho a las familias con un solo progenitor o progenitora a disfrutar de las 2 semanas adicionales de permiso retribuido, igualando así el derecho de estos otros modelos de familia a disfrutar del periodo adicional en los casos señalados.

5. Conclusiones

La gestación subrogada o por sustitución está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico actual pese a ser una realidad que se prolonga a nuestro territorio y que, además de una especial controversia en los distintos ámbitos que la contemplan, genera una serie de consecuencias jurídicas fundamentalmente en dos ramas del derecho como son el orden civil y el laboral. De tal forma que el contrato que da origen a esta situación y el hecho en sí se materializan en algún país extranjero donde se admite esta praxis y que cuentan con legislaciones permisivas, aunque con cierto reconocimiento judicial, lo que viene generando, hasta ahora, una corriente hacia esos territorios por parte de padres o madres intencionales españoles que buscan obtener bajo esta técnica una solución reproductiva, que, a pesar de no ser admitida en nuestro país, viene suscitando una serie de conflictos legales cuando se trata de obtener un cierto reconocimiento en España. Sobre todo, en cuestiones de filiación y a la hora de obtener una prestación de la Seguridad Social, que primero fue solo de maternidad, posteriormente también de paternidad tras su más reciente creación, y sobre la última actualización que viene a sustituir a las anteriores, denominada de nacimiento y cuidado de menor.

Ante la falta de una regulación necesaria en nuestro territorio que aclare todas las posibles consecuencias jurídicas, la cuestión de la maternidad subrogada ha venido generando una compleja relación y una nueva forma de entender la unidad familiar, pero, sobre todo, continuos conflictos de orden jurídico tanto a nivel nacional como internacional, donde se han venido sucediendo pronunciamientos de muy diversa orientación que han ido marcando el criterio interpretativo de esta cuestión. En este escenario es la DGRN quien, siguiendo determinados argumentos jurisprudenciales, da un paso fundamental a través de una instrucción *ad hoc* para estos supuestos que supone un punto de inflexión en este complejo proceso, tratando de distinguir o, por mejor decir, reconocer aquellas situaciones en las que ha existido intervención judicial previa en el país de origen de la gestación subrogada que determine

la filiación a favor de los padres o madres comitentes. Una cuestión que se ha ido haciendo más exigente con el tiempo en cuanto a invertir la posición inicial a favor de facilitar la inscripción en los registros consulares en el extranjero, ya que actualmente se viene denegando *a priori* esa inscripción salvo que se aporte sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente y dotada de *exequatur*, tratando así de reforzar la garantía *ab initio* pero de carácter determinante a la hora de poder inscribir esta realidad en el Registro Civil de las oficinas consulares o diplomáticas pertinentes y, por consiguiente, de poder dotarlas de posteriores efectos en nuestro país.

Los tribunales de justicia han ido resolviendo los distintos casos generados en diversos territorios del panorama internacional sobre cuestiones relativas al derecho a obtener en España una prestación de maternidad y posteriormente de paternidad, siendo determinante nuestro TS que, con dos sentencias trascendentales de 2016, vino a zanjar todo este asunto considerando que sí tenían derecho a estas prestaciones las personas comitentes o progenitoras intencionales. Esta doctrina jurisprudencial se basaba fundamentalmente en la interpretación de normas internacionales de derechos humanos y protección del/de la menor, así como el reconocimiento constitucional de protección integral de los hijos/as como iguales ante la ley con independencia de su filiación, siendo además otra de las líneas argumentales básicas la que equiparaba la maternidad subrogada con la adopción y otras situaciones análogas, siendo su principal razón de peso la consideración de que la prestación por maternidad no deviene tanto en la recuperación de la madre después del parto, sino en la protección del/de la menor.

A todo ello hay que añadir las voces contrarias a la forma en la que se articula la concesión de estas prestaciones, para las que no deja de ser una alteración del procedimiento natural de elaboración de las normas y cuya principal manifestación puede apreciarse tras la Consulta 29/2016, en la que el INSS siguiendo la jurisprudencia del TS establece un dictamen en el que incorpora la gestación por sustitución entre los supuestos protegidos para poder lucrar la prestación por maternidad. La Seguridad Social viene reconociendo desde entonces la doctrina integradora que tutela esta figura jurídica como uno de los supuestos de concesión de la prestación que, junto al parto biológico, la adopción nacional e internacional y el acogimiento, dan derecho a la actual prestación por nacimiento y cuidado de menor. La reforma operada sobre la prestación de maternidad-paternidad tras el Real Decreto-Ley 6/2019 tiene como principal novedad la ampliación de la duración de la misma para la otra persona progenitora distinta de la madre biológica hasta la equiparación de ambas. Una cuestión que más allá de la finalidad principal pretendida en cuanto al ejercicio de corresponsabilidad de la vida personal, laboral y familiar, que debe manifestarse en las relaciones de trabajo, sin distinción ni discriminación para hombres o mujeres, no parece que vaya a significar un cambio de criterio en las directrices anteriormente seguidas para poder lucrar la prestación de maternidad. Ya que sigue existiendo tanto el hecho causante del nacimiento, como la necesidad de cuidado del/de la menor, por lo que, salvo reinterpretaciones judiciales o legislativas posteriores, los supuestos de gestación por sustitución van a seguir acogiéndose al supuesto general de la prestación.

Así, mientras siga existiendo un vacío legal sobre los efectos que generan en nuestro país estos casos de gestación subrogada, la cuestión va a seguir en manos de la doctrina jurisprudencial que ya se ha mostrado cambiante sobre este tipo de manifestaciones. Además, estos pronunciamientos no evitan la existencia de votos particulares con significativas discrepancias, a las que hay que sumar la existencia de un debate doctrinal abierto sobre todas estas circunstancias que ponen de manifiesto la enorme complejidad que entraña todo este asunto y que difícilmente va a poder dar plena satisfacción a las distintas corrientes e intereses existentes. Y es que esta situación genera un clima de inseguridad en nuestro ordenamiento que hace precisa una regulación, que clarifique en un sentido o en otro todos los aspectos y consecuencias que deben rodear a una figura de naturaleza tan controvertida como es la gestación subrogada. Además, no se puede obviar que el sistema actual parece proteger esta técnica llevada a cabo en el extranjero que consecuentemente supone un alto coste económico para los padres o madres intencionales, mientras que penaliza a aquellos otros que por poseer menos recursos pretenden su materialización en España. Una falsedad que recuerda a algunas otras carentes de regulación propia en nuestro país, como es el caso de la prostitución, cuya comparación ha sido inevitable en el análisis de la materia, aunque por otros motivos, ya que los argumentos usados para justificar o no su validez en el uso del cuerpo de la madre gestante o vientre de alquiler se asemejan a los también utilizados en el caso de la prostitución. De tal forma que se debaten, en esencia, entre quienes interpretan que la mujer ha de poder disponer libremente de su cuerpo como parte de su libertad sexual y quienes entienden que este tipo de práctica debe ser considerada como una forma de explotación de la mujer en la que se mercantiliza su cuerpo.

Unas consideraciones que también se trasladan al ideario político, donde se plantean opiniones en muy diferentes sentidos y con distintas propuestas, pero que en cualquier caso deberían culminar con una regulación en alguna de las direcciones posibles, pero, sobre todo, que clarifique el panorama sobre la maternidad subrogada y todas sus posibles repercusiones jurídicas. En lo que sí parece haber acuerdo es que en el caso de ser admitida esta posibilidad ha de ser bajo el sistema altruista, es decir, en el que no medie una contraprestación por los servicios a la madre gestante, sino tan solo la compensación de unos gastos que han de estar bien delimitados y que lo alejen de cualquier encubrimiento comercial. De todas formas, una nueva regulación difícilmente dejaría resueltas todas las cuestiones de este complejo sistema con tantos intereses en juego y seguramente abriría nuevos debates jurídicos. En este sentido, sirva ahora tan solo señalar a modo ilustrativo el que podría generarse en relación con un hipotético sistema de prestación, en el que podría suscitarse una posible duplicidad de prestaciones, una para la madre biológica y otra para las personas progenitoras comitentes. Es decir, una con la finalidad de recuperación posparto y otra para los padres o madres intencionales para cuidado del/de la menor. Aunque en realidad son muchos los interrogantes que podrían quedar abiertos y que podría deparar una posible normativa sobre una cuestión tan controvertida como la que es.

Y es que pese a todas las circunstancias que rodean a este sistema, se puede apreciar una realidad en la que, lejos de verse reducido el recurso a estas técnicas reproductivas,

parece funcionar cada día mejor con la existencia de empresas facilitadoras de estos servicios que gestionan todo el proceso y que hacen que la pretensión sea cada vez más atractiva para las personas progenitoras intencionales. Sin embargo, no podemos dejar al menos de señalar para el caso que nos ocupa que los desplazamientos internacionales se han visto notablemente afectados en los últimos tiempos por la irrupción de la COVID-19, una pandemia para la que no estábamos preparados y que obligó al cierre de fronteras en prácticamente la totalidad de países. Esta circunstancia poco a poco se ha ido temporalmente levantando, pero con innumerables restricciones y un futuro incierto, que sin duda va a limitar considerablemente los movimientos internacionales, lo que irremediablemente va a suponer un cambio bastante significativo a la hora de poder realizar desplazamientos al exterior con la intención expresa de alcanzar un contrato de gestación subrogada. Todo ello ineludiblemente va a condicionar el futuro de este sistema augurando una disminución considerable de solicitudes de la prestación en casos de gestación por sustitución, salvo que se legalice en España, lo que hoy en día parece poco probable.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y Unidas Podemos. (2019). Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España. <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>.
- Alzaga Ruiz, Iciar. (2018). Maternidad subrogada y prestaciones a la Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 134, 15-40. https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=484169&info=open_link_ejemplar.
- Bellver Capella, Vicente. (2017). Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. *Cuadernos de Bioética*, 28, 229-244. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>.
- Blasco Rasero, Cristina. (2013). Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 121, 63-105. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4507587.pdf>.
- Cohen, Glenn. (2014). Las fronteras del derecho sanitario: globalización y turismo médico. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18, 21-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4810711&orden=1&info=link>.
- Comité de Bioética de España. (2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (comitedebioetica.es).
- Díaz Aznarte, María Teresa. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia, ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? En Francisco Javier García Castaño y Nina Kressova (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional*

- sobre *Migraciones en Andalucía* (pp. 763-770). Instituto de Migraciones. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4051453.pdf>.
- Díaz Fraile, Juan María. (2018). Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En *I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad*. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/>.
- Gala Durán, Carolina. (2017). Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada. *La Administración Práctica. Enciclopedia de Administración Municipal*, 4, 59-66.
- García Améz, Javier y Martín Ayala, María. (2017). Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *DS: Derecho y Salud*, 1(27), 200-208. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334695.pdf>.
- Garibo Peyró, Ana Paz. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, 93(28), 245-259. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6059687&orden=0&info=link>.
- Gorelli Hernández, Juan. (2017). La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler). *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1.
- Gorelli Hernández, Juan. (2019). Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal: el RD-Ley 6/2019. En *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=8b64e539-9e67-4eaf-b9d9-92c081bb95c9&groupId=10128.
- Hierro Hierro, Francisco Javier. (2017). Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, 95-120. https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=458233&info=open_link_ejemplar.
- Llorens Espada, Julen. (2017). Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad. *Lan Harremanak*, 38, 126-151. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6234947.pdf>.
- Martínez Moreno, Carolina. (2019). La protección de la maternidad en el derecho del trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable. En Leonor Suárez Llanos (Coord.^a), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución* (pp. 361-390). Tirant lo Blanch.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(9), 454-467. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5865593&orden=0&info=link>.
- Molina Martín, Amparo María. (2017). Una ordenación adaptada a la protección social de la maternidad-paternidad por subrogación. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 16. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6347464.pdf>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2017). Prohibida la «nacional», ¿protegemos la «gestación/maternidad subrogada internacional» con prestaciones sociales? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 406, 199-210.
- Moreno Pueyo, Manuel José. (2011). Maternidad subrogada y prestación de maternidad. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, 21-56. https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=406685&info=open_link_ejemplar.

- Ortiz Vidal, María Dolores. (2015). La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 180, 241-266.
- Pérez Artigues, Juan Antonio. (2017). Maternidad subrogada: problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres. *DS: Derecho y Salud*, 1(27), 123-126. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334687.pdf>.
- Presa García-López, Raquel. (2017). Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016). *Revista de Información Laboral*, 2, 15-31.
- Quinzá Redondo, María José. (2018). La gestación por sustitución en España: algunas «novedades». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 97-107.
- Rodríguez Yong, Camilo Andrés y Martínez Muñoz, Karol Ximena. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2(25), 59-81. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5333368&orden=0&info=link>.
- Rostagnol, Susana. (2018). Ekman, Kajsa. El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación. Barcelona: Bellaterra, 2017, 251 pp. *Papeles del Ceic (International Journal on Collective Identity Research)*, 2, 1-9. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550966.pdf>.
- Ruiz Franco, Aida. (2018). Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada. *Revista de Bioética y Derecho*, 44, 41-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6771606&orden=0&info=link>.
- Selma Penalva, Alejandra. (2014). Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida. *Bioderecho.es. Revista Internacional de Investigación en Bioderecho*, 1.
- Sirvent Hernández, Nancy. (2018). Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 205, 69-104.
- Tomás Mataix, David. (2019). La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(11), 348-359. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7105614&orden=0&info=link>.
- Villajos de Silva, Camilo. (2019). Gestación por sustitución y derechos sociales: la prestación por maternidad. En Leonor Suárez Llanos (Coord.ª), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución* (pp. 391-414). Tirant lo Blanch.
- Zubero Quintanilla, Sara. (2018). Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 226-252. <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/8/bis/226-252.pdf>.





De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
Coordinador del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia».
Fundación Francisco Largo Caballero
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Las brechas de género en pensiones constituyen uno de los mayores desequilibrios cualitativos y cuantitativos que tienen los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea, y, sin duda, en España. La principal causa no está en el sistema, sino en las brechas de género en el mercado de trabajo, incluyendo la brecha retributiva. Algunas de las medidas ensayadas por la ley española han recibido la oposición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por eso, la ley española ha aprobado un nuevo complemento para las pensiones contributivas, con el objetivo de reducir la brecha de género, reformando el artículo 60 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (mediante el RDL 3/2021, de 2 de febrero).

Este nuevo complemento de pensión contributiva, que no excluye a los hombres, pero beneficiará sobre todo a las mujeres (al menos 8 de cada 10 personas receptoras serán mujeres), resulta menos costoso para el Estado y algo más eficaz para reducir la brecha de género en pensiones que el anterior. Pero, además de que plantea algunos problemas aplicativos, no será suficiente para reducir de una forma significativa y rápida la brecha de género. En este estudio se da cuenta de sus principales novedades jurídicas, así como de otras cuestiones que tienen que ver con los avances y resistencias de los tribunales a remover las brechas de género en la Seguridad Social.

Palabras clave: brecha retributiva; igualdad de género; brecha de género en pensiones; pensión de viudedad; discriminación múltiple.

Fecha de entrada: 22-03-2021 / Fecha de aceptación: 22-03-2021

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 135-163.





From salary auditing to reducing the gender gap in pensions: a new corrective supplement to take seriously?

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Gender gaps in public pensions constitute a serious qualitative and quantitative imbalance of Social Security systems in the European Union, and certainly also in Spain. The main cause is not in the system, but in the gender gaps in the labor market, including the wage gap. Some of the measures tested by Spanish law have been opposed by the Court of Justice of the European Union. For this reason, Spanish law has approved a new supplement for contributory pensions, with the aim of reducing the gender gap, reforming art. 60 of the consolidated text of the General Law on Social Security (by RDL 3/2021, February 2).

This new contributory pension supplement, which does not exclude men, but will mainly benefit women (at least 8 out of 10 recipients will be women), is less costly for the State and somewhat more effective in reducing the gender gap in pensions than the previous one. But this regulation raises some application problems, and it will also not be enough to reduce the gender gap in a relevant and fast way. This study gives an account of its main legal developments, as well as other issues that have to do with the progress and resistance of the courts to remove gender gaps in Social Security.

Keywords: wage gap; gender equality; gender gap in pensions; widow's pension; multiple discrimination.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). From salary auditing to reducing the gender gap in pensions: a new corrective supplement to take seriously? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 135-163.



Sumario

1. Introito: persistentes brechas sociolaborales de género y necesidad de renovar sus garantías jurídicas correctoras
2. «De los polvos a los lodos» de inequidades de género en pensiones: todas nacen en las brechas sociolaborales
 - 2.1. Los costes económicos por pérdida de oportunidad de crecimiento: las brechas de género no solo son socialmente injustas, también resultan ineficientes
 - 2.2. Precariedad, «techo de cristal» y externalización alimentan la brecha retributiva, y esta las brechas en pensiones, pero el TS se aferra a la libertad de empresa
3. El complemento de las pensiones para reducción de la brecha de género: «transitorio», más equitativo y sostenible, poco eficaz
 - 3.1. «¿Horneando pan en vez de tortas?»: puntos críticos del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género en pensiones contributivas
 - 3.2. Valoración: mejora la regulación técnicamente –aún no impecable–, pero mantiene una muy limitada eficacia para la corrección de la brecha de género
4. Una cuestión de género sorprendentemente «olvidada»: pensiones de viudedad y mujeres casadas por el «rito gitano»
 - 4.1. El bucle histórico de las pensiones de viudedad de las mujeres casadas por el «rito gitano»: ¿tropezando, una década después, con la misma piedra?
 - 4.2. Paradojas y contradicciones: la mayoría de las gitanas no se casan solo por un rito que hace de su virginidad un mandato cultural superior al legal
 - 4.3. El coste social de las oportunidades jurídicas perdidas: ¿cuánto tendrá que esperar la operatividad del concepto de discriminación de género multidimensional?
5. La perspectiva de género más allá de las pensiones: la infravaloración del trabajo de cuidar no remunerado en el régimen de IT
6. Reflexión final: el complemento, medida necesaria, no suficiente

Referencias bibliográficas

Para el derecho revolucionario francés del siglo XVIII, el amor a las leyes debía ser un atributo de la soberanía del pueblo y un deber para las instituciones representativas de aquella. Deben mostrarse virtuosas, es decir, actuar por amor a la igualdad para establecer buenas leyes que el pueblo obedecerá porque las amará: este es el horizonte del trabajo legislativo.

Yannick Bosc (*Robespierre et l'amour des lois*)

Tropecé de nuevo y con la misma piedra
en cuestión de amores nunca he de ganar
porque es sabido que el que amor entrega
de cualquier manera tiene que llorar.

Jorge Massias (*Con la misma piedra*)

1. Introito: persistentes brechas sociolaborales de género y necesidad de renovar sus garantías jurídicas correctoras

Para difundir en las redes sociales, no solo en la comunidad científica, nuestra pequeña [contribución a la celebración –digital– del 8M, día de la lucha internacional de las mujeres](#) (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2021), la profesora Margarita Miñarro escribió, con enorme fortuna: «para la *RTSS.CEF* todos los días son 8-M». Y así es, y así debería ser para todas las personas e instituciones que amen los valores superiores sociales que preconiza nuestra Constitución (igualdad, justicia), sin reducir un ápice el valor de los liberales que también promueve (libertad –incluida la de empresa–, pluralismo). La realidad parece bien distinta. La lucha por el tránsito desde la igualdad normativizada de sexo (condición biológica)/género (condición sociocultural) hasta hacer de ella una realidad normalizada en el mundo de los trabajos (productivo y reproductivo) sigue tropezando con análogas piedras (de hecho y de derecho) del pasado. Una de las principales manifestaciones de la brecha laboral de género, la brecha retributiva, así lo evidencia (Martínez Moreno, 2019).

Desde hace más de 60 años, la igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor es un principio fundacional de la Unión Europea (UE) ([Tratado de Roma de 1957](#)). A cada renovación del derecho fundacional (por ejemplo, art. 157 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–) y del derecho derivado

(por ejemplo, [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio](#)), no solo se ha mantenido, sino que incluso se ha reforzado, hasta constituir un auténtico derecho social fundamental comunitario (arts. 20 y 21 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE¹). Sin embargo, sigue siendo una «deuda pendiente» en toda la UE, y desde luego en España, porque ni la diferencia retributiva se ha reducido notablemente –desde luego no rápidamente–, ni tampoco las garantías jurídicas para prevenirla (de futuro) y erradicarla (de presente) son lo eficaces que deberían. No es una afirmación especulativa en el eventual vacío empírico de la razón doctrinal. Su consistencia empírica e institucional se advera con la iniciativa de la Comisión Europea sobre una nueva propuesta de directiva para reforzar el principio de igualdad de retribución entre las mujeres y los hombres por trabajo de igual valor, de modo que se mejore tanto la transparencia retributiva como los mecanismos de garantía de cumplimiento.

Esta nueva [propuesta de directiva, con fecha de publicación de 4 de marzo de 2021](#), en el marco de la Estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025, tiene una especial significación para España. *Rara avis* (España es uno de los países de la Unión con más condenas por trasposición tardía del derecho de la UE), nos hemos adelantado a algunos de sus contenidos, en especial las obligaciones de transparencia retributiva. Sabido es que el 14 de abril de 2021 entrará en vigor el Real Decreto (RD) [902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (norma de desarrollo reglamentario –tardío–, junto al RD [901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, del Real Decreto-Ley –RDL– [6/2019, de 1 de marzo](#), y que modificó el [art. 28 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–). Nacen, así, a la vida práctica de las empresas, tras su normativización varios años atrás, las –polémicas– obligaciones de registro y auditoría retributivos (García Campá, 2021). Aunque los objetivos de la propuesta de directiva son más amplios y ambiciosos que los estatales, no deberíamos infravalorar este adelantamiento en el derecho interno de algunas de las garantías más relevantes para erradicar la brecha retributiva de género del futuro derecho antidiscriminatorio comunitario del trabajo.

Ahora bien, al tiempo, tampoco deberíamos ignorar lo que significan estas iniciativas: la brecha retributiva, en particular, y las brechas sociolaborales, en general, son muy resistentes y de erradicación difícil, por más que se proclama una y otra vez en las normas que integran un gran sistema multinivel (internacional, comunitario y estatal) de protección. No se trata tan solo de reconocer lo arraigadas que siguen en la sociedad, y en el mundo del

¹ Cuya eficacia *erga omnes* (también entre particulares) ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), si bien recuerda igualmente su aplicación únicamente en materias normativizadas por la UE, no si quedan extramuros. Así lo recuerda, para el artículo 20 de la CDFUE, la Sentencia del TJUE (STJUE) [de 17 de marzo de 2021, asunto C-652/19](#), respecto de un despido colectivo no ajustado a derecho conforme al régimen italiano (por cierto, sea tangencialmente dicho, la única persona empleada que pierde con esta sentencia –de las 350–, típica de «justicia comunitaria Poncio Pilatos», es una trabajadora italiana –que no será reintegrada por razones de derecho temporal–).

trabajo, las desigualdades (obstáculos fácticos), sino también las resistencias normativo-institucionales a avanzar mucho más rápido en la normalización sociolaboral de la igualdad de género normativizada (obstáculos normativos). Asistimos a la conjunción de dos factores que perpetúan el problema, o ralentizan hasta el extremo la solución eficaz: si el poder legislativo mantiene normas que, aparentemente neutrales en términos de género, perjudican a las mujeres (discriminaciones indirectas), el poder jurisdiccional tampoco acierta de forma suficientemente amplia a corregirlas, actuando en más de una ocasión como freno, él mismo, a progresar en esa garantía de equidad sociolaboral de género. Y ello pese a que sobre todas las instituciones y poderes públicos (legislativo, judicial y las autoridades administrativas garantes del cumplimiento de las normas) cargue, de un lado, un deber constitucional de remoción de los obstáculos que se opongan a la igualdad sustancial ([art. 9.2](#) en relación con el [art. 14](#) Constitución española –CE–) y, de otro, la obligación de ejercerlo conforme al principio internacional de la diligencia de equidad de género debida ([Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#)).

Por supuesto, prácticamente todos los días, la prensa y las redes sociales se encargan de recordarnos que las instituciones de garantía de cumplimiento actúan para corregir las prácticas de empresa perpetuadoras de la brecha retributiva de género. Son cada vez más las sanciones, tras el acta correspondiente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), a las empresas (por ejemplo, [empresa de gestión integral de servicios de comedores escolares en Cataluña](#)) por discriminar (sea en la categoría de jefatura de cocina –la única mujer en ese puesto, frente a los tres hombres que también lo ocupan, percibe en torno a un 30 % menos de salario; las ayudantes de cocina percibirían casi un 40 % menos que los hombres en los complementos salariales). Aunque varía la gravedad en cada caso (en el ejemplo referido se sanciona por una infracción muy grave con algo más de 15.000 €), se confirma que estas prácticas están difundidas en el mundo laboral y que alcanzan una relevancia significativa (por ejemplo, para Cataluña un 22 % de diferencia salarial: 6.350 € menos de media anual –529 € al mes–; en el conjunto de España, para 2020 la brecha salarial se situó, según el informe «Brecha salarial y techo de cristal» de GESTHA –Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda–, en casi 5.000 €/año), e incluso crecieron en los últimos años, según ciertos [análisis](#).

La misma ejemplaridad, tanto en términos de conciencia sobre la trascendencia de la brecha retributiva como de diligencia debida en su corrección –más relativa respecto del efecto reparador y disuasorio–, podría encontrarse en recientes decisiones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 29/2020, de 20 de enero](#)), confirma tanto el derecho de una mujer investigadora en materia de salud a percibir un complemento de productividad mensual, al igual que el personal masculino investigador, cuanto el derecho a una indemnización por daños patrimoniales (lucro cesante) de 23.728,32 euros (cantidad equivalente al complemento dejado de percibir desde el inicio del contrato hasta la sentencia). A diferencia del informe de la ITSS –poco ejemplarizante–, que entendió inexistente la discriminación porque no es la empresa (Fundación Canaria para la Investigación Sanitaria) la que la creó, sino que se limita

a mantener el salario derivado de la sucesión de empresa, esto es, la discriminación procedía de la fundación de procedencia de la trabajadora, la sala canaria considera que no hay justificación alguna para esa perpetuación de la diferencia retributiva discriminatoria. Consecuentemente, «a una eventual discriminación por mera razón de la fecha de conversión del contrato en indefinido» (¿una suerte de «doble escala salarial»? –sobre la actualidad jurisprudencial de esta figura, de interés el [análisis del profesor Tomás Sala](#) en este número–) se une una discriminación por razón de sexo (FJ 30.º).

En cambio, no condenó –no se le pidió tampoco– por daño moral, pese a la automatización de la indemnización por tal concepto ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) cuando se constata la violación de un derecho fundamental. Este déficit de diligencia judicial en el deber de reparación íntegra (así como disuasoria) de los daños por discriminación retributiva está muy extendido en la práctica forense social, lamentablemente, pues unas veces solo se reparan los daños patrimoniales (lucro cesante), otras solo los daños morales, y, a menudo, la indemnización no distingue entre unos y otros, sino que, ignorando el deber de vertebración judicial de daños, se fija unitariamente (es decir, confusamente), saliendo así al paso de las dificultades de deslinde en muchos casos (por ejemplo, la –muy interesante y sobre la que luego se volverá– Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril). Pero también podemos hallar experiencias en las que se cumple esa faceta vertebradora del deber de diligencia judicial reparadora de la brecha retributiva de género discriminatoria, como sería el caso de la [STSJ de Extremadura 399/2020, de 28 de octubre](#), que confirma la condena a Eulen (la empresa que se había subrogado en la posición empleadora de la anterior, Palicrisa, y que fue absuelta por prescripción de la acción), por mantener la discriminación retributiva previa en perjuicio de las trabajadoras, a las que privó del complemento de peligrosidad que los varones sí percibieron hasta su supresión: 2.701,68 euros por daños patrimoniales (el equivalente al plus de peligrosidad dejado de percibir discriminatoriamente) y 6.251 euros (estándar mínimo normalizado judicialmente) por daños morales.

Comprobamos, pues, cómo la extendida descentralización productiva (externalización) es fuente de perpetuación de las brechas retributivas de género discriminatorias (no justifica la diferencia), pero sabemos que la externalización es igualmente fuente creadora de profundas brechas de género retributivas. Así sucede especialmente donde las mujeres tienen una notoria sobrerrepresentación, como ocurre para uno de los colectivos más célebres en su lucha contra la precariedad laboral y la inequidad de género sociolaboral, como es el «movimiento Kelly», tan admirado socialmente como fracasado jurídicamente. Y ello porque ni el derecho legislado ha corregido aún la situación, pese a haberlo comprometido (anunciada reforma tanto del [art. 42 ET](#) como del [art. 84.2 ET](#)), ni tampoco el Tribunal Supremo (TS) parece proclive a su causa. Así lo evidencia la Sentencia del TS ([STS](#)) [197/2021, de 12 de febrero](#), que, al estimar el recurso contra la sentencia de suplicación que había aplicado el convenio de hostelería en vez del de limpieza, reitera una línea de política jurisdiccional del derecho favorable a la libertad empresarial de externalización y en detrimento de la equidad de género y de la prohibición de *dumping* social (principio social ex [art. 1.1 CE](#), prohibición

de ejercicio antisocial de las facultades empresariales ex [art. 7 Código Civil](#) –CC–). Volveré brevemente sobre ella más adelante, pues ofrece interés más allá de la cuestión retributiva (en la empresa, la mujer que alza una voz crítica es despedida –de ahí, la nulidad del despido–).

Esta tolerancia, por acción –permisividad *de facto*– u omisión –abstención correctora *de iure*–, del derecho legislado y del derecho jurisprudencial tiene importantes costes sociales (y, de conformidad con los estudios e índices más recientes, económicos), por ejemplo, en el campo de las relaciones de Seguridad Social. De un lado, sufre la función recaudatoria, porque a menor retribución respecto de la debida, más baja recaudación respecto de la esperable, por lo que las brechas retributivas de género injustificadas (discriminatorias) perjudican el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social y, por lo tanto, su sostenibilidad. De otro, la acción protectora, en la medida en que la perpetuación de las brechas laborales de género en general, en especial la retributiva, alimentan las brechas de género en pensiones, por lo que tiene un efecto reflejo o derivado muy pernicioso para las mujeres, igualmente.

Asumiendo lo intolerable de esta situación, a veces, la ley decide actuar, aunque sea de manera deficiente técnicamente. Y entonces enfrenta el riesgo de incompreensión jurisdiccional, nada menos que al máximo nivel, el del pretor comunitario máximo, el TJUE. Así sucedió con el polémico (defectuoso) «complemento por maternidad» ex [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) (más pensado como «premio de natalidad», por la contribución de la mujer a la demografía –papel que también cumple el varón–, que como acción correctora de los perjuicios derivados de la maternidad en su carrera de pensión), en virtud de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#). El TJUE, fiel a la concepción formal de igualdad que a veces exhibe, frena las acciones positivas de los derechos internos –pese a su aceptación abstracta y en virtud del art. 151 [TFUE](#)–. Por eso, cuando los niveles judiciales inferiores insisten en la corrección de esas brechas en pensiones, como en la pensión de jubilación anticipada voluntaria ([art. 208 LGSS](#); perpetuada en el [art. 60 LGSS anterior a su reforma](#)), el TJUE reitera su indiferencia por esta cuestión de género, prefiriendo defender, ahora sí, el equilibrio financiero del sistema. Así se deriva de la [STJUE de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19 \(comentada\)](#) muy acertadamente, en este número, por Juan Antonio Maldonado).

En términos castizos o de refranero popular, el TJUE nos «hizo un pan como una torta». Como enseña el *Diccionario de la lengua española*, son todas aquellas situaciones que se hacen con gran desacierto o resultan muy mal. Y es que la conjunción de la deficiencia técnica legal y la inflexibilidad del TJUE no solo dobló su coste razonable (pago a mujeres y hombres), sino que agrandaba la brecha de género en pensiones, porque fijándose el complemento por porcentajes sobre su cuantía incrementaba el beneficio a quienes mejor posición tienen (los pensionistas varones). No puede sorprender, pues, que la ley intente corregir este doble desaguisado.

Aun abusando claramente del poder de autoridad de la «ley de urgencia», tras lograr que se aceptase por los interlocutores sociales en el diálogo social, el [RDL 3/2021, de 2 de](#)

febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, trata de poner fin al doble desaguado jurídico y económico. Como reconoce la norma en su preámbulo, cuatro –no tres, como nos dice– serían los objetivos o fines perseguidos. A saber:

1. Reforzar la viabilidad de un sistema de Seguridad Social que reduzca al mismo tiempo la brecha de género en pensiones. A tal fin rediseñará completamente el [artículo 60 de la LGSS](#).
2. Mejorar los mecanismos de protección en favor de los colectivos que más lo precisan. A este fin (garantía social de las personas más débiles) dos serán las reformas básicas:
 - a) Enésima modificación del ingreso mínimo vital (IMV), ahora para eliminar barreras de acceso y mejorar la gestión, ante las rigideces surgidas en estos meses de fiasco. [Dio cuenta de estos cambios el profesor Santiago González Ortega](#) en este número.
 - b) Mayor tutela por incapacidad temporal (IT) del personal sanitario y sociosanitario contagiado de COVID-19, calificada como enfermedad profesional.
3. Garantizar la suficiencia de los recursos de familias y personas autónomas.
4. Asegurar la –maltrecha– asistencia sanitaria ante las dificultades de cobertura derivadas de la persistente pandemia, facilitando el retorno a la vida activa de las personas profesionales sanitarias jubiladas, compatibilizando contrato y pensión pública.

El objeto central de este estudio será exponer, analítica y críticamente, los aspectos más novedosos del actual «complemento de pensiones (contributivas) para la reducción de la brecha de género». Ahora bien, como se ha apuntado *ut supra*, esta cuestión de género en pensiones no solo nace bastante antes de los hechos causantes (sobre todo la jubilación), sino que desborda el ámbito de las pensiones para tener una incidencia global en el entero sistema de la Seguridad Social. Por lo que una mirada anclada únicamente en el nuevo complemento no resolverá, pese a lo que anuncia, el problema, ni lo previene ni lo agota. Por eso, en este análisis daremos alguna pincelada adicional tanto de las resistencias institucionales para poner fin a esa fuente principal que alimenta la brecha de género en pensiones (las brechas sociolaborales en general, y muy en especial la retributiva), así como de las nuevas garantías ensayadas para su corrección futura, como de algunas otras manifestaciones de esa brecha de género en prestaciones de Seguridad Social, y que hoy marca, como si de un bucle histórico se tratara, parte de la actualidad (por ejemplo, los déficits de coberturas por IT; pensiones de viudedad para las mujeres gitanas casadas por su «rito cultural»). Todo ello, por supuesto, sucintamente.

2. «De los polvos a los lodos» de inequidades de género en pensiones: todas nacen en las brechas sociolaborales

2.1. Los costes económicos por pérdida de oportunidad de crecimiento: las brechas de género no solo son socialmente injustas, también resultan ineficientes

Antes de afrontar de lleno el significado e impacto de la política correctora de las brechas de género en pensiones que conlleva toda buena medida orientada a reducirlas, como puede ser un complemento compensador, si bien diseñado, conviene no solo recordar cuáles siguen siendo las fuentes principales de las que emana (brechas ocupacionales y retributivas), sino también evidenciar el gran coste económico que tiene su no corrección, muy superior al de las medidas para erradicarlas (y prevenir las de futuro). En efecto, para quienes gustan de medirlo todo bajo el paradigma cuantitativo, atendiendo al equilibrio financiero (lógica de sostenibilidad económica), pese a la lógica cualitativa que centra el sistema (lógica de suficiencia protectora ex [art. 41 CE](#)), será clave conocer el enorme daño económico que produce la inequidad de género en el mercado de trabajo, en términos (jurídicos) de lucro cesante o (económicos) de costes por la pérdida de oportunidades de crecimiento debida a la inequidad de género sociolaboral. El índice ClosinGap (clúster de grandes empresas: Merck, Mapfre, Repsol, Vodafone, Meliá, Mahou San Miguel y Solán de Cabras, BMW Group, L'Oreal, PwC, Bankia, ONCE y Kreab), que mide el impacto económico de la falta de igualdad, lo ha fijado en el 18 % del producto interior bruto (PIB) para 2019. Esto es, [la brecha retributiva nos ha privado de 230.000 millones de euros](#) (la COVID-19 nos ha costado –«solo»– un 11 % del PIB del 2020 y nuestras esperanzas de recuperación están en 140.000 millones de la UE –casi la mitad de lo dejado de percibir por no corregir la inequidad de género–).

Esos datos evidencian que, en 2020, el índice ClosinGap en España se situaba en el 64,1 %, entendiéndolo el 100 % como la paridad total. Por tanto, quedaría casi un 36 % de brecha por cerrar. Además, teniendo en cuenta la evolución del índice en los últimos 5 años, no se cerraría esa brecha hasta 2055, por lo que, *rebus sic stantibus*, se necesitarán 35 años más. Como veremos, conforme a la nueva [disposición adicional trigésima séptima de la LGSS](#), el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género permanecerá hasta que se sitúe en el 5 % («largo me lo fía vuesa merced»). Este índice es interesante para el/la jurista (y para la política del derecho), pues no solo ofrece un dato numérico relativamente preciso y fiable para medir el coste del desajuste entre lo que prescriben las normas (igualdad plena de sexo-género) y lo que se practica (desigualdades y discriminaciones), sino que también desagra sus causas.

El índice de desigualdad tiene en cuenta cinco grandes variables: mercado de trabajo (35 %), educación (32,1 %), conciliación (56 %), digitalización (29 %) y la salud y el bienestar de las personas (15 %). El informe profundiza en el estado de cada una de ellas. Así, por lo que aquí nos interesa más, de un lado, constata que la mayor participación de la mujer

en el mercado laboral (más mujeres y durante más años) cierra unas vías de brecha, pero mantiene otras (trabajan menos horas –prevalencia del trabajo a tiempo parcial; reducciones de jornada por la sobrecarga del trabajo de cuidar no remunerado– y con menor salario –brecha retributiva–). Por eso, las mujeres representan el 51,4 % de la población activa, pero solo un 41,5 % del PIB (por supuesto, si este midiera el trabajo reproductivo, como se debe, la diferencia se invertiría notablemente). De otro, ellas asumen la mayor parte del trabajo no remunerado –trabajo de cuidar–, lo que no solo repercute en unas tasas de inactividad y parcialidad laboral más elevadas –el problema no varía en las actividades más cualificadas (por ejemplo, profesiones STEAM [siglas que identifican las disciplinas de *science*, *technology*, *engineering*, *art* y *mathematics*, es decir, ciencia, tecnología, ingeniería, arte y matemáticas])–, sino también en pérdida de salud y bienestar (las mujeres viven más años, pero viven con peor salud y calidad de vida que los hombres). En consecuencia, se dificulta también, y se vuelve más costoso para ellas, todo horizonte de «envejecimiento activo», de ahí, por ejemplo, las insistentes [peticiones por parte de colectivos como las camareras de piso](#) («movimiento Kelly») de una jubilación anticipada sin coeficientes reductores. Insistentes, sí, seguramente justas, también, pero aún fallidas.

2.2. Precariedad, «techo de cristal» y externalización alimentan la brecha retributiva, y esta las brechas en pensiones, pero el TS se aferra a la libertad de empresa

No es la única reivindicación de trabajo decente que fracasa, por el momento, para este colectivo de trabajadoras, todo un estandarte en la lucha de muchas más mujeres por análogas condiciones socialmente justas y con equidad de sexo-género en su trabajo (remunerado) y, por tanto, en su protección social (brechas derivadas). Como se anticipó, la [STS 197/2021, de 12 de febrero](#), otorga al silencio de la legislación ex [artículo 42 del ET](#), que no exige que la externalización de la propia actividad conlleve tal equidad de condiciones, un sentido elocuente, de exclusión de tal extensión de garantías, aun con prestación de servicios en el mismo lugar y siendo de igual valor. En vez de una interpretación de favor hacia el derecho fundamental social (igualdad retributiva para trabajo de igual valor), opta, a diferencia de lo que había decidido la sala de suplicación, cuyo criterio revoca, por el efecto de economía de opción reductora de costes ínsita en la libertad de decisión empresarial de externalización ex [artículo 38 de la CE](#). Tanto que considera tal decisión contenido esencial del referido precepto constitucional, en línea con su [Sentencia 250/2020, de 12 de marzo](#).

La cuestión planteada en el recurso de casación para la unificación de doctrina es si, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora (por violación de la garantía jurídica de indemnidad –quien levanta su voz y acciona es despedida–), el convenio aplicable debe ser el de limpieza o el de hostelería. Sorprende mucho –a mi juicio– la revisión de una elaborada argumentación de la sala sevillana de suplicación, atenta a la norma convencional, que distingue entre camarera/o de piso y personal de limpieza, lo que hace incomprensible

excluir la actividad de «departamento de pisos» del convenio de hostelería. La perplejidad aumenta cuando se constata que la empresa (Sherco al Detalle), contratista de una cadena hotelera y que carece de convenio específico válido (fue anulado judicialmente), no ha probado, más allá de su objeto social, que preste servicios distintos de los que gestiona en el ámbito de la hostelería, acreditándose que su actividad es «la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina "departamento de pisos"».

Pero, si en el estricto marco de la legalidad ordinaria la aplicación del convenio provincial de hostelería apuntaba más razones a favor que las propias del convenio provincial de limpieza, hubiera parecido decisiva la perspectiva de género que tiene esta cuestión. Sin embargo, en ninguna de las dos sentencias del TS se apreciará, descartándose la discriminación (indirecta) por razón de género (por cierto, en la [STS 197/2021](#) ni siquiera se invocó —«debe» de la defensa letrada—). Sin embargo, [esta sentencia](#) cuenta con un fundado voto particular, más certero que la decisión mayoritaria, excesivamente genérica y confusa, incluso respecto de sus precedentes:

La perspectiva de género [...] refuerza que [...] sea aplicable el convenio [...] de hostelería y no el de limpieza como contrariamente ha entendido la sala [...], decisión que estimo contraria al principio de igualdad efectiva [...], y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, al [...] *dumping* social, inadmisibles en un Estado social [...] de derecho.

No son situaciones aisladas. Otro ejemplo lo hallamos en la política de externalización de Ryanair, en especial para el personal de tripulación de cabina. Esta empresa *low cost*, basada en la reducción de costes laborales, «[justificó](#)» que no segregaba porque no había mujeres piloto —en el Reino Unido, de 554, solo 8 son mujeres (1,4%)—, pero de sus 586 tripulantes de cabina, 405 eran mujeres (70 % de la plantilla).

La observación es relevante para nuestro tema porque la [Audiencia Nacional acaba de condenar a Ryanair por cesión ilegal](#). El modelo de (fraudenta) externalización le reporta una notable reducción del coste laboral, porque la diferencia salarial (brecha) entre el personal de tripulación por agencia (unas 400 personas, la mayor parte mujeres) y el contratado rondaba entre el 40 % y el 60 %. Una vez más, un modelo de negocio que basa su ventaja competitiva sobre el *dumping* social alimenta intensas brechas sociolaborales de sexo.

Por supuesto, no solo la externalización, usual en los sectores de sobrerrepresentación femenina, crea factores de brecha sociolaboral de género que terminarán reflejándose también en su protección social (no solo pensiones). Otras prácticas arraigadas, integrantes de la cultura social y empresarial, viviéndose de forma cotidiana, como el «techo de cristal» o las pérdidas de oportunidad de promoción profesional a raíz de la discriminación de

sexo, en especial indirecta, también inciden (por ejemplo, [SJS núm. 3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril](#))². La brecha profesional lleva a la retributiva y esta a la de protección social.

Ni que decir tiene que otras, como la temporalidad y la parcialidad (también en su forma o modalidad de fijeza discontinua), muy presentes para todo nuestro mercado de trabajo, pero con aún mayor incidencia, por su segregación sexista, en las mujeres, son también determinantes para alimentar las brechas de género en pensiones. Se producen, cierto, en empresas privadas, como estamos viendo. Pero también, aunque como expresa la [SJS número 3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril](#), deberían dar ejemplo de lo contrario, de equidad retributiva –por no hacerlo lo considera un agravante a efectos de indemnización por mantener brechas retributivas discriminatorias–, en entidades públicas (público-empresariales y público-administrativas), incluso caracterizadas por luchas históricas por los derechos de las personas trabajadoras (por ejemplo, [Ayuntamiento de Marinaleda](#); para los problemas de temporalidad fraudulenta en el de Oviedo, aunque no se reconociera una discriminación retributiva, *vid.* [STSJ de Asturias 2089/2020, de 24 de noviembre](#)).

Es en estos factores donde ha de incidirse de forma especial legalmente –también por el derecho jurisprudencial, así como el convencional– para prevenir más eficazmente, en el futuro, las brechas de género en pensiones. Parece que el Gobierno y el Parlamento quieren tomarse más en serio esta cuestión. Así se anuncia para los abusos de temporalidad y de externalización.

Precisamente, respecto de esta última, PSOE y ERC (Unidas Podemos, PNV y EH-Bildu lo respaldan) tienen [intención de sacar adelante la reforma del artículo 42 del ET antes del 30 de junio de 2021](#), se entiende que en el marco del diálogo social (la patronal no parece dispuesta, de momento), centrando su objetivo principal, en negativo, en prohibir precarizar las condiciones de trabajo mediante la externalización, y, en positivo, en revalorizar el principio de equiparación de condiciones de trabajo, también por sus efectos de equidad de género. Un imperativo que no solo beneficiará a las personas empleadas, sino también al interés social, al menos doblemente. De un lado, porque promoverá un sistema de incentivos a modelos de obtener la ventaja competitiva asentados en la calidad y la innovación y no en la devaluación de los costes laborales (*dumping* social). De otro, porque mejorará la capacidad recaudatoria de la Seguridad Social –como prueba la [STS, Sala 3.ª, 124/2021, de 3 de febrero](#) (alcance del efecto liberador de la certificación negativa de descubierto en cuotas *ex art. 42 ET*), el sistema está plagado de incentivos para usos oportunistas o estratégicos tanto de las empresas cliente como de la cadena de contratación (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021), en detrimento de la efectividad de la función recaudatoria–.

² Para la [STSJ de Asturias 104/2020, de 21 de enero](#), en cambio: «[...] no existe la discriminación alegada porque la diferencia retributiva viene justificada en el incremento de tareas que desempeña el otro técnico [...]».

3. El complemento de las pensiones para reducción de la brecha de género: «transitorio», más equitativo y sostenible, poco eficaz

3.1. «¿Horneando pan en vez de tortas?»: puntos críticos del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género en pensiones contributivas

En tanto no se corrijan seria y eficazmente las brechas sociolaborales de género, también la retributiva, por supuesto, la reducción de la brecha de género en pensiones, uno de los mayores desequilibrios cualitativos de la acción protectora de la Seguridad Social, no solo en España, pasa por reconocer «acciones positivas» que compensen parcialmente los perjuicios en la carrera de pensiones de las mujeres a consecuencia de la doble segregación sexista de los tiempos de vida y de trabajo (productivo-remunerado y reproductivo-no remunerado). No basta con medidas «neutras», que inciden favorablemente en las mujeres (por ejemplo, los complementos a mínimos conocen una sobrerrepresentación de las mujeres; los topes máximos contienen la brecha retributiva al afectar más a los hombres, etc.). Tampoco es mínimamente suficiente la consideración de varios periodos de trabajo de cuidar sin obligación de cotizar como «días cuota-ficticia» (por ejemplo, periodos de excedencia por trabajo de cuidar *ex art. 237.1 LGSS*), claramente favorables a las mujeres, por su mayor protagonismo, *de facto*, en el recurso al «disfrute» de esos derechos. En suma, el sistema de pensiones contributivas no es en modo alguno indiferente a las medidas correctoras de la brecha de género, pero insuficiente (Moreno Romero, 2021).

Como recuerda de forma correcta el [preámbulo del citado RDL 3/2021](#), en la brecha de género en pensiones incide de una forma notable tanto la segregación sexista del mercado laboral como la infravaloración de la «economía del trabajo reproductivo» («trabajo de cuidar»). El irrealismo de la citada [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18, WA\)](#) es manifiesto cuando afirmó, para devolvernos a la vieja polémica del «varón discriminado» (que nos abre otro bucle histórico, el del «viudo discriminado» de hace cuatro décadas): «[...] los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento [...]». Pero ¿cuántos hombres son los que estarían en tal situación comparados con las legiones de mujeres que sí lo están? Siendo incuestionable la primacía de la jurisprudencia comunitaria, sin perjuicio de que no sea en modo alguno infalible, menos indiscutible, en sus fallos y razonamientos, la ley estatal no podía dejar de abordar esta cuestión. Primero, porque el [precedente artículo 60 de la LGSS](#) estaba muy mal diseñado técnicamente, no solo por sus efectos discriminatorios en varones, también para las mujeres. Segundo, porque, como se dijo, el TJUE nos había hecho «un pan como unas tortas», y había que hornear mejor pan a mejor precio.

La [nueva redacción del artículo 60 de la LGSS](#) (y su réplica para el régimen de clases pasivas en la [disp. adic. decimoctava Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril](#)) se

acerca a esos objetivos, si bien resulta asimétrica, pues satisface más la finalidad de equilibrio financiero que la de reducción razonable de la brecha de género. Todavía se nutre demasiado de su precedente, por lo que requerirá, en el futuro, de una reordenación más radical. En todo caso, el nuevo, a la mayor equidad del sistema de pensiones en términos de género a coste razonable, incluso reducido (más que la neutralidad financiera de la reforma –700 millones de € anuales– llevará a la reducción del coste anterior, sin perjuicio de que el viejo complemento se mantenga para quienes ya lo percibían), suma una mayor seguridad jurídica, para reducir el riesgo de revés judicial (que ya está al acecho). Por eso, no cierra la vía a los varones –se esperan pocos– que acrediten un perjuicio, en su carrera de cotización, análogo al de las mujeres por hallarse en una situación individual comparable (que es lo que exige el TJUE), evitando que sea propiamente una «acción positiva», pero es una autovía para las mujeres (realmente perjudicadas).

En síntesis, los aspectos más señeros del nuevo complemento de pensiones (contributivas) para reducir la brecha de género (se delimita tal concepto como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en 1 año por los hombres) son los siguientes. A saber:

a) Finalidad : si el precedente era una prima encubierta de natalidad para las mujeres con dos o más personas descendientes, el actual es una compensación por daño sufrido en la carrera de cotización (lucro cesante o coste de oportunidad remunerada) con causa en su sobrerrepresentación en el trabajo reproductivo. De ahí, el cambio de nombre.

b) Personas beneficiarias: principalmente las mujeres (es una acción positiva), porque no solo serán las que acrediten, *de facto*, un mayor perjuicio en su carrera de cotización social ante su protagonismo en el trabajo de cuidar no remunerado (y en el remunerado y mal pagado), sino que, en caso de que ninguna persona progenitora lo acredite, el «complemento» lo percibirá la mujer (justo, a mi juicio, será un flanco abierto a eventuales impugnaciones judiciales, que ya se preparan).

Ahora bien, si, *de facto*, el progenitor varón acredita ese mayor perjuicio, será él el titular del complemento –solo puede cobrarlo una de las personas progenitoras–. No es, pues, exclusivo de mujeres (si bien se prevé que dé acceso a unas 30.000 mujeres más). Cuando ambas personas progenitoras lo sean del mismo sexo (por ejemplo, adopción), lo percibirá la que acredite mayor perjuicio en la carrera de seguro (cotización), esto es, la que tenga una pensión menor. Quedan excluidas del beneficio las personas que estén privadas de la patria potestad y los padres condenados por violencia de género (y madres o padres condenados por violencia contra su hijo/a).

c) Situación protegida: frente al –errado– modelo anterior, reside en el citado perjuicio que los estereotipos sexistas construidos sobre el hecho demográfico de alumbrar crean en la carrera de pensión en una persona trabajadora a lo largo de su actividad, no en el número de personas descendientes (basta con una).

Por eso, para las mujeres con un hijo o una hija se presume el perjuicio, atendiendo al dato real, mientras que los hombres han de probarlo. Para ello se prevén dos circunstancias –alternativas, no cumulativas–:

1. Si se trata de causar una pensión de viudedad, que también se cause pensión de orfandad ([art. 224 LGSS](#)). Aquí hay una espada de Damocles para el complemento, porque establece una diferencia no excesivamente justificable de tratamiento respecto de los padres que pueden quedar viudos con hijos/as mayores, pues el complemento está pensado para las situaciones en las que tengan, al tiempo de fallecimiento de la madre, al menos 21 o 25 años, según que tenga o no ingresos inferiores a la cuantía del salario mínimo. Lo relevante debe ser que acrediten en su carrera de cotización un perjuicio notorio, de forma análoga a lo que se prevé cuando los hombres son beneficiarios de la pensión de jubilación o de incapacidad. Dará problemas aplicativos, sin duda, esta restricción de acceso a los hombres para el complemento.
2. Si es respecto a la pensión de jubilación o incapacidad permanente, que el padre haya interrumpido su carrera profesional, o se haya visto dificultada, con ocasión del nacimiento o de la adopción, de este modo –en ambos casos la pensión debe ser inferior a la de la madre–:
 - Para personas descendientes (hijo o hija) nacidas/adoptadas hasta el 31 de diciembre de 1994: más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento (o resolución judicial, si es adopción) y los 3 años posteriores a dichas fechas.
 - Nacimiento/adopción posterior al 1 de enero de 1995: que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento (o resolución de adopción) sea inferior, en más de un 15 %, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores.

Como es de absoluta evidencia, queda totalmente extramuros de la protección una faceta de la sobrerrepresentación de la mujer en el trabajo de cuidar que cada vez tendrá más relieve y que la ley ha «olvidado», todavía muy presionada por el precedente: no contempla el perjuicio en la carrera de pensión del trabajo de cuidar a familiares dependientes no hijos/as, esto es, a las personas ascendientes. No cabe duda de que este factor también incide peyorativamente en la carrera de cotización y es una «deuda pendiente» del sistema que pronto deberá atenderse.

d) Cuantía: si antes se establecía con un porcentaje sobre la pensión, a partir de la segunda persona descendiente, lo que hacía que cobrase más quien más pensión tenía, ahora es una cuantía fija por igual para todas las personas beneficiarias, a partir de la primera persona descendiente (no dos, como antes) y hasta la cuarta.

El importe del complemento se fijará en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado, con un tope: cuatro veces el importe mensual fijado por hija/o (se prevé su

revalorización). Únicamente se computarán las personas descendientes que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente «hubieran nacido con vida» (o adoptadas). Aunque la nueva regla limitativa (no estaba explícita en la anterior regulación) puede responder al fin básico perseguido por el nuevo complemento, que no sería tanto primar la maternidad en sí –por eso la prestación por nacimiento sí contempla la percepción aun si fallece después de 6 meses de gestación–, cuanto compensar el perjuicio que deriva para quienes cuidan de una forma real de la descendencia en la carrera de cotización, no dejará de plantear problemas (por ejemplo, cuándo se entiende «con vida» –conforme a la norma civil de las 24 horas de vida independiente o una norma especial de favor–, hijos/as póstumos, etc.). Así, pone fin a una polémica judicial, desautorizando las decisiones que bajo la anterior regulación prescindían de esa exigencia, haciendo una aplicación amplia del concepto de maternidad, que implica todo el proceso desde el embarazo hasta el cuidado, pero abre otras. En todo caso, como ilustra la completa y sugerente [STSJ del País Vasco 1240/2020, de 6 de octubre](#), debe hacerse una interpretación expansiva y con perspectiva de género, descartando la lectura civil del concepto, porque el concepto jurídico de nacimiento:

[...] lleva aparejado de forma inescindible un proceso previo [...] y tiene consecuencias laborales de derivación no solo en la maternidad sino también en la previa gestación y posterior parto y recuperación física y psicológica, con perjuicios laborales y de cotización que deben anudarse a la procreación tal cual, excluyendo exigencias añadidas no regladas, de interpretación restrictiva y reducida, que versen solo sobre una aportación demográfica biológica positiva, [...] que a la vez sería discriminatoria [...] desde perspectivas de género (FJ 3.º)³.

La cuantía se fija en 378 euros anuales por cada hijo/a (equivalente a 27 € mensuales en 14 pagas –[disp. adic. primera RDL 3/2021](#)–), sumando 1.512 euros anuales para cuatro, tope máximo. De este modo, como se decía, se focaliza el complemento en las pensiones más bajas, porque queda acreditado en la práctica que es donde se concentra más la brecha de género en pensiones. De ahí, el efecto redistributivo que también persigue el nuevo complemento.

Es útil recordar aquí algunas reglas adicionales:

- Quienes en la fecha de entrada en vigor del nuevo complemento estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, al que sustituye el nuevo, lo seguirán percibiendo. El de maternidad es incompatible con el nuevo complemento que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro ([disp. trans. trigésima tercera LGSS](#)).

³ En contra, la [STSJ de Canarias/Las Palmas 904/2019, de 11 de septiembre](#) (con un voto particular de dos magistradas, inspirador, según reconoce la propia sentencia, de la posición expansiva de la sala vasca).

- El importe del complemento no será tenido en cuenta ni en la aplicación del límite máximo de pensiones ni a efectos del derecho al complemento por mínimos. Ambas previsiones merecen valoración muy diferente. De un lado, carece de sentido mantener la regla de exclusión en el tope de pensión, porque no se adecúa a la finalidad de reducir la brecha de género, provocando un tratamiento diferencial respecto de las personas con pensiones máximas sin vínculos familiares de dudosa constitucionalidad. De otro, la regla de exclusión en el cómputo de rentas para el complemento a mínimos es obligada, porque es en esta franja donde se halla mayor intensidad de la brecha (retributiva, primero, de pensiones, después). Tomar en consideración esta cuantía podría tener efectos de neutralización de la eficacia –ya muy limitada– en la reducción de la brecha.
- Dudosa es la previsión legal según la cual, cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de periodos de seguro a *pro rata temporis*, en aplicación de normativa internacional, el importe será el resultado de aplicar a la cuantía, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña. Puede tener un efecto perjudicial para las mujeres extranjeras en España y no parece coherente con su fijación ahora a través de una cuantía fija, si bien será poco probable que en su país de origen cuente con un complemento análogo.
- Tiene la naturaleza de pensión contributiva, si bien su financiación –unos 700 millones de € anuales– se hará por transferencia del Estado, puesto que responde a un principio de solidaridad social debida ([disp. adic. trigésima sexta LGSS](#)).

e) Modalidades de pensión incluidas para el complemento: se reconoce en toda modalidad de pensión (jubilación, incapacidad permanente y viudedad), salvo la jubilación parcial, en sus diversas variantes ex [artículo 215 de la LGSS](#) (salvo «cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda»).

En un plano de valoración positiva, hay que subrayar una novedad importante: se incluye la jubilación anticipada en su modalidad voluntaria, antes excluida. Queda legalmente superada la doctrina constitucional en materia (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 111/2018, de 17 de octubre), alineándose, de nuevo, con los votos particulares. En un plano de valoración negativa, merece la pena reseñar que seguimos sin entender por qué, respecto de la pensión de viudedad (cuya inclusión consideramos acertada pese a las críticas que ha recibido –se cuestiona su razón de ser por cuanto la carrera de cotización a tener en cuenta no padece brecha, por ser mayoritariamente de los hombres–, porque se trata de pensiones muy bajas y de prevalencia femenina), no se ha establecido una regla que atienda a la compatibilidad de aquella con la pensión de jubilación o de incapacidad permanente. Aunque no frecuente, sí sucede a veces que tal compatibilidad conlleva alcanzar pensiones máximas y es evidente que en tales situaciones no hay brecha de género alguna, por lo que, de nuevo, en atención a la finalidad del complemento, no como prima de natalidad, sino como compensación del perjuicio en la carrera de seguro, omitir tal límite es irracional.

f) Eficacia temporal: tiene un carácter transitorio y periódicamente revisable.

A fin de hacer un «guiño» a la doctrina comunitaria, como acción positiva que es, no tiene una vigencia indefinida, sino estrictamente temporal, por cuanto carecería de razón de ser lícita si se mantuviese aun logrado el objetivo que persigue, reducir la brecha de género en pensiones. Por tanto, se prevé hasta tanto esa brecha pudiera ser «razonable» y se sitúa en el 5 % (disp. adic. trigésima séptima LGSS). En esa misma senda, se fija un sistema de revisión periódica (cada 5 años) en el que se da entrada a los interlocutores sociales (en el proyecto inicial no había esta revisión, quedando en manos del Gobierno, que solo contemplaba derogarlo una vez se alcanzara el objetivo de reducción de la brecha al 5 %). De este modo, no solo se da una mayor participación social en la suerte de este instrumento de equidad, compromiso de todas las instituciones (también los sindicatos lo son, ex art. 7 CE), sino que se facilita un ajuste más preciso del instrumento al fin, mejorando su eficacia y su seguridad jurídica –legitimación frente al TJUE–. También aquí ha sido sensible, el Gobierno, a las reivindicaciones sindicales, lo que no siempre sucede, como vamos a ver en algún aspecto muy importante respecto del IMV.

3.2. Valoración: mejora la regulación técnicamente –aún no impecable–, pero mantiene una muy limitada eficacia para la corrección de la brecha de género

La regulación es tendencialmente completa y afinada técnicamente a la precedente. Pero admite mejoras, para evitar dudas aplicativas. Admitirá correcciones en un futuro próximo, al hilo de su aplicación. De no introducirse de oficio, los tribunales se encargarán de promoverlo.

Tiempo habrá de un análisis más pormenorizado. La ocasión nos la ofrecerá el que se haya aceptado tramitar como [proyecto de ley, de tramitación ordinaria](#), con lo que seguramente se introducirán las mejoras referenciadas y algunas otras que ya se anticipan. Ahora, expuestos los puntos críticos más relevantes, importa realizar una valoración de la medida.

Así, de un lado, debe valorarse positivamente que se establezca una cuantía fija desde la primera persona descendiente, porque eso supone que mejorará la protección en pensiones más bajas, si bien conllevará una reducción en las más altas (no nos parece injusto, sino equitativo dentro de un sistema de reparto y exigido de garantías de viabilidad financiera). De este modo, mejorará el efecto redistributivo. De otro lado, debe merecernos una crítica negativa lo reducido de sus efectos correctores de la brecha. Pongámosle números.

La pensión media de jubilación de las mujeres en [enero de 2021](#) fue de 905,50 euros (100 € más que en abril de 2020), mientras que la de los hombres fue de 1.360,77 euros (unos 130 € más que en abril de 2020), por lo tanto, la brecha de género sigue entorno al 30 %: unos 455 euros/mes, 6.370 euros/año (14 pagas). El complemento representará unos 57 euros al mes (dos hijos/as), apenas 800 euros anuales (14 pagas). Parece claro que, en

términos absolutos, la cuantía es baja, en realidad muy baja, pero, en términos relativos, además de que será inferior en muchos casos a la anterior (es el efecto no solo financieramente neutro, sino reductor, de la reforma, que anotamos de inicio y que no nos parece justo), es manifiesto que resultará ineficaz en el medio plazo.

En consecuencia, su efecto acelerador de la reducción de la brecha queda en entredicho y, desde luego, no lo rápido debido, pese a cierta mejora en los 3 últimos años. De ahí, la gran importancia del mecanismo de revisión periódica, una manera de garantizar que se haga mayor esfuerzo por la debida equidad de género en pensiones. No obstante, se precisa una reforma más profunda, también más generosa, del sistema público de pensiones para hacer creíble el fin de la corrección de la brecha de género en pensiones (por ejemplo, deficitario sistema de integración de lagunas). La indudable mejora reguladora, también en términos de seguridad jurídica, no puede hacer ignorar su cuantía insuficiente (de media será inferior al precedente, aunque en ello haya elementos redistributivos, además de objetivos de viabilidad financiera, no despreciables) y que su eficacia reductora-correctora de la brecha de género es muy limitada.

4. Una cuestión de género sorprendentemente «olvidada»: pensiones de viudedad y mujeres casadas por el «rito gitano»

4.1. El bucle histórico de las pensiones de viudedad de las mujeres casadas por el «rito gitano»: ¿tropezando, una década después, con la misma piedra?

Pocos días antes de la reforma del complemento de pensiones ex artículo 60 de la LGSS saltó a la actualidad mediática, de prensa y redes sociales, una decisión constitucional muy polémica: la [STC 1/2021, de 25 de enero](#), confirmando la [STS 58/2018, de 25 de enero](#), había vuelto a denegar la pensión de viudedad a una mujer gitana al entender que su «matrimonio» por el rito cultural que practican desde tiempos ancestrales no tiene ninguna validez civil. «Llueve sobre mojado» y otra «oportunidad perdida» para hacerles justicia, a las mujeres gitanas y a la minoría sociocultural que representa su etnia, inveteradamente discriminada, serán lamentos mil veces repetidos por doquier, también espoleados por sendos votos particulares, en el TS y en el TC (casi idénticos). Nada parecía haberse aprendido –en apariencia– de la condena, más de una década antes, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Muñoz Díaz c. España –conocido como el caso de «La Nena»–: la [Sentencia de 8 de diciembre de 2009](#) reprobó a la [STC 69/2007](#) que no se reconociese la pensión de viudedad en aquel caso).

¿Es así? Aunque, a juzgar por la partida jugada en las redes sociales, así lo parece, yo no lo valoro de este modo. Sin perjuicio de los aspectos críticos que de inmediato expondré

brevemente, y que me llevará a concluir el derecho de estas mujeres a disfrutar de la pensión de viudedad, en la medida en que lo contrario constituye una discriminación indirecta por razón de sexo (además de multidimensional), no se comparten las críticas que se han vertido sobre la decisión mayoritaria, en muchos casos sin leerla, ni tampoco la adhesión acrítica a los votos minoritarios. Estos asientan su voluntad de conceder el derecho compensatorio de la marginación histórica –lo que es cierto– nada menos que en el reconocimiento jurídico de un rito cultural bajo el que se oculta una notable expresión de violencia sexual machista, cuando debería estar prohibido (al igual que lo está la ablación) en la futura ley orgánica de garantía de la libertad sexual que se prepara –[no exenta de polémica](#)– en estos momentos, todavía en fase de anteproyecto. Una expresión de violencia de sexo que ni un/a solo/a jurista del trabajo –sí desde la sociología– ha puesto en evidencia hasta hoy, pese a que es de todos/as conocido que se exige prueba de sangre de la mujer para mostrar su virginidad, sin la cual no podría casarse y quedaría estigmatizada en su comunidad; prueba que no se exige al hombre.

Pero vamos por partes. Primero el relato fáctico, los hechos (hoy tan denostados, frente a la potencia de su representación ideológica, de un bando u otro). Una pareja de personas gitanas se casa por su rito cultural. Conviven décadas y tienen cinco descendientes. Se inscriben como «padres solteros» y la descendencia como «extramatrimonial». Libro de familia y filiaciones así lo certifican. Fallecido el varón, la mujer solicita pensión de viudedad, que le es denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Impugnada la negativa en todos los niveles del sistema jurisdiccional interno, la decisión administrativa es confirmada. Ni el dicho rito cultural acredita un matrimonio civil, sin que el TEDH lo haya considerado nunca discriminatorio, ni aquí consta la constitución de pareja de hecho [ex artículo 174.3 de la LGSS de 1994](#) (situación novedosa respecto del precedente, pues entonces no existía esa previsión –hecha pensando en aquella situación–), ni es apreciable en este caso la buena fe que sirvió en el precedente de «La Nena» para que el TEDH reconociese el derecho. Como todos los documentos oficiales reflejan que no hay unión válida civilmente, no puede haber expectativa de confianza legítima a proteger en la mujer, pues las autoridades reflejan de inicio, y la mujer conoce de continuo, esa ausencia de validez civil.

De los hechos a las valoraciones jurídicas. En ese contexto fáctico y jurídico diferencial, ni el TS, primero, ni el TC, después, consideran existente discriminación, ni directa ni indirecta, ni de género –que no se plantea– ni por minoría cultural –que sí analiza–. En cambio, el voto particular de la [STC 1/2021, de 25 de enero](#), en línea con el de la [STS 58/2018, de 25 de enero](#), sí considera existente una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado tanto (1) a las uniones de vida celebradas según las tradiciones culturales del pueblo romaní a efectos de la pensión de viudedad, como (2) a las uniones de vida no matrimoniales que hayan resultado inscritas en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o formalizadas mediante documento público. A la tacha constitucional, y de derechos humanos europeos, suma una de legalidad ordinaria: sí concurre buena fe en este caso y entenderlo de otro modo implica

una interpretación de extremado formalismo positivista en un escenario, de nuevo, de marginación sociocultural que debe exigir lecturas expansivas.

4.2. Paradojas y contradicciones: la mayoría de las gitanas no se casan solo por un rito que hace de su virginidad un mandato cultural superior al legal

Hay que reconocerle al voto particular un extraordinario esfuerzo probatorio. No se limita a meros asertos de contrario respecto de la minoría, situando la cuestión en un eje puramente valorativo, sino que lo lleva al terreno de lo fáctico, de la prueba, naturalmente de índole estadística. En esta dimensión, el razonamiento del voto particular supera al mayoritario.

Si bien reconoce las limitaciones de la prueba estadística en este caso, que se explicaría por «la prohibición del uso de datos identificativos de la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico en los censos de población», realiza un ímprobo esfuerzo por extraer conclusiones operativas sobre otros datos algo más diluidos e imprecisos, de cuya interacción sí extrae más de una pauta interpretativa muy útil⁴. La primera sería la notable diferencia entre la comunidad romaní y la población en general, pues mientras que en aquella crece el favor por uniones tradicionales no inscritas, en esta se ha estabilizado. Esta prevalencia de las uniones según la tradición cultural romaní no inscritas desautoriza –salvo positivismo formalista estricto, dice– el argumento de la neutralidad de la mera exigencia de la inscripción pública, pues afecta en mayor proporción que para la población general. En consecuencia, la formalización para completar en el plano civil (ley) la tradición cultural (costumbre) sería un «prejuicio cuantitativo».

La segunda pauta interpretativa que el voto particular extrae de un análisis estadístico más cuidadoso que el de la mayoría (que no lo realiza) reside en la marginación ocupacional de la población romaní. Si las probabilidades de tener un empleo de la población general son del 63,1 %, las de la población gitana son del 29,9 %. Por tanto, el voto mayoritario incurriría en un prejuicio social cualitativo también, al infravalorar un contexto (a tener en cuenta ex arts. 3 CC y 9.2 CE) de tan alta incidencia del desempleo de larga duración, lo que convierte la exigencia de inscripción formal en registros específicos públicos en un obstáculo de acceso a las pensiones para la minoría étnica romaní, perpetuando el TC un estereotipo en vez de removerlo ex artículo 9.2 de la CE en relación con los artículos 14 y 41 de la CE. Finalmente, probada estadísticamente la discriminación indirecta por razón

⁴ Vid. «Encuesta continua de hogares», del Instituto Nacional de Empleo, 2019; «Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la encuesta del CIS a hogares de población gitana 2007», del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011; «Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza 2018», de la Fundación Secretariado Gitano, 2019.

de minoría étnica, no hay justificación en objetivo de política que la avale, porque la constitucional exigencia de una garantía de transparencia civil exigida comúnmente por la ley vendría «redundante e innecesaria [...] para [...] la realidad cultural de la comunidad romaní [...], desproporcionada desde la perspectiva de la prohibición de discriminación».

En suma, el principio de realidad debería primar sobre el de legalidad. En el contexto de marginación de la minoría romaní, sería un imperativo constitucional diferenciar el tratamiento, como acción positiva compensadora de su histórica y persistente desventaja socioeconómica. En otro caso, se incurriría en una suerte de discriminación por indiferenciación (concepto nunca aceptado por la doctrina constitucional, a diferencia del TEDH), inasumible constitucionalmente.

Ciertamente, el análisis estadístico es (casi) impecable y parecería obligado darles la razón. Y, desde luego, que en este análisis se la daremos, pero no por las razones esgrimidas, en la medida en que, por lo que razonaré, las considero erradas y, además, prejuiciosas, aunque en sentido diferente a los prejuicios que imputan a las mayorías del TS y del TC. Primero, aunque lo expone, el voto particular lo orilla, lo margina en su valoración, que ni siquiera atiende para, siquiera, desecharlo. Sencillamente le quebraba por completo el razonamiento jurídico. En efecto, el análisis estadístico seguido pone de manifiesto que la unión de vida por su rito cultural tradicional de forma exclusiva está presente únicamente en un 28 % de las personas casadas de esta comunidad, mientras que el 72 % formaliza la unión de manera combinada con la religiosa o la civil («[Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la encuesta del CIS a hogares de población gitana 2007](#)», publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en el año 2011). Esto es, en un claro román paladino: las personas gitanas son de muy fuertes costumbres, pero la gran mayoría (7 de cada 10) exhiben pragmatismo, porque saben que es mejor registrarse que lo contrario.

Por lo tanto, cuando los votos particulares concluyen que la comunidad romaní no suele acudir a los registros públicos por «innecesario», no responde a la realidad estadística. El prejuicio cuantitativo, por lo tanto, es de las minorías jurídicas. Y en relación con el prejuicio cualitativo, decayendo también en la parte que se vincula a esta pretendida falta de práctica registral, que la realidad desmiente, se mantiene, sin duda, en relación con las mayores dificultades de acceso al empleo, presupuesto fundamental para acceder a una pensión contributiva, como la pensión de viudedad en este caso, porque esa prevalencia del desempleo es real. Ahora bien, aquí emerge un prejuicio cultural que las minorías ocultan, o desatienden, y que evidencia que aquel formalismo positivista, aquel irrealismo jurídico, del que acusan a las mayorías está presente en su valoración: ¿de verdad debe la ley civil dejarse preterir por un uso social étnico que hace de la prueba de virginidad de la mujer (siendo indiferente la práctica sexual del hombre) [un mandato cultural machista, que incluso se escribe con sangre](#) (acredita un himen intacto)?

Soy consciente de que es una «verdad muy incómoda» y que notables prejuicios (el de la mala conciencia por la marginación histórica del pueblo gitano) nublan incluso la mente de los análisis más progresistas. Pero la honra femenina gitana –ni la pensión de viudedad– no puede depender de ese rito atávico que atenta contra su dignidad de mujer. Viola su libertad sexual, además. En un Estado constitucional ese uso debe erradicarse, no puede «blanquearse».

Que nunca se haya cuestionado este rito, como reconoció el TEDH (§ 59), y ahora nos recuerda el voto particular, no puede llevarnos a seguir ignorando su contrariedad al orden público civil, no nacional solo, sino europeo. Que «la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no pueda ser ignorada», enfatizando la necesidad respecto a las minorías (§ 60 y 61), no puede hacerse equivaler a ignorar también aquellos usos que violan derechos fundamentales y que, como prueba la estadística, coadyuvan a la sujeción de la mujer a un machismo exacerbado. No podemos seguir siendo cómplices de este [tabú](#).

4.3. El coste social de las oportunidades jurídicas perdidas: ¿cuánto tendrá que esperar la operatividad del concepto de discriminación de género multidimensional?

¿Ya está? ¿Esta historia jurídico-social de lucha por el –justo y equitativo– derecho social a la pensión de viudedad de las mujeres gitanas (afortunadamente una minoría) únicamente casadas por tan ancestral y machista rito no tiene más recorrido, a falta de una ley que corrija esta marginación, como apunta la [STC 1/2021, de 25 de enero](#)? Justamente, esa parece ser, si bien algo diluida –por la naturaleza jurídica de las iniciativas adoptadas y el contenido difuso de las propuestas–, la senda que marcan las [dos proposiciones no de ley](#) impulsadas por los partidos en el Gobierno y aprobadas en la sesión del 14 de diciembre de 2020 de la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados.

No, claro que no. El sistema jurídico-social vigente no solo puede sino que debe ofrecer una contribución decisiva al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las mujeres gitanas en estos casos, sobre la base no de una presunta discriminación por pertenencia étnica, que este concreto aspecto no se produce –la realidad estadística lo acredita–, siendo inaceptable en sí mismo el rito en la dimensión discriminatoria directa por razón de sexo indicada, sino del deber de diligencia debida en la corrección de las discriminaciones indirectas por razón de sexo, máxime si, como en este caso, tal discriminación asume un carácter multidimensional (múltiple o de interseccionalidad) (Rojo Torrecilla, 2021). A mi juicio, sorprende que ni el TS ni el TC, ni en los votos mayoritarios ni en los minoritarios, enfaticen en la discriminación indirecta de género múltiple o multidimensional, y sus efectos de

interseccionalidad marginadora, existente, que solo se apunta tangencial y genéricamente: «con una especial afectación a las mujeres [...]».

Como defiendo desde 2010, y he retomado en fechas recientes (Molina Navarrete, 2020, p. 288), en línea con otros análisis, estamos ante un caso de discriminación indirecta por razón de sexo-género multidimensional, esto es, agravada en un contexto de marginación étnico-cultural. ¿Por qué? Porque la cultura social general, como la específica de la comunidad romaní, será la que les obstaculice, real y culturalmente, trabajar fuera de casa, por su condición gitana; esa cultura específica impone contraer una unión de acuerdo con los usos gitanos, consciente de sus efectos perjudiciales en lo civil, pero «obligada» por el contexto; los estereotipos sociales y culturales, de toda la comunidad, pero agudizados en la romaní, las lleva a no contemplar más papel que cuidar del marido y de su larga prole (por encima de la población en general). En cambio, en ese contexto tan estereotipado, que lleva a estas mujeres (sigan o no en exclusiva el rito gitano –hemos visto que la mayoría son pragmáticas–) a someterse a tradición y cultura, el sistema les niega la pensión de viudedad, sin que el órgano judicial remueva ese obstáculo ex artículos 9.2 de la CE y 4 de la [Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#), sino que lo perpetúa, embrollado con la cuestión –de legalidad ordinaria pura– de si el «rito cultural» es o no relevante a los efectos civiles y de Seguridad Social (Rey Martínez, 2008).

Muchas son, pues, las «oportunidades jurídicas» perdidas y alto su coste social. Primero, porque ni el TS (reitera su doctrina restrictiva en la [STS 524/2020, de 24 de junio](#), dictada ya sin voto particular y adaptada «a la realidad jurídica y social actualmente existente en España») ni el TC parecen abordar con la decisión exigible, en virtud del principio de debida diligencia en la protección frente a las inequidades de género (las mujeres gitanas tienen menor prevalencia en el desempleo de larga duración que los hombres romanís, aunque mantienen su prevalencia en las pensiones de viudedad). Segundo, porque una vez más un concepto jurídico operativo (así lo entiende, para las mujeres migrantes y frente a la violencia en el trabajo, el [Convenio 190 Organización Internacional del Trabajo](#)), como el de discriminación multidimensional o múltiple, caracterizada por sus efectos de interseccionalidad (situación de especial vulnerabilidad y marginación por la interacción de las diferentes facetas de discriminación), solo es aceptado nominalmente (por ejemplo, [STC 3/2018, de 22 de enero](#)) por el TC (a diferencia del TJUE, que sigue rechazándolo para el derecho de la UE), pero no lo practica (a diferencia del TEDH –Sentencia de 24 de julio de 2012, asunto B. S. c. España–) (Ferrando García, 2018). En breve, volveremos a tener diversas oportunidades legales para corregir –todos– estos agravios; en tanto, harían bien los tribunales, de cualquier nivel, en tomar más en serio esta cuestión desde el canon jurídico adecuado⁵.

⁵ Lo hizo la [STSJ de Galicia 2327/2014, de 25 de abril](#); en cambio, prescindió de ella la [STSJ de Galicia 2324/2016, de 14 de abril](#), evidenciando tanto su fragilidad como su extremada dependencia casuista.

5. La perspectiva de género más allá de las pensiones: la infravaloración del trabajo de cuidar no remunerado en el régimen de IT

Desde luego no faltarán ocasiones a los tribunales para afrontar este juicio de conformidad del entero sistema jurídico de Seguridad Social a los imperativos de equidad de género, porque son muchos los ámbitos de desajuste persistentes. Desde luego así es, y será más en el futuro, en las diversas ramas de pensiones públicas, por supuesto en la de jubilación. Baste ilustrarlo, solo para poner un ejemplo reciente, en la interesante [STSJ de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero](#); una de las salas de suplicación más garantistas de la equidad de género, promoviendo incluso la adhesión (a menudo más teórica que real, aunque no por ello desdeñable en el plano operativo) del TS al canon de enjuiciamiento de la legitimidad de las pensiones conforme a la perspectiva de género (por ejemplo, [STS 79/2020, de 29 de enero](#) –para las pensiones SOVI [seguro obligatorio de vejez e invalidez]–).

Pese a esa general sensibilidad judicial hacia los imperativos de equidad de género en la garantía jurisdiccional del reconocimiento de las pensiones, la mayoría de la sala concluirá en este caso que no es de aplicación la doctrina del paréntesis para la percepción de una pensión de jubilación al entender que falta la carencia específica (solo acreditaba 198 días cotizados frente a los 719 exigidos). Ni los días de inscripción en el Servicio Público de Empleo (y de percepción de renta activa de inserción) pueden computarse como si de cotización efectiva se tratara (si se equiparase el paro involuntario no subsidiado a tiempo cotizado, no sería necesario hacer ningún paréntesis), ni tampoco el tiempo de trabajo de cuidar a sus hijos/as. Sin embargo, cuenta con voto minoritario, muy elaborado, en virtud del cual evidencia sus dudas en torno a la conformidad de esta regulación legal ([art. 205.1 b\) LGSS](#)) al derecho antidiscriminatorio de la UE, pues valora que las razones por las que no alcanza la carencia específica tienen lugar por el tiempo que debió dedicar al cuidado de su descendencia. En consecuencia, reclama plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE al respecto, formulándola con precisión, por lo que, con alta probabilidad, alguna otra sala de suplicación o de instancia recogerá el testigo.

Sin entrar en esta sugerente cuestión jurídico-social, sobre la que se volverá, seguro, si es útil aquí hacer dos observaciones. La primera, no me cabe ninguna duda de que –como prueba el voto particular con una imponente prueba estadística– [el artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) sí crea una grave discriminación indirecta por razón de género. La segunda, tengo muchas dudas, más a raíz de la [STJUE de 21 de enero de 2021](#), de que la cuestión prejudicial pasara el filtro de la justificación de tal efecto discriminatorio, con fundamento en la razón del equilibrio financiero del sistema (en el caso, supondría reconocer una pensión contributiva –con sus complementos a mínimos– a quienes acreditan apenas 1/3 de la carencia específica exigida con carácter general).

Pero no es solo la rama de pensiones la que se ve cada vez más cuestionada –con muy buenas razones jurídicas y sociales– cuando se ve sometida al escrutinio de equidad de

género, sucede algo análogo en otras ramas de protección del sistema, como la prestación por IT. Un buen ejemplo de ello es la [STSJ de Aragón 611/2020, de 14 de diciembre](#), que sí ha aplicado la doctrina del paréntesis (remite, entre otros precedentes, a la [STS 731/2019, de 23 de octubre](#)) para calificar como neutros los periodos de trabajo de cuidar ex [artículo 46.3 del ET](#) (las excedencias por cuidado de personas familiares) y, de este modo, dar acceso a la prestación por IT, negada por el INSS, cuya decisión fue avalada en primera instancia social. Se alinea así con la [STSJ de La Rioja 7/2019, de 10 de enero](#) (aun en contra, si bien en el ámbito de las relaciones de encuadramiento, la [STSJ de Galicia 3933/2019, de 11 de octubre](#) –excluye la excedencia por cuidado de familiares como situación asimilada al alta para la prestación de IT, aplicando literalmente el [art. 237 LGSS](#) y la [disp. adic. cuarta, punto 1, RD 295/2009, de 6 de marzo](#)–). En este caso no se postula el efecto de discriminación indirecta por razón de sexo como consecuencia directa de los artículos [172](#) y [237](#) de la LGSS, sino de una eventual interpretación ominosa de los mismos, esto es, de una lectura restrictiva de su tenor literal en contra del imperativo del [artículo 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#) (LOPJ), que exige interpretaciones favorables a la dimensión constitucional del derecho (principio de protección y promoción del recurso a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar)⁶.

En el supuesto (merece la pena reseñarlo, porque no es inusual, sino emblemático de la situación de sobrecarga de cuidar que sufren las mujeres y el perjuicio que deriva para la carrera de seguro social⁷), la trabajadora se hallaba, a la fecha del hecho causante, de alta y tenía acreditadas, al inicio de la excedencia, cotizaciones suficientes en el periodo de 5 años anteriores al inicio de dicha situación. Por lo que concurre una situación objetivada que actuaba como obstáculo para la asistencia al trabajo a fin de poder conciliar la vida laboral y familiar. En consecuencia, el órgano judicial debía removerlo (arts. [9.2 CE](#) y [5 LOPJ](#)), no recrearse en él, aplicando la «doctrina del paréntesis», única «exégesis racional de la legalidad ordinaria». En caso contrario, se incurriría en discriminación indirecta por razón de sexo, pues «un 90 % de las personas que hacen uso de la excedencia por cuidado de hijo son mujeres [...] y se verían por ello, ante una situación de IT posterior a la utilización de dicha excedencia, perjudicadas [...]».

⁶ Para este mismo enfoque en otras prestaciones del sistema, como la relativa al cuidado de hijo/a con cáncer o enfermedad grave, *vid.* [STSJ del País Vasco 1500/2020, de 17 de noviembre](#).

⁷ La trabajadora prestó servicios de trabajo productivo (remunerado) desde el 4 de julio de 2011 hasta el 20 de febrero de 2014. Posteriormente, permaneció en sucesivas situaciones de excedencia por cuidado de hijos/as (desde el 21 de abril de 2014 hasta el 17 de septiembre de 2019 –ciertamente, bastante más trabajo no remunerado que remunerado–). El 17 de agosto de 2019 retornó a su trabajo remunerado. Muy pocos días después, el 23 de agosto de 2019, solicitó prestación de IT, que le fue denegada por no reunir 180 días cotizados dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

6. Reflexión final: el complemento, medida necesaria, no suficiente

En fin, como podemos comprobar a cada paso, la presunción de perjuicio en la protección social de las mujeres por su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar no remunerado (y en el remunerado o productivo, pero peor «apreciado», pese a su enorme valor social y económico), que realiza el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#), lejos de pecar de exceso, se queda corta. No solo la rama de pensiones (cualquiera de ellas, incluida la de viudedad, y más allá del colectivo de las mujeres gitanas, por supuesto, aunque aquí tenga una significación añadida por su mayor vulnerabilidad o discriminación de género multidimensional o con efectos de interseccionalidad), sino todo el sistema de Seguridad Social, sigue adoleciendo de un notable desequilibrio de género. Piénsese, por poner un nuevo ejemplo, ya apuntado, en el [artículo 6 del RDL 3/2021](#), que calificará ahora como enfermedad profesional el contagio, durante su prestación de servicios, por COVID-19 de las personas profesionales sanitarias y sociosanitarias, a diferencia del resto de situaciones de este tipo, que serán calificadas, de probarse la causa laboral, como accidente de trabajo⁸.

Sin embargo, concebida esta regla de favor como excepcional y con límites subjetivos –y temporales–, en su aplicación no podrá prescindirse del manifiesto enfoque de género que tiene también para otros colectivos aparentemente excluidos –o no nominados– (por ejemplo, personal de limpieza en tales centros sanitarios o sociosanitarios; personal de ayuda a domicilio; personal propio de residencias –si bien pueden ser sociosanitarios– para el cuidado de personas de edad avanzada –«ancianas»– si trabajan en subcontratas –otra vez crea perjuicios la externalización–, etc.). En suma, a la [ambigüedad del tenor de la norma](#), se suman sus eventuales efectos de inequidad de género. Tampoco podemos entrar ahora en esta importante y compleja cuestión, solo dejaré constancia de que, a mi juicio, hay marco normativo suficiente «ordinario» para concluir con la calificación como enfermedad profesional de los contagios con causa laboral (por ejemplo, [anexo 1, grupo 3, agente A, subagente 01, RD 1299/2006, de 10 de noviembre](#); [Directiva \(UE\) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio](#); [Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre](#) –adapta en función del progreso técnico el [RD 664/1997, de 12 de mayo](#), sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo–, etc.).

En definitiva, por doquier hallamos razones, jurídicas y socioeconómicas, por las cuales se hace preciso avanzar más intensa y rápidamente en la reducción de la, injusta e ineficiente,

⁸ Así se prevé en la [disposición adicional cuarta del RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia, que, sin embargo, debe entenderse tácitamente derogada –[disp. derog. única RDL 3/2021](#)–. Distinto es el caso del artículo 5 del RDL 6/2020, de 10 de marzo, en la redacción dada por la [disposición final décima del RDL 28/2020](#): el contagio o la cuarentena por COVID-19 son asimilados a una IT por accidente de trabajo; y el contagio por COVID-19 de una persona trabajadora en su actividad laboral es accidente de trabajo ex [artículo 156 de la LGSS](#) (prueba del origen profesional, no comunitario, del contagio).

brecha de género en protección social. El nuevo complemento –con sus virtudes y defectos– es un paso relevante, una medida necesaria, pero en modo alguno suficiente. Habrá que esperar a posteriores desarrollos legales y jurisprudenciales para calibrar sus efectos más precisamente.

Referencias bibliográficas

- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. (17 de marzo de 2021). ¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STSVC-A 03/02/21). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/>.
- Ferrando García, Francisca María. (2018). *La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 428, 19-54.
- García Campá, Santiago. (2021). *El registro salarial o retributivo*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 79-115.
- Martínez Moreno, Carolina. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Bomarzo.
- Miñarro Yanini, Margarita y Molina Navarrete, Cristóbal. (8 de marzo de 2021). ¿Libertad de empresa vs. equidad de género?: el TS perpetúa brechas retributivas (y de pensiones). *CEF-Laboral-Social*. <https://www.laboral-social.com/la-revista-trabajo-seguridad-social-cef-conmemora-8M-2021.html>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Wolters Kluwer.
- Moreno Romero, Francisca. (2021). La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto-Ley 3/2021. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.
- Rey Martínez, Fernando. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 251-283. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2775864.pdf>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (4 de marzo de 2021). El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. Notas a la Sentencia de 25 de enero de 2021, y la oportunidad nuevamente perdida para abordar la discriminación múltiple o interseccional. Valedora do Pobo. Galicia. https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/el-matrimonio-gitano-no-permite-el-acceso-a-la-pension-de-viudedad-segun-el-tc-notas-a-la-sentencia-de-25-de-enero-de-2021-y-la-oportunidad-nuevamente-perdida-para-abordar-la-discriminacion-multiple/#_ftn2.





El tratamiento jurisprudencial de la desigualdad retributiva (la denominada «doble escala salarial») establecida en la negociación colectiva sobre la base del momento en que la persona trabajadora entra a trabajar en la empresa

Tomás Sala Franco

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia
Tomas.Sala-Franco@uv.es*

Extracto

Partiendo de la distinción acuñada por el Tribunal Constitucional respecto de los dos principios reconocidos en el artículo 14 de la Constitución –el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación–, se analiza la matizada jurisprudencia constitucional y ordinaria acerca de las cláusulas convencionales de doble escala salarial y su aparente contradicción con la jurisprudencia comunitaria, acabando con una llamada de atención a las partes negociadoras de los convenios colectivos para que las cláusulas de «garantía *ad personam*», de «respeto de derechos adquiridos» o de «respeto de las condiciones más beneficiosas» no incluyan las condiciones nacidas del convenio colectivo anterior.

Palabras clave: doble escala salarial; principio de igualdad de trato; principio de no discriminación; jurisprudencia comunitaria, constitucional y ordinaria; cláusulas convencionales de garantía *ad personam*, de respeto de derechos adquiridos o de respeto de las condiciones más beneficiosas.

Fecha de entrada: 17-02-2021 / Fecha de aceptación: 17-02-2021

Cómo citar: Sala Franco, Tomás. (2021). El tratamiento jurisprudencial de la desigualdad retributiva (la denominada «doble escala salarial») establecida en la negociación colectiva sobre la base del momento en que la persona trabajadora entra a trabajar en la empresa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 165-177.





The jurisprudential treatment of unequal pay (the so-called «double pay scale») established in collective bargaining on the basis of the time at which the worker enters the company

Tomás Sala Franco

Abstract

Based on the distinction made by the Constitutional Court regarding the two principles recognized in article 14 of the Constitution –the principle of equal treatment and the principle of non-discrimination–, we analyze the nuanced constitutional and ordinary jurisprudence on the double salary scale clauses and its apparent contradiction with community jurisprudence, ending with a call to attention to the negotiators of the collective agreements so that the clauses of «guarantee *ad personam*», of «respect of acquired rights» or of «respect of the most beneficial conditions» do not include the born conditions of the previous collective agreement.

Keywords: double salary scale; principle of equal treatment; principle of non-discrimination; community, constitutional and ordinary jurisprudence; conventional of guarantee *ad personam*, of respect of acquired rights or of respect of the most beneficial conditions.

Citation: Sala Franco, Tomás. (2021). The jurisprudential treatment of unequal pay (the so-called «double pay scale») established in collective bargaining on the basis of the time at which the worker enters the company. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 165-177.





Sumario

1. La doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional acerca del artículo 14 de la Constitución
2. La aplicación de la doctrina constitucional anterior a las desigualdades retributivas
3. La calificación jurídica de las cláusulas convencionales de «doble escala salarial»
4. Las líneas jurisprudenciales interpretativas
5. La jurisprudencia del TS
6. La jurisprudencia constitucional
7. La jurisprudencia comunitaria
8. Las cláusulas convencionales de «garantía *ad personam*», de «respeto de los derechos adquiridos» o de «respeto de las condiciones más beneficiosas»

1. La doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional acerca del artículo 14 de la Constitución

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), en el [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE) se reconocen dos principios (por todas, Sentencia del TC –STC– 34/1984, de 9 de marzo):

- Por un lado, en su párrafo segundo, el «principio de no discriminación», que resulta aplicable tanto al ámbito público (leyes, reglamentos y convenios colectivos normativos) como al privado (en nuestro caso, a las relaciones entre personas empleadoras y trabajadoras) y que solamente prohíbe la desigualdad de trato entre dos personas trabajadoras basada en una serie de causas legalmente previstas en el propio [artículo 14 de la CE](#) (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), más tarde ampliadas por los [artículos 4.2 c\)](#) (sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español) y [17.1](#) del Estatuto de los Trabajadores (ET) (edad, discapacidad, sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español).
- Por otro lado, en su párrafo primero, el «principio de igualdad de trato», que solamente resulta aplicable en el ámbito de las relaciones públicas entre Estado y particulares (en nuestro caso, a las leyes, reglamentos y convenios colectivos normativos en materia laboral y también a los empleados/as públicos, funcionarios/as o personal laboral en sus relaciones con las distintas Administraciones públicas) y que prohíbe en general la desigualdad de trato entre dos personas trabajadoras por cualquier causa, si bien esta prohibición no es absoluta, admitiéndose la licitud de un trato desigual cuando esté justificado en una «causa objetiva, razonable y proporcionada», prohibiéndose así la arbitrariedad o el trato desigual injustificado.

2. La aplicación de la doctrina constitucional anterior a las desigualdades retributivas

Con base en lo anterior, las desigualdades retributivas (salariales o extrasalariales) establecidas en leyes, reglamentos o convenios colectivos normativos (esto es, en convenios

colectivos estatutarios) atentarán contra el «principio de igualdad de trato», salvo que se justifiquen en una «causa objetiva, razonable y proporcionada», considerada así por los tribunales que tendrán siempre la última palabra.

Por el contrario, la autonomía de la voluntad, concretable en acuerdos logrados en convenios colectivos extraestatutarios de eficacia jurídica contractual, en contratos individuales de trabajo (expresos o tácitos) o en decisiones unilaterales empresariales, gozará en principio de una mayor libertad para establecer desigualdades retributivas entre las personas trabajadoras, salvo que incurra en una de las causas de discriminación constitucionales o legales anteriormente enumeradas.

3. La calificación jurídica de las cláusulas convencionales de «doble escala salarial»

En este contexto, habrá que situar la calificación jurídica de licitud o ilicitud que haya que dar a las cláusulas que establecen en la negociación colectiva estatutaria una «doble escala salarial» basada en la fecha de entrada de las personas trabajadoras en la empresa. Esta calificación jurídica exigirá una doble operación a realizar:

- Preguntarse, en primer lugar, si constituyen un atentado al «principio de no discriminación», según se base o no en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución y la ley.
- Preguntarse, en segundo lugar, si constituyen un atentado contra el «principio de igualdad de trato», según se defienda o no que esta causa (la fecha de ingreso en la empresa de las personas trabajadoras) es una «causa objetiva, razonable y proporcionada» o un «hecho diferencial» que justifica suficientemente la desigualdad de trato retributivo y si existe o no otra «concausa» o «hecho diferencial» que justifique en los términos anteriores la diferencia de trato retributiva.

4. Las líneas jurisprudenciales interpretativas

La falta de una regulación legal clara en el ET de estos dos principios —el ET solamente regula la aplicación de estos dos principios en las relaciones laborales individuales (el «principio de no discriminación» en los arts. 4.2 c) y 17.1; y el «principio de igualdad», si bien reducido a la «igualdad de remuneración por razón de sexo», en el art. 28) y no en las relaciones colectivas— va a exigir de la jurisprudencia aplicativa un esfuerzo adicional a la hora de clarificarlos, incurriendo, dada la variedad de supuestos que pueden plantearse en la realidad convencional, en aparentes, o reales, contradicciones.

Así, en un primer momento, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) aceptó la desigualdad retributiva basada en la fecha de ingreso en la empresa (la doble escala salarial establecida en un convenio colectivo estatutario) como el mantenimiento de un «estatus más favorable» de la persona trabajadora con base en el anterior convenio colectivo (por todas, Sentencias del TS –SSTS– de 21 de mayo de 1990; 12 de mayo de 1992; 22 de enero de 1994, rec. 2380/1992; 24 de octubre de 1995, rec. 354/1995; o [5 de abril de 2001, rec. 1326/2000](#)).

En un segundo momento, la jurisprudencia daría un «giro copernicano», no admitiendo la desigualdad retributiva basada en la fecha de ingreso de la persona trabajadora en la empresa. Con esta nueva tesis, la jurisprudencia mantendrá que no es posible aceptar que la fecha de ingreso en la empresa pueda justificar un trato retributivo desigual, por entender, con carácter general, que un convenio colectivo, dada su naturaleza normativa, no puede crear «condiciones más beneficiosas de carácter individual» o «derechos adquiridos» para la persona trabajadora, dado que las condiciones creadas por una norma «nacen, viven y mueren con la norma»; y, con carácter específico, que la fecha de entrada en la empresa no constituye por sí sola una «causa razonable» justificativa de un trato retributivo desigual entre las personas trabajadoras de una misma empresa (véase *infra*).

5. La jurisprudencia del TS

La doctrina jurisprudencial ordinaria, acuñada y mantenida unánimemente en la actualidad por nuestro TS, contraria a la doctrina anterior que admitía la desigualdad de trato retributivo en atención a la fecha de ingreso en la empresa, aparece suficientemente constatada a partir de las SSTS de 22 de enero de 1996 (rec. 523/1995) y de [18 de diciembre de 1997 \(rec. 175/1997\)](#), manteniéndose esta doctrina, recientemente, entre otras muchas, en las SSTS, en unificación de doctrina, de 8 de octubre de 2019 (rec. 3366/2018) o de 22 de octubre de 2019 (recs. [1288/2018](#), 2616/2018, 2622/2018, 3690/2018 y 3685/2018).

En todas ellas se mantiene la nulidad de las cláusulas convencionales de doble escala salarial basadas exclusivamente en la fecha de ingreso de las personas trabajadoras en la empresa, salvo que exista otra justificación objetiva, razonable y proporcional, por atentar contra el principio de igualdad de trato del [artículo 14 de la CE](#).

La doctrina mantenida viene a ser, sintéticamente, la siguiente:

1.º Un convenio colectivo estatutario, como fuente normativa que es de las relaciones laborales, tiene que someterse al principio de igualdad de trato y no solo al principio de no discriminación por una serie de causas constitucional y legalmente enumeradas, a diferencia de los pactos individuales y las decisiones empresariales unilaterales que únicamente se encuentran sometidos al principio de no discriminación.

Así pues, el restablecimiento de la legalidad y de la igualdad vulneradas exigirá la anulación de la desigualdad con la consecuencia de la equiparación retributiva de las personas trabajadoras afectadas o, como señaló la [STS de 1 de octubre de 2019 \(rec. 2417/2018\)](#):

La existencia de una doble escala y su ausencia de justificación válida abocan a la declaración de nulidad parcial, es decir, a la generalización del nivel retributivo superior a favor de todas las personas (equiparación *in melius*), con independencia de la fecha en que hayan comenzado a trabajar (FJ 5.º, punto 1).

2.º La igualdad de trato no es sin embargo absoluta, existiendo un margen para establecer diferencias retributivas entre las distintas personas trabajadoras de la empresa «siempre que tales diferencias sean razonables, objetivas y proporcionadas» en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso.

3.º La fecha de la contratación de las personas trabajadoras en una empresa no puede ser por sí sola el único hecho diferencial justificativo de un tratamiento retributivo diferente en un convenio colectivo.

4.º Así pues, un tratamiento distinto de los salarios del convenio (cláusula de doble escala salarial) o de cualquier complemento retributivo, incluido el complemento de antigüedad, basado en la distinta fecha de ingreso de la persona trabajadora en la empresa resulta contrario al principio de igualdad de trato del [artículo 14 de la CE](#), a menos que exista otra concausa objetiva, razonable, suficiente y proporcional que lo justifique.

5.º Respecto del complemento de antigüedad, para «orillar» lo dispuesto en el [artículo 25 del ET](#) («Promoción económica»):

1. El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente,

se admite que a aquellas personas trabajadoras que ingresaron antes en la empresa se les reconozca un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que, a partir de ese día, cobren igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, no siendo aceptable que, a partir de una determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad de cuantía superior al que generan otras personas trabajadoras prestando servicios el mismo número de años. En definitiva, se admite mantener el montante económico congelado del complemento adquirido conforme al anterior convenio colectivo, pero sin aceptar como «derecho adquirido consolidable» el anterior sistema de cálculo del plus de antigüedad.

6.º En cuanto a las causas distintas de la fecha de ingreso en la empresa, la jurisprudencia se muestra muy restrictiva en su aceptación, exigiendo no solo que la medida esté debidamente justificada, sino también que no se plantee con vocación de permanencia hacia el futuro.

Normalmente se tratará de «razones de política de empleo»: la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos, la creación de puestos de trabajo o importantes inversiones en la sociedad titular de la empresa.

Ahora bien, la [STS de 17 de junio de 2002 \(rec. 1253/2001\)](#) matizará que:

[...] la creación de empleo puede ser un motivo poderoso para el establecimiento de cláusulas que, sin dicha motivación, serían ilícitas por contrarias al principio de igualdad que debe imperar en las normas de convenio colectivo que regulen situaciones iguales. Pero tal propósito, además de ser real y no una mera invocación justificativa, debe reunir una serie de caracteres para merecer la calificación de razonable. El primero de ellos es que la regularización de situaciones anteriores abusivas, o de legalidad más que dudosa, no puede ser premiada con ventaja alguna para el causante de la irregularidad. En este sentido, la transformación de contratos temporales en indefinidos, si por su número evidencia una superación de los limitados supuestos en que está permitida la temporalidad en nuestra legislación, es caso paladino de que el sacrificio que se impone, a cambio de legalizar situaciones irregulares, no es razonable (FJ 3.º).

En otras ocasiones, son razones de naturaleza distinta de la política de empleo las que se aceptan por la jurisprudencia para mantener el distinto tratamiento retributivo. Así:

- a) El mantenimiento para las personas trabajadoras anteriores de ciertos complementos *ad personam* al producirse con el nuevo convenio colectivo una alteración consistente en la reestructuración de categorías o escalas salariales en función de la permanencia en la empresa, cuando viene establecida para todas en régimen de igualdad (SSTS de [3 de octubre de 2000, rec. 4611/1999](#), o de [20 de junio de 2005, rec. 29/2004](#)).
- b) Los sacrificios salariales que hubieron de aceptar en tiempos anteriores, junto a suspensiones de contratos y expedientes de regulación de empleo diversos que condujeron a la viabilidad de la empresa y a que fuera posible la contratación de las nuevas personas trabajadoras «perjudicadas» por la supresión de unos plus, considerándose proporcional el mantenimiento de los mismos a las personas trabajadoras antiguas y su supresión para las nuevas.
- c) El complemento retributivo diferencial trae su causa de la exigencia de una titulación oficial que conlleva una mayor cualificación y preparación profesional, lo que constituye un dato diferencial relevante que justifica razonable y objetivamente el

trato retributivo desigual (SSTS de 27 de febrero de 2020, rec. 139/2018, o de [29 de octubre de 2020, rec. 92/2018](#)).

7.º Es la empresa la que habrá de probar en su caso que concurren otras circunstancias justificativas del tratamiento retributivo desigual distintas de la fecha de ingreso en la empresa, sin que sea bastante a tal efecto la mera y genérica invocación a una política de mantenimiento del empleo que no se plasme en datos y actuaciones concretas, específicas y singulares que pudiesen servir de causa para mantener una diferencia retributiva.

8.º Cuando la desigualdad retributiva nazca de un convenio colectivo extraestatutario, con amparo en el [artículo 37.1 de la CE](#) que establece su «fuerza vinculante» –no normativa sino contractual–, si bien la doctrina tradicional mantiene que solamente se encuentra sometido al principio de no discriminación (por todas, [STS de 17 de mayo de 2000, rec. 4500/1999](#)), la [STS de 24 de junio de 2019 \(rec. 10/2018\)](#), dando un paso más respecto a esta doctrina, ha mantenido que los sistemas de doble escala salarial basados exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa son contrarios al principio de igualdad de trato constitucional y al principio legal de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, aunque estén establecidos en convenios colectivos extraestatutarios. Ahora bien, en este caso, el supuesto planteado venía referido excepcionalmente a un convenio colectivo extraestatutario que traía su causa directa de un convenio colectivo estatutario, formando con él un «cuasi único bloque convencional», por la llamada hecha por este último al primero.

6. La jurisprudencia constitucional

La anterior jurisprudencia ordinaria viene a coincidir sustancialmente con la actual jurisprudencia constitucional, según la cual:

1.º La desigualdad retributiva nacida de un convenio colectivo estatutario se encuentra sometida al «principio de igualdad de trato» y no solo al «principio de no discriminación» por una serie de causas, exigiéndose por ello la presencia de una causa objetiva, razonable y proporcional que la justifique, que, en ningún caso, puede serlo por sí sola la fecha de ingreso en la empresa de las personas trabajadoras.

La concreta doctrina es la siguiente (por todas, [SSTC 27/2004, de 4 de marzo, o 112/2017, de 16 de octubre](#)):

La distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado

de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo.

Esta misma doctrina se aplica a los complementos por antigüedad: «La distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro» ([STC 27/2004, de 4 de marzo](#)).

2.º Ello no obstante, hay ocasiones en que cabe admitir el establecimiento de dobles escalas salariales en los convenios colectivos estatutarios cuando la diferencia retributiva entre las personas trabajadoras anteriores o posteriores a la vigencia del nuevo convenio colectivo resulte justificada suficiente, objetiva y razonablemente como «medida de política de empleo» (por todas, [STC 119/2002, de 20 de mayo](#)).

3.º La desigualdad retributiva nacida de la autonomía individual, esto es, de una decisión unilateral de la empresa, se encuentra sometida solamente al «principio de no discriminación» y no al «principio de igualdad de trato» por las causas discriminatorias constitucionales y legales enumeradas (por todas, [SSTC 34/1984, de 9 de marzo](#), [2/1998, de 12 de enero](#), [119/2002, de 20 de mayo](#), [39/2003, de 27 de febrero](#), o [36/2011, de 28 de marzo](#)).

Ello no obstante, la [STC 36/2011](#), pareciendo dar un paso adelante, señala, en su fundamento jurídico sexto, que: «Una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria [...]».

7. La jurisprudencia comunitaria

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 14 de febrero de 2019 \(asunto C-154/18, Horgan y Keegan\)](#)) parece admitir la licitud de la doble escala salarial implantada por una circular que afectaba a los profesores/as de empresas públicas distinguiendo entre el personal docente en activo cuando se publica la circular y el de posterior incorporación. Presentada una cuestión ante el TJUE, este descarta que constituya una discriminación indirecta por razón de edad, en el sentido del artículo 2.2 b) de la [Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, afirmando que la razón del trato retributivo desigual no era la edad sino la fecha de ingreso en la empresa y que la fecha de entrada en la empresa no puede ser considerada un factor de discriminación por ser un «elemento objetivo y neutro».

Así, respondiendo a la petición de decisión prejudicial planteada por el Labour Court (órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de Seguridad Social de Irlanda), la sentencia considera que para el derecho de la Unión Europea no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente que ha ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado al de igual categoría. Primero, porque el objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años; segundo, porque la norma cuestionada adopta un «criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro».

No obstante la manifiesta contradicción existente entre esta doctrina y la mantenida por nuestros TC y TS, esta viene resuelta por el TS declarando expresamente en su [Sentencia de 24 de junio de 2019 \(rec. 10/2018\)](#) que:

Dado que nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida STJUE 14-02-2019 [...] (FJ 10.º, punto 5).

Ciertamente, el artículo 8 de la [Directiva 2000/78/CE](#) establece que:

1. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente directiva.
2. La aplicación de la presente directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma.

8. Las cláusulas convencionales de «garantía *ad personam*», de «respeto de los derechos adquiridos» o de «respeto de las condiciones más beneficiosas»

Entiendo que, de antiguo, existe un problema con este tipo de cláusulas convencionales, muy frecuentes en los convenios colectivos estatutarios y no siempre correctamente comprendidas por las partes que las negocian.

¿Cuál es el problema? El problema reside en que existe una contradicción sustancial cuando, como hemos visto, solamente se admite la licitud de un diverso tratamiento retributivo

en el convenio colectivo si existe otra causa distinta de la fecha de entrada en la empresa y, después, existe una cláusula general, considerada válida, muy frecuente en los convenios colectivos, que establece el respeto de todas aquellas condiciones de cualquier naturaleza (retributiva o no) más favorables para las personas trabajadoras establecidas en el anterior convenio colectivo y aplicable a las personas trabajadoras antiguas por el simple hecho de haber ingresado en la empresa antes de la entrada en vigor del convenio colectivo posterior, esto es, teniendo en cuenta solamente la fecha de ingreso en la empresa.

Las cláusulas de «garantía *ad personam*», de «respeto de los derechos adquiridos» o de «respeto de las condiciones más beneficiosas» (con estas diferentes denominaciones aparecen en los convenios colectivos) en algunas ocasiones son cláusulas que simplemente imponen a la empresa respetar aquellas condiciones (económicas o de otra índole; existiendo en este sentido cláusulas restringidas a las primeras y otras que se extienden a las segundas) disfrutadas a título individual por las personas trabajadoras con base en su contrato de trabajo, más favorables (estimadas en su conjunto) que las establecidas en el convenio colectivo. Dicho de otra manera, lo que la cláusula establece en estos casos es que el convenio colectivo debe respetar las condiciones contractuales, expresas o tácitas (las nacidas de concesión unilateral de la empresa o de un convenio colectivo extraestatutario y convertidas en derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas de origen contractual normalmente por el paso del tiempo), dado el carácter mínimo de las condiciones convencionales.

Estas cláusulas, con este significado y finalidad, son perfectamente superfluas por cuanto, de no existir expresamente en el convenio, habrían de respetarse igualmente las condiciones contractuales más favorables al convenio con base en lo dispuesto en el [artículo 3.1 c\) del ET](#).

En otras ocasiones, se pretende extender el respeto a las condiciones laborales o salariales nacidas de la costumbre anterior al convenio colectivo. En estos casos, ciertamente, son necesarias estas cláusulas por cuanto, según el [artículo 3.4 del ET](#), «[l]os usos y costumbres solo se aplicarán en defecto de disposiciones [...] convencionales [...] a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa». Así, dado el carácter naturalmente subsidiario de la costumbre, de no existir cláusula expresa en el convenio colectivo de respeto y mantenimiento (de «recepción» o «remisión expresa» en la terminología de la ley), se aplicaría el convenio colectivo y no la costumbre. Ahora bien, hay que reconocer que son muy escasas las costumbres laborales locales y profesionales existentes, tratándose más bien de usos de empresa, perfectamente identificables con concesiones unilaterales de la empresa convertidas en derechos adquiridos de las personas trabajadoras o condiciones más beneficiosas de origen contractual, subsumibles pues en el supuesto anterior.

El problema surge, finalmente, cuando, a la vez que lo anterior, se exija también el respeto de las condiciones más favorables para las personas trabajadoras disfrutadas por estas con base en el convenio colectivo anterior, estableciendo de esta manera un trato desigual



entre las personas trabajadoras contratadas con anterioridad a la fecha de aplicación del convenio y las contratadas con posterioridad, sin otra justificación que la fecha de la contratación e ingreso en la empresa.

Dado su carácter atentatorio del «principio de igualdad de trato» del [artículo 14 de la CE](#), sería recomendable una mejora en la redacción de estas cláusulas y un control de legalidad más estricto de las mismas por parte de la autoridad laboral competente a la hora del depósito y registro del convenio colectivo, evitando así frustraciones, confusiones y dudas interpretativas.





Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bologna 2949/2020, de 31 de diciembre

Sonia Fernández Sánchez

Profesora de Diritto del Lavoro.

Università di Cagliari

sfernandez@unica.it | <https://orcid.org/0000-0002-1195-1990>

Extracto

El Tribunal de Bologna ha emitido una sentencia histórica a finales del mes de diciembre de 2020. La decisión del tribunal es histórica tanto por su resultado como por los argumentos usados por la magistrada Chiara Zompi. Se trata de la primera vez en Europa que un tribunal cuestiona el funcionamiento de un sistema de gestión algorítmica de las personas trabajadoras y declara que los algoritmos pueden discriminar a las personas enfermas o a las personas trabajadoras que deciden participar en una acción sindical.

Palabras clave: algoritmo; plataformas digitales; discriminación; calificación jurídica.

Fecha de entrada: 22-02-2021 / Fecha de aceptación: 23-02-2021

Cómo citar: Fernández Sánchez, Sonia. (2021). Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bologna 2949/2020, de 31 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 179-193.





Frank, Deliveroo's conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December

Sonia Fernández Sánchez

Abstract

A Court in Bologna issued an historic ruling in late December 2020. The court decision is a landmark one both because of its outcome and for the judge's arguments. It is the first time in Europe a court questions the operation of an algorithmic management system concerning workers and declares that algorithms may well discriminate against sick people or workers involved in union action.

Keywords: algorithm; platforms workers; discrimination; legal qualification.

Citation: Fernández Sánchez, Sonia. (2021). Frank, Deliveroo's conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 179-193.





Sumario

1. El caso del algoritmo Frank
2. Cuestiones preliminares: legitimación activa y falta de interés
3. La aplicación de la tutela antidiscriminatoria a las personas trabajadoras autónomas
4. Calificación de la conducta empresarial como discriminación indirecta
5. La condena judicial

Referencias bibliográficas

Nota: trabajo elaborado en el marco del proyecto DER2017-83488-C4-3-R, «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

1. El caso del algoritmo Frank

La [sentencia de Bolonia](#), según Barbera (2021), es como un «manual de derecho anti-discriminatorio aplicado», porque presenta al lector todas las posibles cuestiones que se plantean en un juicio de discriminación. Varias voces han elogiado la maestría con la que la magistrada de Bolonia Chiara Zompì maneja una materia tan compleja como es la tutela contra la discriminación (Ballestrero, 2021). Aquí radica su importancia, además del hecho de que se trata, como varias veces se ha afirmado (De Stefano y Aloisi, 2021), de una decisión histórica, por ser la primera relativa al algoritmo en Europa¹. Asimismo, para Barbera (2021), hay que resaltar la capacidad de quienes actúan como partes en la causa y sus defensas en construir un caso de *strategy litigation*.

La sentencia evidencia la necesidad de ocuparnos, más ampliamente, de la potencialidad y de los riesgos que representa la inteligencia artificial (IA) estando la tecnología del algoritmo en la base de esta². El uso del algoritmo en la organización productiva junto con el aprendizaje automático (*machine learning*) se traduce en el llamado «algoritmo *management*», al cual se confía, entre otras tareas, la gestión del personal. Este sistema algorítmico puede reforzar los esquemas discriminatorios existentes en la realidad, reproduciéndolos, aun de forma no intencional (elemento irrelevante en la tutela antidiscriminatoria). La IA, que se desarrolla con una gran rapidez, puede ser positiva para la sociedad, pero también tiene un «lado oscuro», por lo que entraña riesgos, y esta es la razón por la cual estamos obligados/as a ocuparnos de su estudio. Así, el [Libro Blanco sobre la inteligencia artificial](#) de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020, afirma que «cambiará nuestras vidas», pero que también «conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas

¹ Contrariamente, cierto sector doctrinal considera que la sentencia «incide de manera mínima en el debate técnico y doctrinal en torno a los *riders*» y que la jueza se limita a condenar a Deliveroo sobre la base de la potencialidad lesiva del algoritmo adoptado, sin haber individualizado situaciones de objetiva y real discriminación (Fava, 2021, p. 4). Se trata de críticas infundadas, porque, como se verá, la tutela antidiscriminatoria se da aun cuando no haya una víctima identificable, según la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, *Feryn*).

² Definido por Pasquale (2015) como *Black Box Society*. Según este autor, las cajas negras encarnan una paradoja de la llamada era de la información: los datos se están volviendo asombrosos en su amplitud y profundidad, pero a menudo la información más importante para nosotros está fuera de nuestro alcance, disponible solo para personas con información privilegiada. Por ello, Pasquale se pregunta: ¿Qué tipo de sociedad se crea? (p. 191).

privadas o su uso con fines delictivos». La controversia principalmente se centra justo en el aspecto de la discriminación colectiva por razones sindicales. La jueza ha decidido acoger el recurso del sindicato recurrente Cgil (Filt, Filcams y Nidil) y reconocer que el algoritmo de Deliveroo durante años ha gobernado el acceso al trabajo sobre la base de una lógica discriminatoria.

El sindicato recurrente lamenta el carácter discriminatorio del mecanismo algorítmico usado por la plataforma Deliveroo para organizar las reservas de las sesiones de trabajo de los/las *riders*. El sistema privilegiaba el acceso a las posibilidades de trabajo en función de un *ranking* reputacional organizado por puntos, que en cambio obstaculizaba la participación del/de la *riders* en acciones de lucha sindical. En concreto, el modelo organizativo de la plataforma basado en la reputación digital privilegiaba o prefería al/a la *riders* completamente disponible durante las sesiones reservadas en las que pretendía efectuar la actividad de reparto. Y, por el contrario, el sistema penalizaba a quien habiendo reservado una sesión de trabajo la cancelaba posteriormente, sin tener en cuenta si esto se debía a motivos de salud, de asistencia a familiares o por su adhesión a iniciativas sindicales de huelga; todos motivos jurídicamente protegidos. El sistema de gestión algorítmica usado por Deliveroo y llamado «Frank» valoraba como elemento de preferencia para la reserva de sesiones sucesivas, así como para elegir mejores franjas horarias para la realización del servicio de entrega, el hecho de no cancelar, aunque fuese de forma anticipada, la reserva previamente realizada por el/la *riders*. Cada domingo, los/las *riders* de Deliveroo recibían un mensaje donde se les informaba, en función del *ranking*, sobre la franja horaria en la que podían acceder a realizar las reservas de las sesiones de trabajo para la semana sucesiva. Así, cada lunes, los/las *riders* con mejor *ranking* reputacional accedían a la plataforma para realizar las reservas a las 11:00 de la mañana, los siguientes en el *ranking* accedían a las 15:00, mientras los que poseían una puntuación peor tenían que esperar hasta las 17:00 horas. Esto comportaba que las ocasiones de trabajo de los/las *riders* con una puntuación inferior se redujesen según avanzaban las franjas. De tal forma, Frank iba lentamente excluyendo del ciclo productivo a la persona repartidora que no aseguraba la disponibilidad.

2. Cuestiones preliminares: legitimación activa y falta de interés

La magistrada ha tenido que resolver en vía preliminar dos cuestiones importantes: por un lado, la legitimación activa del sindicato recurrente como ente representativo del derecho o del interés lesionado por la pretendida discriminación colectiva y, por otro lado, la falta de interés en el proceso porque Deliveroo ha cambiado su sistema algorítmico previamente a este.

La primera de las cuestiones se ha resuelto de forma positiva. Respecto del marco normativo en el cual se mueve la [sentencia de Bolonia](#), se hace referencia al [Decreto](#)

legislativo 216/2003³ donde se prevén dos tipologías de legitimación activa en materia de tutela antidiscriminatoria respecto de las organizaciones sindicales, asociaciones u organizaciones representativas del interés vulnerado. Según el artículo 5.1, tales organizaciones pueden actuar en nombre y por cuenta propia o en apoyo del sujeto pasivo de la discriminación, contra la persona física o jurídica a la cual se le atribuye el comportamiento o acto discriminatorio. Por otro lado, el artículo 5.2 establece que dichas organizaciones también están legitimadas para actuar en los casos de discriminación colectiva en los que no sea posible identificar de forma directa e inmediata a las personas afectadas por la discriminación. El sindicato actúa en nombre propio, esto es, como ente representativo y no como ente representante de sus afiliados y afiliadas, con el objetivo de verificar la existencia de una conducta discriminatoria respecto de una pluralidad indeterminada de personas, ya sean o no afiliadas⁴. Asimismo, la sentencia ofrece una serie de ideas muy interesantes. En relación con la clasificación teórica de la legitimación activa de las organizaciones sindicales, si bien es cierto que la tutela antidiscriminatoria europea reconoce legitimación activa a la persona víctima de la discriminación, también es verdad que, tal y como observa la magistrada de Bolonia, en los casos de discriminación respecto de una entera categoría de personas la ley prevé un supuesto de hecho de legitimación; se trata de una hipótesis de representación *ex lege* justificada por la naturaleza exponencial de las personas con legitimación activa respecto de los intereses de las personas discriminadas. En estos casos, según la sentencia, la organización actúa como portadora de un interés colectivo. Por último, la sentencia reconoce dos requisitos necesarios para la legitimación activa: el primero, de carácter objetivo, consiste en la naturaleza colectiva de la discriminación y en la imposibilidad de identificar de forma directa e inmediata a la persona discriminada. Dicho criterio subsiste en el presente caso desde el momento en que el comportamiento contestado determina un perjuicio para una «categoría indeterminada de sujetos», es decir, de aquellas personas repartidoras interesadas en participar en formas de abstención colectiva al trabajo. El segundo de los requisitos identificados por la magistrada, de carácter subjetivo, se refiere a la necesidad de verificar caso por caso la representatividad respecto del interés lesionado. En tal sentido, el órgano judicial debe en cada caso verificar que las asociaciones u organizaciones sindicales tengan un interés legítimo en garantizar que la normativa antidiscriminatoria sea respetada. Frente a esto, la jueza afirma que, por un lado, en los estatutos de las personas recurrentes se observa su intención de actuar frente a discriminaciones practicadas en el trabajo y asegurar la representación de cualquier forma contractual de trabajo. En concreto, en los estatutos de la Filt Cgil se lee «promover la lucha contra cualquier forma de discriminación, la libre asociación y la autotutela sindical y colectiva de las trabajadoras y trabajadores subordinados o heteroorganizados, de aquellos ocupados en formas cooperativas, de los autónomos sin dependientes, de los

³ Se trata de la norma de actuación de la Directiva 2000/78/CE, para la igualdad de trato en materia de empleo y condiciones de trabajo.

⁴ Sobre el tema, *vid.* Borelli *et al.* (2019, p. 259).

desempleados». Asimismo, por otro lado, que tratándose de organizaciones sindicales está en su naturaleza la titularidad de un interés propio a actuar a tutela del derecho de huelga, típica expresión de la actividad sindical, contra cualquier forma de discriminación directa o indirecta consecuente al ejercicio de dicho derecho. La magistrada no acepta la argumentación de la parte empresarial que considera que las organizaciones sindicales recurrentes no han demostrado la afiliación de los/las *riders* en sus organizaciones y, por esta razón, no tienen legitimación activa. La inscripción es absolutamente irrelevante según la jurisprudencia nacional y europea, siempre que la finalidad de la concreta organización sindical sea aquella de tutelar judicialmente un interés como en el presente caso.

La segunda de las cuestiones preliminares surge porque Deliveroo sostiene que cesa el interés en el proceso, ya que desde el mes de noviembre no está activo su sistema algorítmico de reserva, las estadísticas ya no condicionan el acceso a las reservas de las sesiones de trabajo de la persona repartidora. Sin embargo, la magistrada entiende que el interés no ha cesado, sobre todo, por el hecho de que el sindicato recurrente no solo solicita la condena de la sociedad a la modificación del mecanismo de acceso a las sesiones de trabajo, sino también el hecho de declararlo discriminatorio, así como el resarcimiento del daño. Si bien es verdad que no podrá condenarse a la empresa a cesar en la conducta discriminatoria porque el sistema que la creaba ya no está en uso, cierto es que la petición sobre la declaración de comportamiento discriminatorio y el resarcimiento no se resuelve con la modificación del sistema. Asimismo, la magistrada considera que el cambio en el sistema de reserva de sesiones de trabajo por parte de Deliveroo no se ha realizado con la finalidad de remover la previa conducta discriminatoria, esto es, que Deliveroo en ningún momento ha reconocido la validez de las reclamaciones de la contraparte. Más bien al contrario, insiste la sentencia, la sociedad ha contestado expresa y reiteradamente la validez del recurso.

La decisión de la magistrada debe considerarse razonable, y esto es así justo porque nos encontramos en el ámbito de un juicio antidiscriminatorio. El juicio antidiscriminatorio es un juicio sobre el derecho a la igualdad de trato que se ha visto lesionado por un determinado comportamiento, sea este individual o colectivo. Por lo tanto, nunca podrá ocurrir que un acto o comportamiento sucesivo removiendo el acto precedente sea capaz de eliminar integralmente la discriminación provocada. Por otro lado, la falta de identificación de la víctima, como en el presente caso, no condiciona el juicio antidiscriminatorio. Según la noción de *svantaggio da scoraggiamento* (desventaja por desánimo), consolidada por la jurisprudencia europea desde la [sentencia sobre el caso Feryn](#)⁵, la ausencia de una víctima identificable no puede modificar el supuesto de hecho de discriminación directa conforme a lo dispuesto por la [Directiva 2000/43/CE](#). Por lo tanto, según esta doctrina, el interés en un pronunciamiento judicial está vigente aun cuando Deliveroo haya sustituido su sistema

⁵ Según la doctrina Feryn, existe discriminación aun cuando la víctima no es identificable.

algorítmico, porque no podemos saber si con aquello anterior alguna persona se ha visto «desanimada» a participar en una huelga sabiendo previamente cuál era la forma de comportarse del sistema y, como consecuencia, debe ser tutelada⁶.

3. La aplicación de la tutela antidiscriminatoria a las personas trabajadoras autónomas

La magistrada de Bolonia resuelve la cuestión de la aplicación de la tutela antidiscriminatoria a las personas trabajadoras autónomas de forma rápida e impecable. Se enfrenta a la posible duda sobre la protección de este colectivo contra la discriminación gracias al articulado puzzle normativo del ordenamiento jurídico italiano. La sentencia no entra a valorar el debatido problema de la cualificación jurídica de la relación de trabajo existente entre *riders* y Deliveroo, aunque tampoco importa respecto al tema de la tutela antidiscriminatoria. Así, la magistrada afirma que, tanto si viene considerada una relación autónoma como parasubordinada, se le aplica la tutela antidiscriminatoria en el acceso al trabajo «a la luz de la reciente evolución legislativa y jurisprudencial en tema de tutela de los *riders*»⁷. En concreto, respecto de los/las *riders* autónomos, la jueza trae a colación la específica norma contenida en el artículo 47 *quinquies* del [Decreto legislativo 81/2015](#) que dispone expresamente que a estos se les aplica «la normativa antidiscriminatoria y aquella a tutela de la libertad y dignidad del trabajador previstas para los trabajadores subordinados, comprendido el acceso a la plataforma». Asimismo, el [Decreto legislativo 216/2003](#), sobre la igualdad de trato entre las personas independientemente de la religión, de las convicciones personales, de la discapacidad, de la edad y de la orientación sexual, respecto del empleo y condiciones de trabajo, expresamente prevé que la tutela antidiscriminatoria se aplica:

[...] a todas las personas tanto en el sector público como privado y es susceptible de tutela judicial [...] con específica referencia a las siguientes áreas: a) acceso al empleo y al trabajo, tanto autónomo como subordinado, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [...].

Por otro lado, ninguna duda cabe sobre la aplicación del principio de no discriminación en todos aquellos casos en los que se use la IA. Tal es el enfoque holístico de la Comisión Europea y del Consejo de Europa que considera que cada Estado miembro debe respetar

⁶ Sobre el tema, *vid.* Guariso (2021).

⁷ La sentencia hace referencia al conocido «contencioso Foodora»: [Sentencia de la Corte d'Appello de Turín 26/2019, de 4 de febrero](#), y [Sentencia de la Corte di Cassazione 1663/2020, de 24 de enero](#). El juez ha considerado a los/las *riders*, en estas sentencias, personas trabajadoras heteroorganizadas a las que se les aplica el artículo 2 del [Decreto legislativo 81/2015](#) –tutela de la persona trabajadora subordinada–.

el principio de no discriminación siempre que se usen formas de IA o algoritmos. En este sentido, por ejemplo, el [Libro Blanco](#) presta una gran atención al respeto de los derechos fundamentales frente al uso de la IA y, entre ellos, lógicamente se encuentra el principio de no discriminación. Asimismo, la [Carta Ética Europea](#) recoge cinco principios fundamentales a tener en cuenta para un uso eficaz de la IA, entre los que se encuentra el principio de no discriminación. Desde la perspectiva europea, por tanto, la aplicación de la IA, es decir, el uso de algoritmos, implica el necesario respeto del principio de no discriminación, siendo este además uno de los principios recogidos por la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (art. 21).

Otra de las cuestiones analizada por la [sentencia de Bolonia](#) es la determinación del factor de discriminación en el que se puede enmarcar la discriminación por motivos sindicales, siendo el derecho de huelga expresión de la misma. En el ordenamiento jurídico italiano, la discriminación por motivos relacionados con la libertad y la actividad sindical se recoge en el artículo 15 del Statuto dei lavoratori y su represión puede acogerse al procedimiento previsto en el artículo 28 del mismo texto legal (represión de la conducta antisindical). Sin embargo, las organizaciones sindicales recurrentes solicitan la protección de la normativa antidiscriminatoria conocida como de segunda generación (Barbera, 2007). En concreto, la sentencia resuelve si es subsumible la discriminación por motivos sindicales en el ámbito de operatividad de la normativa antidiscriminatoria en la expresión de convicciones personales del artículo 1 del [Decreto legislativo 216/2003](#). Para ello, la magistrada hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo italiano 1/2000 que afirma que la normativa europea al tutelar contra la discriminación las convicciones personales ha introducido formalmente el reconocimiento de la libertad ideológica que no comprende solamente las hipótesis de discriminación por motivos religiosos (Tardivo, 2020). Por lo tanto:

[...] el contenido de la expresión convicciones personales [...] debe interpretarse en el contexto del sistema normativo especial en el que se incluye, siendo irrelevante que en otros textos normativos [dicha expresión] pueda utilizarse como alternativa al concepto de opiniones políticas o sindicales.

La sentencia del Supremo continúa afirmando que:

[...] la afiliación sindical representa la profesión pragmática de una ideología de naturaleza diversa a aquella religiosa [y añade que] en el ámbito de la categoría general de las convicciones personales, caracterizada por la heterogeneidad de las hipótesis de discriminación ideológica extendida a la esfera de las relaciones sociales, puede también comprenderse, diversamente de cuanto sostiene la sociedad, la discriminación por motivos sindicales, con la consecuente prohibición de actos o comportamientos idóneos a realizar un diverso trato o un perjuicio en razón de la afiliación o de la participación del trabajador en actividades sindicales.

Para quien, sin embargo, defiende que la participación en la huelga no entra dentro del concepto de convicciones personales por ser algo diferente a la libertad sindical, se trata de un argumento infundado (Tarquini, 2021). La adhesión a la huelga es en sí misma la expresión de la libertad sindical, comportamiento coherente con una convicción, y, por lo tanto, debe ser tutelada entre las prohibiciones de discriminación.

4. Calificación de la conducta empresarial como discriminación indirecta

El primer problema que se observa en el presente caso es la evidente falta de transparencia del sistema algorítmico usado por la plataforma Deliveroo. Así:

[...] la sociedad [...] jamás ha aclarado qué específicos criterios de cálculo se han adoptado para determinar las estadísticas de cada *rider*, ni siquiera dichos específicos criterios se ven publicados en la plataforma, donde se realiza únicamente una general referencia a los debatidos parámetros de fiabilidad y participación.

El sistema algorítmico utilizado servía para medir la fiabilidad y participación del/de la *rider*; dos índices que permitían asignar a cada persona repartidora una específica puntuación. Mientras el índice de fiabilidad se calculaba sobre la base del número de veces en las que el/la *rider* no participa en la sesión después de haberla reservado, el índice relativo a la participación preveía como parámetro el número de veces que el mismo/la misma *rider* estaba disponible para realizar la prestación desde las 20:00 horas del viernes hasta las 22:00 horas del domingo. Los valores de estos dos índices determinaban el *ranking* reputacional asignado a cada *rider* en función del cual tenía acceso a la plataforma para realizar las reservas de las sesiones de trabajo. Menor era el *ranking* reputacional obtenido, menores eran las posibilidades de acceder a sesiones de trabajo libres.

Ahora bien, si la forma de actuar del algoritmo es opaca, si se desconoce su funcionamiento, ¿cómo puede el órgano judicial reconocer la ilegitimidad de su uso? La respuesta se encuentra efectivamente en el derecho antidiscriminatorio que actúa sobre las consecuencias de los actos cuando la existencia de un nexo causal entre el acto y la desventaja producida sobre las personas que pertenecen a una *suspect class* –en el presente caso, las personas repartidoras que participan en una huelga– presume la existencia de una discriminación. En la formación de dicha presunción, como el TJUE ha aclarado desde la causa Danfoss (STJUE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88), la falta de transparencia de los mecanismos decisionales, en el caso se trataba de un sistema retributivo, asume relevancia probatoria. Por lo tanto, la falta de información sobre el funcionamiento del sistema algorítmico, la opacidad del mecanismo, no puede comprometer la tutela antidiscriminatoria. Esta perspectiva permite al órgano judicial valorar si el modelo organizativo de trabajo de

las plataformas supone una violación de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Así, en función de los efectos o consecuencias, la magistrada ha comprobado que los/las *riders* que ejercían su derecho de huelga perdían ocasiones de trabajo, es decir, sufrían una desventaja respecto de uno de los factores protegidos por la normativa antidiscriminatoria.

La magistrada de Bolonia considera en su sentencia que el modelo de valoración adoptado por la plataforma nace de una «elección consciente» de la empresa; esta conscientemente e insensiblemente ha ignorado o no desea tomar en consideración las diferentes razones que podrían justificar la cancelación de la reserva por parte de la persona reparadora. La discriminación radica justo en esta ceguera consciente del algoritmo. Llama la atención cómo la jueza ha afrontado el examen de la cuestión, subrayando una minuciosa descripción de los procesos laborales y organizativos de la plataforma, ya que lo ha hecho humanizando un programa, en realidad o al menos es así como funciona, automatizado. La sentencia afirma que:

[...] cuando quiere, la plataforma puede quitarse la venda que la deja «ciega» (según las federaciones sindicales recurrentes) o «inconsciente» (según Deliveroo) respecto de los motivos de la falta de prestación laboral por parte del *rider*, si no lo hace, es porque deliberadamente lo ha elegido.

Por lo tanto, el sistema de acceso a las reservas de trabajo adoptado por la plataforma realizaba una discriminación indirecta, aplicando una disposición aparentemente neutra (la normativa contractual sobre la cancelación anticipada de las sesiones de trabajo reservadas) que determinaba para un concreto grupo de personas trabajadoras una situación de particular desventaja. Así pues, varios son los elementos presentes en una discriminación indirecta: comportamiento neutro, efecto desigual que consiste en una desventaja en perjuicio de un determinado grupo o clase de personas según su ideología o característica o identidad personales, carácter objetivo de la discriminación y falta de una adecuada justificación. Respecto de la aparente neutralidad de la conducta empresarial, la magistrada entiende que el sistema algorítmico se aplicaba a todos los/las *riders* y la cancelación tardía provocaba los mismos efectos para todos/as. En cambio, probar el segundo de los elementos relativo al efecto de desigual trato de los/las *riders* en función del ejercicio de la autotutela sindical como consecuencia del acto aparentemente neutro es mucho más complicado.

Para Ballestrero (2021), la argumentación de la sentencia puede articularse en tres etapas. La primera se refiere a la configuración de la discriminación indirecta como efecto de una conducta aparentemente neutra; la segunda, a la valoración de la lesión de los derechos sindicales y del derecho de huelga que puede derivar; y la tercera, a la justificación adoptada por Deliveroo. La sentencia afronta la primera etapa argumentativa afirmando que el efecto de desigualdad de trato es consecuencia de la indiferencia o ceguera de la plataforma respecto de las razones que determinan la falta de preaviso tempestivo de la cancelación. Así:

[...] tratar de igual modo a quien no participa en la sesión de trabajo reservada por fútiles motivos y a quien no participa porque participa en una huelga [...] en concreto discrimina a este último, eventualmente marginándolo del grupo prioritario y, por lo tanto, reduciendo significativamente futuras ocasiones de acceso al trabajo.

La magistrada concluye que la discriminación indirecta consiste exactamente en reservar el mismo trato a situaciones diversas. Asimismo, no hay ninguna duda por parte de la jueza del carácter objetivo de la discriminación, aunque como hemos visto anteriormente aprecia la consciencia, incluso la intencionalidad, del comportamiento del algoritmo, considerando la ceguera o indiferencia de la plataforma como una elección de la misma, ya que es ciega cuando quiere, porque cuando lo desea puede quitarse la venda de los ojos y decidir no penalizar a la persona repartidora que no respeta las sesiones de trabajo reservadas como consecuencia de un accidente de trabajo o de problemas con el sistema operativo. En la inconsciencia y ceguera del sistema algorítmico es donde se alberga la discriminación. Respecto de la segunda etapa argumentativa, la sentencia hace referencia al preaviso de la cancelación, así como a la obligación por parte del/de la *rider* de entrar en el sistema y «logarse» 15 minutos antes para evitar una valoración negativa del algoritmo. La magistrada observa la incompatibilidad de la obligación de «logarse» y de preaviso con el ejercicio del derecho de huelga haciendo referencia a la legitimidad de la huelga espontánea. El preaviso permitiría a la empresa la reorganización del servicio y poder utilizar los/las *riders* disponibles en sustitución de aquellos/as que se encuentran en situación de huelga. Dicha conducta es legítima, según la jurisprudencia, siempre que se trate de minimizar los daños, pero en ningún caso puede impedir o limitar el ejercicio del derecho de huelga. Para la magistrada de Bolonia, la obligación de preaviso en la cancelación de las sesiones de trabajo reservadas puede considerarse, como mínimo, un obstáculo al ejercicio del derecho de huelga. La última etapa se refiere a la justificación empresarial del comportamiento discriminatorio. La empresa frente a una discriminación indirecta puede argumentar que la desigualdad de trato es objetiva, racional y legítima demostrando que la norma o el comportamiento en cuestión persiguen una finalidad legítima, y que los medios usados para conseguir dicha finalidad son proporcionales y necesarios. En el presente caso, sin embargo, podríamos afirmar que la posible justificación es inexistente. Deliveroo insiste en afirmar que el sistema algorítmico es legítimo, porque, además, el sistema era «una ventaja para los *riders* en su conjunto» en cuanto permitía a otros/as *riders* acceder a la sesión previamente reservada y después cancelada. Sin embargo, como afirma la sentencia:

[...] no se discute sobre la legitimidad del sistema en sí, ni del hecho de que se incentive la cancelación preventiva de las sesiones reservadas que no se pretenden realizar, sino solo el hecho de que la eventual cancelación tardía o la falta de participación en la sesión de trabajo no cancelada no pueda justificarse por el *rider* sobre la base de comprobadas razones dotadas de relieve jurídico (la primera entre todas, pero no la única, el ejercicio del derecho de huelga constitucionalmente garantizado).

La declaración de una discriminación indirecta permite actuar contra los efectos de una determinada conducta, mientras que en tema de algoritmos que funcionan en una *black box* individualizar una discriminación directa es más difícil. Posiblemente esta sea la razón por la cual la magistrada se ha decidido por la discriminación indirecta. El problema es que dicha calificación deja espacio a la justificación, esto es, que puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima que en el presente caso en ningún momento la empresa Deliveroo intenta justificar, ya que únicamente niega la discriminación sin alegar nada más al respecto, mientras que en la discriminación directa únicamente puede justificarse en muy contadas circunstancias, concretamente bajo «requisitos profesionales esenciales y determinantes» (art. 4 [Directiva 2000/78/CE](#)). De esto se deduce que los posibles objetivos a los que se puede aludir para justificar una diferencia de trato indirecta están estructurados de forma mucho más amplia que los que se aplican a la justificación de una diferencia directa de trato. Sin embargo, analizando la sentencia se podría valorar la posibilidad de considerar directa la discriminación, lo cual reduciría considerablemente una probable justificación. Así, el hecho de que:

[...] la sociedad reserve un tratamiento «particular» a las dos únicas hipótesis (aquella del accidente en los turnos consecutivos y aquella del mal funcionamiento del sistema) en las que evidentemente considera la necesidad de tutelar la razón de la falta de participación en la sesión reservada demuestra plásticamente como no solo sea materialmente posible, sino que sea también concretamente realizable una intervención correctiva sobre el programa que elabora las estadísticas de los *rider*s, y que la falta de adopción, en los otros casos, de dicha intervención correctiva es el fruto de una elección consciente de la empresa.

Esto evidencia que el sistema algorítmico habría podido permitir y no perjudicar a la persona repartidora que decidiese no presentarse al trabajo o anular una sesión de trabajo previamente reservada si decidiese participar en una huelga. Que la decisión sea consciente o no poco importa para la calificación del comportamiento; el único elemento cierto es que el sistema al igual que excluía el accidente o un mal funcionamiento del sistema de la puntuación para elaborar las estadísticas de cada *rider*, también habría podido introducir el *input* de las justificaciones jurídicamente protegidas, como la participación en una huelga. La magistrada efectivamente puntualiza que, cuando quiere, reconoce la justificación de la falta de participación del/de la *rider* en una sesión de trabajo reservada, por lo tanto, en los casos en los que no viene reconocida la justificación, quizás signifique que a la sociedad no le interese hacerlo. Si esto es así, tal y como viene probado en la sentencia, sería posible pensar en la hipótesis de una discriminación directa. Tal argumentación ha sido examinada por el TJUE en el caso *Chez* ([STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14](#)). El tribunal europeo en tal caso propone dos hipótesis diversas, esto es, un caso de discriminación directa, pero que también podría ser calificada como indirecta. La discriminación sobre el origen étnico aparentemente basada en criterios de tipo neutro podría considerarse una discriminación directa si el órgano judicial nacional advierte que el origen étnico sea el

elemento que ha determinado la decisión de realizar el acto que ha dado lugar a un trato discriminatorio, como es en el caso en concreto el hecho de colocar los contadores de la luz a una altura mayor en el barrio donde residen mayormente individuos de etnia gitana respecto a los barrios en los que no hay tal presencia. En definitiva, el órgano judicial europeo considera que puede facilitar al órgano judicial nacional todos los elementos de interpretación necesarios que puedan serle útiles para verificar si la hipótesis de discriminación es directa o indirecta. En conclusión, según la [doctrina europea](#) [Chez](#) y el hecho probado de que el algoritmo usado por Deliveroo no es ciego, sino que decide conscientemente, se podría considerar que se trata de una discriminación directa, sin espacio para alguna justificación (Barbera, 2021)⁸.

Finalmente, hay que señalar que algún autor (Perulli, 2021) se pregunta la razón por la cual no se ha usado en la causa el artículo 47 *quinquies* del [Decreto legislativo 81/2015](#), el cual hace referencia a la prohibición de discriminación respecto de aquellas personas trabajadoras autónomas que prestan su trabajo a través de plataformas digitales. En concreto, el segundo párrafo establece que «la exclusión de la plataforma y la reducción de las ocasiones de trabajo atribuibles a la falta de aceptación de la prestación están prohibidas». La razón por la cual no se alega el contenido de esta norma es porque dicha disposición se refiere a un determinado comportamiento de tipo retorsivo. Ahora bien, se revela inadecuado para hacer frente a un entero proceso organizativo como aquel puesto en acto por el algoritmo de Deliveroo, el cual, como hemos visto, clasificaba de forma continuada a las personas trabajadoras sobre la base de un mecanismo de carácter predictivo, basado en un cálculo de probabilidad entre la falta de participación a las sesiones de trabajo reservadas, la presentación tardía del/de la *rider* en la zona de trabajo reservada o la cancelación, y dos índices: la confianza y la participación. Sobre la correlación de estos elementos, el algoritmo construía el perfil reputacional de la persona repartidora, la cual, a su vez, tenía mayores o menores posibilidades de acceder a las sesiones de trabajo y, como consecuencia, a ocasiones de trabajo.

5. La condena judicial

El Tribunal de Bolonia finalmente ha condenado a Deliveroo al pago de 50.000 euros por daños a favor de la organización sindical recurrente:

[...] frente a conductas que además de incidir en la esfera subjetiva de cada víctima, son, como aquella en discurso, capaces de mermar la capacidad representativa de la organización en relación con el interés protegido y, por lo tanto, debilitar su eficacia de acción a costa de la entera colectividad.

⁸ Para Ballestrero (2021) es difícil considerarla directa, porque se trata de una medida neutra que no ha quedado probado en juicio que haya sido programada para castigar directamente la participación de la persona trabajadora en una huelga.

Por otro lado, ordena la publicación del texto de la sentencia en un periódico nacional, en concreto ha indicado *La Repubblica*, con la finalidad de garantizar su máxima visibilidad, también en el sitio web de la sociedad y en el área reservada a «preguntas frecuentes».

Referencias bibliográficas

- Ballestrero, Maria Vittoria. (2021). Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma. *Rivista Labor*. <https://www.rivista.labor.it/wp-content/uploads/2021/01/tbr.pdf>.
- Barbera, Marzia (a cura di). (2007). *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*. Giuffrè.
- Barbera, Marzia. (2 de febrero de 2021). *Frank discriminava, algoritmi e discriminazioni* [Webinar]. Labor Law Community.
- Borelli, Silvia; Guariso, Alberto y Lazzeroni, Lara. (2019). Le discriminazioni nel rapporto di lavoro. En Marzia Barbera y Alberto Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti* (pp. 165-270). Giappichelli.
- Fava, Gabriele. (2021). L'ordinanza del Tribunale di Bologna in merito alla possibile discriminarietà dell'algoritmo utilizzato da Deliveroo. *Lavoro, Diritti, Europa*, 1. https://www.lavorodirittieuropa.it/images/gabriele_fava_LDE_-_Sent._Trib._BO_riders.pdf.
- Guariso, Alberto. (2 de febrero de 2021). *Frank discriminava, algoritmi e discriminazioni*. Labor Law Community.
- Pasquale, Frank. (2015). *Black Box Society*. Harvard University Press.
- Perulli, Adalberto. (2021). La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna. *Lavoro, Diritti, Europa*, 1. https://www.lavorodirittieuropa.it/images/T._Bologna_rider_perulli_1.pdf.
- Stefano, Valerio de y Aloisi, Antonio. (7 de enero de 2021). Frankly, my rider, I don't give a damn. *La Rivista il Mulino*. https://rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5480.
- Tardivo, Davide. (2020). Il regime dell'onere della prova di cui all'art. 4, co. 4, d.lgs. n. 216/2003. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 377.
- Tarquini, Elisabetta. (2 de febrero de 2021). *Frank discriminava, algoritmi e discriminazioni*. Labor Law Community.



El ámbito de aplicación temporal de las previsiones salariales del Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación

Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 y 1633/2020, de 15 de diciembre

Josep Moreno Gené

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

Extracto

La entrada en vigor del Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación, y, en particular, de la previsión contenida en su artículo 7.2 de un salario mínimo profesional garantizado a percibir por parte de dicho colectivo de investigadores/as en formación vinculado mediante un contrato predoctoral, planteó la cuestión de si dichas mejoras salariales debían regir de forma inmediata y, en consecuencia, aplicarse a los contratos predoctorales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma –eficacia temporal inmediata– o si, por el contrario, esta previsión de una garantía de ingresos mínimos únicamente resultaba aplicable a los contratos que se suscribieran con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma –eficacia temporal hacia el futuro–. Precisamente, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 y 1633/2020, de 15 de diciembre, objeto de este comentario, abordan y resuelven por primera vez esta cuestión controvertida.

Palabras clave: personal investigador en formación; salario; salario mínimo profesional garantizado; retroactividad de las normas.

Cómo citar: Moreno Gené, Josep. (2021). El ámbito de aplicación temporal de las previsiones salariales del Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 y 1633/2020, de 15 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 195-204.

The temporary scope of application of wage provisions of the Statutes of Predoctoral Research Fellows

Commentary on the judgments of the Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 and 1633/2020, of 15 December

Josep Moreno Gené

Abstract

The entry into force of the Statutes of Predoctoral Research Fellows, and, in particular, the provision set out in article 7.2 of a guaranteed minimum professional wage receivable by the body of research fellows bound by a predoctoral contract, raised the question of whether such wage increases should take effect immediately and, therefore, apply to predoctoral contracts entered into prior to the entry into force of the said norm –immediate effect– or, on the contrary, this provision of a guaranteed minimum income were only applicable to contracts entered into after the entry into force of the temporary norm –future effect–. Indeed, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco judgments 1632/2020 and 1633/2020, of 15 December, the subject of this commentary, address and resolve this controversial matter for the first time.

Keywords: research fellow(s); wage; guaranteed minimum professional wage; *ex post facto* norms.

Citation: Moreno Gené, Josep. (2021). The temporary scope of application of wage provisions of the Statutes of Predoctoral Research Fellows. Commentary on the judgments of the Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1632/2020 and 1633/2020, of 15 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 195-204.

1. La fijación de un salario mínimo profesional garantizado por el Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación

La finalidad formativa del contrato predoctoral determina la retribución que corresponde al personal investigador predoctoral en formación. En este sentido, el [artículo 21 d\) de la Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación (Ley de la ciencia), establece que:

La retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 % del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los 2 primeros años, al 60 % durante el tercer año y al 75 % durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El [Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo](#), por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación (EPIPF), desarrolla ampliamente esta previsión. A tal efecto, si bien, en un primer momento, el [apartado primero del artículo 7](#) de dicha norma se limita a reiterar literalmente lo previsto en la [Ley de la ciencia](#) para el cálculo de la retribución del personal investigador predoctoral en formación, acto seguido, el apartado 2 del citado precepto añade que «para el establecimiento de las retribuciones anteriores se tomará como referencia mínima la categoría correspondiente al grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado».

En consecuencia, de acuerdo con lo previsto por el [artículo 7.2 del EPIPF](#), la previsión de que el salario del contrato predoctoral no puede ser inferior al 56 % del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los 2 primeros años, al 60 % durante el tercer año y al 75 % durante el cuarto año debe garantizar en todo caso que el salario que se obtenga de aplicar este módulo de cálculo no sea inferior al resultante de aplicar dichos porcentajes a la categoría correspondiente al grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial prevista en el convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado. En todo caso, cabe remarcar que el [artículo 7.2 del EPIPF](#) únicamente contempla una remuneración mínima, de derecho necesario relativo, que admite la posibilidad de que el personal investigador predoctoral en formación pueda recibir una remuneración superior.

La introducción por parte del EPIPF de un salario mínimo profesional garantizado para el personal investigador predoctoral en formación provocó una reacción muy airada por parte de numerosas universidades y otros centros de investigación que llegaron incluso a impugnar por vía judicial el [artículo 7.2 del EPIPF](#), al considerar que dicho precepto incurría en un vicio de nulidad de pleno derecho por infringir el [artículo 21 d\) de la Ley de la ciencia](#), del que es ejecución y, asimismo, por infringir también la autonomía universitaria, en la modalidad de autonomía financiera y presupuestaria y la reserva formal de ley en materia presupuestaria.

Esta pretensión, sin embargo, fue desestimada de modo contundente por diferentes resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) –Sentencias [777/2020, de 15 de junio](#), [778/2020, de 16 de junio](#), [779/2020, de 16 de junio](#), [882/2020, de 26 de junio](#), [924/2020, de 3 de julio](#), [1020/2020, de 16 de julio](#), y [1510/2020, de 12 de noviembre](#)–, que tras recordar que, si bien es cierto que el [artículo 7.2](#) forma parte de un reglamento ejecutivo de la [Ley de la ciencia](#), no se alcanza a comprender en qué medida se puede considerar que el mismo sea ilegal o infrinja la ley que desarrolla. A tal efecto, el TS considera que la [disposición final décima de la Ley de la ciencia](#) atribuye al Gobierno la potestad de dictar las disposiciones necesarias para su ejecución y desarrollo, encontrándose entre estas la de concretar las retribuciones mínimas aplicables a los contratos predoctorales. A criterio del Alto Tribunal, el EPIPF cumple con esta función en el [artículo 7.2](#) con la técnica de una simple norma de remisión a un convenio. Con esta técnica, se consigue de forma precisa una cantidad inequívoca y homogénea que concreta la cantidad de retribución mínima para todos los contratos predoctorales que se concierten en el futuro en todo el territorio nacional.

En este sentido, las citadas resoluciones judiciales indican que el [artículo 7.2](#) impugnado establece un marco mínimo similar para todos los contratos predoctorales que regula, y precisa cuál es la cantidad mínima de su retribución, al igual que lo hace el [artículo 7.1 del EPIPF](#), que es reproducción literal de la ley, cuando dispone que la retribución no podrá ser inferior al salario mínimo, lo que revela que el reglamento no se aparta del criterio que ya sigue el texto legal. Por lo demás, el Alto Tribunal considera que el hecho de que el [artículo 7.2 del EPIPF](#) fije el mínimo retributivo tomando como referencia única la categoría correspondiente al grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado no es ilegal, por cuanto la categoría del grupo 1 es la que corresponde a las personas trabajadoras con título en este caso de licenciado/a, ingeniero/a, arquitecto/a o equivalente.

Una vez constatada la validez del [artículo 7.2 del EPIPF](#), sin embargo, la aprobación de esta norma, y, por consiguiente, la incorporación de un salario mínimo profesional garantizado para el colectivo de investigadores/as predoctorales en formación, todavía seguía planteando una cuestión adicional trascendental, consistente en determinar cómo afectaba dicha previsión a los contratos predoctorales ya vigentes en el momento de su entrada en vigor y, en particular, si los salarios previstos en dichos contratos debían adecuarse a lo previsto a partir de ahora por el [artículo 7.2 del EPIPF](#). Precisamente, las Sentencias del Tribunal

Superior de Justicia (SSTSJ) del País Vasco [1632/2020](#) y [1633/2020](#), de 15 de diciembre, objeto de este comentario, abordan y resuelven por primera vez esta cuestión controvertida.

2. El supuesto de hecho

En ambas resoluciones judiciales nos encontramos ante un investigador y una investigadora que vienen prestando sus servicios como personal investigador predoctoral en formación para la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), en un caso desde el 1 de enero de 2015 y en el otro caso desde el 11 de abril de 2016. Ambas contrataciones se han efectuado en el marco de sendas convocatorias para la formación de personal investigador predoctoral, mediante las que dichas contrataciones se financian.

Ambas personas investigadoras proceden a reclamar a la UPV/EHU diferencias salariales entre lo efectivamente percibido durante el último año y lo que, a su criterio, deberían haber percibido de conformidad con lo previsto por el [artículo 21 de la Ley de la ciencia](#) y, muy especialmente, por los [artículos 1 y 7.2](#) del EPIPF. A tal efecto, como ya se ha indicado, este último precepto prevé un salario mínimo profesional garantizado para el personal investigador en formación que se encuentre vinculado a la universidad u otro centro de investigación mediante un contrato predoctoral, que las personas investigadoras ahora demandantes consideran aplicable a sus contratos, pese a que los mismos se habían suscrito con anterioridad a la entrada en vigor del [EPIPF](#) el 16 de marzo de 2019.

Ante la negativa de la UPV/EHU a abonar las diferencias salariales reclamadas por su personal investigador predoctoral en formación, por considerar que las mismas no eran procedentes, en tanto que sus contratos no se veían afectados por las previsiones salariales del EPIPF, dicho personal investigador plantea la correspondiente demanda ante los tribunales laborales. Ambas reclamaciones, sin embargo, son desestimadas en instancia. Disconformes con esta decisión, el investigador y la investigadora interponen sendos recursos de suplicación, que son resueltos mediante las referidas SSTSJ del País Vasco [1632/2020](#) y [1633/2020](#), de 15 de diciembre.

3. La doctrina judicial contenida en la sentencia: las razones jurídicas para el fallo

Para abordar la cuestión litigiosa, el TSJ del País Vasco expone, en primer lugar, la normativa aplicable al supuesto enjuiciado, citándose sucesivamente el [artículo 21](#), la [disposición transitoria cuarta](#), la [disposición adicional segunda](#) y la [disposición final décima](#) de la Ley de la ciencia, así como también los [artículos 1.1, 2.1 y 7](#) y las disposiciones finales [cuarta y quinta](#) del EPIPF.

En este contexto normativo, la premisa de la que parte el TSJ del País Vasco es que el [EPIPF](#) constituye un adecuado desarrollo reglamentario de la [Ley de la ciencia](#), recordando al respecto que así lo ha dictaminado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en su [Sentencia 777/2020, de 15 de junio](#).

Partiendo de la validez del EPIPF y, en particular, de lo previsto en su [artículo 7.2](#), el TSJ del País Vasco aborda el ámbito de aplicación temporal de dicho precepto. En este punto, se recuerda que el [artículo 2.3 del Código Civil](#) (CC) establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo salvo que se dispusiere lo contrario, lo cual no sucede con el [EPIPF](#), que no establece esta expresa retroactividad, sino que se limita a establecer que dicha norma entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por consiguiente, en el supuesto enjuiciado no se discute la aplicación del [EPIPF](#) a situaciones anteriores a su entrada en vigor el 16 de marzo de 2019, sino que lo que se discute es su aplicación a periodos posteriores en los que dicha norma ya se encontraba en vigor.

Para responder a esta cuestión, el tribunal se sitúa en una lógica «jurídico-laboral» y desde la misma, a la hora de analizar la aplicabilidad del [artículo 7.2 del EPIPF](#), se analizan las diferentes fuentes de la relación laboral previstas en el [artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), estableciéndose al respecto, en primer lugar, que la regulación del salario del personal investigador predoctoral en formación se establece en una ley –[Ley de la ciencia](#)– y en un reglamento de desarrollo –[EPIPF](#)–; en segundo lugar, que no incide en contrario la referencia a lo establecido en convenio colectivo, no en vano, el [artículo 7.2 del EPIPF](#) toma un convenio colectivo como expresa referencia retributiva, de modo que ambas normas se complementan; y, finalmente, que, si bien el contrato de trabajo no incluía inicialmente la cláusula salarial controvertida, ni la misma se ha incorporado de un modo expreso con posterioridad, ello no es obstáculo para la aplicación de la misma, puesto que, como indica el [artículo 3.1 c\) del ET](#), no pueden convalidarse «condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales», lo cual, a criterio del TSJ del País Vasco, sucedería si no se tuviera en cuenta en el supuesto enjuiciado la cláusula salarial incorporada ahora por el [artículo 7.2 del EPIPF](#).

Llegados a este punto, no desconoce el TSJ del País Vasco la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS que ha establecido de forma expresa que el [EPIPF](#) «no afecta a los contratos de personal investigador ya suscritos a su entrada en vigor, porque el real decreto no tiene efecto retroactivo y entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

Frente a esta aseveración, el TSJ del País Vasco mantiene la óptica «esencialmente laboralista» de la cuestión litigiosa y, aun compartiendo con la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS la irretroactividad del [EPIPF](#), concluye que ello no implica de manera automática que lo previsto por el [artículo 7.2](#) de dicha norma en materia salarial una vez que entró en vigor no pueda ser exigible al personal investigador predoctoral en formación que había iniciado su actividad con anterioridad.

A criterio del TSJ del País Vasco, dicha conclusión queda reforzada si se tiene en cuenta que el [EPIPF](#) deroga el anterior [Real Decreto 63/2006, de 27 de enero](#), por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación, por el que se venía regulando hasta el momento la relación laboral del personal investigador en formación, lo cual supondría un vacío legal para este colectivo. A mayor abundamiento, el TSJ del País Vasco pone de manifiesto que el [EPIPF](#) no incorpora ninguna disposición transitoria al respecto.

Finalmente, el TSJ del País Vasco elude el impacto que sobre esta cuestión litigiosa pudiera tener la disposición final cuarta del [EPIPF](#) cuando establece que «la aplicación de este real decreto no supondrá incremento del gasto público», por considerar que no ha quedado acreditado por parte de la UPV/EHU que la aplicación del real decreto en este procedimiento suponga un aumento del gasto público.

Por todo lo expuesto, el TSJ del País Vasco estima el recurso de suplicación planteado por el personal investigador predoctoral en formación y condena a la UPV/EHU a abonar las correspondientes diferencias salariales reclamadas al respecto en aplicación de lo preceptuado por el [artículo 7.2 del EPIPF](#).

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso

Como ya se ha indicado, la entrada en vigor del [EPIPF](#), y, en particular, de la previsión contenida en su [artículo 7.2](#) de un salario mínimo profesional garantizado a percibir por parte del personal investigador en formación contratado mediante un contrato predoctoral, planteó la cuestión de si dichas mejoras salariales debían regir de forma inmediata y, en consecuencia, aplicarse a los contratos predoctorales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma –eficacia temporal inmediata– o si, por el contrario, esta previsión de una garantía de ingresos mínimos únicamente resultaba aplicable a los contratos que se suscribieran con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma –eficacia temporal hacia el futuro–.

Todo hacía prever que el [artículo 2.1 del EPIPF](#) pretendía extender dicha garantía de ingresos mínimos a todas las situaciones jurídico-contractuales incluidas en su ámbito de aplicación, a tal efecto, se preveía que dicha norma sería de aplicación a «cualquier contratación predoctoral» y que «todas las contrataciones se adecuarán a las previsiones del contrato predoctoral». Sin embargo, la cuestión planteada no se encuentra prevista ni resuelta de un modo expreso en la propia norma que, sorprendentemente, carece de una previsión transitoria sobre esta cuestión, con los problemas de inseguridad jurídica y conflictividad laboral que de este «olvido» se derivan.

En este contexto de confusión provocado por la falta de previsión al respecto del [EPIPF](#), el entonces denominado Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades se vio obligado

a emitir una nota informativa a propósito de la aprobación del [EPIPF](#) en la que se indicaba que: «Así las cosas, los organismos beneficiarios, las universidades o centros de investigación tendrán que formalizar estas cantidades en el contrato predoctoral correspondiente, tanto en los actualmente vigentes como en los que se celebren en el futuro». De ello se desprende que con la aprobación del [EPIPF](#) la voluntad del Gobierno era abarcar todos los contratos predoctorales presentes y futuros que quedaran al amparo de dicha norma y no únicamente los que fueran a suscribirse a partir de su entrada en vigor.

Frente a este criterio, las entidades receptoras del personal investigador predoctoral en formación se acogieron fundamentalmente a la disposición final cuarta del [EPIPF](#), que prevé que «la aplicación de este real decreto no supondrá incremento de gasto público», para negar la aplicación de las previsiones salariales a los contratos predoctorales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del [EPIPF](#), reservando, por tanto, la aplicación de las mismas a los contratos que se pudieran suscribir tras su entrada en vigor. Se venía a invocar de este modo una especie de razonable expectativa de estabilidad financiera y previsibilidad económico-presupuestaria de las entidades públicas contratantes.

Este posicionamiento llevó a que algunas universidades impugnaran por vía judicial el [artículo 7.2 del EPIPF](#) solicitando la nulidad de dicho precepto al considerar que, si el mismo se aplicaba a los contratos vigentes en el momento de su entrada en vigor, ello iba a suponer un incremento de gasto público sin que dicha norma se hubiera acompañado del preceptivo informe de impacto económico y presupuestario. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –Sentencias [777/2020, de 15 de junio](#), [778/2020, de 16 de junio](#), [779/2020, de 16 de junio](#), [882/2020, de 26 de junio](#), [924/2020, de 3 de julio](#), [1020/2020, de 16 de julio](#), y [1510/2020, de 12 de noviembre](#)–, sin embargo, desestimó estas pretensiones por considerar factible la interpretación según la cual el [EPIPF](#) no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, no supone incremento de gasto público ni incremento presupuestario para los contratos ya celebrados. E, incluso, para los futuros, consideró el Alto Tribunal que habría que estar a la dotación que se estableciera en presupuestos y lo que dispusiera cada entidad empleadora en ejercicio de su autonomía universitaria, lo que no tiene nada que ver con el real decreto.

En este contexto y fruto también de las movilizaciones del personal investigador predoctoral en formación, no fueron pocas las entidades contratantes de dicho colectivo que finalmente procedieron a adaptar los salarios del mismo a lo previsto por el [EPIPF](#) de forma inmediata, asumiendo el coste económico adicional de dicho incremento salarial, no previsto en los programas y convocatorias de ayudas a la investigación con los que se financian estos contratos. Otras entidades contratantes, sin embargo, se negaron a adaptar las retribuciones correspondientes a los contratos predoctorales suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del [EPIPF](#) a lo dispuesto por dicha norma, dando origen a numerosas reclamaciones por diferencias salariales por parte del personal investigador predoctoral en formación afectado, como es el caso de las resueltas por las sentencias objeto de este comentario.

Ante esta disyuntiva, la solución más razonable parecía ser la sostenida en el [Dictamen jurídico sobre los efectos temporales de los artículos 4 \(tiempo de colaboración en tareas docentes\) y 7 \(salario mínimo garantizado\) del nuevo Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación](#), elaborado por los profesores Cristóbal Molina Navarrete y Fernando Ballester Laguna, en el que se consideraba que la interpretación más plausible para resolver tan notable conflicto es la que defiende la eficacia inmediata de la garantía de mejora retributiva a los salarios devengados a partir del día 16 de marzo de 2019, atendiendo a los criterios teleológico –la finalidad de mejora retributiva–, sistemático –ausencia de norma temporal expresa– y realista –frustración de expectativa de mejora retributiva– [ex artículo 3.1 del CC](#).

Este ha sido el criterio adoptado precisamente por las SSTSJ del País Vasco [1632/2020](#) y [1633/2020](#), de 15 de diciembre, según las cuales la garantía del salario mínimo profesional que ha venido a instaurar el [artículo 7.2 del EPIPF](#) para el personal investigador en formación vinculado a través de un contrato predoctoral se extiende a todos los contratos predoctorales vigentes en el momento de la entrada en vigor del [EPIPF](#), abogándose, por tanto, por la eficacia inmediata de la citada mejora retributiva. Esta opción posibilita, a su vez, que el personal investigador predoctoral en formación afectado pueda reclamar las diferencias salariales existentes entre el salario efectivamente percibido y el que a partir del 16 de marzo de 2019 le hubiera correspondido percibir en aplicación del [artículo 7.2 del EPIPF](#) y, en su caso, los correspondientes intereses de demora.

No puede considerarse que esta conclusión se oponga, al menos radicalmente, a lo dispuesto en su momento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, no en vano, no es que el TSJ del País Vasco otorgue eficacia retroactiva al [EPIPF](#), sino que atribuye a dicha norma una eficacia temporal inmediata, al extender sus efectos a los contratos vigentes en el momento de su entrada en vigor, pero únicamente a partir de dicha fecha, es decir, el 16 de marzo de 2019 y no de antes.

Al mismo resultado que las SSTSJ del País Vasco [1632/2020](#) y [1633/2020](#), de 15 de diciembre, ha llegado la [STSJ de Asturias 1/2021, de 2 de febrero](#), al resolver un conflicto colectivo en el que también se solicitaba la aplicación de lo previsto en el [artículo 7.2 del EPIPF](#) a los contratos predoctorales que se encontraban vigentes en el momento de entrada en vigor de dicha norma y no únicamente a los celebrados a partir de dicha fecha. En este supuesto, sin embargo, nos encontramos con la particularidad de que, probablemente como resultado de las negociaciones con el propio colectivo de investigadores/as predoctorales en formación, el rector de la Universidad de Oviedo había dictado una resolución mediante la que se autorizaba la asimilación de las retribuciones del personal investigador con un contrato predoctoral a las cuantías previstas por el referido [artículo 7.2 del EPIPF](#), habiéndose autorizado, además, mediante las correspondientes resoluciones, la autorización de gasto para cubrir el correspondiente incremento salarial. Dichas resoluciones rectorales, sin embargo, no se llegaron a ejecutar por haber formulado la Intervención de la Universidad de Oviedo notas de reparo a la tramitación de documentos de retención de crédito, consecuencia de las citadas resoluciones rectorales.

Pues bien, el TSJ de Asturias se acoge a la existencia de dichas resoluciones del rector, que considera plenamente eficaces, para estimar la demanda, sin entrar a valorar en ningún momento el fondo del asunto. A tal efecto, concluye que independientemente de que deba considerarse o no que el [EPIPF](#):

[...] extiende sus efectos a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, procede, por las razones expuestas [...] el reconocimiento del derecho del personal investigador predoctoral en formación al percibo de su remuneración conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del citado real decreto a partir de su entrada en vigor, en fecha 16 de marzo de 2019 [...] (FJ 3º).

Una vez constatado el derecho del personal investigador predoctoral en formación a reclamar las referidas diferencias salariales, no cabe duda de que, desde una óptica estrictamente jurídico-laboral, a quien corresponde abonar dichas cantidades es a las entidades contratantes de dicho personal investigador, en el supuesto enjuiciado por las SSTSJ del País Vasco [1632/2020](#) y [1633/2020](#), de 15 de diciembre, a la UPV-EHU, aunque dichas cantidades no se encuentren previstas en las convocatorias de ayudas a la investigación mediante las que se financian estos contratos predoctorales. En esta dirección, como ya se ha indicado, el TSJ del País Vasco condena a la citada universidad al pago de las correspondientes diferencias salariales. A tal efecto, cabe distinguir entre los programas de ayudas a la investigación mediante los que se financian los contratos del personal investigador predoctoral, que se regirán por sus propias bases, de los concretos contratos predoctorales que finalmente se formalicen por las universidades y otros centros de investigación a partir de dichas ayudas, que necesariamente deben cumplir con lo establecido por la normativa laboral y, en particular, en el caso del contrato predoctoral, con lo previsto en la [Ley de la ciencia](#) y el [EPIPF](#), incluido su [artículo 7.2](#).

Ahora bien, desde una óptica de política científica, no es de recibo que la carga económica de la más que legítima y a todas luces necesaria mejora de los derechos retributivos del personal investigador predoctoral en formación se haga recaer exclusivamente sobre las ya muy depauperadas arcas de las entidades contratantes de este colectivo, ya se trate de universidades u otros centros de investigación. Por el contrario, debe exigirse a los poderes públicos, especialmente al Gobierno del Estado y a las comunidades autónomas, los cuales, además, son los convocantes de las principales convocatorias de ayudas a la investigación para la formación de personal investigador, que asuman la totalidad o una parte muy significativa de los costes económicos derivados de la entrada en vigor del [EPIPF](#) y, muy especialmente, de la introducción del salario mínimo profesional garantizado que se introduce en el [artículo 7.2](#) de dicha norma. Únicamente de este modo se garantizaría que estos costes adicionales que hoy deben asumir las universidades y otros centros de investigación no acaben repercutiendo el día de mañana en una disminución de las futuras contrataciones de personal investigador predoctoral en formación por parte de estas entidades.

Discriminación indirecta vs. sostenibilidad del sistema. La imposible jubilación anticipada voluntaria de las empleadas del hogar

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19](#)

Juan Antonio Maldonado Molina

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

*Miembro del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes,
seguridad social universal y democracia».
Fundación Francisco Largo Caballero*

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que no hay discriminación indirecta al exigir que la jubilación anticipada voluntaria se limite a las personas cuyas pensiones son superiores a la mínima garantizada, pese a que estadísticamente las más perjudicadas sean las mujeres. Es la primera vez que –analizando una norma española de Seguridad Social– estima que no hay discriminación indirecta por existir un objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica que esté objetivamente justificado; objetivo que en este caso es la sostenibilidad de las pensiones. Se impide la jubilación anticipada voluntaria a las empleadas del hogar, lo cual tendría que compensarse permitiendo su jubilación como colectivo que realiza trabajos penosos.

Palabras clave: jubilación anticipada; discriminación indirecta; empleadas del hogar.

Cómo citar: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2021). Discriminación indirecta vs. sostenibilidad del sistema. La imposible jubilación anticipada voluntaria de las empleadas del hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 205-216.

Indirect discrimination vs. sustainability of the system. The impossible voluntary early retirement of domestic workers

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 21, 2021, case C-843/19

Juan Antonio Maldonado Molina

Abstract

The Court of Justice of the European Union considers that there is no indirect discrimination by requiring that voluntary early retirement is limited to people as pensions are higher than the guaranteed minimum, despite the fact that statistically the most affected are women. It is the first time that –analyzing a Spanish Social Security standard– it considers that there is no indirect discrimination because there is an objective pursued by the application of said provision, criterion or practice that is objectively justified; an objective that in this case is the sustainability of the pensions. Voluntary early retirement is prevented for domestic workers, which would have to be compensated by allowing their retirement as a group that performs arduous work.

Keywords: early retirement; indirect discrimination; domestic workers.

Citation: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2021). Indirect discrimination vs. sustainability of the system. The impossible voluntary early retirement of domestic workers. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 21, 2021, case C-843/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 205-216.

1. Marco legal aplicado

El [artículo 208, apartado 1, letra c\), de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), regulador de la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, condiciona el acceso a esa modalidad de jubilación a que –una vez acreditados los requisitos generales y demás específicos (carencia y edad)– el importe de la pensión a percibir resulte superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada. Es un requisito exclusivo de esta modalidad de jubilación, de forma que no se exige ni para otro tipo de jubilación ni para ninguna otra pensión.

Esta modalidad jubilatoria fue introducida por [la Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, como una nueva puerta a la jubilación anticipada considerablemente más restrictiva que las precedentes, con unos requisitos más exigentes, y que fueron endurecidos con el [Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo](#) (salvo el que nos ocupa), de modo que la finalidad era desincentivar las jubilaciones anticipadas.

Era un requisito algo novedoso, ya que jamás se había condicionado el derecho a una prestación a que la potencial persona beneficiaria no tuviese que recurrir a los complementos por mínimos. Su exigencia tiene sentido en tanto que se liga a una jubilación a la que se accede voluntariamente, por lo que la persona interesada debe adoptar la decisión asumiendo las consecuencias económicas que el adelanto del retiro conlleva, sin que tales consecuencias puedan ser asumidas y amortiguadas por el sistema a través de la red de seguridad que suponen los complementos a mínimos.

Hay que precisar que el texto finalmente aprobado en 2011 difería con lo recogido en los documentos previos. Así, el Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011 señalaba que «el acceso anticipado a la jubilación mediante este mecanismo no podrá generar complemento por mínimos en la pensión obtenida». Es decir, optar por jubilarse anticipadamente de modo voluntario excluía la percepción de complementos por mínimos. La lógica era que quien decidía voluntariamente jubilarse anticipadamente lo debía hacer con todas las consecuencias: asumiendo el importe que le correspondía, sin recurrir *a posteriori* a la mejora de su pensión vía complementos por mínimos, ya que eso significaría una carga para el sistema provocada por la persona asegurada, que burlaría las consecuencias de su decisión. Además, entroncaba con la finalidad de desincentivar las jubilaciones anticipadas. Este acuerdo no propuso condicionar el poder jubilarse anticipadamente a que no procedieran los complementos, sino que directamente los excluía en tales casos.

Sin embargo, el anteproyecto de Ley de 3 de febrero de 2011 invirtió los términos, indicando que, si el importe de la pensión solicitada fuese inferior al 125 % de la pensión mínima, no se permitiría el acceso a la jubilación. Es una opción más razonable, sin permitir que se lance a la precariedad alguien cuya pensión no sea suficiente; medida que en el fondo busca proteger a la persona beneficiaria. La cifra tope se redujo en el proyecto de ley, quedando finalmente fijada en la cuantía de la pensión mínima que correspondería por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad.

Por otro lado, el artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, prohíbe toda discriminación por razón de sexo, particularmente en lo relativo a las condiciones de acceso a los regímenes legales que aseguren una protección.

Y la tercera norma aplicada es la [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo artículo 2, apartado 1, letra b), recoge la definición de discriminación indirecta por razón de sexo, señalando que lo será:

[aquella] situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

2. Supuesto de hecho

La actora es una mujer cuya carrera de seguro se ha realizado mayoritariamente en el régimen/sistema especial del hogar. En particular, acredita cotizados en él 14.054 días, y solo 166 fuera del mismo. Cuando se aproxima a los 63 años, solicita la pensión de jubilación anticipada voluntaria (la solicita el 12 de diciembre de 2016, y cumplía la edad el 4 de enero de 2017), ya que, al acreditar 38 años y 11 meses, su edad ordinaria hubiera sido 65, pudiendo jubilarse anticipadamente.

La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) resuelve el 19 de noviembre, considerando que, si bien reúne el requisito de edad y de carencia (más de 35 años cotizados), no cumple el tercero de los requisitos específicos exigidos: que la pensión que percibiría fuese superior a la mínima que le correspondería con 65 años según su situación familiar. En particular, la pensión es de 549,30 euros (resultante de aplicar un porcentaje del 85 % a una base reguladora de 646,24 €), mientras que la pensión mínima garantizada era 637,10 euros (unidad económica unipersonal, sin cónyuge).

Frente a la resolución del INSS (y tras ser confirmada en alzada), el 27 de abril de 2017 interpone demanda ante el Juzgado de lo Social número 10 de Barcelona, cuestionando la constitucionalidad del [artículo 208 de la LGSS](#). En el proceso, como diligencia final, la entidad gestora indicó que:

[...] en la actualidad una persona que ha estado siempre incluida en el régimen de los empleados del hogar que ha cotizado en bases fijas hasta 2011 y que desde 2012 cotiza por la más alta posible, aunque acredite 44 años y medio de cotización no podrá obtener la pensión de jubilación anticipada con 63 años, porque no obtendrá una pensión superior a la mínima que le corresponde a los 65 años.

Este dato hizo que el Juzgado de lo Social concluyera que el [artículo 208 de la LGSS](#) constituía una discriminación indirecta hacia las mujeres contraria a la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#), razón por la que inaplica directamente ese requisito y reconoce la jubilación voluntaria anticipada a los 63 años solicitada.

El INSS recurre ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, al considerar que no existe discriminación por razón de sexo, apoyándose precisamente en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que entiende que no hay discriminación cuando el objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica esté objetivamente justificado, y cuando los medios para alcanzarlo sean apropiados y necesarios. En particular, argumenta que concurre una razón objetiva ajena a cualquier discriminación, consistente en la exigencia de adoptar las medidas necesarias exigidas por la Unión Europea (UE) para mantener la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, especialmente en orden a alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación, ya que, si se pudiera acceder voluntariamente a la pensión de jubilación sin restricciones, las consecuencias para las arcas de la Seguridad Social serían graves e inasumibles, «no solo por el mayor número de pensiones reconocidas, sino por el coste que supondría financiar los complementos por mínimos correspondientes», lo que sería contrario a las recomendaciones de la UE y su asunción por el Pacto de Toledo.

Ante la duda de si este requisito vulnera o no la [Directiva 79/7/CEE](#), el TSJ de Cataluña da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de presentar ante el TJUE cuestión prejudicial. La respuesta es positiva por las partes, pero no por el Ministerio Fiscal, que la entendió innecesaria dado que optaba por inaplicar directamente la norma en virtud de la doctrina del tribunal europeo. El INSS, por su parte, solicitó que en caso de plantearse la cuestión se especificaran las razones de la norma, con base en las recomendaciones europeas y del Pacto de Toledo sobre la sostenibilidad del sistema, así como que la restricción en la jubilación anticipada voluntaria deriva de la menor contribución al sistema por sus cotizaciones limitadas y su desequilibrio ante las prestaciones.

El 20 de noviembre de 2019 presenta el TSJ de Cataluña la petición de decisión prejudicial (asunto C-843/19); petición en la que –siguiendo lo solicitado por el INSS– destacó

que el artículo controvertido se aplica a todas las personas trabajadoras integradas en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS), no solo al sistema especial del hogar. Y que la finalidad de este requisito es evitar que se les abone un complemento a la pensión, el cual implicaría una carga para el presupuesto nacional. Asimismo, estima que dicha norma se ajusta a los objetivos de la UE en materia de pensiones, y que consisten en alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación. A este respecto, considera que sería incompatible con la tendencia consistente en aumentar la edad de jubilación y en reforzar los incentivos para prolongar la vida activa, sostenida por la Unión, la posibilidad de que una persona trabajadora adelante voluntariamente la edad de jubilación sin ninguna disminución del importe de su pensión, gracias a la percepción de un complemento a la pensión. Por último, destaca que un requisito como el previsto por dicha disposición no se exige cuando la jubilación anticipada está asociada a una causa ajena a la voluntad de la persona trabajadora, como una reestructuración empresarial, y resulte de aplicación, por consiguiente, el [artículo 207 de la LGSS](#).

Dado que en las cuestiones prejudiciales ante el TJUE es el órgano jurisdiccional nacional el que debe aportar los datos que avalen la discriminación indirecta, la petición de decisión prejudicial recoge diferentes datos estadísticos. A través de ellos, el TSJ de Cataluña pone de manifiesto que, si bien las mujeres representan un abrumador porcentaje en el sistema del hogar (el 89 %), estima que debe tomarse en consideración el conjunto de las personas afiliadas al RGSS, ya que a todas les es de aplicación este precepto. Viene a decir que dentro del RGSS globalmente considerado hay también mujeres que por diferentes motivos (como la crianza, el matrimonio o el trabajo a tiempo parcial) han cotizado por un importe inferior y, en consecuencia, se verían igualmente afectadas por este requisito. En este sentido, señala que de las estadísticas facilitadas por el ministerio se desprende que un porcentaje mucho mayor de mujeres que de hombres jubilados recibe un complemento a la pensión para alcanzar la pensión mínima legal, lo cual representa un indicio de que resultan perjudicadas más mujeres que hombres por lo dispuesto en el [artículo 208, apartado 1, letra c\), de la LGSS](#). De modo sintético (cifras que aparecen estadísticamente plenamente respaldadas), en 2018 percibían el complemento por mínimos 422.112 hombres –lo que representa el 15,23 % de las pensiones de los hombres–, frente a 468.822 mujeres, cifra que supone el 31,45 % de las pensiones de las mujeres.

Por tanto, la cuestión prejudicial no se plantea en relación con las empleadas del hogar, sino del conjunto de las mujeres del RGSS. En concreto, lo que se pregunta es si:

Debe interpretarse la prohibición de discriminación por razón de sexo indirecta, en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social y el cálculo de las mismas, que establece el artículo 4 de la Directiva 79/7, en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional como el artículo 208, apartado 1, letra c), de la LGSS, que exige a todos/as los afiliados/as del régimen general que, para poderse jubilar anticipadamente de forma voluntaria, la pensión a percibir, calculada conforme al sistema ordinario sin complementos por mínimos, sea por lo menos igual a la pensión mínima, en tanto discrimina indirectamente a las mujeres afiliadas al régimen general, al aplicarse a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

3. Doctrina judicial aplicada

A diferencia de otros pronunciamientos sobre la materia, en este caso, el TJUE se aparta de la estadística, al entender que, si bien de esta se derivaría una discriminación indirecta, la norma que perjudica más a un género puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, considerando que los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

Para llegar a esa conclusión, analiza cuáles son los condicionantes que hacen que una norma discrimine de modo indirecto (partiendo de que no hay discriminación directa, dado que la norma controvertida se aplica indistintamente a ambos géneros), para lo que parte del concepto de «discriminación indirecta» recogido en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la [Directiva 2006/54](#), pasando a revisar cada uno de los tres elementos que se recogen en esa norma, y que nosotros tomaremos para sistematizar la sentencia.

a) Existencia de desventaja particular entre sexos: la estadística

Siguiendo la doctrina precedente del TJUE (fundamentalmente, la Sentencia del TJUE –STJUE– de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láziz), comienza indagando si la normativa controvertida afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo, lo que lleva al análisis del dato estadístico, como una de las pruebas (no la única) que puede conducir a resolver la posible discriminación. Como hemos adelantado, es el órgano jurisdiccional nacional el que debe aportar los datos estadísticos que avalen la discriminación indirecta; motivo por el cual la sentencia insiste en varias ocasiones en que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así sucede en el litigio principal».

En este sentido, una de las claves del asunto es determinar qué muestra coger: si solo la relativa a las empleadas del hogar (como argumentó la solicitante) o la del RGSS (como consideró el INSS y el TSJ de Cataluña). Al respecto –y siguiendo la doctrina recogida en la [Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS, asunto C-223/19](#), apdo. 52–, el TJUE estima que hay que tomar en consideración al conjunto de personas trabajadoras sujetas a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato. Y opta, como mejor método de comparación, por confrontar las proporciones respectivas de personas trabajadoras a las que afecta y a las que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación. No entra a valorar si los datos estadísticos aportados por el órgano jurisdiccional cumplen ese criterio, sino que entiende que es competencia de dicho órgano aplicar ese filtro, de modo que acepta que la estadística no se centre solo en las personas afiliadas al régimen especial, sino también en el conjunto de las personas trabajadoras sujetas al RGSS, «ya que la normativa controvertida en el litigio principal se aplica a todos los afiliados a dicho régimen general».

Ahora bien, admitiendo que se centra en el RGSS, la segunda cuestión a dilucidar es qué datos son los relevantes, habiendo dos opciones: tomar únicamente en consideración a las personas a las que se ha denegado una solicitud de pensión de jubilación anticipada por no cumplir el requisito en cuestión; o estar al número de personas jubiladas que perciben un complemento por mínimos y compararlo con el número total de personas jubiladas sujetas a ese régimen (dado que es a quienes lo perciben a las que se les denegaría la jubilación anticipada voluntaria). Pues bien, el TJUE opta por ese segundo criterio, que es el que sigue el TSJ de Cataluña (mientras que por la primera opción abogaban en sus observaciones escritas el INSS y el Gobierno español), al considerar que con la primera opción «no se obtiene una cifra necesariamente indicativa de las personas a las que afecta esta disposición, ya que no cabe excluir que un alto número de estas últimas no haya presentado tal solicitud». Es más, también descarta –como pretendía el INSS y el Gobierno español– extender el análisis estadístico a las personas a las que se hubiera denegado la pensión, no solo por el requisito de la letra c), sino también por los otros dos requisitos (edad y periodo de cotización).

b) Existencia de un objetivo legítimo

Pero no basta con dilucidar si hay o no datos estadísticos que reflejen un trato desfavorable a las mujeres, sino que, para que se considere que hay discriminación indirecta, hay también que ponderar si la norma introducida está justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. En este sentido, el TJUE entiende que la normativa controvertida en el litigio principal quedaría justificada:

[...] si el órgano jurisdiccional remitente llegara a constatar que responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar este objetivo y es necesaria a tal fin, entendiéndose que solo puede considerarse apta para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente al empeño de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática.

Por tanto, lo que procede es determinar cuál es el objetivo buscado por la norma, para sopesar si es legítimo o no, en los términos del artículo 2 de la [Directiva 2006/54/CE](#). El TSJ de Cataluña indica que en la legislación española se introdujo este requisito partiendo de que el complemento por mínimos es considerado como un mínimo vital. Pues bien, el TJUE advierte dos cuestiones: por un lado, que la atribución de unos ingresos iguales al mínimo social forma parte de la política social de los Estados miembros; por otro, que el abono de un suplemento compensatorio que pretende garantizar medios mínimos de subsistencia a su persona beneficiaria, en los casos en los que la pensión sea insuficiente, constituye un objetivo legítimo de política social que es ajeno a cualquier discriminación basada en el sexo (citando la [Sentencia de 20 de octubre de 2011, Brachner, asunto C-123/10](#), apdos. 89 a 91, y jurisprudencia citada).

Por su parte, el INSS y el Gobierno español alegaron en sus observaciones escritas que, al excluir del acceso a una pensión de jubilación anticipada a las personas que decidan adelantar la jubilación y que, habida cuenta del importe de esa pensión, tendrían derecho a un complemento a la pensión con cargo al Estado, el [artículo 208, apartado 1, letra c\), de la LGSS](#) pretende mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social español y alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación, ya que el acceso sin restricciones a una pensión de jubilación anticipada tendría graves consecuencias para la financiación de ese sistema.

Ante esos argumentos (tanto del TSJ como del INSS), el TJUE recuerda:

- Que dichos objetivos de la normativa nacional controvertida en el litigio principal son conformes con los de la Unión, mencionados en el Libro Verde de la Comisión de 7 de julio de 2010, titulado «[En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros](#)» [COM(2010) 365 final], y en el Libro Blanco de esa institución de 16 de febrero de 2012, titulado «[Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles](#)» [COM(2012) 55 final], consistentes en alcanzar un equilibrio sostenible entre la duración de la vida profesional y la duración de la jubilación, habida cuenta, en particular, de la evolución de la esperanza de vida, para garantizar la adecuación y la viabilidad de los sistemas de jubilación.
- Que, si bien las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, los objetivos consistentes en asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación pueden, en cambio, considerarse, habida cuenta del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, objetivos legítimos de política social que son ajenos a toda discriminación por razón de sexo (remitiéndose en este aspecto a la [Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS –Pensiones de empleo del personal directivo–, asunto C-223/19](#), apdos. 60 y 61).

A la vista de estas consideraciones, el TJUE estima que los objetivos invocados por el INSS y el Gobierno español pueden, en principio, justificar una eventual diferencia de trato en perjuicio de las trabajadoras que resulte indirectamente de la aplicación de ese requisito. Y ello porque el mismo es apto para alcanzar dichos objetivos: preservar la situación financiera del sistema de Seguridad Social español y tender a prolongar la vida activa de esas personas. Lo contrario haría que esas personas trabajaran menos tiempo, al jubilarse anticipadamente, sin sufrir al mismo tiempo una reducción del importe de su futura pensión.

c) Medios adecuados para conseguir esos objetivos

En consecuencia, el objetivo es legítimo. A continuación –conforme a la [Directiva 2006/54/CE–](#), procede sopesar si los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados. Y al respecto, el TJUE hace dos precisiones: a) es una normativa que se aplica de forma coherente y

sistemática, ya que se aplica a todas las personas trabajadoras afiliadas al RGSS; b) no implica medidas que vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, en tanto que solo prohíbe el acceso a una pensión de jubilación a las personas que, con carácter voluntario, pretendan jubilarse anticipadamente; solo a quienes se jubilen tras una decisión deliberada y no por una causa ajena a su voluntad.

En relación con la idoneidad de medios, es interesante destacar que la sentencia comentada alude al impacto que hubiera tenido otra opción legislativa, y ejemplifica una que se asemeja a la que se contempló inicialmente en el Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011 («una excepción a la garantía del reconocimiento de una cuantía mínima de pensión en los casos de jubilaciones anticipadas voluntarias»), ya que eso sí hubiera menoscabado el objetivo de política social perseguido por esta garantía.

Por todo lo anterior, la sentencia considera que el requisito exigido para jubilarse anticipadamente no supone una discriminación indirecta, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, siempre que esta consecuencia quede justificada, no obstante, por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

4. Trascendencia de la sentencia

Esta es la segunda vez que el TJUE se pronuncia sobre el [apartado 1, letra c\), del artículo 208 de la LGSS](#), aunque la primera en la que entra a valorar si de ese precepto se deriva una discriminación positiva, y también la primera ocasión en la que –analizando una norma española de Seguridad Social– estima que no hay discriminación indirecta por existir un objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica que esté objetivamente justificado.

Así, la [Sentencia de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18 \(comentada en el núm. 445 de esta revista\)](#), realizó una innovadora interpretación del concepto «pensión a percibir» en orden a superar el importe mínimo que posibilita acceder a la jubilación anticipada, en caso de personas emigrantes retornadas que percibieran otra pensión vía [Reglamento \(CE\) 883/2004](#).

Ahora, se analiza si el requisito que limita la jubilación anticipada voluntaria a que la pensión a percibir sea superior a la mínima es una medida que discrimina indirectamente a las mujeres. Y, como hemos adelantado, la trascendencia es que antepone un objetivo legítimo (en este caso, el equilibrio financiero del sistema) a la realidad estadística que refleja que las mujeres son las más perjudicadas por una medida aparentemente neutral. En ese sentido, es novedoso tanto respecto de las sentencias en las que sí consideró que había discriminación indirecta (SSTJUE de [22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11](#);

de 9 de noviembre de 2017, [Espadas Recio, asunto C-98/15](#); de 8 de mayo de 2019, [Villar Láiz, asunto C-161/18](#)), como en la que no ([STJUE de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, asunto C-527/13](#)).

La estadística laboral se había convertido en el principal elemento probatorio por excelencia de la discriminación indirecta, principalmente de mano del TJUE, ya que el Tribunal Constitucional (TC) se desmarcó de esa lógica, avanzando con la [Sentencia del TC 91/2019, de 3 de julio \(comentada en el núm. 439 de esta revista\)](#), en la que se considera que las reglas para el cálculo del porcentaje aplicable en la jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial son discriminatorias al margen de la perspectiva de género, basándose solo en la vulneración del principio de igualdad.

Con esta sentencia, por primera vez en lo relativo al sistema de Seguridad Social español, se admite por el TJUE que una norma que perjudique a las mujeres (estadísticamente probado) no implica una discriminación indirecta, siempre que las restricciones estén fundadas en la búsqueda de la sostenibilidad de las pensiones.

En este sentido, consideramos que hay que hacer varias precisiones:

- El requisito contemplado en el [artículo 208.1, apartado c\), de la LGSS](#) es razonable en tanto que se trata de una jubilación voluntaria. Una jubilación de ese tipo, que debe desincentivarse, requiere que la persona solicitante pondere si la penalización que sufrirá su pensión le compensa. Pero si dicha penalización se ve «absorbida» por los complementos por mínimos, si el importe a percibir será el mismo tanto si se trabaja hasta la edad ordinaria, como si se retira anticipadamente, la persona trabajadora no encontrará estímulo en mantener la actividad. Por tanto, con carácter general, es un requisito que entendemos plenamente razonable.
- El sistema especial del hogar es un sistema que continúa siendo muy deficitario en términos de protección social. Las carreras de seguro de las personas afiliadas en este sistema poco tienen que ver con las del resto del RGSS. Por ello, que estadísticamente se haya analizado la eventual discriminación indirecta partiendo solo de los datos del RGSS puede haber «maquillado» considerablemente la dimensión de la verdadera discriminación indirecta que tiene lugar con ese colectivo. En la práctica, se impide jubilarse anticipadamente de modo voluntario a las empleadas del hogar. Es posible que, si el TJUE hubiera ponderado la verdadera discriminación que revela la estadística si la acotamos a este colectivo, con el lastre económico que para el sistema de Seguridad Social y su sostenibilidad representan las pensiones de las empleadas del hogar, quizá el fallo hubiera ido en otro sentido.
- Un colectivo como el de las personas que trabajan en este sector, en el que suelen llegar a los últimos años de su vida laboral en unas condiciones físicas complicadas –habida cuenta de la dureza de su actividad–, se merece estar incluido

dentro de los supuestos que en nuestro ordenamiento permiten la reducción de la edad ordinaria de jubilación por penosidad. Sin embargo, no es así (como tampoco ocurre con numerosos colectivos). Esa falta de previsión normativa para con este colectivo podría salvarse permitiendo que se jubilasen anticipadamente. Pero el examinarlo con las mismas reglas que al resto del RGSS lleva a la conclusión que hemos visto. Realmente, no es un colectivo equiparable, y el que se les cierre *de facto* esa puerta de retiro hace que no tengan más remedio que extender su dura actividad profesional hasta una edad ordinaria que en muchos casos es superior a los 65 años. La única opción que les queda es recurrir a la incapacidad permanente.

Por todo ello, creemos que esta sentencia tiene otro impacto, que es poner de manifiesto la imperiosa necesidad de reformar la figura de jubilaciones a edades reducidas por circunstancias del trabajo realizado, para que el retraso del cese de la actividad pueda implementarse, pero atendiendo a las singularidades de los colectivos cuya actividad profesional es penosa, peligrosa o insalubre, y actualizando estos términos a la realidad actual.

La pensión de viudedad y el cómputo de los días cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de completar el periodo de cotización de 500 días

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 788/2020, de 22 de septiembre](#)

Gloria María Montes Adalid

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga*

Extracto

Mientras que en algunas prestaciones se excluye de manera expresa –jubilación o desempleo– el cómputo de los días cuota, en el resto de prestaciones no se contempla dicha exclusión. En ese aspecto, siendo consciente de que las sucesivas reformas legislativas podrían, en el mismo sentido, haber realizado dicha exclusión, el Tribunal Supremo reconoce expresamente el mantenimiento de la doctrina de los referidos días cuota salvo para aquellos supuestos en los que la regulación disponga la reiterada exclusión. Se resuelve en este procedimiento respecto a la pensión de viudedad, pero se deja abierta la puerta a la misma solución para otras prestaciones.

Palabras clave: pensión de viudedad; periodo de carencia; días cuota; gratificaciones extraordinarias.

Cómo citar: Montes Adalid, Gloria María. (2021). La pensión de viudedad y el cómputo de los días cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de completar el periodo de cotización de 500 días. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 788/2020, de 22 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 217-224.

The widow's pension and the calculation of the days quota for extraordinary bonuses in order to complete the contribution period of 500 days

Commentary on Supreme Court ruling 788/2020, of September 22

Gloria María Montes Adalid

Abstract

While some benefits expressly exclude –retirement or unemployment– the calculation of payment days, in the rest of benefits such exclusion is not contemplated. In this sense, being aware that the successive legislative reforms could, in the same sense, have carried out said exclusion, the Supreme Court expressly recognizes the maintenance of the doctrine of the referred days quota except for those cases in which the regulation provides the repeated exclusion. It is resolved in this procedure with respect to the widow's pension, but the door is left open to the same solution for other benefits.

Keywords: widow's pension; grace period; quota days; extraordinary bonuses.

Citation: Montes Adalid, Gloria María. (2021). The widow's pension and the calculation of the days quota for extraordinary bonuses in order to complete the contribution period of 500 days. Commentary on Supreme Court ruling 788/2020, of September 22. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 217-224.

Generalizar es siempre equivocarse.

Hermann Keysemig

1. Marco normativo

La pensión de viudedad, en sus inicios, nace con el objetivo de protección de la situación de necesidad que el fallecimiento del/de la cónyuge (generalmente el hombre) ocasionaba en la familia. En el momento histórico de su surgimiento nos encontrábamos en un contexto social y económico caracterizado por una distribución de roles familiares en el que la mujer, como regla general y casi unánime, se encargaba de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos/as, así como de otros/as familiares dependientes, mientras que el hombre mantenía la economía de la familia, como principal y prácticamente única responsabilidad.

No obstante, actualmente la propia evolución de la sociedad nos ha llevado a una superación de aquellos roles clásicos. Existen, en este sentido, diversos modelos de familia que no se ajustan a lo tradicional, sino que es un modelo de familia más extendido (que va más allá de la institución hombre trabajador-mujer ama de casa) donde la mujer juega un papel de trabajadora, aportando ingresos a la economía del hogar. La mujer está integrada en el mundo laboral y ya no depende económicamente de otra persona. Podríamos entender, por ende, que la pensión de viudedad ha perdido de vista el objetivo inicial al que responde en su creación y se ha transformado en una red de seguridad para todas las familias independientemente de su capacidad económica, ya que ha ido ampliando de forma progresiva su radio de protección a otras personas beneficiarias (Bonache Miralles, 2017).

Por este motivo, la legislación ha tenido que adaptar de forma constante dicha pensión a las nuevas realidades a través de numerosas reformas. Si nos retrotraemos en el tiempo, podemos afirmar que su mayor transformación se debió a la entrada en vigor, el 1 de enero de 1967, de la Ley 193/1963 de bases de Seguridad Social y su texto articulado de 21 de abril de 1966, donde se establecía con relación a las prestaciones por muerte y supervivencia, concretamente la viudedad, que esta se generaba en favor de una persona beneficiaria en el caso de que el/la sujeto causante hubiera completado un periodo de cotización de 500 días dentro de los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa fuera una contingencia profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional).

Actualmente, el vigente Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), establece en su artículo 219.1 que:

Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un periodo de cotización de 500 días, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el periodo de cotización de 500 días deberá estar comprendido dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización.

Esto es, como podemos apreciar, se mantiene la exigencia del requisito –como regla general– de que se hubiera completado un periodo de cotización de 500 días en los 5 años previos a la muerte del/de la causante. Pero, a partir de aquí, una vez constatado lo anterior, debemos cuestionarnos cómo se realiza el cómputo de estos 500 días cotizados a los que se ha hecho referencia.

A estos efectos, para entender cómo se formula el cómputo de los reiterados 500 días, debemos atender a la consideración de dos elementos clave: los días cuota, de una parte, y, de otra, el periodo de carencia.

Estos días cuota de la Seguridad Social, en primer término, son aquellos días que se corresponden con los de las dos pagas extraordinarias obligatorias de las personas trabajadoras. Y, en consecuencia, son los 60 días que se corresponden con 2 meses. 60 días que deben sumarse a los 365 días naturales del año.

Por otra parte, y como es sabido, cuando se alude al periodo de carencia nos estamos refiriendo al periodo mínimo de cotización a la Seguridad Social para poder acceder al derecho a recibir algún tipo de prestación. Y, en este caso, los requisitos generales y específicos determinan –o deben determinar– su fórmula de cómputo.

Pero fue la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de junio de 1974 –a la que nos referiremos posteriormente– la que aportó una primera construcción de la doctrina judicial sobre los días cuota y su naturaleza, completando la laguna que los textos legales planteaban al no precisar, de un modo claro, los efectos de la cotización por pagas extraordinarias. Dicha sentencia determinaba que, en lo relativo al cómputo del periodo de carencia, debía primar la noción de «día cuota» sobre la de «día de trabajo cotizado». De esta manera, la cotización por pagas extraordinarias computa para la acreditación del periodo mínimo de cotización que se exige para la concesión de cada una de las prestaciones.

Y así, para el cómputo del periodo de carencia, por tanto, el año no se integra por 365 días únicamente, sino que debemos agregarle los días cuota, es decir, 60 días al año.

2. Supuesto de hecho: relato fáctico de los detalles del caso y recorrido judicial

El origen del conflicto judicial está en la impugnación planteada por doña Cándida contra la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en la que era rechazada la pensión de viudedad por no reunir, precisamente, el periodo mínimo de cotización exigido al causante, de 500 días en los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento conforme al [artículo 174.1 de la LGSS de 1994](#) (actual [art. 219.1 LGSS](#)).

La resolución del INSS es objeto de impugnación ante la instancia, siendo la pensión de viudedad reconocida por la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Córdoba de 12 de julio de 2016 (autos 672/2015), si bien dicha resolución es revocada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla de 7 de febrero de 2018 (rec. 570/2017) –acompañada de un Auto aclaratorio de 21 de febrero de 2018–.

La argumentación del motivo de revocación, como se establece en el citado auto, se fundamenta en que la aplicación del [artículo 174.1 de la LGSS de 1994](#) –de conformidad con el [art. 7.1 b\) Orden de 13 de febrero de 1967](#), por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la Seguridad Social– exige un periodo de carencia de 500 días –a los efectos de la pensión de viudedad–, siempre que el/la causante hubiera estado en alta o asimilada en el momento de su muerte. Es decir, se requiere la acreditación de un periodo mínimo de 500 días efectivamente cotizados, sin incluir los correspondientes a pagas extraordinarias.

Se aparta, de este modo, de la doctrina emanada de la [STS de 23 de septiembre de 2013 \(rec. 3039/2012\)](#) –alegada por la potencial beneficiaria– y confirmada por otras posteriores de [26 de noviembre \(rec. 2909/2012\)](#) y [4 de diciembre de ese mismo año \(rec. 144/2013\)](#). En las mismas se venía a resolver que los días cuota –aquellos que coinciden, como hemos señalado, con gratificaciones extraordinarias– se tienen en consideración para el cálculo del periodo de carencia exigible. En cualquier caso, ahora se sugiere que dichas sentencias fallaban sobre un debate que afectaba al reconocimiento de prestaciones de invalidez, sujetas a una regulación diferenciada.

Frente a la sentencia de suplicación, se alza la viuda, manifestando su disconformidad, e interpone recurso de casación, aportando como sentencia de contraste la STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de febrero de 1999 (rec. 3608/2017) –en esta, relativa a un caso de una concesión de una indemnización derivada de fallecimiento, se resolvía, con cita de la STS de 10 de junio de 1974, que sí se debían tener en cuenta las cotizaciones correspondientes a las gratificaciones extraordinarias–. Dicho recurso denunciaba la infracción del [artículo 174.1 de la LGSS de 1994](#), en relación con el [artículo 7.1 b\) de la Orden de 13 de febrero de 1967](#), y de la jurisprudencia que lo aplica, citando las SSTs de 10 de junio de 1974, [28 de enero de 2013 \(Pleno\) \(rec. 812/2012\)](#) y [23 de septiembre de 2013 \(rec. 3039/2012\)](#).

Aquí se centra el debate judicial, ya que, a los efectos de computar el periodo de cotización exigido para causar el derecho a la pensión de viudedad, el auto de rectificación de la sentencia recurrida rechazaba de manera expresa que se pudieran tener en cuenta las cotizaciones relativas a las gratificaciones extraordinarias. Por el contrario, la sentencia de contraste antes referenciada, con cita de la STS de 10 de junio de 1974, declara que sí deben tenerse en cuenta las cotizaciones correspondientes a las gratificaciones extraordinarias.

3. Doctrina judicial: fallo y razonamiento¹

Tras superar el juicio de contradicción, el TS confirma el criterio de la instancia, basándose, fundamentalmente, en que partiendo de la anteriormente citada STS de 10 de junio de 1974 y en el desarrollo de la jurisprudencia posterior, así como en el alcance de la doctrina judicial respecto a la pensión de viudedad, no tiene por qué entenderse que la cotización por los días equivalentes a las pagas extraordinarias quede limitada a la pensión de jubilación.

Partiendo de la STS de 10 de junio de 1974, ya nos advertía que de manera reiterada –STS de 12 de marzo de 1973– esa sala había señalado que:

[...] debe primar el sentido de «día de cotización» y no el de «día de trabajo o natural» pues «los textos legales no imponen, ni de sus términos puede deducirse, una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias», por lo que «el año a dichos fines no consta solamente de los 365 días naturales, sino de estos y los días cuota abonados por las gratificaciones extraordinarias».

Dicho criterio fue reafirmado por resoluciones posteriores –SSTS de [24 de enero de 1995 \(rec. 735/1994\)](#) y [20 de junio de 2002 \(rec. 1463/2001\)](#)–, determinándose que los días cuota se debían tener en consideración para realizar el cómputo del periodo mínimo de cotización que se exige.

Sin embargo, a otros efectos, como son la determinación de la cuantía de la prestación y el porcentaje a aplicar a la base reguladora, no se deben tener en consideración los días cuota. Esto último se respalda y se confirma definitivamente en la [STS \(Pleno\) de 28 de enero de 2013 \(rec. 812/2012\)](#), que, además, añade el razonamiento de que las pagas extra se prorratean en los 12 meses de cotización y, por consiguiente, ya se computan para el cálculo de la base reguladora. Si se adicionaran los días cuota, estaríamos ante una duplicidad en lo que respecta a las pagas extraordinarias. Dicho esto, de lo anterior

¹ Vid. [Beltrán de Heredia Ruiz \(2020\)](#).

se desprende que, aunque no se tengan en cuenta los días cuota para determinar la base reguladora y cuantía de la prestación, sí se tienen en cuenta para el periodo de carencia.

Por otro lado, con relación a la legislación también se confirma el criterio seguido por la instancia. Muestra de ello son las reformas desarrolladas por la [Ley 35/2002, de 12 de julio](#), de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (para la jubilación anticipada), y la [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), de medidas en materia de Seguridad Social (para la ordinaria), que determinan que no se deberá tener en cuenta la parte proporcional que corresponde a pagas extraordinarias a efectos del cómputo de los años cotizados ([art. 161.1 b\) LGSS de 1994](#) –hoy, [art. 205.1 b\) LGSS](#)–). Se establece, como particularidad, que se aplica lo anterior a la pensión de jubilación («con el fin de incrementar la correlación entre cotizaciones y prestaciones», se dice en el [preámbulo Ley 40/2007](#)).

Se entiende, por lo tanto, que no se extiende ni proyecta sobre otras pensiones o prestaciones del sistema de la Seguridad Social y la exclusión de las cotizaciones por pagas extraordinarias solo se aplica en lo relativo a la pensión de jubilación y no para el resto de pensiones, como la incapacidad permanente o la viudedad.

Es un punto a reseñar que la finalidad de la reforma desarrollada por la [Ley 40/2007](#) era la intensificación de la contributividad del sistema, para la consecución de una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones obtenidas. Como indica [Paredes Rodríguez \(2010\)](#):

Se pasó de los 4.700 días de cotización exigidos a los 5.475 días reales. No obstante, la implantación de la medida se efectuó de forma paulatina con un incremento de los 4.700 días reales de cotización exigidos, en 77 días más por cada semestre desde el 1 de enero de 2008 (disposición transitoria cuarta de la LGSS).

También, la jurisprudencia posterior ha ratificado y apoyado el criterio de 1974, a excepción de lo que se dispone en la reforma legal relativa a la jubilación. Tanto la [STS de 25 de junio de 2008 \(rec. 2502/2007\)](#) como la [STS de 27 de octubre de 2009 \(rec. 311/2009\)](#) lo manifiestan.

Es de reseñar que la [STS \(Pleno\) de 28 de enero de 2013 \(rec. 812/2012\)](#), en un supuesto de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, volviendo a recalcar dicho planteamiento, indica que la pensión de jubilación es en la «única que ha sufrido modificación legal la determinación del periodo de carencia para su acceso, al haberse modificado expresamente el art. 161.1 b) de la LGSS».

En consecuencia de lo descrito previamente, se afirma en la sentencia (y se reitera en diversos casos ulteriores, como las SSTs de [18 de abril de 2013, rec. 1340/2012](#); [23 de](#)

septiembre de 2013, rec. 3039/2012; 4 de noviembre de 2013, rec. 271/2013; 26 de noviembre de 2013, rec. 2909/2012; 4 de diciembre de 2013, rec. 144/2013; o 5 de diciembre de 2013, rec. 210/2013, entre otras) que:

[...] la doctrina jurisprudencial sobre los días cuota –entendida en el sentido de que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha exclusivamente para el periodo de cotización necesario para la concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta solo de los 365 días naturales, sino de estos y de los días cuota abonados por gratificaciones extraordinarias– sigue plenamente vigente para la determinación del periodo de carencia de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, pero ya no por lo que se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación.

En último lugar, en lo relativo a la pensión de viudedad a la que nos referimos en este caso concreto, podemos hablar de un alcance de la doctrina a dicha pensión, ya que la doctrina de los «días cuota» se entendía en un primer momento como de aplicación general, y solo ha sido limitada en lo relativo a la jubilación y a los efectos de determinación de la ocupación cotizada en la prestación por desempleo (art. 3.3 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo). En conclusión, sin incluir estos supuestos concretos relativos a desempleo y jubilación, la doctrina emanada del TS en la Sentencia de 10 de junio de 1974 es aplicable al caso de la viudedad que nos atañe.

4. Trascendencia o relevancia de la doctrina fijada más allá del caso

Con la STS 788/2020, de 22 de septiembre, objeto de este comentario, se consolida el criterio que ya se apuntó desde la STS de 10 de junio de 1974 de consideración de los días cuota sobre los días de trabajo efectivamente cotizados a efectos del cómputo del periodo de carencia. En este sentido, la legislación solo ha excluido de forma expresa que los días cuota deban computarse para el acceso a las pensiones de jubilación (art. 161.1 b) LGSS de 1994 y art. 205.1 b) LGSS) y desempleo (art. 3.3 RD 625/1985).

Por tanto, esta sentencia marca un antes y un después, superando definitivamente el debate jurisprudencial existente relativo a la incorporación de los días cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos del cálculo del periodo de carencia necesario para tener derecho a una prestación, en este caso, la de viudedad, pero asentando una doctrina según la cual, salvo exclusión expresa, debe entenderse aplicable al resto de prestaciones, lo que resulta trascendente por su alcance.

Situación de las personas trabajadoras fijas discontinuas que son contratadas sin solución de continuidad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 951/2020,
de 28 de octubre**

Pilar Palomino Saurina

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

Extracto

La Sentencia de 28 de octubre de 2020 dirime si las personas trabajadoras recurrentes son fijas discontinuas o fijas cuando son contratadas sin solución de continuidad, encadenando unos contratos con otros, sin que haya discontinuidad en el trabajo.

Palabras clave: trabajo fijo discontinuo; trabajo fijo continuo; encadenamiento de contratos.

Cómo citar: Palomino Saurina, Pilar. (2021). Situación de las personas trabajadoras fijas discontinuas que son contratadas sin solución de continuidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 951/2020, de 28 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 225-229.

Situation of permanente discontinuous workers who are hire without solution of continuity

Commentary on Supreme Court ruling 951/2020,
of October 28

Pilar Palomino Saurina

Abstract

The ruling of October 28, 2020, decides whether recurring workers are permanente, discontinuous or permanente when they are hired without a solution of continuity, linking some contracts with others, without discontinuity in work.

Keywords: discontinuous fixed work; continuous fixed work; chaining of contracts.

Citation: Palomino Saurina, Pilar. (2021). Situation of permanente discontinuous workers who are hired without solution of continuity. Commentary on Supreme Court ruling 951/2020, of October 28. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 225-229.

1. Marco legal

Desde 1994, el contrato de trabajo fijo discontinuo se encuadraba dentro del régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial. Tras la promulgación del [Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo](#), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, se tipificaron por separado los trabajos fijos y periódicos, en los que la prestación se organiza por periodos o tiempos predeterminados en un marco temporal anual y que como una modalidad más de trabajo a tiempo parcial se regulan en el [artículo 12.3 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), y los trabajos fijos discontinuos que no se repiten en fechas ciertas, en los que, a pesar de existir seguridad y certeza acerca del advenimiento de la campaña correspondiente, no se conoce el momento exacto ni la intensidad de la demanda, pasando a regularse en el [artículo 15.8 del ET \(de 1995\)](#).

Actualmente, el vigente ET mantiene esa diferenciación regulando el trabajo fijo discontinuo en su [artículo 16](#).

2. Síntesis del supuesto de hecho

Las personas demandantes prestaban servicio para su empresa en virtud de contratos fijos discontinuos, con categoría de peón y antigüedades de los años 1976, 1977 y 1980.

Una de las trabajadoras presentó demanda solicitando que se declarase que era trabajadora fija a tiempo completo de la empresa. La demanda fue desestimada por el juzgado de lo social. La trabajadora interpuso recurso de suplicación contra esta sentencia que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana.

Por acuerdo de 8 de noviembre de 2005, la empresa pactó con la representación de las personas trabajadoras el reconocimiento de dos campañas, la de verano (julio y agosto) y la de invierno (el resto del año), ambas para la selección y recogida de tomate.

Es destacable que, a las personas trabajadoras fijas discontinuas de las dos campañas «que prestan servicios durante todo el año», sin pasar a la situación de desempleo, se les garantiza una jornada de 1.802 horas en cómputo anual o la aplicable en convenio para personas trabajadoras fijas.

Las personas trabajadoras del caso demandan a la empresa solicitando que se declare su condición de personas trabajadoras fijas o indefinidas de carácter ordinario, pero el juzgado de lo social estimó la excepción de cosa juzgada respecto de una de las trabajadoras y desestimó la demanda de las tres personas trabajadoras.

Debido a ello, las personas trabajadoras interpusieron recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, que fue desestimada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, por lo que recurrieron en casación para la unificación de doctrina.

3. Razones de la doctrina judicial sentada en el caso

En la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 951/2020, de 28 de octubre, se considera que el hecho de que las personas trabajadoras hayan prestado sus servicios prácticamente sin solución de continuidad, encadenando unos contratos con otros, no es compatible con la naturaleza y finalidad del contrato fijo discontinuo, porque si los servicios que se prestan no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, el contrato pasará a ser fijo continuo.

Y es que es inherente al contrato fijo discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza de fijo discontinuo a fijo continuo u ordinario, ya que no hay discontinuidad, sino continuidad, porque la «seña de identidad» del contrato fijo discontinuo es la discontinuidad. Por ello, si, por el contrario, lo que existe de forma reiterada en el tiempo es una continuidad en la prestación de servicios, el contrato no podrá ser considerado fijo discontinuo, porque su naturaleza será la de fijo.

4. Trascendencia del fallo

La Sentencia de 28 de octubre de 2020 dirime si las personas trabajadoras recurrentes son fijas discontinuas o fijas como reclaman en su recurso.

Y lo que determina el TS, siguiendo para ello su Sentencia de 15 de julio de 2010 (rec. 2207/2009), es que las personas trabajadoras son contratadas sucesivamente, sin solución de continuidad, tanto para la campaña de verano como para la de invierno, sin que haya discontinuidad en el trabajo. Las personas trabajadoras, como sería lo habitual, no pasan a la situación de desempleo y, por lo tanto, tampoco son llamadas al comienzo de la campaña. Y como la actividad de la empresa es permanente y no intermitente, tal y como señala el artículo 16 del ET que debe ser un trabajo fijo discontinuo, el contrato ha de considerarse fijo.

Por este motivo, el TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina, casa sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana y declara que los contratos fijos discontinuos deben mudar a fijos.

No obstante, hay que tener en cuenta que en función de la jornada laboral pueden apreciarse diferencias dentro de los trabajos fijos discontinuos. Así, mientras que algunos implican un tiempo de trabajo inferior al habitual en la actividad de que se trate, otros por definición no suponen reducción alguna sobre la jornada habitual, puesto que la actividad correspondiente tiene precisamente esas características, de modo que puede ser realizada mediante jornadas a tiempo completo, trabajando, por tanto, todos los días de la campaña.

En todo caso, y debido a la naturaleza indefinida del contrato, la persona trabajadora mantiene un único vínculo, aunque su prestación laboral esté sometida a las vicisitudes de los trabajos que constituyen su objeto. Y ello con independencia de que, en determinadas circunstancias previamente estipuladas, la actividad fija discontinua pueda ser desarrollada a través del cauce de los contratos temporales, como en el supuesto de sustitución de personas trabajadoras con derecho a reserva de puesto de trabajo o por la aparición de necesidades excepcionales en la empresa.

Sobre este particular, la [STS de 28 de octubre de 2020](#) puede tener gran trascendencia al considerar que los contratos fijos discontinuos, si realizan su actividad sin solución de continuidad, deben mudar su naturaleza a fijo continuo, ya que hasta ahora existían posiciones encontradas sobre el carácter de la relación de las personas trabajadoras que alternaban una actividad fija discontinua con una actividad temporal para la misma empresa, teniendo como consecuencia que prácticamente trabajaran todo el año. Así, las Sentencias del TSJ de [Extremadura 123/2018, de 1 de marzo](#), y de [Castilla y León/Valladolid de 12 de julio de 2018 \(rec. 280/2018\)](#) consideraban que es perfectamente compatible la alternancia de una actividad fija discontinua con una temporal para la misma empresa. Mientras se oponían a este criterio el [TSJ de Madrid en su Sentencia 806/2016, de 15 de diciembre](#), y el de [Asturias en su Sentencia 12/2019, de 8 de enero](#).

La [resolución analizada](#) se decanta por esta última posición y arroja algo de luz sobre esta cuestión al determinar que las personas trabajadoras son fijas continuas, ya que no pasan a la situación de desempleo y no son llamadas al comienzo de cada campaña, porque su actividad, ininterrumpida, se prolonga durante todo el año.

Delito de ultrajes a la bandera en el seno de una manifestación laboral

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2020](#),
de 15 de diciembre

Sergio Martín Guardado

*Investigador en formación en el área de Derecho Constitucional.
Universidad de Salamanca*

Extracto

La referida sentencia realiza un control de constitucionalidad de la condena penal por ultraje a la bandera de un representante sindical en el marco de una manifestación reivindicativa de carácter laboral. Se ofrece una crítica constructiva a la valoración del Tribunal Constitucional y de los votos particulares. El enfoque alternativo se desarrolla a través de la reafirmación del pluralismo social y la conexión del caso con la libertad sindical.

Palabras clave: libertad de expresión; libertad ideológica; protección de símbolos nacionales; libertad sindical.

Cómo citar: Martín Guardado, Sergio. (2021). Delito de ultrajes a la bandera en el seno de una manifestación laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2020, de 15 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 230-240.

Crime of ultrajes to the flag in the sine of a labor manifestation

Commentary on the judgment of the Constitutional Court 190/2020, of December 15

Sergio Martín Guardado

Abstract

The judgment carries out a constitutionality control of the criminal conviction for offenses to the flag of a trade union representative in the framework of a labor protest. A constructive criticism is offered to the assessment of the Constitutional Court and of the particular votes. The alternative interpretation is developed through the reaffirmation of social pluralism and the connection of the case with the syndical freedom.

Keywords: freedom of expression; ideological freedom; protection of national symbols; syndical freedom.

Citation: Martín Guardado, Sergio. (2021). Crime of ultrajes to the flag in the sine of a labor manifestation. Commentary on the judgment of the Constitutional Court 190/2020, of December 15. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 230-240.



1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

Las libertades ideológica ([art. 16 Constitución española –CE–](#)) y de expresión ([art. 20.1 a CE](#)), configuradas como derechos de libertad o de abstención de la ciudadanía frente al Estado, desde sus orígenes no han sido concebidas como derechos absolutos. Ya en el Estado liberal, abandonando el ideal *laissez faire*, apenas dirigido a los derechos de libertad económica, tuvieron como límite el orden público protegido mediante ley (arts. 10 y 11 [Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano](#)). Sin embargo, la transformación axiológica en lo que a la titularidad de la soberanía del poder estatal se refiere hace que la Nación ya no sea el centro del orden social y político, sino la persona socialmente considerada (arts. 1.1 y 10.1 CE). El pluralismo junto al principio democrático, en tanto bases fundacionales del Estado social y democrático de derecho, colocan a los derechos de libertad ideológica y de expresión como cauces de consecución práctica de aquellos. El constituyente español no impuso así un modelo de adhesión a la Constitución en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad ideológica y libertad de expresión, sino que el propio resultado de su ejercicio puede traer consigo un rechazo de sus esencias (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– [13/2001](#) y [12/2008](#), entre otras). Sin que quepa, en ningún caso, un ejercicio que conlleve la lesión efectiva de otros bienes y derechos que guardan relevancia para el texto constitucional.

Es innegable que la bandera nacional entra dentro de los símbolos nacionales de relevancia constitucional ([art. 4.1 CE](#)) y cuenta con protección penal habiéndose tipificado el delito de ultrajes a la bandera ([art. 543 Código Penal –CP–](#)). El delito referido supone el no reconocimiento, dentro del ejercicio de la libertad de expresión, de las expresiones escritas u orales u otras acciones manifestadas con publicidad externa que constituyan ofensas o ultrajes a los símbolos del Estado y de las comunidades autónomas. Por tanto, no se castiga indudablemente la libertad ideológica en su vertiente interna, sería imposible en un Estado democrático (*cogitationis poenam nemo patitur*), sino cuando esta se transforma y adquiere la dimensión de la libertad de expresión, cuando alcanza la posibilidad de transgredir un límite inequívoco: los derechos fundamentales reconocidos en el [artículo 18 de la CE](#), en especial, el derecho al honor y a la propia imagen ([art. 20.4 CE](#)).

Para examinar el presente caso y, por ende, entrar a abordar la legitimidad constitucional de la condena penal impuesta por proferir unas expresiones ofensivas dirigidas a uno de los símbolos políticos de España, como es la bandera, hay que tener presentes las circunstancias concurrentes en el caso concreto, sin que quepa hacer un examen general a partir de unas reglas generales preconcebidas. Esto es, requiere un control de constitucionalidad que ponga en relación directa los bienes y derechos constitucionales que concurren y entran en conflicto, sin que quepa hacer una interpretación restrictiva al ejercicio

del derecho de libertad de expresión. Sin poder dejar de lado la cláusula de apertura interpretativa en lo que a los derechos fundamentales se refiere ([art. 10.2 CE](#)), es cierto que la labor del máximo intérprete de la Constitución ha sido reconducida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Deberemos tener en cuenta, pues, los artículos 10 y 11 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) y, en concreto, que las medidas restrictivas de la libertad ideológica en su vertiente externa solo superarán el canon de validez constitucional cuando «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática» y, por ende, no menoscaben la dignidad de las personas o afecten a la garantía del libre desarrollo de la personalidad (FJ 4.º STC 177/2015).

¿En qué sentido se ha pronunciado el TEDH en relación con conflictos similares al que vamos a abordar inmediatamente? Fundamentalmente, dos casos guardan relación con el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento constitucional en amparo. La Sentencia del TEDH ([STEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells contra España](#), donde, sin que entremos demasiado en el caso concreto, el TEDH asume que, en una sociedad democrática, la crítica política contra un ente público, en aquel caso, el Gobierno, tiene un margen más amplio que la que se dirige contra una persona particular o sujeto individualizado (*favor libertatis*). Al mismo tiempo que asumía: «en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este tribunal aplicar el control más estricto» sobre las restricciones. El fundamento del tribunal recae además sobre la concepción colectiva de la libertad de expresión, en tanto que la condición de representante político del demandante conlleva entender necesariamente la vulneración del derecho en un gran número de personas. Suponiendo, así, la afectación mediata del pluralismo político, a mi entender.

En la [STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España](#), el TEDH se vuelve a mostrar contrario a la interpretación que da a un conflicto de derechos similar nuestro TC, anulando su [STC 177/2015](#), relativa a un delito de injurias a la Corona ([art. 491 CP](#)). Admitir que la quema de una fotografía de su majestad el rey merece sanción penal en el contexto de una manifestación cargada de un evidente componente ideológico, como lo es una concentración antimonárquica e independentista, «conllevaría una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH –lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna «sociedad democrática»–». Se entiende que las *performances* se dirigen frente a la institución monárquica como símbolo del Estado ([art. 56 CE](#)) y no frente a la persona del rey, como muestra de rechazo ideológico a la forma de Estado ([art. 1.3 CE](#)), lo que queda englobado dentro del principio democrático y el pluralismo. En definitiva, cuando la destinataria no es una persona individualmente considerada, no hay afectación de orden público (cfr. [art. 10.1 CE](#)), pues habríamos de entender que no constituye una vulneración del derecho al honor y a la propia imagen, sino que se trata del ejercicio de la libertad ideológica en su vertiente externa y de la propia libertad de expresión, dirigida en crítica contra el Estado, en tanto no se comparta su legitimidad desde una perspectiva individual.

2. Supuesto de hecho: condena penal por ultraje a la bandera

En el supuesto fáctico enjuiciado, las personas trabajadoras de la empresa contratista del servicio de limpieza de un establecimiento militar en Ferrol se manifiestan frente al mismo, concentrándose de forma periódica y regular con motivo de reivindicar el pago de sus prestaciones salariales. En el transcurso de la ceremonia solemne de izado de la insignia nacional, acompañada de la interpretación del himno, uno de los manifestantes profiere las siguientes expresiones, valiéndose de un megáfono: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira» (esto es, en castellano: «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»).

Tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección primera, de 8 de febrero de 2018 (rec. de apelación 1173/2017), que resuelve recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 22 de marzo de 2011, del Juzgado número 1 de Ferrol (proc. abreviado 32/2016), como esta propia, consideran que los hechos que se refieren son constitutivos de un delito de ultrajes a España (art. 543 CP) que supone el reproche penal de «las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas».

Téngase presente que, según la sentencia recurrida en amparo, las palabras ofensivas se ejecutaron con publicidad, con un megáfono y en presencia de miembros de las fuerzas armadas participantes de la ceremonia castrense. Así, según la sentencia: «el encausado actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono». Es por ello por lo que, según la sentencia de apelación, los ultrajes de palabra concretos no se amparan en la libertad de expresión. Sin embargo, sí se encontrarán respaldadas por el ejercicio del derecho expresiones como «a bandeira non paga as facturas» (en castellano: «la bandera no paga las facturas»).

3. La doctrina constitucional contenida en la sentencia

3.1. Fallo: mensaje de menosprecio a la bandera no amparado por la libertad de expresión y proporcionalidad de la respuesta penal

La condena penal que se deriva de la decisión judicial ha vulnerado, según el demandante de amparo, sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE). Según el recurrente, «las expresiones proferidas son objetivamente inocuas, pronunciadas en el transcurso de una protesta laboral desarrollada ante

las puertas de un establecimiento militar, y no provocaron actos violentos ni alteraciones del orden público». Por tanto, el juicio de amparo tratará de abordar el conflicto que se produce, en concreto, entre la condena impuesta al manifestante por la comisión del delito de ultrajes a España y entre los derechos que invoca en el recurso de amparo: artículos 16.1 y 20.1 a) de la CE. La fundamentación dada por el tribunal debiera haber servido para determinar dos extremos: primero, si las expresiones proferidas entran en el marco del ejercicio de la libertad de expresión y, segundo, y más importante si cabe, si la aplicación al caso concreto del tipo penal supone una vulneración de la libertad ideológica. Sin embargo, el tribunal no ha abordado todas las circunstancias concurrentes en el caso para dar una respuesta jurídica que resuelva ambos extremos que, necesariamente, han de ser resueltos, centrándose en el primero de ellos.

Téngase en cuenta que el autor de las expresiones aduce su condición de representante sindical de la Confederación Intersindical Galega, sindicato gallego de ideología nacionalista. Este hecho debiera haber puesto el foco en la eventual vulneración de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y no tanto en la libertad de expresión. Es cierto que puede producirse un quebranto de orden público que suponga colocar las expresiones fuera del ejercicio del artículo 20.1 a) de la CE, pero aplicar la condena al caso objeto de análisis supondría, a mi juicio, la desnaturalización del contenido de la libertad ideológica, rompiendo así con la vigencia de dos valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad y el pluralismo, tal y como ha asumido el TC en la Sentencia 20/1990, sin que sea posible hablar de más límites a la misma, en su vertiente externa, que los propios del mantenimiento del orden público (FJ 5.º STC 177/2015). Admitir por omisión que no hay ninguna carga ideológica en las expresiones es tan erróneo como asumir que la libertad de expresión absorbe plenamente el contenido de la libertad ideológica en su vertiente externa, contradiciendo así el fallo mayoritario una doctrina consolidada a la que hace referencia (FJ 3.º STC 20/1990).

Estas circunstancias también son puestas de manifiesto por parte del Ministerio Fiscal, que aduce una ausencia de ponderación debida que llegue a conclusiones lúcidas sobre la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la condena. En palabras del Ministerio Fiscal: no se analizan ciertas circunstancias que permitirían realizar un juicio correcto de ponderación. En particular, «el contexto, la forma, el lugar, la finalidad y el alcance de la protesta laboral en cuyo ámbito se proferieron las expresiones», así como la condición de representante sindical de este, o el contenido y finalidad de aquellas, y las circunstancias relativas a las personas destinatarias o receptoras de las mismas.

En este sentido, la carga ideológica en el contexto donde se difunden las expresiones, así como también la relación de estas con la condición personal del demandante de amparo, son evidentes. Partiendo de esta premisa, el juicio de ponderación es erróneo en tanto que se centra en la libertad de expresión, sin tener en cuenta dentro de la ecuación la libertad ideológica como derecho conexo y de gran relevancia constitucional. No puede, por tanto, admitirse que exista una «falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas en la reivindicación laboral», sino todo lo contrario. Hubiera sido importante quizás invocar

formalmente el derecho de libertad sindical ([art. 28.1 CE](#)), con el fin de dotar al juzgador constitucional de mayores relaciones de conexión respecto de la libertad ideológica. Esto es, el derecho penal no puede ser un factor de interpretación favorable a la restricción de los derechos fundamentales en todo caso, en tanto que no es un límite a los mismos con carácter genérico, sino cuando tan solo de su ejercicio se desprenda un contenido y finalidad contraria al propio ejercicio del derecho (entre otras, [STC 108/2008](#)).

Según el TC, de ningún modo estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión, sino que las palabras proferidas «constituyen ultrajes de palabra a la bandera española, realizados con publicidad, que no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión». El fallo mayoritario aduce así que no había *animus criticandi*, sino que del contenido de tales expresiones se deduce una finalidad ofensiva que va dirigida a personas concretas, «autoridad y personal militar», ajenas al conflicto laboral, provocándoles «un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje» (FJ 5.º). Otra interpretación errónea, pues la masa laboral que se reivindica contra la empresa contratista lo hace ante el establecimiento militar en tanto centro de trabajo, por lo que la relación de conexión no es ajena con la autoridad y el personal militar, por cuanto las personas trabajadoras han venido prestando servicios en dicha instalación militar.

Por otra parte, se llega a la siguiente conclusión:

[...] se trataba del momento del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado, en este caso a la bandera y al himno nacional.

Por la jurisprudencia es conocido que la libre manifestación como canal de reivindicación de los intereses propios debe admitir un ambiente de crítica y molestia, pues es su propia finalidad. Y, de forma indudable, las expresiones son reflejo del malestar que se ha producido entre las personas trabajadoras de la empresa contratista por el impago de los salarios, sin que pueda admitirse tampoco por completo «la falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a efecto las personas concentradas» (FJ 5.º).

Entra dentro de la lógica de toda reivindicación de intereses a través de la libertad reconocida por el [artículo 21.2 de la CE](#) la existencia de un ambiente de crítica e incordio frente a quien se dirige; y tanto la empresa contratista como quien subcontrata, que es el establecimiento militar, sin entrar en la organización administrativa de la Defensa, son testigos de la situación y destinatarios directos de las protestas. Por tanto, a mi entender, el avance de la democracia exige entender sin reproche que el representante sindical se sirviese del momento solemne para proferir las expresiones (como hace el tribunal) con el ánimo de dirigirse frente a la Administración que subcontrata, con el fin de que interviniese

en el conflicto: ¿habría otro momento más sonoro? Es elemental la publicidad y la notoriedad, que siempre se busca para ejercer la libre manifestación. Y, en concreto, teniendo esto presente, la frase «aquí tenéis el silencio de la puta bandera», no dejando de admitir su carácter malsonante y ofensivo, podría bien referirse al silencio de la Administración del Estado ante el conflicto laboral. Por ende, a mi juicio, ejercicio legítimo de la libertad de expresión. La otra expresión, «hay que prenderle fuego a la puta bandera», puede bien referirse a una expresión propia de la ideología, nacionalista, del sindicato y, por ende, fruto de la plasmación externa de la libertad política e ideológica que garantiza la carta magna en su [artículo 16](#). Si se quiere, fácilmente las expresiones son reconducibles al contexto laboral del que partieron, sin que tenga que aducirse, a mi entender, una conexión con el conflicto laboral que suponga necesariamente una referencia expresa de contenido económico como «la bandera no paga facturas», ¡como si los intereses de las personas trabajadoras solo fueran salariales y de cuantía económica!

En suma, el fallo mayoritario niega que la razón que sustenta la convocatoria de las concentraciones y lo que mueven las expresiones del propio manifestante (el contexto de conflicto laboral) sean de interés público. De todos es sabido que la manifestación sindical es un asunto público, en tanto que los sindicatos de personas trabajadoras son sujetos políticos dentro de un Estado social y democrático de derecho, y, por ende, el fallo debe ser reprochado y reconocerse dichas expresiones dentro del ejercicio a la libertad de expresión. En ningún caso, el funcionamiento democrático de la acción sindical puede exigir la unicidad de comportamiento de todas aquellas personas que participan colectivamente en el ejercicio de la acción colectiva sindical. En este sentido, que «incluso algunas de las que formaban parte de la concentración reivindicativa llegaron a no compartir aquellas afirmaciones suyas y mostraron expresamente su rechazo a lo dicho» con un «no, eso no» no puede ser un criterio válido para desligar las expresiones del componente plena y primordialmente laboral.

3.2. Una interpretación alternativa: la apreciación del «contexto laboral de conflicto». Valoración de los votos particulares

Las críticas introducidas al fallo coinciden en gran medida con muchas de las posiciones mantenidas.

3.2.1. Voto particular discrepante que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías

La magistrada da importancia al contexto laboral reivindicativo en tanto condición necesaria para efectuar el juicio de ponderación: «se produjeron en una manifestación reivindicativa consecuencia de una situación de tensión y de conflicto laboral, y que, al contrario de lo que se considera en la sentencia, no se encontraban desligadas de dicho acto».

Recuerda la doctrina que el tribunal vierte en su [STC 89/2018](#): «la reivindicación laboral, que se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente». Sin embargo, sobre todo hay que dar relieve a la consideración pormenorizada que hace sobre la posibilidad de quebranto del orden público: «puta» como calificativo de la bandera nacional no tiene gravedad suficiente para injerir en el ejercicio de la libertad de expresión. Y eran reflejo de expresiones ofensivas e innecesarias y que atentan contra el respeto del personal militar, pero también «reflejaban el descontento por la pasividad de los militares ante la situación laboral de otros trabajadores». La búsqueda y el método de provocación es «acorde con la orientación ideológica nacionalista del sindicato al que pertenece el recurrente». No se trata, dice la magistrada, tanto de una manifestación expresada contra los símbolos del Estado, sino que «se trataba de presionar a la Administración de Defensa delante de sus instalaciones, con la finalidad de que interviniera en la resolución del conflicto laboral existente».

3.2.2. Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara

No puede valorarse este voto particular sin dejar de criticar las siguientes expresiones contenidas en él: «por si fuera poco, los medios de comunicación nunca renuncian a atribuir camisetas a unos y otros magistrados, correspondiéndome a mí, por lo visto, la de conservador; invitando todo a indicar que la habría traicionado; porque al parecer la bandera española es, a estas alturas, de derechas»; pues no corresponde otra cosa al juez constitucional que interpretar la correcta aplicación de la Constitución y el respeto a ella por parte del ordenamiento y no dar su opinión ni posicionarse aunque sea de forma negativa en ideología alguna del espectro político.

Es relevante, no obstante, la apreciación que hace en torno al fallo mayoritario con la expresión «eclipse de fiscal», donde defiende la posición del Ministerio Fiscal: «las malsonantes expresiones dirigidas por el recurrente a la bandera de España han de ser situadas en el contexto de reivindicación laboral en que se produjeron y sin desatender el dato de la orientación ideológica del sindicato al que pertenece el recurrente»; cuestión que no aborda el tribunal con suficiente atención según el magistrado. Y concluye: «que España pudiera sentirse ultrajada por esa salida de tono no me parece probable, dado el trivial alcance del reprochable término, que pierde toda substantividad cuando se usa como adjetivo». «Si se asume la fuerza simbólica de la bandera, ha de reconocerse que los actos, gestos y palabras de ataque a la misma también tienen fuerza simbólica y, por ello, son manifestación de una posición ideológica distinta que la que se materializa en la protección penal del símbolo y del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión cuando esa discrepancia ideológica se manifiesta públicamente» y, de no aceptarla, aunque no lo dice expresamente el

magistrado, supondría el rechazo del pluralismo en tanto valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). El fallo mayoritario entendía las expresiones como fruto de un sentimiento de intolerancia y exclusión hacia otros ciudadanos/as, pero, si lo entendemos a la inversa, ¿qué tolerancia tiene el ordenamiento jurídico con aquellos/as que no se sienten personalmente incluidos/as en la idea que representa la insignia nacional?

En suma, el magistrado Ollero critica la falta de atención a la jurisprudencia del TEDH y echa en falta la debida aplicación de la cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la CE.

3.2.3. Voto particular que formulan el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón

Critican la posición mayoritaria del Pleno y el juicio de ponderación y el criterio metodológico empleado para su resolución, que se realiza:

[...] sin detenerse a analizar si el recurso a la sanción penal es necesario y proporcionado, aunque haya habido una extralimitación en el ejercicio del derecho, lo que se niega en la sentencia aprobada; o si la descripción del tipo penal expresa un objeto de protección que justifique la injerencia y que, en el caso concreto, haya sido puesto en peligro.

Resaltando la importancia del contexto laboral, debía haberse tenido en cuenta que existió una huelga (art. 28.1 CE) y el propio ejercicio de la libertad sindical en el seno del conflicto laboral que suscitaron los impagos: se trata de dar visibilidad a un conflicto laboral y dirigirse también de forma pública frente a las autoridades de Defensa. Las expresiones críticas deben:

[...] enmarcarse en el ámbito de la crítica política y desacuerdo con las autoridades militares responsables de las instalaciones que eran escenario del conflicto laboral cuyas reivindicaciones se defendían legítimamente en la vía pública y en las inmediaciones del centro de trabajo donde se desarrollaba el conflicto laboral.

Según la magistrada y el magistrado, «la conducta penalizada, en tanto protesta pública y reivindicación, sí estaba íntimamente relacionada con la libertad ideológica y de expresión y con la libertad sindical y el derecho de huelga». Continúan, «la libertad de expresión cuando se ejercita en el ámbito de la libertad ideológica, la crítica política, o en conexión instrumental con el ejercicio de otros derechos fundamentales; situaciones estas en que la libre expresión de ideas, aun ofensivas o hirientes, se torna especialmente resistente a las pretensiones de limitación estatal», en tanto que son expresión de un fundamento estructural de la democracia: el pluralismo político.

En este sentido, no pueden ser sancionados:

[...] sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los ciudadanos, muchos o pocos, civiles o militares; sino únicamente el peligro real de alteración de la paz pública, expresión de una convivencia social tolerante con las diferentes ideas ajenas, a veces contrapuestas, que expresan también el pluralismo político.

Donde se produjeron los hechos, no existió un riesgo real e inminente para la convivencia social; admitir lo contrario supondría «la devaluación del propio sistema democrático, cuyo fortalecimiento y desarrollo precisa de una opinión pública libre e informada».

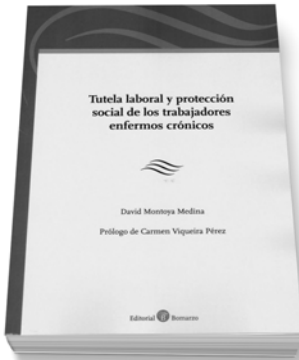
3.2.4. Voto particular que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón

La forma en la que se argumenta el fallo mayoritario del Pleno sustenta las críticas del magistrado en tanto que «permite, en el razonamiento, desligarla de la protesta laboral en cuyo marco se produjo, lo que acaba presentándola como un remedo de diálogo entre un hombre y una bandera, que carece de todo sentido».

4. Trascendencia o relevancia de la doctrina más allá del caso: el olvido intencionado del pluralismo «social»

A pesar de no haberse invocado el derecho a la libertad sindical del [artículo 28.1 de la CE](#), todas las expresiones se enmarcan en su ejercicio, pues no hay más que atender a la condición personal de quien las profiere, un representante sindical de un sindicato de corte nacionalista. Las circunstancias concurrentes en el caso y el olvido que parece ser intencionado (aludiendo al voto particular del magistrado Conde-Pumpido) por parte de la mayoría del Pleno del máximo intérprete de la Constitución han permitido despojar a la libertad de expresión de su carácter reivindicativo, tan necesario en el seno de los conflictos laborales.

Así, el TC parece abrir la puerta a dejar de considerar la «especificidad laboral» en el ejercicio de los derechos fundamentales. Algo que pone en jaque la cláusula social del Estado democrático de derecho que propugna nuestra carta magna y la posición singularizada de los sindicatos en el ejercicio de la libre manifestación. Todo conflicto laboral tiene un interés público innegable y la condición dialéctica de las relaciones laborales no responde más que al pluralismo democrático, que parece haberse obviado en la sentencia.



Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos

David Montoya Medina

Bomarzo

142 páginas - 2020

ISBN: 978-84-18330-21-6

La obra objeto de recensión aborda una cuestión que puede tener una importante repercusión en la vida profesional de una persona trabajadora. Se trata de la enfermedad crónica, analizada como un aspecto que puede afectar de manera negativa el normal desenvolvimiento de una relación laboral. Es un trabajo especialmente interesante por distintas razones, pero tal vez la primordial es que nos encontramos ante un estudio de conjunto, un estudio amplio en el que se analizan los numerosos problemas que pueden surgir cuando se sufre una enfermedad crónica y se aspira a desarrollar una relación laboral. En esta monografía se identifican los problemas y se indica cuál es la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico para solucionarlos. Este trabajo presenta otra fortaleza destacable, que se concreta en un abordaje de la materia desde una triple perspectiva de análisis que incluye los aspectos laborales, los de Seguridad Social y los que tienen que ver con la prevención de riesgos.

Por otra parte, se realiza un estudio de la cuestión en clave propositiva y a lo largo de sus cinco capítulos se identifica un amplio elenco de problemas, que surgen o pueden surgir no solo durante el desarrollo de la relación laboral, sino también en los momentos de su extinción e incluso en las fases previas al comienzo de la misma. Así, tras un primer capítulo de carácter introductorio en el que se pone de manifiesto la incidencia negativa que el padecimiento de una enfermedad crónica tiene en la vida profesional de una persona, el capítulo II se dedica a la incidencia de la enfermedad crónica en los estadios precontractuales. Así pues, en este capítulo se analizan tres cuestiones de gran interés. En primer lugar, el autor se plantea si resulta lícito interrogar a la persona aspirante a un puesto de trabajo acerca del padecimiento actual o pasado de algún tipo de dolencia o si ha atravesado periodos de incapacidad temporal en sus anteriores empleos. Asimismo, se estudia el régimen jurídico de dicha cuestión sin perder de vista que dos derechos constitucionales pueden entrar en colisión: de un lado, el derecho a la libertad de empresa y, de otro, el derecho a la intimidad personal. Para el profesor Montoya Medina estamos ante una cuestión compleja respecto de la cual es preciso «atender al necesario equilibrio entre los intereses en juego teniendo presentes las obligaciones que pesan sobre el trabajador enfermo

y reconociendo una esfera reservada al mantenimiento de sus derechos y libertades». En este capítulo también se pone encima de la mesa otra interesante cuestión, cual es hasta qué punto el derecho de la persona aspirante a su intimidad personal debe ceder cuando sus dolencias pudieran agravarse con ocasión de la ejecución del trabajo o cuando pudieran poner en peligro su integridad física o la de terceras personas.

Como no podía ser de otra manera en un capítulo dedicado a los estadios precontractuales y al acceso al empleo de la persona enferma crónica, el capítulo II también dedica un espacio al régimen jurídico de los reconocimientos médicos, preguntándose por cuestiones de gran interés como el carácter obligatorio o voluntario de su realización, la necesidad de diferenciar entre los reconocimientos de naturaleza preventiva y los reconocimientos de verificación y su impacto en los procesos de selección, y planteando, en fin, si la negociación colectiva podría introducir supuestos adicionales a los que ya prevé la normativa vigente y en los que el examen médico con carácter previo al inicio de la prestación de servicios pudiera resultar obligatorio.

Por último, el capítulo II dedica un epígrafe al análisis de las herramientas que proporciona el ordenamiento jurídico cuando se produce la exclusión de una persona enferma crónica durante un proceso de selección. En otras palabras, se plantea, en primer lugar, si podría considerarse discriminatoria la decisión de no contratar a una persona aspirante enferma, y para responder a esta pregunta el autor recorre la normativa aplicable, así como los criterios elaborados por el Tribunal Constitucional, por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con una posible situación discriminatoria, aunque es consciente, y así lo indica, de que los asuntos que hasta el momento han sido abordados por los tribunales mencionados no se vinculan a supuestos de no contratación de la persona trabajadora aquejada de una dolencia crónica, sino a supuestos de despido de la persona trabajadora, ya fuera ante una situación de incapacidad temporal que encontraba su origen en una enfermedad o en un accidente. En segundo lugar, se indaga acerca de cómo puede reaccionar la persona enferma excluida de un proceso de selección y cuál es la respuesta que podría ofrecer el ordenamiento jurídico en el caso de que la declaración de discriminación pesase sobre el supuesto objeto de análisis.

El capítulo III se dedica a la dinámica contractual del trabajo de la persona enferma crónica. A lo largo de sus más de treinta páginas se estudian dos temas de gran importancia en la materia. En primer lugar, la conexión entre la enfermedad y el tiempo de trabajo, y, en segundo lugar, la relación que existe entre la incapacidad temporal y la enfermedad. La primera cuestión se analiza a lo largo de un epígrafe en el que se ponen de manifiesto las dificultades que ocasiona el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no contenga ninguna norma en la que de manera expresa se reconozca el derecho de la persona trabajadora que sufre una enfermedad crónica a conciliar debidamente su derecho al trabajo con la protección de su salud. Respecto de esta cuestión y en clave propositiva se plantea la posibilidad de que la norma reconozca un derecho a la reducción de jornada o un derecho a la adaptación de la jornada por motivos de salud. Precisamente, ante esta situación de ausencia de

regulación, el autor desarrolla a lo largo de varias páginas un sugerente ejercicio de argumentación que se fundamenta en las previsiones específicas en materia de prevención de riesgos y, concretamente, en las obligaciones empresariales que dicha normativa impone a la empleadora tanto con carácter general como en relación con las personas trabajadoras nocturnas o las personas trabajadoras a turnos. A este respecto, el profesor Montoya Medina infiere de la normativa de prevención de riesgos la posibilidad de reducir o adaptar la jornada, pero no sin antes advertir que en estos momentos la persona trabajadora enferma no ostenta el derecho a exigir dicha solución a la empresa, pues para ello sería preciso su reconocimiento explícito en la ley.

El resto del capítulo III se dedica al análisis del régimen de Seguridad Social vinculado a los supuestos de suspensión por incapacidad temporal. Entre otras cuestiones interesantes, en este capítulo, el autor se plantea la importancia del parte facultativo de baja para el nacimiento de la causa suspensiva. También nos recuerda los derechos que subsisten durante la incapacidad temporal y la pervivencia del principio de buena fe, así como la de los deberes contractuales relacionados con dicho principio. A este respecto destaca el estudio de supuestos concretos obtenidos de la jurisprudencia que permite a lectoras y lectores hacerse una idea acerca de los comportamientos o conductas que puede llevar a cabo una persona enferma crónica durante la situación de incapacidad temporal. En otras palabras, se ofrece respuesta a preguntas tan concretas y tan habituales como, por ejemplo, la de si una persona enferma crónica en situación de incapacidad temporal puede realizar actividades de ocio o qué puede hacer durante su tiempo libre. Asimismo, se analiza en este capítulo cuál es el régimen de Seguridad Social en los casos de recaídas y los diferentes problemas que pueden concurrir en función del modo en que se haya puesto fin a la situación de incapacidad temporal, pues, como se explica con claridad y profusión a lo largo de casi veinte páginas, las consecuencias de un alta médica por curación no son las mismas que las de un alta médica con declaración de incapacidad permanente.

El capítulo IV se centra en la tutela de la persona enferma crónica frente al despido, analizando de manera separada el supuesto de resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, el supuesto de despido no causal y el despido por causas objetivas. Por lo que se refiere al primer supuesto, el autor denuncia la insuficiente protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la persona enferma crónica cuyo contrato de trabajo es objeto de resolución precipitada durante el periodo de prueba única y exclusivamente por razón de su enfermedad. En estos casos, salvo que la persona trabajadora ponga de manifiesto indicios muy claros que evidencien una situación discriminatoria, la resolución contractual será declarada no abusiva y ajustada a derecho, y ante esta situación y con el objetivo de proteger a la persona trabajadora frente a decisiones resolutorias «alejadas del deber de experimentación que impone el art. 14 ET», el autor propone la instauración legal de una previsión limitadora. En concreto, la exigencia del transcurso de un número determinado de días de prestación de servicios para proceder a la lícita extinción de la relación contractual.

Otra situación objeto de análisis en este capítulo es la relativa al despido sin causa. El autor, consciente de las limitaciones del ordenamiento jurídico y del modo en que este ha sido interpretado hasta el momento por la jurisprudencia, lo que pasa por descartar la hipótesis de la discriminación por razón de enfermedad, motivo por el cual el despido sin causa de una persona trabajadora enferma se viene calificando como improcedente y no como nulo, propone una decidida intervención normativa de quien legisla con el fin de proteger de manera contundente a las personas trabajadoras enfermas que son objeto de despido con ocasión de su baja médica sin que concurra ninguna causa justa para ello. Dicha intervención normativa se traduciría en la consideración de la enfermedad, al menos la de carácter crónico, como una causa de discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico, y como medida alternativa sugiere la calificación legal de nulidad del despido de la persona trabajadora con contrato suspendido por enfermedad, salvo que existiese justa causa para ello, lo que supondría restaurar ciertas previsiones de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, objeto de derogación tras la reforma de 1994. Asimismo, se hace hincapié en el hecho de que ciertas dolencias crónicas están feminizadas, lo que constituye «un terreno abonado a la existencia de discriminaciones indirectas por razón de sexo y, con ello, a la calificación de nulidad del despido».

Por último, se aborda en este capítulo el despido por causas objetivas. En concreto, se plantea, en primer lugar, si sería posible alegar ante una persona trabajadora con una enfermedad crónica la causa de despido de ineptitud, y si bien con carácter general el autor pone de manifiesto dicha imposibilidad, sí la ve factible en algunas situaciones en las que la persona trabajadora enferma, aun hallándose limitada para el desempeño de sus tareas habituales, no hubiese sido declarada por la Seguridad Social en incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez. Sobre esta cuestión se lleva a cabo un detallado estudio de la normativa aplicable sin escatimar en esfuerzos para conducir a lectores y lectoras por la regulación estatal en materia de despido, Seguridad Social y prevención de riesgos laborales. En segundo lugar, se analizan los problemas interpretativos y aplicativos de los que adolecía la causa de extinción objetiva del contrato de trabajo por absentismo, que, como es sabido, ha sido derogada, lo que ha supuesto un avance respecto de la normativa anterior en cuanto a la protección de la persona trabajadora enferma crónica se refiere, pues «se ha conjurado el riesgo de discriminación indirecta y de lesión al derecho constitucional al trabajo [...]», si bien para el autor la solución legal adoptada no resulta suficiente, exigiendo de quien legisla una actuación más firme para reformar la tutela jurídica de la persona trabajadora enferma frente al despido en los términos ya expuestos en este capítulo IV.

Para terminar este completo estudio sobre la incidencia de la enfermedad crónica en la relación laboral, el quinto y último capítulo de este trabajo se centra en el estudio de las transiciones a diferentes situaciones desde la perspectiva protectora del sistema de Seguridad Social. En primer lugar, se analiza el supuesto de aquellas personas que se encuentran en situación de incapacidad temporal y ven extinguido su contrato de trabajo; y, en segundo lugar, se analiza la protección que se dispensa a la persona perceptora de una prestación de

desempleo que en un determinado momento pasa a una situación de incapacidad temporal. Finaliza este trabajo con una especie de estudio monográfico sobre la fibromialgia, cuya ubicación sistemática resulta un tanto sorprendente, si bien es cierto que el autor justifica su ubicación en el hecho de que el número de procesos de incapacidad laboral por este motivo es el más elevado de los que se tramitan por dolencias crónicas y además las bajas médicas debido a esta enfermedad son más prolongadas.

Nos encontramos, en fin, ante una monografía en la que se ha llevado a cabo un estudio serio y minucioso de los problemas que el padecimiento de una enfermedad crónica genera en la relación laboral. Un estudio realizado desde un amplio enfoque que incluye no solo la perspectiva contractual y la protección que dispensa el ordenamiento jurídico laboral, sino también la perspectiva de Seguridad Social, y en el que se identifican problemas, se analiza el régimen jurídico vigente, incluyendo el amplio conjunto normativo que resulta de aplicación y su interpretación a la luz de la jurisprudencia, y se proponen soluciones concretas que, con independencia de su viabilidad y acierto, cierran el círculo de lo que se espera en un estudio de estas características.

Ángeles Ceinos Suárez

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



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 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 subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúan los trabajos dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia».

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.

CEF.-



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas *(in company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en www.cef.es/empresas



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

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