

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 482 | Septiembre-Octubre 2024

ISSN: 2792-8314

La nueva regulación del subsidio por desempleo ex RDL 2/2024

Margarita Miñarro Yanini

Solidaridad y equidad intergeneracional en el sistema de pensiones

José Alberto Nicolás Bernad

La Directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad

Adoración Guamán Hernández

El derecho de huelga en un entorno digital y telemático

Jonathan Gallego Montalbán

Extinción del contrato por jubilación del empresario y despido colectivo

Fernando Ballester Laguna

Plan de igualdad unilateral ante el silencio sindical

Gemma Fabregat Monfort

Incompatibilidad entre pensión de gran invalidez y trabajo

Susana Rodríguez Escanciano



MÁSTERES Y CURSOS



Potenciamos el talento
que **transforma** empresas

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

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

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 482 | Septiembre-October 2024

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Consejo de redacción

Directora

Margarita Miñarro Yanini. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

Subdirectora

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Vocales

Coordinadora Derecho de la Seguridad Social. Isabel María Villar Cañada. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Coordinador Derecho del Trabajo. David Lantarón Barquín. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria (España)

Coordinador Derecho Vivo. Fernando Ballester Laguna. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España)

Secretaría

Pilar Conde Colmenero. Doctora en Derecho (acreditada a titular de universidad, área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Profesora asociada. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Luis Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Marco Biasi. Profesor asociado de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Milano (Italia)

Laura Calafà. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

José Antonio Fernández Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

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)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidade de São Paulo (Brasil)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de San Andrés (Victoria, Argentina)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Módena e Reggio Emilia (Italia)

Evaluación externa

Estudios jurídico-laborales

Amparo Esteve Segarra. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Estudios de recursos humanos

Eva Cifre Gallego. Catedrática de Psicología Social. Universidad Jaume I (España)

Vicente A. Martínez Tur. Catedrático de Psicología y de las Organizaciones. Universidad de Valencia (España)

María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad Politécnica de Cartagena (España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

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

Indexación y calidad



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.

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 (6 números) **130 €** en papel y digital / **80 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **25 €**

No suscriptores/as **30 €**

Edición

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistatss@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>

Depósito legal: M-29442-2007

ISSN: 2792-8314

ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Impresión

Artes Gráficas Coyve

c/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo [Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional \(CC BY-NC-ND 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Sumario

Editorial

- La nueva regulación del subsidio por desempleo ex Real Decreto-Ley 2/2024: una modificación en clave de mejora (con parcial sensación de *déjà vu*) 7-22
Margarita Miñarro Yanini

Estudios

- Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023 23-52
Solidarity and intergenerational equity in the sustainability of the pension system, in application of Royal Decree-Law 2/2023
José Alberto Nicolás Bernad
- La Directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea 53-90
The Sustainability Due Diligence Directive: the inconsistency of the new European Union corporate accountability framework
Adoración Guamán Hernández
- El ejercicio del derecho de huelga en un entorno digital y telemático 91-122
The exercise of the right to strike in a digital and telematic environment
Jonathan Gallego Montalbán
- ¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor 123-146
Is it possible to speak of co-responsibility in the event of the premature death of the child? The equalization of birth and child care leave
María Alexandra Díaz Mordillo

Diálogos con la jurisprudencia

- Extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario (persona física) y despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2024 (asunto C-196/23) 147-154

Termination of the employment contract due to the employer's retirement and collective redundancy. Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 11 July 2024 (case C-196/23)

Fernando Ballester Laguna

Una victoria pírrica, difícilmente expansiva, sobre reintegro de gastos sanitarios padecidos en la primera ola de la pandemia del coronavirus. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 682/2024, de 8 de mayo 155-163

A pyrrhic victory, hardly expansive, on the reimbursement of health care expenses suffered during the first wave of the coronavirus pandemic. Commentary on Supreme Court Ruling 682/2024, of 8 May

Alberto Arufe Varela

Plan de igualdad unilateral ante el silencio sindical. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 545/2024, de 11 de abril 164-173

Unilateral equality plan in the face of trade union silence. Commentary on Supreme Court Ruling 545/2024, of 11 April

Gemma Fabregat Monfort

Incompatibilidad entre una pensión de gran invalidez y un trabajo que permite la obtención regular de rentas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 544/2024, de 11 de abril 174-184

Incompatibility between a severe disability pension and work that allows for a regular income. Commentary on Supreme Court Ruling 544/2024, of 11 April

Susana Rodríguez Escanciano

La ampliación del permiso de maternidad para familias monoparentales como medida de conciliación de la vida familiar y la vida profesional: ¿caso cerrado? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22) 185-192

The extension of maternity leave for single-parent families as a measure to reconcile family life and professional life: case closed? Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 16 May 2024 (case C-673/22)

Arturo Montesdeoca Suárez

Casos prácticos

Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social 193-207

Senior Corps of Technicians of Social Security Administration

Diego Lozano Torres, Eva Doblas Sestafe y Alba Melero Gil

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>

La nueva regulación del subsidio por desempleo ex Real Decreto-Ley 2/2024: una modificación en clave de mejora (con parcial sensación de *déjà vu*)

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social acreditada como catedrática.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

*Directora de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF
myanini@dr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

Al definir lo hermoso
nació lo feo,
al definir el bien
nació el mal.

Lao Tse (*Tao Te Ching*)

1. La realidad política actual viene planteando algunas situaciones anómalas, que tienen su reflejo en el plano normativo sociolaboral. Entre ellas se encuentra la fugaz existencia del Real Decreto-Ley (RDL) 7/2023, de 19 de diciembre, mediante el que se adoptaban medidas urgentes para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se derogaba la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo. Lo efímero de su vigencia, que quedó limitada al periodo del 21 de diciembre de 2023 al 12 de enero de 2024, fue debido a la falta de convalidación del RDL por los votos en contra de PP, Vox y Podemos, siendo derogado por Resolución de 10 de enero de 2024. Con ello, quedaban otra vez urgidas de regulación las cuestiones que constituían su objeto, en particular, por lo que interesa a este editorial, la reforma del subsidio por desempleo.

No obstante, existía la plena convicción de que llegaría raudo un nuevo intento de regulación de esta prestación, vinculada al [componente 23 del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#), relativo a «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», y concretamente a la reforma 10.^a del mismo, relativa a

la «simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo». Tal urgencia, por tanto, tenía una razón económica, al condicionarse a la reforma de esta materia la percepción del cuarto pago de los Fondos Next Generation. Con todo, junto a este potente argumento, concurría otro no menor, de índole social, que hacía apremiante la reforma. La frialdad de los números no puede reflejar la complejidad social que puede haber tras él, pero sin duda resulta indicativa de su impacto la contundente cifra de las 699.405 perso-

nas que en el mes de junio –fecha de los últimos datos estadísticos disponibles en el momento en que se escribe este editorial, que supone casi un 3 % menos que en el mes anterior– figuraban como receptoras del subsidio por desempleo. La gran importancia cuantitativa del nivel asistencial de desempleo en nuestro sistema de Seguridad Social ha estado marcada por la prestación contributiva. Así, tanto en su origen como en su desarrollo, el subsidio ha realizado un papel relevante, pero supeditado a la prestación por desempleo, a la que ha venido complementando, sea con objeto de ampliar el periodo protegido, como vía de acceso a la jubilación, o, en fin, para cubrir situaciones de necesidad no cubiertas por el nivel contributivo.

Tanto en su origen como en su desarrollo, el subsidio ha realizado un papel relevante, pero supeditado a la prestación por desempleo, a la que ha venido complementando, sea con objeto de ampliar el periodo protegido, como vía de acceso a la jubilación, o, en fin, para cubrir situaciones de necesidad no cubiertas por el nivel contributivo

2. Los motivos apuntados explican que, pocos meses más tarde del primer intento, esta prestación asistencial haya sido objeto de nueva regulación a través del [RDL 2/2024, de 21 de mayo](#), que regula las mismas materias que recogiera el [RDL 7/2023](#). Poniendo el foco de atención en el contenido relativo al nivel asistencial de la protección por desempleo, con el [RDL 2/2024](#) se dan por cumplidos los compromisos establecidos en el [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#). De hecho, dado su carácter condicional, a pocos días de su adopción se hizo efectivo el [cuarto pago](#) a España de Fondos Next Generation, por valor de 9.900 millones de euros. Así lo expresa la curiosa [disposición adicional cuarta](#), cuyo objetivo parece ser, precisamente, declarar la «deuda normativa» cumplida y, en suma, cerrar capítulo, al disponer que:

Las medidas reguladas en este real decreto-ley dan cumplimiento a los hitos comprometidos con la Unión Europea, en concreto la reforma 10, del componente 23 relativa a la simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo, sin perjuicio de que en el marco del diálogo social se aborde un análisis del sistema de protección por desempleo en su conjunto, incluidas las políticas activas de empleo.

Quiere destacarse que, como se ha apuntado, no es solo que dicho [RDL](#) haya establecido la regulación de esta materia «de nuevo» –otra vez–, sino que ha efectuado una «nueva regulación» en sentido propio, pues es novedosa en algunos aspectos, dado que no se ha

limitado a reproducir los contenidos del frustrado [RDL 7/2023](#), sino que ha incluido cambios, en muchos casos, fruto del diálogo social con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que culminó con la suscripción de un acuerdo con las segundas. De este modo, además de mejorar sus previsiones, ha querido garantizar que la historia de tan efímera disposición no se repita. Estas novedades, junto con la oportunidad de cerrar un círculo, dado que la regulación de la prestación asistencial de desempleo prevista en la malograda disposición fue protagonista del [editorial del número 478 \(enero-febrero 2024\) de esta revista](#), son razones que se considera que no solo justifican, sino que hacen necesario, incorporar un análisis, siquiera breve –formato obliga–, de las claves de la nueva regulación.

3. Como se ha indicado, la norma reformista de referencia es el [RDL 2/2024, de 21 de mayo](#), rubricado «por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo». A tenor de su descriptivo título, se aprecia que no hay ningún cambio en cuanto a sus contenidos respecto de la malograda disposición que la precedió. No obstante, sí se estima relevante la variación de orden por la que el bloque de «simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo» pasa a ocupar en el título la primera posición en la referencia de contenidos, pese a que es el que se desarrolla en segundo lugar dentro de la norma, por lo que no se trata de una cuestión de coherencia ordinal. La [disposición de 2023](#) presentaba el mismo orden interno, si bien en su rúbrica aludía a la materia de referencia en último lugar, por lo que su importancia quedaba formalmente diluida, como se destacaba críticamente en el [editorial del número 478 de esta revista](#). Es por ello por lo que se considera que el cambio de orden en la enunciación de contenidos que realiza el [RDL 2/2024](#) para colocar en el inicio del título la referencia a la protección asistencial por desempleo, aun en el plano formal, resulta afortunado, por darle más visibilidad y transmitir la idea de un mayor protagonismo de esta materia, en una dimensión general y dentro de la norma.

El cambio de orden en la enunciación de contenidos que realiza el RDL 2/2024 para colocar en el inicio del título la referencia a la protección asistencial por desempleo, aun en el plano formal, resulta afortunado, por darle más visibilidad y transmitir la idea de un mayor protagonismo de esta materia, en una dimensión general y dentro de la norma

Por lo demás, en una evaluación global, puede afirmarse que las previsiones del [RDL 2/2024](#) cumplen con el mandato expresado en la descripción de la [reforma 10.^a](#) y en el título de la disposición, puesto que, efectivamente, suponen un avance hacia una mayor simplificación y mejoran sustancialmente la regulación que vienen a modificar, y, con algunos matices, también aspectos de la que previera el frustrado [RDL 7/2023](#). En un plano más concreto, la parte preliminar de la norma alude a objetivos más ambiciosos de la reforma, indicando,

básicamente, los de simplificar la regulación en aras de una mayor flexibilidad en el acceso y una minoración de cargas administrativas; vincular esta protección con el acuerdo de actividad para que se incorpore a las personas beneficiarias de forma prioritaria en programas y acciones que permitan su reinserción; el acceso garantizado de las personas beneficiarias a los servicios de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo –cuestiones a las que apunta la [disp. adic. quincuagésima cuarta Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#)–; la constitución de esta prestación complementaria como mecanismo de transición hacia la protección social cuando no haya reincorporación al mercado laboral y situación de vulnerabilidad; la prevención de riesgo de conflicto competencial con las comunidades autónomas y la consolidación de un modelo que siga la línea de los países de nuestro entorno y la posición del Consejo de Europa. A tal efecto, el [RDL 2/2024](#) reforma once preceptos y añade cuatro disposiciones adicionales en la LGSS.

4. Pasando al examen de sus previsiones, una de las cuestiones de mayor relieve de esta reforma, que de hecho le da título, es la simplificación de esta prestación, que era muy necesaria puesto que el catálogo de supuestos vinculados al subsidio era muy amplio y heterogéneo, su gestión compleja y sus condiciones fragmentadas. En una valoración general, se estima que se ha avanzado hacia tal objetivo, con las precisiones que se apuntarán.

Una de las cuestiones de mayor relieve de esta reforma, que de hecho le da título, es la simplificación de esta prestación, que era muy necesaria puesto que el catálogo de supuestos vinculados al subsidio era muy amplio y heterogéneo, su gestión compleja y sus condiciones fragmentadas

Por lo que respecta a los tipos de subsidio, la norma de 2024 limita la condición de persona perceptora del subsidio a aquellas desempleadas que han perdido un empleo o que han agotado la prestación contributiva, con lo que mantiene solo los dos supuestos de alcance más general, lo que supone un importante cambio respecto de la regulación precedente ([art. 274.1 LGSS](#)). Con todo, lo cierto es que, en otros preceptos, sigue incluyendo el subsidio para mayores de 52 años, así como algún otro supuesto previsto en la anterior normativa, además de introducir alguna ampliación en relación con situaciones carentes de protección por otras vías, como después se verá, respecto de las que trata de resaltar su excepcionalidad. Es de destacar por ello que, en este punto, el [RDL 7/2023](#) cumplía de manera más adecuada esta finalidad, pues realmente su articulado operaba una verdadera simplificación/reducción de colectivos beneficiarios del subsidio.

Por lo que se refiere a los supuestos nucleares, el [RDL 2/2024](#) introduce cambios importantes en la anterior redacción, que la modifican de forma significativa. En este sentido, respecto del primer supuesto, los términos de su definición por el nuevo [artículo 274.1 a\) de la LGSS](#) son «haber agotado la prestación por desempleo. En caso de ser menor de 45 años sin responsabilidades familiares se exigirá, además, que la prestación por desempleo

agotada haya tenido una duración igual o superior a 360 días». Es de destacar, al respecto, que se amplía la protección a un colectivo que no quedaba protegido por la regulación anterior, que es el formado por las personas menores de 45 años sin responsabilidades familiares. Así, en relación con este supuesto a) se constituyen básicamente dos bloques de posibles situaciones en torno a dos circunstancias heterogéneas, a saber, persona beneficiaria menor de 45 años con responsabilidades familiares o mayor de 45 años, por una parte, y menor de 45 años sin responsabilidades familiares, por otra. De este modo, se mantiene la interacción de circunstancias laborales –ser mayor de 45 años– y extralaborales –tener responsabilidades familiares– en el precepto, en contra de la posición que mantuviera el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa en su proyecto previo a la regulación de 2023, que abogaba por atender únicamente a circunstancias laborales. En el primer caso, la norma no exige que la prestación por desempleo haya alcanzado una duración mínima determinada, pues se considera que tener responsabilidades familiares y/o una edad que supone una drástica reducción de las oportunidades laborales constituye *per se* una situación de necesidad que debe ser atendida por el subsidio. El segundo supuesto, como se ha indicado, ha sido introducido por el [RDL 2/2024](#) –también se incluía en el [RDL 7/2023](#)–, por lo que amplía la protección respecto de la situación normativa previa. En este caso, dado que no se da ninguno de los factores que la norma identifica como claves de la protección por determinar una particular situación de necesidad, se establece la exigencia adicional de que la prestación por desempleo percibida haya tenido la duración de 360 días.

En cuanto al supuesto de su apartado b), se produce cuando la persona se encuentra «en situación legal de desempleo sin tener cubierto el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación contributiva, siempre que hayan cotizado al menos 90 días». También en este caso la reforma amplía la protección, dado que exige única y unitariamente la cotización de al menos 90 días a la persona solicitante, con independencia de que tenga o no responsabilidades familiares. Con ello, la nueva regulación sin duda mejora la previa, que exigía a las personas beneficiarias con responsabilidades familiares haber cotizado al menos 3 meses, que se elevaban a 6 meses en caso de carecer de estas.

La norma no exige que la prestación por desempleo haya alcanzado una duración mínima determinada, pues se considera que tener responsabilidades familiares y/o una edad que supone una drástica reducción de las oportunidades laborales constituye *per se* una situación de necesidad que debe ser atendida por el subsidio

Es de destacar, al respecto, que se amplía la protección a un colectivo que no quedaba protegido por la regulación anterior, que es el formado por las personas menores de 45 años sin responsabilidades familiares

En suma, en una valoración global, se aprecia, por una parte, una reducción de supuestos protegidos –aunque no tan acusada como pretende el preámbulo de la norma–, pero, por otra,

dentro de los supuestos incluidos, se produce la ampliación del ámbito de protección del subsidio al eliminar exigencias limitativas previas. Además, se agiliza su percepción en un importante aspecto, puesto que se elimina el periodo de espera de 1 mes para la percepción del subsidio que exigía el [artículo 274.1 de la LGSS en su versión anterior](#), lo que sin duda también resulta positivo.

Otras condiciones generales que han de cumplir las personas beneficiarias son las de no tener derecho a la prestación contributiva por desempleo, no encontrarse en supuesto de incompatibilidad y carecer de rentas propias o bien, alternativamente, acreditar responsabilidades familiares (apdo. 2), flexibilizando la regulación al no acoger la previsión que incluyera el frustrado [RDL 7/2023](#) de que tal exigencia se establecía a efectos del reconocimiento del subsidio en su duración máxima. Asimismo, en coherencia con su vinculación al (des)empleo, se mantiene la exigencia de la inscripción como demandante de empleo y la suscripción del acuerdo de actividad, si bien cambiando su ubicación al [artículo 274.4](#), por razones sistemáticas.

En relación con la carencia de rentas, aunque el [artículo 275 de la LGSS](#) reformula en algún aspecto lo que se consideran rentas computables, puede considerarse continuista con la amplia delimitación que realizaba la norma con anterioridad a su reforma. No obstante, la nueva norma revisa un concepto básico a efectos de determinar la carencia de rentas en caso de que la persona beneficiaria tenga responsabilidades familiares, como es la unidad familiar. En este sentido, el nuevo [artículo 275.3](#) incluye en la unidad familiar, además de al cónyuge, a los hijos e hijas menores de 26 años, los hijos e hijas mayores dependientes y los y las menores acogidos y acogidas, a la pareja de hecho debidamente formalizada –inscrita en los

El nuevo artículo 275.3 incluye en la unidad familiar, además de al cónyuge, a los hijos e hijas menores de 26 años, los hijos e hijas mayores dependientes y los y las menores acogidos y acogidas, a la pareja de hecho debidamente formalizada –inscrita en los registros establecidos al efecto o constituida en documento público–, en todo caso, siempre que convivan o dependan económicamente de la persona beneficiaria

En una valoración global, se aprecia, por una parte, una reducción de supuestos protegidos –aunque no tan acusada como pretende el preámbulo de la norma–, pero, por otra, dentro de los supuestos incluidos, se produce la ampliación del ámbito de protección del subsidio al eliminar exigencias limitativas previas

registros establecidos al efecto o constituida en documento público–, en todo caso, siempre que convivan o dependan económicamente de la persona beneficiaria. Se produce con ello una ampliación, al integrar en la unidad familiar también a la pareja de hecho, a la que, con objeto de evitar inscripciones estratégicas u oportunistas, el [RDL 2/2024](#) exige que se haya constituido 2 años antes de la fecha del subsidio, elevando la exigencia que previera el [RDL 7/2023](#), que únicamente requería que hubiera transcurrido 1 año. En caso de que existan hijos y/o hijas en común, no se exige la formalización de la

pareja de hecho –y se entiende, por tanto, que tampoco periodo mínimo de establecimiento de la relación–. En cuanto a la fórmula de cálculo, el nuevo [artículo 275 de la LGSS](#) considera cumplido tal requisito cuando en la fecha de estos trámites las rentas de la persona solicitante o beneficiaria en el mes anterior no supere el 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extras. En caso de existencia de responsabilidades familiares, se aplica idéntico límite ponderado de todas las rentas percibidas en el mes anterior por la unidad familiar.

A efectos de controlar la carencia de rentas, la persona beneficiaria está obligada a suscribir una declaración responsable en la que consten todas las rentas obtenidas en el mes anterior, que será contrastada con sus declaraciones tributarias ([art. 275.6](#)), que la nueva regulación exige que presente anualmente ([art. 299.1 k](#) LGSS). La norma introduce, asimismo, como mecanismo de control adicional, el reconocimiento del subsidio por periodos trimestrales ([art. 277.3 LGSS](#)) en lugar de los semestrales previstos con anterioridad. Estas cautelas se consideran positivas en su dinámica, pues permiten comprobar adecuadamente la concurrencia de las condiciones establecidas para su concesión y mantenimiento.

A efectos de controlar la carencia de rentas, la persona beneficiaria está obligada a suscribir una declaración responsable en la que consten todas las rentas obtenidas en el mes anterior, que será contrastada con sus declaraciones tributarias ([art. 275.6](#)), que la nueva regulación exige que presente anualmente ([art. 299.1 k](#) LGSS)

Por lo que respecta a la duración del subsidio ([art. 277 LGSS](#)), el [RDL 2/2024](#) –y antes el [RDL 7/2023](#)– proyecta los cambios operados en la definición de los supuestos protegidos en relación con la fijación del periodo de percepción, manteniendo la división entre los dos supuestos básicos previstos en el [artículo 274.1 de la LGSS](#). Así, en caso de haber agotado prestaciones por desempleo, la duración del subsidio dependerá de la existencia o no de responsabilidades familiares, la edad de la persona beneficiaria y la duración de la prestación de desempleo contributiva.

En caso de carecer de responsabilidades familiares, la duración máxima siempre será de 6 meses, aunque se exige que la previa prestación por desempleo haya tenido una duración de 360 días o más en caso de tener menos de 45 años, mientras que, si ha alcanzado esa edad, el límite mínimo es de 120 días. La edad de la persona solicitante deja de ser relevante en caso de que tenga responsabilidades familiares, si bien en tal caso varía la duración del subsidio en atención a la que alcanzara la prestación de desempleo agotada, por lo que, de haberse percibido la prestación por desempleo durante 120 días o más, la duración máxima del subsidio se extiende hasta los 24 meses, ampliándose hasta los 30 meses en caso de que la duración de esta haya alcanzado los 180 días o más. En fin, la reducción de los supuestos protegidos se proyecta en la formulación del precepto, haciéndolo más sistemático.

En caso de que la persona beneficiaria del subsidio se encuentre en situación legal de desempleo sin tener cubierto el periodo necesario para generar prestación contributiva, pero acredite un mínimo de 90 días cotizados, la duración máxima del subsidio está en función del periodo de ocupación cotizada y, de manera más matizada, de la existencia o no de responsabilidades familiares. En este sentido, con independencia de que la persona solicitante tenga o no responsabilidades familiares –en este punto, la nueva norma es más precisa que el [RDL 7/2023](#), que ligaba estos supuestos incorrectamente a la ausencia de responsabilidades familiares, cuando lo que sucede realmente es que es indistinto que las haya o no–, si acredita 90 días cotizados, el subsidio alcanzará los 3 meses, mientras que, si son 120 los días cotizados, el subsidio se percibirá durante 4 meses, que serán 5 meses si se acreditan 150 días de cotización. La existencia de responsabilidades familiares cobra suma relevancia en la determinación de la duración del subsidio cuando el periodo de ocupación cotizada sea de 180 días o más, por cuanto, de no tenerlas, este alcanzará los 6 meses, pero, en caso contrario, se extenderá hasta los 21 meses. Aunque no se trata de un cambio de gran relieve, es de destacar que, aunque el [RDL 2/2024](#) no introduce cambios sustanciales respecto del [RDL 7/2023](#), además de la mejora de redacción en el sentido apuntado, cambia la expresión del periodo cotizado de meses a días. Por lo demás, la norma precisa que las cotizaciones empleadas para generar el derecho al percibo del subsidio no podrán ser utilizadas para el reconocimiento de futuros derechos de prestación o subsidio, es decir, que «se consumen» en la generación del subsidio.

Dado que la nueva norma reconoce la posibilidad de percibir el subsidio a personas sin responsabilidades familiares, pero es esta una circunstancia activa, que además tiene gran relevancia en la duración del subsidio, en ambas situaciones determinantes de su percibo, introduce una «previsión pasarela», permitiendo a la persona beneficiaria acreditarlas en un momento posterior, siempre que sea dentro de los 12 meses desde que se produce el hecho causante. En tal caso, se ampliará la duración del subsidio hasta la que corresponda en

atención a la prestación de desempleo agotada o hasta los 21 meses en caso de que la persona beneficiaria lo sea por acreditar cotizaciones de al menos 180 días.

Dado que la nueva norma reconoce la posibilidad de percibir el subsidio a personas sin responsabilidades familiares, pero es esta una circunstancia activa, que además tiene gran relevancia en la duración del subsidio, en ambas situaciones determinantes de su percibo, introduce una «previsión pasarela», permitiendo a la persona beneficiaria acreditarlas en un momento posterior, siempre que sea dentro de los 12 meses desde que se produce el hecho causante

Por lo que respecta a la cuantía del subsidio, el nuevo [artículo 278 de la LGSS](#) introduce importantes novedades. Así, por una parte, establece la cuantía mediante la aplicación de un porcentaje decreciente a medida que avanza el periodo de percibo, como sucede con la prestación contributiva, y ya no a través de un porcentaje fijo, como hacía la regulación precedente. Esta fórmula tiene como objeto «estimular» a las personas beneficiarias a buscar

un empleo mediante la herramienta que constituye la pura necesidad material, lo que supone de algún modo responsabilizarlas de carecer de empleo, obviando de manera poco razonable que en ello inciden factores externos de peso. Con todo, lo cierto es que los nuevos valores porcentuales superan de manera apreciable el que se establecía con anterioridad, lo que sin duda resulta una mejora directa. En este sentido, en la nueva regulación, la cuantía del subsidio se obtiene aplicando sobre el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) los porcentajes del 95 % durante los 180 primeros días, el 90 % desde el día 181 al 360 y el 80 % desde el día 361 en adelante. A tenor de que la regulación anterior a la reforma fijaba como cuantía única el 80 % del IPREM, no puede sino concluirse que se ha incrementado de manera notable. Por lo demás, es de destacar que la redacción dada al precepto por el [RDL 2/2024](#) no recoge la ponderación en atención de las horas trabajadas minorativa de la cuantía de la prestación que previera el [RDL 7/2023](#), lo que supone una mejora adicional respecto de la frustrada regulación.

5. La voluntad del [RDL 2/2024](#) de limitar los supuestos de percibo del subsidio a los dos expuestos ha determinado que, cuando fuera de estos se mantiene alguno de los preexistentes ex artículo 274 –lo que sucede, y no solo de forma episódica– trate de acentuarse su singularidad formal para marcar diferencias con el supuesto general. Es el caso del subsidio por desempleo para mayores de 52 años que cumplan todas las condiciones para acceder a la jubilación, salvo la edad, y se encuentren en alguno de los supuestos del [artículo 274 de la LGSS](#). Antes de la reforma,

La voluntad del [RDL 2/2024](#) de limitar los supuestos de percibo del subsidio a los dos expuestos ha determinado que, cuando fuera de estos se mantiene alguno de los preexistentes ex artículo 274 –lo que sucede, y no solo de forma episódica– trate de acentuarse su singularidad formal para marcar diferencias con el supuesto general

este «subsidio de prejubilación» se incluía en el propio [artículo 274 de la LGSS](#), junto con los restantes supuestos, definiendo sus condiciones básicas por remisión a las generales. No obstante, en la nueva redacción –lo mismo sucedía en el malogrado [RDL 7/2023](#)–, este supuesto se quiere separar de los generales para incluirse en un precepto distinto, con objeto de tratar de marcar su diferencia. Este es el [artículo 280 de la LGSS](#), que regula en exclusiva el subsidio para mayores de 52 años, si bien no puede ocultar su vinculación esencial con los supuestos «ordinarios», pues sigue remitiéndose al [artículo 274.1](#) para definir su supuesto básico de hecho. De este modo, el nuevo [artículo 280 de la LGSS](#), salvo esta y otras remisiones, especifica los elementos de esta submodalidad de subsidio, en lo que no es sino otro intento de marcar una diferencia que, como regla general, no se considera que sea realmente tan acusada.

Con todo, es cierto que tras la reforma también puede identificarse algún aspecto material de relieve en el que difiere de los supuestos generales, pero, sin embargo, se produce, no ya porque en este subtipo haya cambiado la regulación, sino precisamente porque no lo

ha hecho. En este sentido, el incremento de la cuantía de la prestación asistencial operado por la norma reformista no ha alcanzado al colectivo de mayores de 52 años, al que se le sigue reconociendo una prestación de cuantía mensual del 80 % del IPREM.

Por otra parte, también quiere destacarse, en relación con la cotización de la entidad gestora por la contingencia de jubilación en estos supuestos, que el [RDL 2/2024](#) establece, de forma continuista con la regulación previa, que se tomará como base de cotización el 125 % de la base mínima de cotización del régimen general que esté vigente, con lo que trata de compensar la escasa tasa real de inserción de este colectivo. No obstante, la fijación de dicha base sí constituye una mejora respecto de la regulación que preveía el frustrado [RDL 7/2023](#), que la fijaba en el 100 % de la base mínima de cotización en el régimen general –con reducción progresiva–, siendo de destacar que esta fue una de las razones que determinó que decayera.

6. Resulta de sumo interés la regulación del régimen de compatibilidad de la percepción del subsidio con el trabajo por cuenta ajena, establecido en los [apartados 2 y 3 del artículo 282](#), que es una de las novedades más relevantes que aporta el [RDL 2/2024](#) –y que también recogía el [RDL 7/2023](#)– y que la norma toma de la propuesta de normativa reguladora del subsidio que elaborara el Ministerio de Economía. Como regla general, la nueva regulación, en relación tanto con el subsidio como con la prestación por desempleo, establece su incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia, así como con la percepción de prestaciones contributivas, salvo que sean compatibles con el trabajo que las generó. No obstante, con relación al trabajo por cuenta ajena, el [artículo 282.3](#) prevé respecto del subsidio un régimen específico de compatibilidad muy amplio, que alcanza tanto el trabajo a tiempo parcial –sea una o varias relaciones laborales– como el trabajo a tiempo completo.

Con relación al trabajo por cuenta ajena, el artículo 282.3 prevé respecto del subsidio un régimen específico de compatibilidad muy amplio, que alcanza tanto el trabajo a tiempo parcial –sea una o varias relaciones laborales– como el trabajo a tiempo completo

En tal caso, a efectos de marcar diferencias con el subsidio ordinario, dado el impacto de esta compatibilidad en la lógica de la prestación, cambia su denominación a «complemento de apoyo al empleo». La duración de este complemento es en todo caso de 180 días, calculándose su cuantía por aplicación de un porcentaje sobre el IPREM en función de la jornada pactada y del trimestre de percepción del subsidio, sin que posteriores cambios de jornada o situaciones de pluriempleo sobrevenidas la alteren.

La siguiente tabla, que se reproduce para facilitar la comprensión de lo que seguidamente se expondrá, expresa los elementos y la fórmula de cálculo del complemento:

Trimestre en el que se encuentra la persona perceptora en relación con el inicio del subsidio	CAE. Tiempo completo (% IPREM)	CAE. Tiempo parcial más o igual al 75 % de la jornada (% IPREM)	CAE. Tiempo parcial del 75 % al 50 % de la jornada (% IPREM)	CAE. Tiempo parcial menos del 50 % de la jornada (% IPREM)
1.º trimestre	80	75	70	60
2.º trimestre	60	50	45	40
3.º trimestre	40	35	30	25
4.º trimestre	30	25	20	15
5.º trimestre y ss.	20	15	10	5

Como puede observarse, se fijan porcentajes descendentes, siguiendo el criterio aplicado para el cálculo de otras prestaciones, en virtud del cual su cuantía va disminuyendo a medida que avanza temporalmente su percepción. No obstante, en aquellas, como se apuntaba con anterioridad, el objetivo es que tal montante decreciente tenga un papel «activador» de la persona perceptora, es decir, que sea una suerte de medida de presión –sin duda controvertida, pues implica partir de que, con alcance general, la situación es al menos en parte voluntaria– para agilizar su regreso al trabajo. Sin embargo, la diferente dinámica del complemento de apoyo al empleo hace menos comprensible que se penalice con tan drástica reducción de la cuantía el acceso en trimestres sucesivos, máxime cuando la norma permite sin restricciones que se solicite en cualquier momento. Esta reducción determinará que lo «atractivo» sea, en su caso, solicitarlo en el primer trimestre, no cuando estos avanzan, más aún porque consume días de duración del subsidio. Con todo, resulta más paradójica todavía la relación que se establece entre subsidio y jornada de trabajo realizada, puesto que, en contra de lo que la lógica apuntaría, se reconoce un subsidio de mayor cuantía cuanto mayor es la jornada trabajada y, en consecuencia, más elevado es el salario que se percibe por ella. Realmente, si la finalidad del subsidio –aunque sea «camuflado» como complemento de apoyo al empleo– es hacer frente a situaciones de imperiosa necesidad, es evidente que con el complemento de apoyo al empleo esta queda desnaturalizada, si bien la dura realidad que supone la existencia de «trabajadores pobres» hace perfectamente verosímil que existan situaciones de necesidad económica aun trabajando. Dicho esto, lo cierto es que el cambio de

Resulta más paradójica todavía la relación que se establece entre subsidio y jornada de trabajo realizada, puesto que, en contra de lo que la lógica apuntaría, se reconoce un subsidio de mayor cuantía cuanto mayor es la jornada trabajada y, en consecuencia, más elevado es el salario que se percibe por ella

nombre precisamente busca cortar vínculos con la figura en la que tiene origen, pero aun así debería mantener la lógica dentro del sistema, que en este caso se diluye.

El mantenimiento del complemento de apoyo al empleo está supeditado a la existencia de relación laboral, por lo que la extinción o suspensión de esta lo suspende, y es por ello que la persona beneficiaria debe comunicar tal circunstancia a la entidad gestora en el plazo de 15 días. En tales casos, se establece un puente a la percepción del subsidio ordinario, pues podría reanudarse como tal si se cumplen los requisitos exigidos ex [artículo 274 de la LGSS](#). En caso de que la extinción no sea completa, sino que subsista una o varias relaciones laborales, la persona beneficiaria seguirá percibiendo el complemento, aunque recalculando su cuantía en función de la jornada realizada.

En cualquier caso, no toda relación laboral da lugar al percibo del complemento, y así se definen unos supuestos en los que, como cautela frente al fraude, no podrá compatibilizarse el subsidio con un trabajo por cuenta ajena. Estas situaciones se producen cuando la empresa contratante tenga autorizado un expediente de regulación de empleo –se entiende que temporal, pero se considera que lo adecuado sería que la norma respetara la denominación real de esta institución jurídica, que es reducción de jornada o suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción– o si es una contratación realizada por una empresa en la que la persona beneficiaria ha trabajado en los 12 meses anteriores. Tampoco es compatible en el caso de relaciones laborales suspendidas por expediente de regulación de empleo –temporal– o del Mecanismo RED –excepción que constituye una novedad del [RDL 2/2024](#), pues no se incluía en el [RDL 7/2023](#)–, ni cuando se trata de contrataciones que afectan al cónyuge, ascendientes o descendientes y demás parientes por consanguineidad, afinidad o adopción, hasta segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de órganos de administración de entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, y las que se produzcan con estos.

7. Por lo demás, también la regulación de 2024 introduce novedades respecto del régimen de compatibilidades e incompatibilidades del subsidio ordinario. Así, se establece su compatibilidad con la percepción de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas de asistencia social, así como con las prestaciones económicas no contributivas de la Seguridad Social, salvo de jubilación –puntuación esta que añade el [RDL 2/2024](#) respecto del [RDL 7/2023](#)–. También lo es con la realización de prácticas formativas, prácticas académicas externas de programas de formación profesional y formación en el trabajo.

Por el contrario, el subsidio es incompatible con las medidas de protección social aplicables a las personas trabajadoras afectadas por el Mecanismo RED y por expedientes temporales de regulación de empleo.

8. Por lo demás, aunque la exposición de motivos de la norma declara la voluntad de circunscribir el subsidio a las situaciones de pérdida de un empleo anterior o agotamiento de la prestación contributiva, se trata de una desiderata realmente incumplida, puesto que, como se ha expuesto, se mantienen submodalidades y se introducen variantes que extienden su ámbito aplicativo. Así, la propia exposición de motivos admite que «como excepción» se reconoce el subsidio en situaciones distintas a las previstas en el [artículo 274](#). La primera de estas situaciones es la de las personas emigrantes que retornan a España. Este supuesto se encontraba regulado en el [artículo 274.1 c\) de la LGSS previo a la reforma](#), pero la voluntad simplificadora del [RDL 2/2024](#), y el consiguiente carácter de excepción que otorga a todo supuesto distinto del agotamiento de la prestación por desempleo o la insuficiencia de cotizaciones para acceder a la misma ex [artículo 274 de la LGSS](#), ha determinado su exclusión del texto articulado.

No obstante, dado que se trata de un supuesto que carece de protección mediante otras vías, puesto que tradicionalmente ha sido protegido a través del subsidio, se ha mantenido dentro de su ámbito de tutela. Con todo, con la intención de separarlo de los supuestos ordinarios y acentuar formalmente el carácter excepcional que la norma quiere darle, la nueva regulación lo ha ubicado fuera del [capítulo III del título III de la LGSS](#), en el que se regula esta medida, remitiéndolo a una disposición adicional, que, por cierto, como es lógico realiza reiteradas remisiones a los preceptos reguladores del subsidio. De

La primera de estas situaciones es la de las personas emigrantes que retornan a España. Este supuesto se encontraba regulado en el artículo 274.1 c) de la LGSS previo a la reforma, pero la voluntad simplificadora del RDL 2/2024, y el consiguiente carácter de excepción que otorga a todo supuesto distinto del agotamiento de la prestación por desempleo o la insuficiencia de cotizaciones para acceder a la misma ex artículo 274 de la LGSS, ha determinado su exclusión del texto articulado

Aunque la exposición de motivos de la norma declara la voluntad de circunscribir el subsidio a las situaciones de pérdida de un empleo anterior o agotamiento de la prestación contributiva, se trata de una desiderata realmente incumplida, puesto que, como se ha expuesto, se mantienen submodalidades y se introducen variantes que extienden su ámbito aplicativo

este modo, la [disposición adicional quincuagésima séptima](#) establece los requisitos exigidos para percibir la prestación asistencial para personas emigrantes retornadas, que son, básicamente, estar desempleadas, inscritas como demandantes de empleo y haber suscrito el acuerdo de actividad, carecer de rentas, haber trabajado en el país de procedencia al menos 12 meses en los últimos 6 años desde su salida de España y no tener reconocida prestación por desempleo en el país de emigración, siendo la duración máxima del subsidio en este caso de 18 meses. Nuevo, no en el [RDL 7/2023](#).

9. La segunda modalidad «excepcional» introducida *ex novo* por el [RDL 2/2024](#) –tampoco figuraba en el [RDL 7/2023](#)– es la de las personas víctimas de violencia de género o sexual. En estos casos, la razón de esta nueva incorporación es ofrecer un cauce de protección a este colectivo, dada la derogación del [Real Decreto 1369/2006](#), que regula el programa de renta activa de inserción para personas desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, que les daba cobertura hasta ese momento. Sin embargo, al igual que en el supuesto anterior, la norma quiere remarcar su carácter excepcional también formalmente, razón por la que no lo incluye en el texto articulado, sino que lo ubica en una disposición adicional. De este modo, a tenor de la nueva [disposición adicional quincuagésima octava de la LGSS](#), para el percibo del subsidio en este supuesto se exige, además de ser víctima de género y/o sexual de conformidad con las Leyes orgánicas [1/2004, de 28 de diciembre](#), de medidas de protección integral contra la violencia de género, y [10/2022, de 6 de septiembre](#), de garantía integral de la libertad sexual, no tener derecho a prestación contributiva, no haberse beneficiado de tres derechos del programa de renta activa de inserción, salvo que hayan transcurrido 6 años desde el primero, estar inscrita como demandante de empleo y haber suscrito el acuerdo de actividad, y carecer de rentas en los términos del [artículo 275 de la LGSS](#). Nuevo, no en el [RDL 7/2024](#).

La segunda modalidad «excepcional» introducida *ex novo* por el [RDL 2/2024](#) –tampoco figuraba en el [RDL 7/2023](#)– es la de las personas víctimas de violencia de género o sexual. En estos casos, la razón de esta nueva incorporación es ofrecer un cauce de protección a este colectivo, dada la derogación del [Real Decreto 1369/2006](#), que regula el programa de renta activa de inserción para personas desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, que les daba cobertura hasta ese momento

10. Tras este breve examen de la nueva regulación del subsidio por desempleo, puede concluirse que, básicamente, cumple los objetivos que expresa el [RDL 2/2024](#) en su título, consistentes en la simplificación y la mejora de esta prestación. Con todo, esos objetivos admiten diversos niveles y grados, y son relativos, siendo imposible no examinarlos desde tal prisma. Así, por lo que respecta a la simplificación, hay que reconocer que la nueva regulación avanza hacia la simplificación de los supuestos que dan lugar al subsidio respecto de la previa. Con todo, como se ha apuntado en el examen de la reforma, realmente no se lleva a cabo una reducción de supuestos tan significativa como se pretende hacer creer. Es más, pese a que el preámbulo de la norma reformista se expresa en términos opuestos, se considera que, realmente, no se ha pretendido llevar a efecto una racionalización y simplificación plena, pues ello hubiera supuesto reservar el subsidio exclusivamente para los supuestos previstos en el [artículo 274.1](#), derivando todas las restantes situaciones antes cubiertas hacia el ingreso mínimo vital. En este punto, por tanto, el malogrado [RDL 7/2023](#) parecía tomarse más en serio el objetivo de la simplificación y racionalización, puesto que

sí consumaba tal esquema de tutela, por lo que lograba reducir en mayor medida los colectivos perceptores de la prestación asistencial. Es por ello por lo que, en orden a la simplificación del subsidio, el [RDL 2/2024](#) supone un retroceso respecto de la frustrada norma de 2023, dado que, aun camuflados como modalidades excepcionales, lo cierto es que no solo mantiene supuestos más allá de los previstos en el [artículo 274.1](#), sino que incluso amplía el número de colectivos potencialmente beneficiarios.

Por lo que respecta a la mejora del subsidio, aunque desde una concepción abstracta los cambios en positivo no tienen más límite que lo razonable, pues la perfección no existe, se considera, en una valoración general, que tal objetivo sí se ha cumplido. En este sentido, el [RDL 2/2024](#) ha ampliado el ámbito subjetivo del subsidio para alcanzar a personas menores de 45 años sin responsabilidades familiares en caso de agotamiento de la prestación por desempleo –y también, aún no aludidas en este editorial, a personas trabajadoras eventuales agrarias y transfronterizas de Ceuta y Melilla–, ha unificado a un mínimo de 90 días el periodo mínimo cotizado a efectos del supuesto de insuficiencia de cotizaciones para percibir la prestación contributiva, ha incrementado la cuantía de la prestación, ha mejorado la sistemática de la duración, ha redefinido extensivamente la unidad familiar y ha eliminado el periodo de espera de 1 mes, entre otras mejoras. Otros cambios más técnicos que se introducen con relación al subsidio se consideran adecuados, pues lo es, sin duda, la eliminación del periodo de espera de 1 mes, y se considera que son efectivos, sin ser obstativos para la persona beneficiaria, los nuevos cauces de control establecidos.

En orden a la simplificación del subsidio, el [RDL 2/2024](#) supone un retroceso respecto de la frustrada norma de 2023, dado que, aun camuflados como modalidades excepcionales, lo cierto es que no solo mantiene supuestos más allá de los previstos en el [artículo 274.1](#), sino que incluso amplía el número de colectivos potencialmente beneficiarios

Por lo demás, es importante destacar que en el proceso de adopción de esta reforma ha habido un efectivo proceso de diálogo social, además de haber quedado diluida la polémica existente cuando se gestó el [RDL 7/2023](#) derivada de la existencia de dos borradores con enfoques considerablemente dispares, de los Ministerios de Trabajo y de Economía, que lo empañaron.

En cualquier caso, aunque lo apunta la norma, pero es imprescindible materializarlo, es esencial que se refuerce y mejore la conexión del subsidio de desempleo con políticas activas de empleo que sean realmente efectivas, que son la eterna asignatura pendiente en España, pues es condición necesaria para que su percepción sea solo una situación episódica para las personas beneficiarias. Otra cuestión muy importante que apunta la norma, que será imprescindible llevar a efecto de forma eficaz, es la evaluación de sus resultados, que en su caso requerirá realizar de forma dinámica los ajustes que resulten oportunos.

Por lo demás, se echa en falta que la nueva regulación no haya tenido en cuenta el enfoque de género, que, sin duda, es necesario incorporar a esta prestación asistencial. Atendiendo a las estadísticas del mes de junio de 2024, las perceptoras del subsidio por desempleo superan la cifra de los perceptores en casi 100.000 personas (398.887 –mujeres– frente a 300.518 –hombres–), y aunque son mayoría en todos los tramos de edad (excepto de 16 a 19 años), la diferencia más acusada se produce en los que corresponden a los periodos de crianza de la prole, con diferencias que llegan a 15.535 beneficiarias más que beneficiarios en la franja de 35 a 39 años. Esta cifra revela una realidad social, que es que las madres se hacen cargo de los hijos e hijas en procesos de separación y divorcio, y, por tanto, está reflejando la situación de familias monoparentales formadas por la madre y los hijos e hijas que (sobre)viven con el subsidio de desempleo. De este modo, las estadísticas proporcionan una información que revela un claro sesgo de género que no puede ser obviado por la configuración de la norma, y que debe implicar su atención específica en orden a su corrección.

Esta cifra revela una realidad social, que es que las madres se hacen cargo de los hijos e hijas en procesos de separación y divorcio, y, por tanto, está reflejando la situación de familias monoparentales formadas por la madre y los hijos e hijas que (sobre)viven con el subsidio de desempleo

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2024). La nueva regulación del subsidio por desempleo ex Real Decreto-Ley 2/2024: una modificación en clave de mejora (con parcial sensación de *déjà vu*). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 7-22. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.23495>

Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023

José Alberto Nicolás Bernad

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Zaragoza (España)*
jnicolas@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0003-2049-0353>

Extracto

La garantía de la sostenibilidad del sistema de pensiones ha sido un tema de abordaje clásico en nuestra doctrina desde los años 90, con gran preocupación de los poderes normativos sobre su futura suficiencia. La próxima incorporación a aquel de la generación *baby boom* la aumenta, en un claro cuestionamiento del volumen de gastos a soportar. La Ley 21/2021 y el Real Decreto-Ley 2/2023 suponen una tímida apuesta normativa en su contención. Introducen el Mecanismo de Equidad Intergeneracional y la cotización adicional de solidaridad, como instrumentos novedosos para el pretendido apuntalamiento, pero solo desde el capítulo de ingresos al sistema. El resumen final del primero se contiene en esta última disposición de urgencia, regulándose en ella, como novedad, el segundo, abriendo un debate científico sobre los efectos que podrá tener tal planteamiento.

En la presente aportación se hace un estudio doctrinal monográfico y crítico de ambas figuras recaudatorias, con la profusión necesaria para dotarla de singularidad respecto de investigaciones precedentes generalizadas, en relación con ambas reformas, centrándose únicamente en aquellas, a propósito de la norma de 2023, y abordando los problemas jurídicos de la reciente aprobación del Real Decreto 322/2024, de 26 de marzo, sobre la reglamentación de la, todavía no vigente, cotización solidaria.

Palabras clave: cotización; equidad intergeneracional; solidaridad; pensiones; sostenibilidad; jubilación; Seguridad Social; protección social.

Recibido: 18-04-2024 / Revisado: 10-05-2024 / Aceptado: 18-07-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Nicolás Bernad, J. A. (2024). Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 23-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21569>



Solidarity and intergenerational equity in the sustainability of the pension system, in application of Royal Decree-Law 2/2023

José Alberto Nicolás Bernad

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Zaragoza (Spain)

jnicolas@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0003-2049-0353>

Abstract

Guaranteeing the sustainability of the pension system has been a classic approach in our doctrine since the 1990s, with great concern among regulatory powers about its future sufficiency. The next addition to that of the baby boom generation increases it, in a clear questioning of the volume of expenses to be supported. Law 21/2021 and Royal Decree-Law 2/2023 represent a timid regulatory commitment to its containment. They introduce the Intergenerational Equity Mechanism and the additional solidarity contribution, as novel instruments for the intended support, but only from the chapter of income to the system. The final summary of the first is contained in this last emergency provision, regulating, as a novelty, the second, opening a scientific debate on the effects that such an approach may have.

In this contribution, a monographic and critical doctrinal study of both tax collection figures is made, with the necessary profusion to give it uniqueness with respect to previous generalized investigations, in relation to both reforms, focusing only on those, regarding the 2023 standard, and addressing the legal problems of the recent approval of Royal Decree 322/2024, of March 26, on the regulation of the, not yet in force, solidarity contribution.

Keywords: contribution; intergenerational equity; solidarity; pensions; sustainability; retirement; Social Security; social protection.

Received: 18-04-2024 / Revised: 10-05-2024 / Accepted: 18-07-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Nicolás Bernad, J. A. (2024). Solidarity and intergenerational equity in the sustainability of the pension system, in application of Royal Decree-Law 2/2023. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 23-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21569>



Sumario

1. Cotización adicional de solidaridad: un mecanismo de ámbito subjetivo limitado
 - 1.1. Modificaciones en la base máxima de cotización para la determinación del exceso sometido a contribución por solidaridad
 - 1.2. Tratamiento legal de la futura cotización adicional de solidaridad
 - 1.3. Problemas jurídicos y aplicativos provenientes del desarrollo reglamentario de la cotización por solidaridad
 - 1.4. Repuesta prestacional al sobreesfuerzo en la cotización solidaria
 2. Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una apuesta generalizada de cotización, para la sostenibilidad del sistema de Seguridad social
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: el presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación de la Agencia Estatal de Investigación. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. «Hacia un nuevo derecho del empleo público laboral» y «Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva», Agencia Estatal de Investigación. Ministerio de Ciencia e Innovación, del grupo de investigación consolidado del Gobierno de Aragón S-07.

1. Cotización adicional de solidaridad: un mecanismo de ámbito subjetivo limitado

1.1. Modificaciones en la base máxima de cotización para la determinación del exceso sometido a contribución por solidaridad

El Real Decreto-Ley (RDL) 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, dispone en el apartado uno de su artículo único la modificación del artículo 19 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS 2015), introduciendo una nueva redacción en el número 3 del indicado precepto, al establecer:

3. El tope máximo establecido para las bases de cotización de la Seguridad Social de cada uno de sus regímenes se actualizará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas de acuerdo con el artículo 58.2.

La entrada en vigor de esta adición estuvo prevista por la norma de urgencia en el 1 de enero de 2024. Resulta, de entrada, una acción normativa redundante ya que, con independencia de que se dé cumplimiento obligatorio a esta prescripción legal, lo cierto es que la base máxima de cotización se ha actualizado siempre de acuerdo con lo previsto en la Ley de presupuestos generales del Estado de cada año (cuando estos existen) por establecerlo así el artículo 19.2 de la LGSS 2015. La actualización de la base máxima, en el mismo porcentaje de revalorización que las pensiones contributivas, se impone ahora como suelo mínimo de subida, pero nada impediría la colisión legal con ley posterior, sea de carácter presupuestario o no, por posibilitarlo así el artículo 2.2 del Código Civil, en la que se fijara un aumento de las bases máximas, distinto al de la nueva regulación y alejada de las cuantías resultantes de la misma, por razones de política económica, o relacionadas con la contestación empresarial o social. Nada obsta tampoco a que la ley posterior corrija al alza la nueva previsión de la LGSS 2015, al tratarse, esta última, de un límite cuantitativo inferior a observar en el aumento anual de la base máxima de cotización, sin límite superior que no sea el que pueda imponer una nueva cobertura legal posterior (Poquet Catalá, 2024, p. 74).

Lo anteriormente expuesto se entiende sin perjuicio de aquellos ejercicios en los que no sea aprobada legislación presupuestaria al respecto, por carecerse de mayorías parlamentarias suficientes para que ello acontezca. Tendrá que ser la legislación de urgencia¹, o la de carácter ordinario, la que fije dicha actualización. No se atisba que su previsión esté alejada de la del artículo 19.3 más disposición transitoria trigésima octava (porcentaje de aumento de las pensiones + 1,2 %), ambas de la LGSS 2015.

Hubiera bastado con indicar, en el artículo 19.3 de la LGSS 2015, que la base máxima de cotización se actualizará en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas, de acuerdo con el artículo 58.2 incrementado en 1,2 puntos porcentuales.

Esta revalorización generalizada de las cuantías de las pensiones con los parámetros indicados servirá también para la actualización de las mínimas y de las máximas de aquellas, de conformidad con el párrafo segundo de este último precepto indicado, de nueva incorporación por el RDL 2/2023, y con entrada en vigor el 1 de enero de 2024 (González Cobaleda, 2024, p. 623).

De momento, y salvo previsión legal posterior, el aumento de la base máxima de cotización será «un porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior», que es lo que prevé el artículo 58.2 de la LGSS 2015 para la revalorización de las pensiones en cada ejercicio.

La deficiente técnica legislativa en la redacción del RDL 2/2023 queda patente en el momento en que dicha actualización de la base máxima de cotización con la revalorización de las pensiones contributivas, de acuerdo con el artículo 58.2, no corresponde a la realidad cuantitativa final, sino que es preciso acudir a la disposición transitoria trigésima octava de la LGSS 2015, introducida por la revisitada norma de urgencia de 2023, para entender que a aquella ha de sumarse un 1,2 % , al expresar que:

Desde el año 2024 hasta el año 2050, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado aprobadas para ese período fijarán el tope máximo de las bases de cotización de los distintos regímenes de Seguridad de Social conforme a lo establecido en el artículo 19.3, si bien al porcentaje al que se refiere dicho artículo se le sumará una cuantía fija anual de 1,2 puntos porcentuales.

¹ Como la contenida, para 2024, en la disposición transitoria novena del RDL 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

Así, al no existir a comienzos de 2024 una ley de presupuestos que regulara expresamente una subida de pensiones, el artículo 78 del RDL 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, al regular las normas sobre determinación y revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas, estableció un aumento de aquellas para dicho ejercicio del 3,8 %. Si a este último porcentaje se le suma la prevención legal estudiada de 1,2 puntos porcentuales, resultaría que la base máxima relativa a 2023, fijada en 4.495,50, le correspondería, en 2024, una base máxima de 4.720,50 (un 5 % más). Llama la atención que esta última cifra, a diferencia de normas de cotización precedentes con rango de ley, no establece cifra exacta de base máxima de cotización para el mencionado ejercicio 2024, sino que la disposición transitoria novena de aquel RDL establece que las bases máximas de cada categoría profesional y el tope máximo de las bases de cotización se fijarán aplicando el porcentaje previsto para la revalorización de pensiones (el 3,8 % antes indicado), al que se sumará el establecido en la disposición transitoria trigésima octava de la LGSS 2015 (el 1,2 %).

Es otra muestra más de que los poderes normativos de urgencia no facilitan de manera directa la aplicación de las normas, abundando en la escasa empatía hacia los operadores técnicos que deben efectuarlo, obligando a aguardar órdenes ministeriales posteriores de cotización para concretar con exactitud el resultado final de la nueva base máxima, a la sazón, Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, cuyo artículo tercero, concretó, por fin, los 4.720,50 euros de base máxima para 2024, a sabiendas de que la mínima, 1.260,00, iba a quedar inmediatamente desactualizada para el año 2024, ante la inminente subida del salario mínimo interprofesional², previamente anunciada, en un abuso más de la prerrogativa gubernamental contenida en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a los continuados aumentos experimentados desde el año 2017, con clara oposición de quien tiene que satisfacerlo, en una patente escalada desproporcionada, pues una cosa es garantizar constitucionalmente la suficiencia económica del trabajador y, otra, cuantificarla subjetivamente (Arias Domínguez, 2019, p. 58).

Nada obsta a que la base máxima de cotización, a la que se está haciendo referencia y actualizada conforme al promedio de inflación indicado, y a que la pensión mínima y máxima puedan subir en porcentajes superiores e inferiores, de acuerdo con una futura previsión de ley presupuestaria específica, u otra disposición normativa ordinaria o de urgencia, en el supuesto de inexistencia de aquella.

² Lo que se hizo a través de la Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024. Posteriormente, el 3 de abril se publicó en BOE la corrección de erratas de la nueva orden ministerial.

1.2. Tratamiento legal de la futura cotización adicional de solidaridad

El aumento de las bases máximas ha de ir en conexión con la sostenibilidad del sistema de pensiones. El nuevo apartado 3 del artículo 19 de la LGSS 2015 parece ligar la revalorización de estas en el mismo porcentaje que aumente la base máxima de cotización (sustrayendo el indicado 1,2%), como si el apuntalamiento de aquellas dependiera del mayor esfuerzo a la contribución del sistema proveniente de los salarios más elevados. En este sentido, la actualización de la base de cotización máxima no constituye una medida suficiente por sí misma para sufragar el aumento de las correlativas prestaciones sociales vitales (máxime cuando hay autores que llegan a vaticinar el duplo de pensionistas que los existentes en la actualidad, por la propia esperanza de vida –Castro Medina, 2024, p. 284–). Ha de tenerse en cuenta que su revalorización se hace en un porcentaje bruto de la cantidad hasta ese momento percibida, algo que no puede colmarse con una subida de bases, que no implica un ingreso directo al sistema, sino solo de la cuantía proveniente de la aplicación a aquellas de un tipo de cotización, con un resultado final inferior a la cantidad global a que ascenderán las pensiones aumentadas.

De este modo, y para coadyuvar a la indicada sostenibilidad del sistema, el legislador de urgencia introduce en el RDL 2/2023 un nuevo suplemento a su aportación que denomina «cotización adicional de solidaridad» en el nuevo artículo 19 bis de la LGSS 2015, con vigencia el 1 de enero de 2025, con la siguiente redacción:

El importe de las retribuciones a las que se refiere el artículo 147, que supere el importe de la base máxima de cotización establecida para las personas trabajadoras por cuenta ajena del Sistema de la Seguridad Social a los que resulte de aplicación dicho artículo, quedará sujeto, en toda liquidación de cuotas, a una cotización adicional de solidaridad de acuerdo con los siguientes tramos:

La cuota de solidaridad será el resultado de aplicar un tipo del 5,5 por ciento a la parte de retribución comprendida entre la base máxima de cotización y la cantidad superior a la referida base máxima en un 10 por ciento; el tipo del 6 por ciento a la parte de retribución comprendida entre el 10 por ciento superior a la base máxima de cotización y el 50 por ciento; y el tipo del 7 por ciento a la parte de retribución que supere el anterior porcentaje.

La distribución del tipo de cotización por solidaridad entre empresario y trabajador mantendrá la misma proporción que la distribución del tipo de cotización por contingencias comunes.

Si se estudia la rúbrica del nuevo precepto, parece atisbar que para la sostenibilidad del sistema de pensiones se requiere solidaridad. No obstante, el poder normativo entiende que quien no percibe emolumentos superiores a la base máxima no debe ser so-

lidario con aquella, bastando con el Mecanismo de Equidad Intergeneracional. Se antoja así insuficiente que dicho apuntalamiento pase solo por la contribución exclusiva de las personas perceptoras de rentas superiores a la base máxima de cotización. Además, como puede observarse, las bases de cotización no se «destopan», algo reivindicado por sectores sindicales para coadyuvar al mantenimiento del actual sistema de pensiones (aunque algún sector doctrinal así lo entiende, si bien de manera gradual y progresiva –Molina Navarrete, 2024, p. 341–), porque la base máxima sigue operando como tal, y sin ampliaciones por los tramos «destopados», a los efectos de futuras prestaciones. De manera diferente, se les aplica un recargo contributivo que oscila entre el 5,5 y el 7 % sobre aquellos salarios que superen la base máxima de cotización. Para abundar más en la timidez de la medida, dichos porcentajes no serán aplicados totalmente hasta el año 2045, en un régimen transitorio previsto en la disposición transitoria cuadragésima segunda de la LGSS 2015, introducida por el RDL 2/2023, a ejecutar entre 2025 y 2044, que reproduce la excesiva transitoriedad que, a mi juicio, contempló también la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y que ha contribuido al descuadre definitivo de las partidas presupuestarias de la Seguridad Social.

Así, para una base máxima en el año 2024 superior a 4.720,50 euros, un primer tramo suplementario de 472,05 euros, entre aquella base máxima y 5.192,55 euros, se grabará al tipo del 5,5 %. Así, si fuera esta cantidad máxima, habría una aportación adicional total al sistema de 25,96 euros. El segundo tramo comprendido entre 472,05 euros y 2.360,25 euros superior a la base máxima, es decir, con bases entre 5.192,55 euros y 7.080,75 euros, se recargará al tipo de 6 %. Es decir, alguien con una base de cotización igual a esta última cifra aportaría además al sistema 113,29 euros sobre la cantidad máxima de este segundo tramo, que equivaldría a 1.888,20 euros. El tercer, y último tramo adicional de cotización, es para aquellas cantidades superiores a 7.080,75 euros; estas últimas cotizarán al tipo del 7 %. Así, por ejemplo, la persona trabajadora con base de cotización de 10.000 euros aportaría al sistema 204,35 euros, correspondiente a esa base suplementaria del tercer y último tramo de 2.919,25 euros, en el ejemplo precedente (operaciones matemáticas similares y conclusiones idénticas extraen otros laboristas, con bases de 2023 –Fernández Ramírez, 2024, p. 397–).

Hay que tener en cuenta que la norma aprobada no aplica un tipo único para cantidades superiores a la base máxima de cotización cuando superan un determinado tramo. Si se analiza la misma, quien tuviera la indicada base de cotización de 10.000 euros no tendría un tipo único del 7 % sobre la cantidad que excede de la base máxima de cotización. Es preciso realizar cálculos parciales sobre las cantidades que exceden hasta su 10 %; entre el 10 y el 50 %, y a partir del 50 %. Para cada una de esas cantidades localizadas en cada uno de esos tramos se aplican tipos del 5,5, del 6 y del 7 %, respectivamente, lo que equivaldría a sumas parciales de 25,96 euros + 113,29 euros y + 204,35 euros, dando lugar a un total de aportación al sistema para aquella base ejemplificada de 343,60 euros.

Si se realizan las correspondientes operaciones aritméticas, se podrá comprobar que del importe adicional a satisfacer por la percepción de salarios superiores a la base máxima de cotización, el empresario deberá satisfacer el 83,39 % y el trabajador el 16,61 %, que es la distribución porcentual presente en el tipo global de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, 23,60 % de la empresa y un 4,70 % de la persona trabajadora, de un tipo de cotización total aplicable a las contingencias comunes de 28,30 %, porcentajes aquellos a aplicar sobre la cantidad adicional resultante de implementar los tipos suplementarios a los que hace referencia el artículo 19 bis de la LGSS 2015.

Los cálculos efectuados en el presente estudio, realizados sobre bases de cotización de las que se parte como ejemplo, podrían servir para el apuntalamiento del sistema de Seguridad Social, si tales cotizaciones adicionales fueran realizadas a partir del 1 de enero de 2025, que es el momento de la entrada en vigor del nuevo artículo 19 bis de la LGSS 2015. No obstante, hay que tener en cuenta que se parte de una muestra de 10.000 euros de base de cotización, lo cual constituye un salario muy excepcional, solo percibido por menos del 1 % de los cotizantes³. Si se disminuye esta última cifra hasta ajustarla a la indicada base máxima de cotización para 2024 (4.720,50 €), el ingreso suplementario mensual de 343,60 euros descendería proporcionalmente con bases de cotización inferiores y más ajustadas a las bases máximas reales, hasta llegar a una aportación nula. Hay que tener en cuenta que solo el 9 % de los perceptores que son declarantes del impuesto sobre la renta de las personas físicas percibe ingresos superiores a 56.640 euros⁴, equivalente a la base de cotización máxima anualizada para 2024.

Se ha dicho que podría contribuir a un apuntalamiento, pero es dudoso que pudiera garantizar esta medida, por sí sola, la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, pues la aportación del 9 % de los cotizantes no puede cimentar las pensiones de jubilación futuras (con estudios que señalan previsiones de aumento de un 3,6 % del PIB hasta 2060 –Fernández Ramírez, 2024, p. 392), aunque se tuvieran en cuenta las relativas al 1 % de aquellos ingresos excepcionales ejemplificados (10.000 €).

La anterior tesis se refuerza, además, por la excesiva transitoriedad que contiene la nueva disposición transitoria cuadragésima segunda de la LGSS 2015, que concreta la aplicación en el tiempo de la cotización adicional de solidaridad, introducida por el artículo único, apartado cuarenta y dos, del RDL 2/2023 estudiado.

³ Así, si seguimos la última estadística Mercado de Trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias, que se trata de una investigación de carácter censal, basada en la relación de perceptores de salarios, pensiones y prestaciones por desempleo que presentan las personas empleadoras, mediante la declaración anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo (Modelo 190), efectuada en el año 2022, sobre rendimientos de 2021, se podrá observar que hasta en la Comunidad de Madrid, que presenta los salarios y, por tanto, las bases de cotización más elevadas, menos del 1 % de los perceptores alcanza o supera la cuantía del ejemplo. https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/datosabiertos/catalogo/hacienda/Mercado_de_Trabajo_y_Pensiones_en_las_Fuentes_Tributarias.shtml

⁴ Confróntese si no la fuente precedente para tal montante retributivo en la Comunidad de Madrid, como autonomía de mayor renta percibida.

Así, la cuota adicional de solidaridad a la que se refiere el artículo 19 bis será el resultado de aplicar a cada tramo de retribución que supere la base máxima de cotización un porcentaje que irá en ascendencia, durante cada año, desde el año 2025 hasta el año 2045.

Para cada ejercicio económico, y durante esos 20 años, el tipo expresado en la primera columna se refiere a retribuciones desde la base máxima hasta 10 % adicional de esta última. El que se consigna en la segunda columna: desde el 10 % adicional de la base máxima hasta su 50 % adicional, y las retribuciones superiores al 50 % superior de la base máxima cotizarán al tipo suplementario de la tercera columna. Todas las sumas parciales correspondientes a los tramos porcentuales indicados serán sumativas, hasta alcanzar con tales adiciones de cada tramo retributivo suplementario una cantidad final a ingresar, y que ampliaría la resultante de la base máxima de cotización para 2024:

Año	Tipo de cotización %	Tipo de cotización %	Tipo de cotización %
2025	0,92	1	1,17
2026	1,15	1,25	1,46
2027	1,38	1,5	1,75
2028	1,60	1,75	2,04
2029	1,83	2	2,33
2030	2,06	2,25	2,63
2031	2,29	2,5	2,92
2032	2,52	2,75	3,21
2033	2,75	3	3,50
2034	2,98	3,25	3,79
2035	3,21	3,5	4,08
2036	3,44	3,75	4,38
2037	3,67	4	4,67
2038	3,90	4,25	4,96



Año	Tipo de cotización %	Tipo de cotización %	Tipo de cotización %
2039	4,13	4,5	5,25
2040	4,35	4,75	5,54
2041	4,58	5	5,83
2042	4,81	5,25	6,13
2043	5,04	5,5	6,42
2044	5,27	5,75	6,71
2045	5,50	6,00	7,00

Fuente: elaboración propia a partir del BOE.

La distribución de los tipos de cotización por solidaridad entre empresario y trabajador mantendrá la misma proporción que la distribución del tipo general de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, en idéntica previsión que la establecida en el párrafo final del nuevo artículo 19 bis de la LGSS 2015.

Puede observarse que este excesivo periodo transitorio demora hasta el año 2045 los ingresos calculados en este ensayo doctrinal. Esto quiere decir que dicho apuntalamiento, que no garantiza de la sostenibilidad del sistema de pensiones, tendría que demorarse hasta dicho ejercicio para aportar las cantidades ejemplificadas, y teniendo en cuenta la excepcionalidad de los salarios de los que se parte, y de la escasa población activa que los supera. Es verdad que los ingresos van aumentando paulatinamente a medida que se va avanzando hasta el año indicado, pero no lo hacen con el vigor suficiente para esta solvencia (que se ve particularmente amenazada si se sigue manteniendo en el tiempo la compatibilidad en el percibo de pensiones como jubilación y viudedad, aunque reconocida doctrina describa su actual régimen jurídico de simultaneidad con normalidad –Cavas Martínez, 2024, p. 648– y, otra, no menos eximia, no sea más crítica con la tardía inclusión en la Ley de presupuestos generales del Estado, para 2023, de la prestación mejorada, en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, de la orfandad absoluta, a falta, todavía, de desarrollo reglamentario –Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, 2023, p. 36–). Hay que tener en cuenta que a partir del año 2027 se van a incorporar al capítulo de perceptores aquellos cotizantes con bases elevadas de la generación del *baby boom* nacidos con posterioridad a 1957, y que constituyen un colectivo muy numeroso. La doctrina se hace eco ya de la repercusión de la incorporación de este colectivo al sistema prestacional y su incidencia en el gasto en Seguridad Social respecto al PIB (Hierro Hierro, 2024, p. 43). La demora en la captación de ingresos durante

la situación transitoria indicada puede traer una situación de gran tensionamiento en el régimen financiero del sistema de la Seguridad Social, hasta hacerlo impracticable, aun partiendo de ingresos aportados de los propios presupuestos generales del Estado, dado que se trata de un grupo de pensionistas no solo numeroso, sino que fue el primero que accedió en masa a la formación superior y aporta carreras de cotización dilatadas y muy abultadas, desde el punto de vista de las bases reguladoras de la pensión de jubilación.

1.3. Problemas jurídicos y aplicativos provenientes del desarrollo reglamentario de la cotización por solidaridad

El Real Decreto (RD) 322/2024, de 26 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, introduce un nuevo artículo 72 bis en esta última norma reglamentaria.

Además de corroborar el significado de la cotización adicional de solidaridad contenido en el artículo 19 bis de la LGSS 2015, se aclara también, en el referido precepto introducido, que esta contribución social suplementaria se aplica igualmente en aquellos supuestos en los que la cotización a la Seguridad Social se realice mediante bases o cuotas de cotización fijas, lo que refuerza la voluntad normativa de que dicha aportación suplementaria se aplique a retribuciones que exceden de la base máxima de cotización vigente, y no en relación con bases concretas.

No obstante, con independencia de la literalidad reglamentaria, el estudiado artículo 19 bis de la LGSS 2015, introducido por el RDL 2/2023, establece que la cotización adicional de solidaridad se aplicará a todas aquellas retribuciones cotizables que superen el importe de la base máxima de cotización establecida para las personas trabajadoras «por cuenta ajena» del sistema de la Seguridad Social.

El mecanismo excluye, por tanto, la aportación solidaria de las personas trabajadoras por cuenta propia para las que no exista disposición legal expresa, previéndose únicamente para las de tal naturaleza en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Así, en aquel decreto de urgencia, la disposición final segunda introduce una disposición adicional quinta en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, previniendo que la cotización adicional de solidaridad, en los términos del artículo 19 bis de la LGSS 2015, resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en este régimen especial. En el caso de los trabajadores incluidos en sus grupos segundo y tercero, a los que se refiere el artículo 10 de esta ley, la cotización adicional de solidaridad se liquidará respecto de los rendimientos netos, a los que se contrae el artículo 308 de la LGSS 2015, que superen el importe del tope máximo de cotización.

De esta manera, la falta de llamamiento de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), para el cumplimiento de la obligación solidaria de cotización, resulta, a mi parecer, totalmente desafortunada. Teniendo en cuenta que solo el 9 % de los cotizantes superan los 56.640 euros, que equivalen a la base de cotización máxima anualizada para 2024, una buena parte los percibirá por el ejercicio de actividades económicas o laborales por cuenta propia. Se dará el supuesto de autónomos societarios (encuadrados en el art. 305.2 b) LGSS 2015), que prestan servicios para empresas de gran capitalización bursátil, exentos de realizar cotizaciones adicionales de solidaridad y sus respectivas sociedades de capital, a pesar de tener las mejores condiciones económicas para sufragar solidariamente el sistema. Al igual que los empresarios individuales cuyo rendimiento neto, en los términos del artículo 308 de la LGSS 2015, supere holgadamente dicha cifra. Estas circunstancias llevan a la inadmisibilidad de la sorprendente omisión normativa del trabajo autónomo, como supuesto comprendido en la obligación adicional de solidaridad en la cotización a la Seguridad Social, proponiéndose *de lege ferenda* su inclusión.

El plazo reglamentario de ingreso de la cotización adicional de solidaridad previsto en el referido artículo 72 bis finalizará el último día del mes siguiente a aquel en que deban abonarse las retribuciones a las que se refiere el artículo 19 bis de la LGSS 2015, disposición reglamentaria redundante que ya estaba prevista, para cualquier actuación recaudatoria del Régimen General de la Seguridad Social, en el artículo 56.1 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

La novedad de la norma reglamentaria estudiada, con respecto a la transmisión de datos indicada en el artículo 29.2 de la LGSS 2015, en lo atinente al expresado Régimen General, es que en dicha remisión electrónica de cuantías económicas será obligatorio consignar el importe de las bases de cotización comprendidas entre la base máxima y la determinada por las retribuciones computables a los efectos de la contribución adicional por solidaridad, en concordancia con lo previsto en el número 2 del artículo 72 bis, introducido en el Reglamento de Cotización. El resto de información a remitir por dicho procedimiento electrónico en este nuevo precepto es consecuente con la interpretación sistemática del artículo 147.3 de la LGSS 2015, al indicarse en él que:

Los empresarios deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social en cada período de liquidación el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resulten de aplicación bases únicas.

En esta instrucción legal expresa queda comprendida la reglamentaria que dispone aquel nuevo precepto, cuando indica en él la obligación de comunicar «el importe de las retribuciones que determinen una base de cotización que supere la base máxima de cotización aplicable», ya que entraría dentro de la prescripción transmisora de «el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social».

No contiene el artículo 147.3 la nueva obligación reglamentaria de consignar el importe de las bases de cotización comprendidas entre la base máxima y la determinada por retribuciones computables, a los efectos de la contribución adicional por solidaridad, porque esta nueva tarea requiere, a mi modo de ver, una transmisión formalmente diferenciada del dato retributivo global, sí abarcado, este último, en aquella disposición legal.

Por otro lado, el hecho de que la nueva cotización por solidaridad no tenga eficacia para futuras prestaciones, ya que la base reguladora de las mismas no podrá superar en ningún caso la de la base máxima de cotización, puede abrir, a mi juicio, un resquicio al fraude, en connivencia con la persona trabajadora, al objeto de ahorrarse los obligados de la obligación de cotizar los importes suplementarios a ingresar, al no constituir ningún beneficio palpable para la percepción de aquellas: se ingresa así una aportación complementaria para la sostenibilidad del sistema, sin aumentar las bases de cotización que servirían de referencia para un futuro marco de protección social individual.

De este modo, el nuevo número 3 del artículo 72 bis del reformado Reglamento de Cotización hace referencia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia del cumplimiento de estos pagos adicionales, a los fines de solidaridad indicados. Puede resultar útil un llamamiento normativo a la Administración tributaria, en los términos que ya se hace en el artículo 308 de la LGSS 2015, para coadyuvar a la cotización al RETA, para que comunique a la laboral y al organismo estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los ingresos brutos del trabajo que superen los 56.640 euros, de base máxima de cotización anualizada.

Para la comprobación directa, sin colaboración tributaria, el requerimiento de la Inspección de Trabajo del modelo 190, para la comprobación de los rendimientos a los que hace referencia el artículo 2.1 a) de la Orden EHA/3127/2009, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta, resulta, en mi opinión, obligado para la comprobación de emolumentos que superen la cifra retributiva correspondiente a la base máxima de cotización.

Eso sí, siempre y cuando no correspondan al ejercicio en curso, ya que tal declaración anual se presenta en el siguiente (art. 5 Orden EHA/3127/2009), por lo que, en este caso, ni siquiera resultaría hábil la colaboración tributaria reseñada, por lo que solo la comprobación inspectora del último balance contable de sumas y saldos, al que hace referencia el artículo 28 del Código de Comercio, resultaría determinante.

Todo ello, teniendo en cuenta que las retribuciones hayan sido declaradas fiscalmente, expresadas en el indicado resumen anual, o contabilizadas. En caso contrario, la simple transmisión de datos que iguale la base máxima de cotización, a los efectos del artículo 29 de la LGSS 2015, hará difícil la prueba inspectora de las retribuciones adicionales expuestas a cotización adicional de solidaridad.

1.4. Repuesta prestacional al sobreesfuerzo en la cotización solidaria

De entrada, el número 4 del artículo 58 de la LGSS 2015 quedará derogado el 1 de enero de 2025, por imperativo del RDL 2/2023.

El texto expresaba lo siguiente:

4. El importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.

De no producirse la derogación indicada se entraría en contradicción con la nueva disposición transitoria trigésima novena de la LGSS 2015, aprobada por el mencionado RDL 2/2023, y cuya rúbrica se refiere a norma transitoria para la determinación del límite máximo para la pensión inicial desde 1 de enero de 2025.

Se trata de que, con objeto de determinar la cuantía máxima inicial, prevista en el artículo 57, a las pensiones que se causen desde el año 2025, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado, comenzando con la correspondiente al año 2025 y finalizando con la del año 2050, aplicarán a la cuantía máxima establecida en el año anterior el porcentaje previsto en el artículo 58.2 de la LGSS más un incremento adicional de 0,115 puntos porcentuales acumulativos cada año hasta 2050 (apdo. 1 disp. trans. trigésima novena).

De este modo, la cuantía máxima de la pensión no corresponderá al tope establecido en las correspondientes leyes presupuestarias, sino que, a dicho tope habrá de adicionarse, siempre a la cuantía inicial de las pensiones causadas a partir del 1 de enero del 2025 y no a las anteriores, 0,115 puntos multiplicados por el número de años que hayan transcurrido desde el 1 de enero de 2025 hasta la fecha del hecho causante. Así, a modo de ejemplo, el pensionista que sea acreedor de la jubilación máxima en el año 2049 tendrá derecho a adicionar un 2,76 % ($0,115 \times 24$ años) a aquella cuantía máxima que se fije, en su caso, en la ley presupuestaria para el año 2049, o norma actualizadora que haga las veces de esta última.

Una vez determinada esta cuantía inicial máxima incrementada, para las personas beneficiarias indicadas, las sucesivas revalorizaciones se efectuarán conforme al incremento generalizado que se aplique al resto, sin ningún incremento adicional posterior que el contemplado en su importe originario al tiempo del hecho causante, tal y como se colige del número 2 de la estudiada disposición transitoria trigésima novena, al indicar aquel: «2. Las pensiones iniciales causadas desde 2025, cuyo importe se haya determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1, se revalorizarán en años sucesivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 58.2».

Las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2025 tendrán como tope la cuantía establecida en la Ley de presupuestos, sin incremento adicional alguno, por establecerlo así el número 3 de la transitoria descrita, al establecerse en él:

Las pensiones causadas antes de 2025 cuya cuantía a 31 de diciembre de 2024 estuviese limitada por aplicación del límite máximo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ese año, se actualizarán en lo sucesivo aplicando al importe que tuvieran establecido en 2024 lo dispuesto en el artículo 58.2, efectuándose las sucesivas revalorizaciones anuales sobre el importe revalorizado el año anterior.

Hay que advertir que las pensiones anteriores a 2025 no se benefician del suplemento porcentual indicado (0,115 anual hasta 2050) en las cuantías máximas, porque las personas cotizantes no han realizado aportación adicional de solidaridad, preceptiva, esta última, a partir del 1 de enero de 2025, de conformidad con la previsión de la disposición transitoria cuadragésima segunda de la LGSS 2015, tras la nueva previsión del RDL 2/2023. En este punto, el poder normativo es consecuente con la correlación esfuerzo cotización-pensión, que es un binomio de correspondencia que debe seguirse, a mi juicio, con el máximo rigor ante panoramas de insostenibilidad de sistema.

Ahora bien, puede ocurrir que la base reguladora de las pensiones coincida con la base máxima de cotización o resultar muy próxima a esta última, sin excederla. El pensionista podría llegar a percibir la cuantía máxima establecida presupuestariamente y, además, el suplemento estudiado en la nueva disposición transitoria trigésima novena, cuando no ha tenido obligación, en ningún momento de su carrera profesional, de aportar la cotización adicional de solidaridad, al no rebasar nunca la base máxima de cotización. Se trata de situaciones donde el binomio indicado, cotización-pensión, se aplica en idéntica medida a quienes realizan un esfuerzo suplementario a la sostenibilidad del sistema, al encontrarse dentro de los obligados a la mencionada aportación suplementaria por rebasar la base máxima de cotización (de ahí que, algún sector doctrinal, califique la cotización de solidaridad como medida inútil –Fernández Ramírez, 2024, p. 408–).

Así, el número 1 de la nueva disposición transitoria trigésima novena establece:

1. A fin de determinar la cuantía máxima inicial prevista en el artículo 57 a las pensiones que se causen desde el año 2025, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado, comenzando con la correspondiente al año 2025 y finalizando con la del año 2050, aplicarán a la cuantía máxima establecida en el año anterior el porcentaje previsto en el artículo 58.2 más un incremento adicional de 0,115 puntos porcentuales acumulativos cada año hasta 2050.

Debe observarse que la determinación de la cuantía máxima de las pensiones, a la que es preciso adicionar 0,115 puntos porcentuales hasta el año 2050, no está condicionada

a la existencia de cotización suplementaria de solidaridad por parte del pensionista desde el año 2025, sino que el único condicionante es que la pensión se cause desde este último año y alcance la cuantía máxima inicial prevista en el artículo 57 de la LGSS (44.450,56 € anuales, en 2024, de acuerdo con el art. 78 RDL 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía). Es claro que llegar a esta última cantidad es posible con promedios de bases máximas, sin llegar a la totalidad de las bases últimas a las que se refiere el artículo 209.1 de la LGSS (25 o 29 últimos años, ampliación del periodo legal que suscita dudas sobre la reducción o mejora de su cuantía final –Molina Navarrete, 2024. p. 334–), o percibiendo 3.704,22 euros brutos mensuales por 12 pagas, durante el cociente legal, aplicando un porcentaje del 100 %, con los parámetros determinantes para ello en el artículo 210 de la LGSS 2015, y sin coeficientes reductores por jubilación anticipada.

La conclusión es que los pensionistas que han realizado una sobrecotización al sistema de manera solidaria se ven compensados en igualdad cuantitativa a quienes no lo han hecho y alcanzan esa jubilación máxima, existiendo un escepticismo doctrinal con esta medida normativa (Fernández Orrico, 2023, p. 93).

Se propone, como perfeccionamiento de las normas sustantivas vigentes, la condicionalidad en la percepción de ese suplemento de 0,115 puntos porcentuales a quien fuera cotizante de solidaridad durante un determinado periodo mínimo (por ejemplo, la mitad del tiempo del número de años en que dicho porcentaje es adicionado).

Por lo que respecta al esfuerzo cotizador de las empresas y personas trabajadoras durante el periodo transitorio de 25 años, al que hace referencia la revisitada disposición transitoria trigésima novena de la LGSS 2015, es necesario hacer constar la desproporción existente entre aquel y el exiguo premio obtenido. Debe tenerse en cuenta que ese porcentaje adicional anual de 0,115 % se suma al límite máximo de la cuantía de la pensión establecida en normativa presupuestaria o cualquier otra que la sustituya, con independencia de la aportación que realicen aquellas, tanto si está próxima a la base máxima de cotización como si está alejada de ella. Es claro que, cuanto más diste, mayor será la contribución al sistema, pero idéntica su recompensa (51,12 € anuales o 3,65 mensuales, si bien cantidades acumulativas hasta el año 2051, percibiendo, en el mejor de los casos, 1.278 € anuales suplementarios, sobre la cuantía máxima de pensión, o 91,29 mensuales, en el año 2050).

Durante estos primeros 25 años de aplicación del artículo 19 bis de la LGSS 2015, el 9 % de todos los cotizantes, que son los que realicen dicha aportación de solidaridad (según los datos consignados previamente en el presente estudio), se convertirán en contribuyentes natos a la Seguridad Social, con una correspondencia económica insignificante en su pensión futura.

Los poderes normativos han previsto este dilatado periodo transitorio en el que se produzcan estos ingresos extraordinarios al sistema sin que tenga una repercusión en los gastos derivados de tal aportación excepcional de solidaridad (Villar Cañada, 2024, p. 108).

Es a partir del año 2051, con independencia de que, durante ese dilatadísimo plazo, el régimen jurídico de las pensiones deba ser reformado, a buen seguro, para garantizar no solo las futuras, sino también las presentes, buscando modelos alternativos o complementarios (Hierro Hierro, 2023, p. 141), cuando ese incentivo suplementario de los cotizantes solidarios, perceptores de retribuciones que superen la base máxima de cotización, tenga una traducción sensible en sus ingresos mensuales como futuros pensionistas, produciéndose una mejora exponencial.

De este modo, el número 4 de la nueva disposición transitoria trigésima novena establece que:

Desde 2051, el incremento anual adicional aplicable para determinar la cuantía máxima inicial de las pensiones causadas desde ese año hasta 2065 será el recogido en la siguiente tabla:

2051	3,2
2052	3,6
2053	4,1
2054	4,8
2055	5,5
2056	6,4
2057	7,4
2058	8,5
2059	9,8
2060	11,2
2061	12,7
2062	14,3
2063	16,1
2064	18,0
2065	20,0

En 2065, se valorará en el marco del diálogo social la conveniencia de mantener el proceso de convergencia hasta alcanzar un incremento total de 30 puntos porcentuales.

Ahora bien, será preciso que los nuevos cotizantes solidarios lo hagan durante 30 años (de 2025 a 2055) para percibir 2.444,78 euros anuales o 174,62 euros mensuales por encima de la cuantía máxima de la pensión presupuestariamente establecida (el 5,5 % más). O cotizar 40 en esa situación legal de solidaridad para obtener 8.890 euros más al año, o 635 al mes (el 20 %), lo que equivale a concluir que solo las personas que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo podrán alcanzar estos sensibles suplementos, si cotizan, como mínimo, por la base máxima de cotización durante toda su vida laboral.

Es importante reseñar también que la cotización por solidaridad no aumenta la base de cotización en el importe de las cuantías suplementarias a las que se refiere el artículo 19 bis de la LGSS 2015, sino que la persona perceptora lo hará por la base máxima de cotización, con independencia de la aportación adicional que efectúe, y sin tener en cuenta los tramos porcentuales sobre los que se aplique el tipo recargado de solidaridad.

Esto refuerza la escasa equidad contributiva que se percibirá del Estado, ya que el reconocimiento de bases superiores a la máxima, durante el periodo de cotización por solidaridad, permitiría compensar bases de cotización menores, incluso cercanas a la base mínima de cotización, que se producen, por lo general, en situaciones inmediatamente posteriores a la afiliación inicial de la persona trabajadora.

La excesiva transitoriedad, hasta el año 2065, para poder percibir sensibles estímulos económicos, en respuesta a un dilatado esfuerzo cotizador durante buena parte de la vida laboral, provoca la imposibilidad de aventurarse a juzgar los beneficiosos efectos que tal aportación puede tener para el sistema y la viabilidad del acceso y mantenimiento de un suplemento del 20 % en aquel año 2065 sobre la cuantía máxima de las pensiones existentes entonces (Molina Navarrete, 2024, p. 343).

Es necesario anticipar que tal sobrecotización solidaria solo se efectuará por el 9 % de los cotizantes. Se antoja, por lo tanto, insuficiente para el soporte de toda la masa de prestaciones de jubilación que se avecinan, con la incorporación de nuevos derechos pasivos a partir del año 2027⁵. Es precisamente esta avalancha de futuras personas jubiladas, y la garantía en el tiempo del pago de sus pensiones, lo que hará incompatible la satisfacción recíproca de recompensas de jubilación superiores al 20 %.

La valoración a través del diálogo social de incrementar dicho premio al 30 %, en los términos del inciso final de la disposición transitoria estudiada, se atisba lejana e incierta, aunque sean pocos los cotizantes que pueda alcanzar ese premio porcentual superior a aquella cifra y situarla próxima a este último porcentaje (Ballester Pastor, 2023, p. 312).

⁵ Coincidente con el fin de la transitoriedad de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, e inicio del punto álgido de incorporación al sistema de las personas pertenecientes al colectivo *baby boom*.

2. Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una apuesta generalizada de cotización, para la sostenibilidad del sistema de Seguridad social

Los artículos 1 y 3 de La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, previeron el factor de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Posteriormente, la disposición derogatoria única.28 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realizó una derogación refundidora de aquella ley, apareciendo previsto el factor de sostenibilidad en el artículo 211 de este último real decreto legislativo, que aprueba la vigente LGSS de 2015. Luego, la disposición derogatoria única.2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (Ley 21/2021), dejó sin contenido normativo, de forma definitiva, la regulación jurídica del factor de sostenibilidad. Se pasó entonces, con esta última disposición legal, a su sustitución por un nuevo Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI). Produjo un cambio, por consiguiente, que incidió en los ingresos del sistema, aumentando estos por las cotizaciones mensuales de las personas trabajadoras, y mantuvo el gasto en las pensiones, aboliendo cualquier posibilidad de corrección a la baja, en el contexto de un aumento en la esperanza de vida, de conformidad con los artículos 1 y 3 de aquella Ley 23/2013 y artículo 211.3 de la LGSS. De hecho, el factor de sostenibilidad del sistema de pensiones nunca fue aplicado, a pesar de su larga vigencia legal (Tortuero Plaza, 2022, p. 23).

A mi juicio, derogar disposiciones normativas sin probar antes la eficacia de las mismas con su efectiva entrada en vigor no parece técnicamente apropiado. Los poderes normativos que aprobaron en su momento la figura del factor de sostenibilidad lo hicieron sobre unos parámetros de insostenibilidad del sistema de pensiones que no solo perduran actualmente, sino que se han agravado ostensiblemente desde el año 2013, sobre todo desde el punto de vista del capítulo del gasto público en relación con las mismas⁶. No obstante, ninguno de los poderes normativos mayoritarios se atrevió a aplicarla a partir del 1 de enero de 2019, fecha de su legal entrada en vigor. No obstante, atemperar el pago de estas sobre el estudio de la mortalidad y esperanza de vida de sus perceptores no pareció una medida legislativa poco prudente. No hay duda del alargamiento de la factura de tales subsidios permanentes en correlación al de los años de su satisfacción, por la dilatación del periodo vital de quien los recibe. Ello requiere, por lo tanto, un acompañamiento

⁶ Así, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, año de la aprobación del factor de sostenibilidad por la Ley 23/2013, previó un presupuesto de gastos para las pensiones de la Seguridad Social de 121.556,51 (miles de millones). En febrero de 2024, el gasto ascendió a 177.352 (12.668 x 14 pagas), es decir un 45,90 % más. Véase este último dato facilitado por el propio Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST66/EST67>

a las circunstancias naturales de longevidad (Castro Medina, 2024, p. 290). El recorte en las pensiones de jubilación en la aplicación del derogado factor de sostenibilidad no se atisbaba económicamente sustancial⁷, y sí, por el contrario, la modulación del gasto global de las mismas para la garantía de las existentes, si bien parte de la doctrina alertó de la disminución de aquellas en perjuicio de los más jóvenes (Blázquez Agudo, 2022, p. 18).

La disciplina fiscal del gasto en pensiones no es incompatible con el aumento de los ingresos del sistema vía cotizaciones sociales. En este sentido, los ingresos de la Seguridad Social por esta última vía el año de aprobación del factor de sostenibilidad, en 2013, eran notablemente inferiores a los existentes 10 años después⁸, esto es, 2023, ejercicio de la publicación del RDL 2/2023, que dio redacción al nuevo artículo 127 bis que regula, en la actualidad, el MEI.

Por este motivo resulta necesaria, en mi opinión, esta nueva figura recaudatoria, aunque el volumen de ingresos por gestión recaudatoria se haya disparado más de un 50 %, pues dicho aumento obedece a las actualizaciones salariales correspondientes del periodo y a una mayor afiliación. A pesar de ello, el número de pensionistas ha aumentado y también la pensión media⁹.

El nuevo artículo 127 bis del RDL 2/2023 proporciona una reformada versión normativa del MEI, derogando la existente en la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, actuación legal creadora de esta nueva figura reportadora de ingresos al sistema.

Tanto la norma derogada como la vigente presentan esta nueva fórmula con la finalidad de «preservar el equilibrio entre generaciones», respondiendo esta última definición y finalidad al adjetivo «intergeneracional».

⁷ Si se hacen los cálculos correspondientes, en aplicación del derogado artículo 211 de la LGSS 2015, en el año 2019, momento en el que inicialmente estaba prevista la entrada en vigor del factor de sostenibilidad, sería este del 99,28 %; 92,8 % en 2030 y del 84,38 % en 2045, para el pensionista que solicitara la pensión los referidos años.

⁸ 98.210 (miles de millones) en 2013, frente a 152.075 (miles de millones) en el 2023, según los datos publicados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST66/EST67>

⁹ De este modo, en 2013, había 9.145.966 de pensionistas, de los que 5.513.570 eran de jubilación, percibiendo una pensión media 862,00 euros, de acuerdo con los datos publicados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/2588/2606/2628>

Sin embargo, a 31 de diciembre de 2023, había 10.132.479 de pensionistas, de los que 6.445.599 lo eran de jubilación, con una pensión media de 1.199,80 euros, de conformidad también con los datos estadísticos oficiales de la Administración de la Seguridad Social en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24>

La primera cuestión que se suscita es sobre la generación que debe equilibrar a las demás y cómo lo realiza y en qué medida. Dado que quien cotiza es persona trabajadora en activo, es claro que la garantía debe procurarla esta última. Otra circunstancia es el logro del equilibrio pretendido por el legislador, que se atisba infructuoso. Así, de momento, la generación actual de contribuyentes al sistema debe soportar una mayor cotización, por lo tanto, parte de una situación desigual o carente de equilibrio con respecto a los actuales pensionistas. Respecto a la cuantía de la pensión de jubilación de estos últimos, y su pretendida armonía con los futuros, también se vislumbra de alcance complejo. Resulta evidente un mayor esfuerzo contributivo respecto al periodo a tener en cuenta en el artículo 209 de la LGSS 2015; un aumento de la edad prevista en el artículo 205.1 a), derivada esta última de la aplicación de la Ley 27/2011 y de sus disposiciones transitorias, y una mayor penalización en los supuestos de jubilaciones anticipadas, previstas en los artículos 207 y 208 de la LGSS 2015, tras su modificación por la Ley 21/2021, y sin que los premios económicos por jubilación demorada (Maldonado Molina, 2024, p. 749), a los que se hace referencia en el artículo 210.2 de la LGSS 2015, en la redacción otorgada por esta última ley, sirvan para el deseado equilibrio, sin perjuicio de un mayor gasto público en el sistema de pensiones¹⁰.

Este mayor gasto en la jubilación demorada puede ser compensado por una continuidad en la relación laboral o autónoma del futuro pensionista, o bajo el cobijo de cualquier régimen o sistema especial contemplado en la LGSS 2015. En este último contexto, se aportan cotizaciones al sistema (aunque muy limitadas, por la exención contenida en el art. 152.1 y 2 LGSS 2015, al alcanzar la edad de jubilación, tras la, a mi juicio, inoportuna modificación de la Ley 21/2021, que prescindió de la observancia del número de años cotizados hasta ese momento) y se retrae a futuro el gasto en la prestación vitalicia que correspondería al alcanzar la edad ordinaria de jubilación.

A distinta conclusión ha de llegarse con la jubilación demorada en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, pues si bien se aplaza la percepción de la jubilación, las cotizaciones con cargo al empleador y el salario del funcionario, que alcanza su suma máxima en las postrimerías de su vida funcional, continúan suponiendo un importante gasto para el erario público, que si bien no forma parte de la contabilidad de la Seguridad Social, lo representa en el conjunto de presupuestos generales del Estado, sin perjuicio de que la cuantía total no pueda superar los 3.565,29 euros mensuales o 49.914,06 anuales del haber regulador de subgrupo A1 (año 2024), todo ello en aplicación de la disposición adicional decimoséptima del Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, en la nueva redacción otorgada por la Ley 21/2021.

¹⁰ El propio legislador dudó sobre si el nuevo MEI sería suficiente para compensar el ahorro en el sistema que podía procurar el derogado factor de sostenibilidad. Véase si no el número dos de la disposición final cuarta de la Ley 21/2021. Llama la atención que el artículo 127 bis del actual RDL 2/2023, al regular de forma definitiva el MEI, ya no haga referencia al factor de sostenibilidad a efectos comparativos entre el aumento de ingresos que genere aquel y el ahorro en el capítulo de pensiones que pudo suponer la implementación efectiva de este último.

Prosigue la voluntad de los poderes normativos, en el revisitado artículo 127 bis del RDL 2/2023, en idéntica regulación que la superada disposición final cuarta de la Ley 21/2021, en fortalecer la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social, en el largo plazo, con el MEI.

Es obvio que una mayor presión en las cotizaciones sociales, tanto de la empresa, en buena medida, como de la persona trabajadora, comporta un número de ingresos superior y, por lo tanto, una mayor tesorería para la sostenibilidad de aquel (Escribá Pérez, 2022, p. 410).

Esta cotización adicional, se dice en ambas normas citadas, tiene carácter finalista de nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

La norma derogada introdujo un suplemento del 0,6 %, siguiendo la estructura de distribución entre empresa y trabajador; no se decía que tal proporción es la que se aplica para la cotización de las contingencias comunes. Aquel porcentaje pasó, con el decreto de urgencia actual, al 1,2 %, matizando ahora que el 1 % será a cargo de la empresa y el 0,2 % por cuenta de la persona trabajadora.

Posteriormente, el artículo 122.trece de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, sí estableció que aquella cotización de 0,6 puntos porcentuales fuera aplicable a la base de cotización por contingencias comunes en todas las situaciones de alta o asimiladas a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en las que exista obligación de cotizar para la cobertura de la pensión de jubilación. Y así, cuando el tipo de cotización deba ser objeto de distribución entre empleador y trabajador, el 0,5 % será a cargo del empleador y el 0,1 % a cargo del trabajador. Este último porcentaje correspondería a la proporción del 4,70 % de aportación del trabajador a las contingencias comunes, sobre un total del 28,30 %, lo que daría la aportación del mencionado 0,1 % establecido en la mencionada ley presupuestaria, con un redondeo al alza, si se hacen las comprobaciones aritméticas oportunas (Panizo Robles, 2023, p. 158).

Esta última ley, de 2022, matizó a la primitiva 21/2021, en el sentido de que tal compromiso cotizador se aplicaría en los supuestos de todas las situaciones de alta o asimiladas a las de alta en el sistema de la Seguridad Social en las que exista obligación de cotizar para la cobertura de la pensión de jubilación.

Esto excluye regímenes, por ejemplo, como el especial de estudiantes. Se refiere al sistema de la Seguridad Social contemplado en la LGSS 2015. No habiendo una modificación paralela en la normativa reguladora de clases pasivas, no habrá compromiso, por consiguiente, para esa equidad intergeneracional en el régimen especial de funcionarios que siga cotizando por esta última fórmula.

Una diferencia esencial, que puede provocar especiales problemas jurídicos, es que esta cotización adicional no será computable a efectos de prestaciones, de conformidad con el referenciado 127 bis del RDL 2/2023 en su regulación actual. Tal previsión no constaba en

la redacción derogada de la también expresada Ley 21/2021 para idéntico MEI. Las dudas jurídicas que se plantean son que quien cotizó durante el año 2023 bajo la vigencia de esta última ley, y de la presupuestaria indicada, puede beneficiarse de futuras prestaciones.

La respuesta debe ser negativa por la propia interpretación sistemática con las normas reguladoras de las correspondientes prestaciones, pues todas ellas se refieren a promedios de bases de cotización sobre las que calcular las mismas, y una subida de los tipos a aplicar sobre estas últimas no provoca su aumento, permaneciendo inalteradas. Debe tenerse en cuenta que la progresión en la cotización para equidad intergeneracional no ha tenido ninguna paralela respecto a las bases que regulan las prestaciones, ni respecto a su cuantía final. No se trata, por lo tanto, de una cotización finalista, sino de un tipo de cotización finalista.

Hay diferencias porcentuales respecto al tipo a aplicar para financiar ese MEI, previstas en la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, y el regulado en el artículo 127 bis del RDL 2/2023. Así, mientras en la primera se hablaba de un único porcentaje del 0,6, hasta el año 2032, la vigente se refiere a un 1,2 %, es decir, el doble hasta el año 2050, si bien con una transitoriedad desde el año 2024 hasta el 2030 entre el 0,7 y 1,2 %, siendo la previsión de permanencia de este último tipo hasta el año 2050.

Es decir, el legislador de urgencia ha preferido dar una mayor seguridad jurídica en el tiempo, respecto al coste porcentual de dicho MEI, frente al legislador parlamentario. De este modo, nunca se refirió normativamente, este último, a una tasa superior al 0,6 %, sino qué hacer con los fondos obtenidos más allá del año 2032, disponiendo de ellos a través del Fondo de Reserva. Todo se hacía depender de si el nivel de gasto en 2050 supera la previsión para ese año del informe de previsiones del *Ageing Report* de la Comisión Europea o documento análogo, una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado factor de sostenibilidad.

Así, si se superara dicho umbral, se podría llegar a minorar el porcentaje de gasto en pensiones en términos de PIB, a través de medidas enmarcadas en las recomendaciones del Pacto de Toledo, bien al incrementar el tipo de cotización u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos, bien ambas medidas, en los términos que, en su caso, se acordaran, teniendo especialmente en cuenta el principio de suficiencia (Cámara Botía, 2024, p. 217).

Sin embargo, el legislador de urgencia omite este tipo de vaticinios con aplicación condicionada del recorte de gasto en pensiones, aumento de ingresos o ambas circunstancias.

Ahora bien, la minoración del gasto en pensiones en términos de PIB equivale directamente a su recorte, y esta es una probabilidad a futuro nada descartable. El hecho de que el nuevo artículo 127 bis del RDL 2/2023 guarde especial mutismo sobre esta posibilidad no implica que no quepa su aplicación normativa a través de futuras leyes presupuestarias, o de cualquier otra índole, para garantizar la viabilidad futura del sistema de pensiones. Es

decir, el hecho de fijar un tipo porcentual fijo a partir del año 2029, si bien proporciona una mayor seguridad jurídica momentánea, no implica que no puedan preverse normativamente mayores ingresos y menores gastos en el presupuesto de la Seguridad Social.

La ausencia de una previsión de modulación futura respecto a ingresos y gastos del sistema en el RDL 2/2023, y la fijación de un porcentaje fijo del 1,2 %, refuerza la huida del alambicado e impredecible método finalista de la norma derogada (Cabero Morán, 2022, p. 6), haciéndolo más certero. Esta certidumbre se refuerza con la prohibición de la nueva previsión normativa de aplicar cualquier beneficio en la cotización del MEI, lo cual ya se presumía tácitamente en la redacción precedente, ya que ni en esta normativa ni en su complementaria se hallaba previsto.

De este modo, el número 2 del artículo 127 bis del RDL 2/2023 señala que no podrá ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna. De igual forma, no podrá procederse a su disminución, por la aplicación de coeficientes u otra fórmula que disminuya la cotización ni por cualquier otras variables que puedan resultar de aplicación respecto de las aportaciones empresariales o de los trabajadores, en función de las condiciones de cotización aplicables a los mismos por su inclusión en cualesquiera de los regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social, o en función de las situaciones de alta o asimilada al alta que determine la obligación de ingreso de cuotas, así como del sujeto responsable del ingreso de las mismas, salvo lo previsto para los trabajadores de los grupos segundo y tercero del artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero¹¹.

Existe, por lo tanto, un compromiso legal por parte de los poderes normativos de urgencia del destino de dicha cotización con un único objeto posible, que no es otro que la equidad intergeneracional, con una clara persecución de sostenibilidad del sistema de pensiones, cuya fórmula de ingresos no puede ser minorada por ninguna circunstancia objetiva ni subjetiva de las personas o actividades que den lugar a su ámbito de aplicación.

No se entiende bien la teleología normativa de poder beneficiar, excepcionalmente, en la estudiada cotización finalista, a las personas trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (10.2 b) LGSS 2015), eso sí, solo en los supuestos previstos para los trabajadores de los grupos segundo y tercero del artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, citada.

¹¹ La excepción se refiere en dicho artículo a las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia o armadores, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones comprendidas entre 0 y 150 toneladas de registro bruto (TRB), para las primeras, y a partir de 10,01 TRB, las segundas, enroladas en las mismas como técnicos o tripulantes. También las personas trabajadoras por cuenta propia como mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos, buceadores extractores de recursos marinos, rederos y rederas y armadores que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones de hasta 10 TRB, estando enrolados en las mismas como técnicos o tripulantes.

Si la razón es constituir el medio fundamental de vida de las personas dedicadas a la actividad marítimo pesquera incluidas en tales grupos o por ser retribuidas mediante salario a la parte, nada hubiera obstado realizar otras excepciones, como las relativas a personas trabajadoras incluidas en el Sistema Especial Agrario, de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o a la cotización del Especial de Empleados de Hogar, aunque este último ya presente bonificación, pero solo para la parte empresarial de las contingencias comunes, desempleo y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)¹².

En cualquier caso, la excepción para poder aplicar beneficios futuros en las cotizaciones indicadas queda supeditada a la aprobación del instrumento normativo previsor a tal fin.

Ya se ha analizado que esta aportación finalista del 1,2 %, prevista en el artículo 127 bis del RDL 2/2023, no es inmediata, sino que se contempla un periodo transitorio entre 2023 y 2029. En efecto, de forma paralela al control del gasto en el sistema de pensiones, a través de fórmulas normativas transitorias que persiguen ampliar tanto la edad de jubilación como el aumento de los coeficientes reductores por retiro anticipado (con las lógicas excepciones de la aplicación del art. 206 LGSS 2015 –Rodríguez Escanciano, 2024, p. 734–), como la extensión de los años de referencia para calcular la base reguladora expresada en el artículo 209 de la LGSS 2015, parece coherente también regular dicha aplicación progresiva en el capítulo de los ingresos. En este contexto, el RDL 2/2023 introduce una nueva disposición transitoria cuadragésima tercera a la LGSS 2015, relativa a la aplicación del MEI, comenzando por un 0,6 % en el año 2023 (algo ya previsto por la disp. final cuarta de la Ley 21/2021, y refrendado por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023), y terminando en el año 2029 con el mencionado tipo del 1,2 %, con una previsión regulatoria de que este último porcentaje se mantenga hasta el año 2050.

No se antoja excesivo el periodo progresivo de implantación de la cotización finalista estudiada. La duda que se plantea es si será suficiente para la sostenibilidad del sistema público de pensiones y si tales ingresos, partiendo ya de dicha aportación porcentual fija desde aquel ejercicio, resultarán hábiles para compensar la corrección en el capítulo de gasto que se lograba con el mantenimiento del factor de sostenibilidad, y con el alta de cotizantes provenientes de generaciones con carreras profesionales que llevan aparejadas bases reguladoras de la pensión de jubilación abultadas, en atención a elevados salarios mantenidos a lo largo del tiempo y que tendrán sus efectos en esta prestación vitalicia futura y en el replanteamiento de la suficiencia del volumen de gastos a soportar por aquel (Vila Tierno, 2024, p. 114).

¹² El 20 % de la aportación empresarial para contingencias comunes y del 80 % de la misma para desempleo y FOGASA. Véase si no el artículo 15.6 de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024.

3. Conclusiones

La deficiente técnica legislativa utilizada para la regulación urgente de modificaciones en materia de cotización y recaudación se pone de manifiesto en el RDL 2/2023, a la hora de prever la base máxima de cotización sobre la que aplicar la contribución futura por solidaridad. Así, junto a la previsión generalizada del artículo 19.3 de la LGSS 2015, es necesario acudir a disposiciones transitorias (la nueva trigésima octava de esta última norma), cuando ninguna fórmula de aplicación progresiva existe para el nuevo cálculo de aquella, habiendo bastado refundir en un único precepto tal actualización para facilitar la tarea interpretativa de los operadores jurídicos. El hecho de referir las bases máximas al aumento experimentado anualmente en la cuantía de las pensiones, más una simbólica adición porcentual, constituye una medida congruente para posibilitar su pago, pero insuficiente, a largo plazo, por descansar dicha apuesta sobre tales bases máximas, solo imputables a un 9 % de la población.

Es este último porcentaje poblacional quien deberá realizar un esfuerzo adicional de solidaridad para la sostenibilidad del sistema, lo que también se antoja inane. La excesiva transitoriedad prevista (hasta 2045) en la revisitada norma de urgencia tampoco ayuda a su inaplazable saneamiento, aunque es entendible la prudencia del legislador para no aplicar de forma abrupta el tipo final previsto para dicho periodo de implantación, por suponer, en tal caso, una sobrecotización imprevista para las personas destinatarias. Sorprende también su limitado ámbito subjetivo, al no comprender a quienes están encuadrados en el RETA que, pueden ser, precisamente, quienes obtengan un mayor nivel de rentas netas. En general, la apuesta de este refuerzo cotizador, fijado en bases altas, será insuficiente para soportar la carga financiera de la incorporación al pasivo de la Seguridad Social de la generación *baby boom* (con una gran esperanza de vida e importantes bases reguladoras para el cobro de la pensión de jubilación).

La respuesta regulatoria al solidario sobreesfuerzo contributivo no resulta tampoco afinada, desde el punto de vista de la correspondencia pensional futura. En primer lugar, porque no será hasta el año 2051 cuando el premio a aquel esfuerzo se perciba de modo sensible. En segundo lugar, porque tal acicate, entendido como la posibilidad de percibir cuantías superiores a la máxima legalmente prevista, pueden obtenerlo también quienes no realicen aportación por solidaridad, sin necesidad de cotizar por cantidades próximas a la base máxima durante los años de promedio para la obtención de la base reguladora, lo cual convierte dicha medida en desincentivadora y alejada de la finalidad contributiva que debe imperar en el sistema. La nueva norma reglamentaria reenvía a la Inspección de Trabajo el control del posible incumplimiento de esta obligación, pero es preciso dictar criterios técnicos para su actuación que incluyan requerimientos de documentación tributaria y contable para poder averiguar los ingresos reales que son susceptibles de entrar en la nueva cotización adicional estudiada, encontrándose con situaciones complejas y poco detectables.

La aplicación del MEI, con una nueva redacción normativa en el artículo 127 bis del RDL 2/2023, proporciona una mayor seguridad jurídica en cuanto al porcentaje suplementario de carácter finalista a aplicar para la garantía del pago futuro de las pensiones. Supera así a la redacción precedente formulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 21/2021, que dejaba abierta su aplicación tras un primer periodo transitorio, y la ejecución de determinadas medidas, con una gran incertidumbre en cuanto a su condicionalidad. No obstante, constituye una única apuesta por un tímido aumento de ingresos sin reparar sobre la contención del capítulo de gastos, y sin que pueda suponer una óptima sustitución del derogado factor de sostenibilidad. Aunque es complejo realizar vaquinios sobre la suficiencia de esta medida recaudatoria adicional, todo apunta a que la persistencia del tipo fijo suplementario, tras el periodo transitorio marcado por la norma de 2023, no podrá colmar a largo plazo esta última partida, por razones similares a las apuntadas para la cotización de solidaridad.

Referencias bibliográficas

- Arias Domínguez, A. (2019). La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el SMI. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52, 9-60.
- Ballester Pastor, I. (2023). Novedades más sobresalientes del RDL 2/2023: las que acaban de llegar y las que, posiblemente, lleguen después. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66, 312-337.
- Blázquez Agudo, E. M. (2022). El MEI: Otro mecanismo para tratar de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, 17-20. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/02/Briefs-2022-AEDTSS.pdf>
- Cabero Morán, E. (2022). Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 87, 1-9.
- Cámara Botía, A. (2024). Jóvenes y seguridad social: la recomendación del Pacto de Toledo. En J. L. Monereo Pérez y F. Moreno Romero (Coords.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza* (Vol. 1, pp. 205-221). Laborum.
- Castro Medina, R. (2024). Mecanismo de equidad intergeneracional: en clave de solidaridad presente y futura. En M. A. Gómez Salado, B. M. López Insua, M. Fernández Ramírez y E. González Cobaleda (Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»* (pp. 275-296). Laborum.
- Cavas Martínez, F. (2024). Compatibilidad de la pensión de jubilación con otras pensiones y prestaciones de Seguridad Social. En M. A. Gómez Salado, B. M. López Insua, M. Fernández Ramírez y E. González Cobaleda

- (Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»* (pp. 633-655). Laborum.
- Escribá Pérez, A. N. (2022). El mecanismo de equidad intergeneracional en el Pacto de Toledo. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (Vol. 1, pp. 403-414). Laborum.
- Fernández Orrico, F. J. (2023). Reforma de las pensiones públicas y otros cambios de Seguridad Social por Real Decreto-ley 2/2023. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 264, 65-110.
- Fernández Ramírez, M. (2024). La cuota de solidaridad: morfología técnico-jurídica y su eventual rol en la sostenibilidad del sistema de pensiones. En M. A. Gómez Salado, B. M. López Insua, M. Fernández Ramírez y E. González Cobaleda (Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»* (pp. 391-410). Laborum.
- González Cobaleda, E. (2024). El sistema de pensiones español: desde la garantía del modelo público a la complementariedad estricta del privado. En M. A. Gómez Salado, B. M. López Insua, M. Fernández Ramírez y E. González Cobaleda (Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»* (pp. 615-631). Laborum.
- Hierro Hierro, F. J. (2023). Cuentas nocionales: ¿una propuesta válida para el debate? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66, 126-159.
- Hierro Hierro, F. J. (2024). A vueltas sobre la sostenibilidad del sistema público de pensiones: una aproximación al informe Proyecciones del gasto público en pensiones. España. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 271, 41-82.
- Maldonado Molina, J. A. (2024). La jubilación demorada. En J. L. Monereo Pérez y F. Moreno Romero (Coords.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza* (Vol. 1, pp. 741-754). Laborum.
- Molina Navarrete, C. (2024). Acceso a la jubilación, periodo de cómputo y pensión máxima y/o plena: garantías de adecuación de la pensión en entornos de sostenibilidad. En M. A. Gómez Salado, B. M. López Insua, M. Fernández Ramírez y E. González Cobaleda (Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la «sociedad del riesgo»* (pp. 321-345). Laborum.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (2023). Reformas en las pensiones de la Seguridad Social a cierre del año 2022 e inicios de 2023. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 34, 13-38.
- Panizo Robles, J. A. (2023). La Seguridad Social en los inicios de 2023. Comentarios a la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, y otras disposiciones legales en el ámbito de la Seguridad Social. *CEFGestión: Revista de Actualización Empresarial*, 293, 109-176.
- Poquet Catalá, R. (2024). Entre la sostenibilidad y la garantía del sistema público de pensiones. *Revista Derecho Social y Empresa*, 20, 68-90.
- Rodríguez Escanciano, S. (2024). Jubilación anticipada y situaciones administrativas de «segunda actividad» y «reserva»: edad y peligrosidad como factores determinantes. En J. L. Monereo Pérez y F. Moreno Romero (Coords.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza* (Vol. 2, pp. 719-739). Laborum.



Tortuero Plaza, J. L. (2022). El Mecanismo de Equidad Intergeneracional. *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, 21-25. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/02/Briefs-2022-AEDTSS.pdf>

Vila Tierno, F. (2024). La garantía de unas rentas suficientes como eje de la protección de los mayores. En J. L. Monereo Pérez y

F. Moreno Romero (Coords.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza* (Vol. 1, pp. 107-120). Laborum.

Villar Cañada, I. M. (2024). La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial en el sistema de pensiones: también, y más aún, en épocas de crisis. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 8, 98-119.

José Alberto Nicolás Bernad. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza. Inició su trayectoria investigadora como becario FPI del Ministerio de Educación, con paralelas estancias de investigación en las universidades de París II y París IV (Sorbonne) y en las norteamericanas de Toronto y Ottawa (Canadá). Es autor de decenas de artículos jurídicos, capítulos del libro y de cinco monografías. Todas sus aportaciones doctrinales son de autoría única. Ha sido magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Zaragoza y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón durante más de 17 años. En la actualidad, es decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Zaragoza. <https://orcid.org/0000-0003-2049-0353>

La Directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea

Adoración Guamán Hernández

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (España)

Guaman@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>

Extracto

La Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, resultado de un difícil proceso de negociación, es un texto complejo y extenso, cuya trasposición va a conllevar importantes repercusiones en el ordenamiento jurídico español. Orientada a la regulación de una nueva perspectiva de la responsabilidad empresarial, obligatoria, limitada y solo aplicable a las empresas de gran tamaño, la norma desarrolla el proceso de diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente con la ambición, no resuelta, de convertirse en el común denominador de las distintas normas estatales sobre la cuestión y en la clave de bóveda de las expresiones del mecanismo ya preexistentes en el ámbito de la Unión Europea. Su carácter de texto de compromiso se refleja en un articulado plagado de limitaciones, excepciones y matices que augura una trasposición compleja, dispar y con evidentes problemas para su aplicación. El objetivo del presente artículo es desarrollar un análisis crítico pormenorizado del texto definitivo de la directiva al tiempo que señalar los principales retos y posibilidades que deben abordarse en la construcción de la futura ley española de diligencia debida.

Palabras clave: diligencia debida; sostenibilidad; cadenas globales de valor; responsabilidad empresarial; *due diligence*; derechos humanos; medio ambiente.

Recibido: 01-07-2024 / Revisado: 05-08-2024 / Aceptado: 05-08-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Guamán Hernández, A. (2024). La Directiva sobre *due diligence* en sostenibilidad: la inconsistencia del nuevo marco normativo sobre responsabilidad empresarial de la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 53-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22431>

The Sustainability Due Diligence Directive: the inconsistency of the new European Union corporate accountability framework

Adoración Guamán Hernández

Professor of Labour and Social Security Law.

University of València (Spain)

Guaman@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>

Abstract

The Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, resulting from a difficult negotiation process, is a complex and extensive text, which transposition will have important repercussions on Spanish law. Aimed at regulating a mandatory, new and limited perspective of corporate responsibility, only applicable to large companies, the directive develops the due diligence process in human rights and the environment with the unresolved ambition of becoming the common denominator of the different regulations at national level and a common framework of the due diligence pre-existing expressions in other EU regulations. Its nature as a compromise agreement is reflected in a text full of limitations, exceptions and nuances that predicts a complex, disparate transposition with obvious efficiency problems. The objective of this article is to develop a detailed critical analysis of the final text of the directive while pointing out the main challenges and possibilities that must be addressed in the construction of the future Spanish due diligence law.

Keywords: due diligence; sustainability; global value chains; corporate responsibility; human rights; environment.

Received: 01-07-2024 / Revised: 05-08-2024 / Accepted: 05-08-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Guamán Hernández, A. (2024). The Sustainability Due Diligence Directive: the inconsistency of the new European Union corporate accountability framework. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 53-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22431>



Sumario

1. Introducción
 2. La Directiva de diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad: análisis pormenorizado del texto definitivo
 - 2.1. Fundamentos y objeto de la norma
 - 2.2. El ámbito de aplicación
 - 2.3. Los bienes jurídicos protegidos
 - 2.3.1. La protección del medio ambiente y la regulación subalterna de la lucha contra el cambio climático
 - 2.3.2. La protección de los derechos humanos
 - 2.4. El alcance de las obligaciones de diligencia debida: el fundamental concepto de «cadena de actividad»
 - 2.5. El nivel de armonización: ¿la directiva es un suelo o un techo para las normas estatales?
 - 2.6. El contenido de las obligaciones de diligencia debida
 - 2.7. La participación de las partes interesadas
 - 2.8. Los mecanismos públicos de impulso y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida
 - 2.9. La responsabilidad civil de las empresas por los daños causados
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 5 de julio de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859¹, cuyo texto de impulso fue presentado por la Comisión el 23 de febrero de 2022².

En realidad, el camino que culminó con el documento definitivo comenzó hace casi una década en el ámbito de la Unión Europea (UE), 10 años durante los cuales tanto en el contexto supranacional como en el nacional se ha evidenciado la aceleración de los procesos regulatorios orientados a establecer la responsabilidad empresarial respecto de las violaciones de derechos humanos y daños al medio ambiente que pudieran cometer las entidades vinculadas a las cadenas globales de valor. Esta intensa y reciente actividad no debe ocultar que la discusión sobre cómo asegurar esta responsabilidad data de la década de los setenta, fraguándose fundamentalmente en el ámbito internacional. Desde finales del siglo pasado, la expansión de las empresas transnacionales (ETN) y el crecimiento de las cadenas globales de valor (CGV) ha provocado y maximizado la crisis de la noción clásica de responsabilidad empresarial (Supiot, 2015)³. Frente a esta crisis, se ha venido desarrollando

¹ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-9-2024-INIT/es/pdf>

² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM/2022/71 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0071R%2801%29>

³ Es ya innegable que el sujeto empresarial se ha dotado de distintas apariencias a aquel que fue otrora sujeto de las normas y obligaciones iuslaborales, abandonando su estructura jerárquica y vertical para adoptar una morfología reticular y transnacional que aspira a difuminar la cobertura jurídica de las relaciones de trabajo, alejando a quienes producen, la mano de obra, de aquellos que obtienen la plusvalía derivada de la explotación de su fuerza de trabajo. La brecha entre ambos sujetos, capital y trabajo, antes unidos en el ámbito geográfico concreto y sometidos a un ordenamiento único, tiene importantes repercusiones respecto de los derechos laborales. La actual división internacional del trabajo, con una distribución productiva global determinada por el sujeto empresarial transnacionalizado, establece un nuevo terreno de juego al que, a riesgo de perder su eficacia, el derecho laboral, nacional e internacional debe adaptarse. Así, la construcción de nuevos mecanismos para asegurar la responsabilidad empresarial en este nuevo escenario debe partir de la consideración de la nueva morfología empresarial e integrar la transnacionalidad como elemento sustancial. Entre la doctrina, analizando esta situación y denunciando los impactos contrarios a los derechos laborales del fenómeno de desarrollo de las CGV, destacan: Brino (2020), Guamán Hernández (2023), LeBaron (2014, 2021), Sanguineti Raymond (2022b,

una lenta reacción institucional/normativa de más de medio siglo, construyéndose lentamente una nueva noción de responsabilidad empresarial que, tras un largo espacio de tiempo situada en el plano de la voluntariedad, se ha acabado declinando, con múltiples limitaciones, en el plano normativo, y que incorpora tanto la acepción de imputabilidad como la obligación empresarial de «hacerse cargo» de las expectativas que la sociedad deposita en los sujetos económicos respecto de la «sostenibilidad» (Brino, 2022, 2023), que ahora encuadra tanto los derechos humanos como el medio ambiente⁴.

Debe recordarse que la diligencia debida es un mecanismo construido en un espacio ajeno al ámbito de los derechos humanos, que puede encontrarse en el marco del derecho de la empresa, del derecho internacional público y de inversiones, entre otros. En el ámbito de la práctica empresarial, el concepto se ha utilizado habitualmente vinculado a la evaluación de riesgos empresariales en el ámbito de las transacciones financieras y comerciales. Solo a partir del año 2004⁵, y sobre todo del 2008, la diligencia debida de declinó específicamente como mecanismo para asegurar la responsabilidad empresarial respecto de los derechos humanos, siendo el texto básico para determinar su nacimiento los Principios Rectores de Naciones Unidas (PRNU) de 2011⁶. Tras la adopción de los PRNU, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se convirtió en un actor fundamental en el impulso del marco de *soft law* de diligencia debida, con la modificación de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Empresas Multinacionales (cuya versión original data de 1976). Así, es fundamental para comprender el desarrollo del concepto la lectura del conjunto de guías para su implementación que ha publicado esta institución, entre las que destaca la importante Guía de diligencia debida para una conducta empresarial responsable de 2018. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) modificó en 2017 la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1977) para integrar la referencia a la diligencia debida⁷.

2022a) y Stringer y Michailova (2018). El evidente vínculo entre el crecimiento de la esclavitud contemporánea y las CGV es una de las expresiones más claras de este impacto negativo (Pérez Alonso *et al.*, 2017; Guamán Hernández, 2023; Olarte Encabo, 2018; Sales Pallarés, 2021).

⁴ El concepto de sostenibilidad pasó a ser central en la normativa UE a partir, fundamentalmente, del Pacto Verde Europeo (COM(2019)0640 final). En este texto se entiende por inversión sostenible aquella que tiene en cuenta las cuestiones ambientales (mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo, el medio ambiente en general y los riesgos conexos) y las sociales (desigualdad, inclusividad, relaciones laborales, inversión en capital humano y comunidades y sociales) en las decisiones de inversión.

⁵ La primera enunciación apareció en las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. *Vid.* Martín-Ortega (2014).

⁶ Fue J. Ruggie, representante especial del secretario general de la ONU sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, el responsable del impulso del mecanismo que apareció ya desarrollado en sus informes de 2008 y 2009, que cristalizaron en los PRNU de 2011.

⁷ Sobre esta evolución regulatoria *vid.* Barraud de Lagerie (2019), Guamán Hernández (2021a), Márquez Carrasco (2022) y Martín-Ortega (2014).

La transición del ámbito de las recomendaciones y principios no vinculantes a las normas de obligado cumplimiento comenzó en el ámbito estatal con la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas, adoptada el 27 de marzo del año 2017 (D'Ambrosio, 2020; Daugareilh *et al.*, 2021; Guamán Hernández, 2022c; Moreau *et al.*, 2017; Sachs, 2017; Muir Watt, 2017)⁸. A continuación, llegó la ley de 2019 de Países Bajos que introdujo el deber diligencia para prevenir el comercio de bienes y servicios producidos mediante trabajo infantil (que no ha entrado en vigor) o la ley alemana sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro, aprobada en julio de 2021 y que entró en vigor en el año 2023 (Fuchs, 2022; Jault-Seseke, 2024; Rühmkorf, 2021)⁹.

Esta expansión del mecanismo desde el ámbito de las recomendaciones señaladas al plano de la obligatoriedad y tanto en el marco estatal como en la UE ha sido exponencial y ha venido marcada por notables distancias conceptuales y de diseño del contenido y alcance de las obligaciones (Baylos Grau, 2022). A pesar de la disparidad de enunciaciones regulatorias, es posible destacar dos elementos fundamentales del mecanismo de diligencia debida empresarial en derechos humanos¹⁰. Por un lado, su carácter híbrido, como mecanismo que integra tanto las obligaciones de los Estados en relación con las acciones de actores no estatales que violen los derechos humanos como la práctica empresarial general de gestión de los riesgos y las experiencias utilizadas en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (Sachs y Clerc, 2022). Por otro lado, la necesidad de aceptar el carácter innovador y atípico de un mecanismo creado *ex novo* en el ámbito de la discusión desarrollada en el marco de las Naciones Unidas sobre cómo afrontar la regulación de la relación entre empresas transnacionales y derechos humanos, y en particular en el (débil) marco de los PRNU.

En este viaje histórico del *soft law* al *hard law* (Barraud de Lagerie, 2019; Guamán Hernández, 2021a; Márquez Carrasco, 2022), la diligencia debida se ha convertido en una nueva *lingua franca* (Deva, 2023), que ha permeado todos los niveles regulatorios y que podría llegar a ser uno más de los instrumentos posibles para asegurar la responsabilidad de las ETN por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales cometidos a lo largo de sus CGV. Sin embargo, como señala crítica y acertadamente Surya Deva (2023), las debilidades de estos mecanismos de diligencia debida, la mayoría de las cuales se evidencian con el análisis del contenido de la directiva que se aborda en los siguientes epígrafes, obligan a cuestionar su capacidad para asegurar la responsabilidad empresarial en situaciones con elementos de transnacionalidad. Este cuestionamiento se basa particularmente en dos

⁸ Respecto del primer y decepcionante pronunciamiento judicial respecto de la aplicación de la ley francesa *vid.* Hautereau Boutonnet y Parance (2023).

⁹ Para un análisis desde el punto de vista comparado de estas normas, *vid.* Guamán Hernández (2022a), Sanguineti Raymond (2022b), Sanguineti Raymond y Vivero Serrano (2022) y Solís Prieto (2021).

¹⁰ Reviste una particular importancia el debate sobre el contenido del concepto de diligencia debida en los PRNU que se entabló entre Bonnitcha y McCorquodale (2017) y Ruggie y Sherman (2017).

motivos: en primer lugar, porque el concepto nació lastrado, con múltiples limitaciones conceptuales, operativas y estructurales heredadas del marco donde se configuró inicialmente (los Principios Rectores de Naciones Unidas de 2011)¹¹; y, en segundo lugar, porque el diseño plasmado en los principales marcos estatales (y en la directiva) está evidenciando múltiples problemas en su aplicación, que señalan su escasa capacidad para responsabilizar a las ETN de manera adecuada. Así, no se niega el potencial del mecanismo como complemento de otras vías, pero debe remarcar que este se podría desplegar únicamente si se cumplieran una serie de requisitos sustanciales en cuanto a su diseño y contenido que, como veremos en las siguientes páginas, el articulado de la directiva no garantiza.

2. La Directiva de diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad: análisis pormenorizado del texto definitivo

El ámbito regulatorio de la UE, la diligencia debida empresarial en derechos humanos apareció ya con claridad en las Conclusiones sobre empresas y derechos humanos publicadas, por el Consejo en el año 2016¹², que vinculaban la diligencia debida a la implementación de los PRNU, cosa que, como veremos, no se ha respetado en el texto final de la directiva. En poco tiempo, la propuesta de una directiva no sectorial sobre diligencia debida obligatoria tomó consistencia, vinculándose al concepto de sostenibilidad y con una voluntad clara de evitar la dispersión normativa en el ámbito estatal¹³. La propuesta inicial de la Comisión, presentada en febrero de 2022¹⁴, suscitó un fuerte debate y múltiples críticas, que se reflejaron en las sustantivas modificaciones que se propusieron, tanto por el

¹¹ Informe «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"» (Naciones Unidas, A/HRC/17/31, 27 de marzo de 2011).

¹² Council of the European Union (2016), Council Conclusions on business and human rights, No. 10254/16, 20 June 2016.

¹³ Los hitos fundamentales del proceso previo a la presentación de la propuesta por la Comisión fueron los siguientes: presentación del estudio sobre diligencia debida en las cadenas de suministro (Torres-Cortés *et al.*, 2020); integración de la diligencia debida en el Plan de Acción de Derechos Humanos y Democracia 2020-2024; presentación del Informe sobre la gobernanza empresarial sostenible (2020/2137(INI)) del Parlamento Europeo; consulta pública convocada por la Comisión para conocer la opinión de las partes interesadas sobre una nueva normativa; aprobación por el Parlamento Europeo de la Resolución con «Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa», que incluyó un texto articulado ((2020/2129(INL)). Sobre este texto, *vid.* Guamán Hernández (2021b). Sobre este proceso y el texto de la Comisión así como las normas estatales *vid.* Guamán Hernández (2021a, 2022b, 2022c), Iglesias Márquez *et al.* (2024), Martín Hernández (2021), Sanguinetti Raymond y Vivero Serrano (2022, 2021) y Solís Prieto (2021).

¹⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM/2022/71 final.

Consejo, con su Orientación General sobre el texto el 30 de noviembre de 2022¹⁵, como en las enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo en su sesión de 1 de junio de 2023¹⁶. Las diferencias entre ambos pareceres fueron resueltas en largos meses de negociaciones en trílogos que finalizaron (con algún paso fallido)¹⁷ con los pasos finales de la tramitación: la adopción de un acuerdo provisional por el Consejo el 19 de marzo de 2024; la aprobación por parte del Parlamento de su postura en primera lectura el 24 de abril¹⁸; y, finalmente, la adopción del texto por el Consejo el 24 de mayo de 2024¹⁹.

Esta directiva debería ser la clave de bóveda de un conjunto de normas que introducen el mecanismo de diligencia en el ámbito UE, fundamentalmente en el ámbito del comercio internacional. Así, el ya derogado Reglamento de la madera de 2010²⁰, el Reglamento sobre minerales en conflicto de 2017²¹, el Reglamento de deforestación de 2023²², el Reglamento de pilas y baterías del mismo año²³ y el Reglamento relativo a la prohibición de los productos fabricados con trabajo forzoso en el mercado de la Unión²⁴ incluyen la diligencia debida como mecanismo para abordar riesgos sociales y medioambientales con una clara voluntad de protección del mercado interior. Además, en el año 2022 se aprobó la Directiva sobre

¹⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/es/pdf>

¹⁶ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2023/06-01/0209/P9_TA\(2023\)0209_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2023/06-01/0209/P9_TA(2023)0209_ES.pdf)

¹⁷ En febrero de 2024, el Consejo Europeo no logró llegar a un acuerdo sobre la directiva, dada la oposición de dos países clave en el proceso, como son Alemania y Francia, ambos con normas propias sobre la cuestión y que habían apoyado originalmente el texto. Las razones de Alemania se vinculaban con la voluntad de evitar un posible impacto negativo sobre su industria automovilística y Francia propuso la reducción del ámbito de aplicación de la norma.

¹⁸ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2024/04-24/0329/P9_TA\(2024\)0329_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2024/04-24/0329/P9_TA(2024)0329_ES.pdf)

¹⁹ Destacó en la votación la abstención de Bulgaria, Chequia, Alemania, Estonia, Lituania, Hungría, Malta, Austria y Eslovaquia. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-9-2024-INIT/es/pdf>

²⁰ Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera. Esta norma ha sido derogada por el Reglamento de deforestación de 2023.

²¹ Reglamento (UE) 2017/821, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro en lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

²² Reglamento (UE) 2023/1115, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010.

²³ Reglamento (UE) 2023/1542, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directiva 2006/66/CE.

²⁴ Propuesta de Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso. COM/2022/453 final.

la presentación de información corporativa en materia de sostenibilidad de 2022²⁵, que se articula expresamente como norma complementaria de la nueva Directiva sobre diligencia. Una visión del conjunto de esta normativa revela con claridad que la voluntad de conseguir la homogeneidad anhelada no se ha plasmado y que existen múltiples disparidades e incongruencias entre las distintas acepciones de conceptos clave para delimitar el contenido y alcance de la diligencia debida, que pueden dar lugar a numerosos problemas de aplicación y reducir notablemente la eficacia de los mecanismos.

A lo largo de los siguientes epígrafes se va a desgranar el contenido de los 39 artículos, con la necesaria referencia a los 99 considerandos del texto que aquí tratamos, y cuya estructura admite una división en los siguientes cinco grandes bloques. El primero lo integran los artículos 1 a 4, que tienen carácter introductorio y general y que incluyen: el objeto, el ámbito de aplicación, las definiciones fundamentales y la delimitación específica del «nivel de armonización». En un segundo bloque, los artículos 5 a 17 más el 22 y 23 desarrollan los aspectos sustantivos de la norma, regulando, en las distintas fases del mecanismo de diligencia debida, las obligaciones de las empresas, desde la integración de la diligencia debida en sus políticas y sus sistemas de gestión de riesgos, hasta las medidas de prevención, mitigación, cesación y reparación, la obligación de involucrar en el mecanismo a las partes interesadas (incluyendo a los sindicatos), las responsabilidades respecto de la comunicación pública y las obligaciones específicas respecto de la lucha contra el cambio climático. El tercer gran grupo de disposiciones regula la importante cuestión de las autoridades de control estatales, con los artículos 24 a 28, incluyendo la tipificación de infracciones y sanciones. El cuarto bloque se ocupa de la responsabilidad civil de las empresas, artículo 29, y en este bloque es posible incluir la protección de las personas denunciantes (art. 30) y un artículo de particular interés (el art. 31) relativo a «ayuda pública, contratación pública y concesiones públicas». El resto del articulado, un quinto bloque, regula las obligaciones para la Comisión de desarrollo e impulso (arts. 18, 19 y 21) vinculadas con medidas de apoyo que deben establecerse por parte de los Estados (art. 20). Por último, los artículos 32 y siguientes incluyen las modificaciones pertinentes de otras normas UE, la otorgación a la Comisión de los poderes para adoptar actos delegados, revisar la norma y proponer modificaciones, así como las disposiciones para la trasposición y la entrada en vigor de la directiva. Es especialmente importante el artículo 36, donde se mandata a la Comisión a presentar, como máximo dos años tras la entrada en vigor de la directiva, un informe sobre la necesidad de establecer requisitos adicionales relativos a los servicios financieros y las actividades de inversión. Además, y como máximo seis años después, la Comisión deberá elaborar un informe sobre temas cruciales como: la afectación a las pymes; el ámbito de aplicación; los bienes jurídicos protegidos; la definición de cadena de actividad; los mecanismos vinculados a la lucha contra el cambio climático y la responsabilidad civil.

²⁵ Directiva (UE) 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022. Sobre este texto *vid.* Vicente Blanco y Bardel (2024) y Serra Rodríguez (2024).

2.1. Fundamentos y objeto de la norma

Los considerandos 1 a 17 se dedican a la justificación de la directiva y pueden destacarse tres ideas de partida: por un lado, se afirma con claridad que el comportamiento de las empresas de todos los sectores de la economía, incluyendo aparentemente el sector financiero, es clave para el éxito con respecto a los objetivos de sostenibilidad de la Unión²⁶, y que estos objetivos deben integrarse aún más en el marco de gobernanza empresarial y permear todas las políticas de la UE. La segunda afirmación fundamental que enmarca la directiva se ubica en el considerando 7, donde se indica que «todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí». Además, se señala que las empresas de la Unión, especialmente las grandes, dependen de las cadenas de valor mundiales y que estos actores económicos están interesados en proteger los derechos humanos y el medio ambiente, habida cuenta de la creciente preocupación de los consumidores y los inversores respecto de estos temas. La tercera afirmación, que ha pergeñado la totalidad del procedimiento de gestación y aprobación de esta directiva, es la necesidad de evitar que la introducción de una normativa vinculante en varios Estados miembros vulnere la igualdad de condiciones para las empresas, fragmente el mercado interior o genere inseguridad jurídica para los operadores económicos. Esta finalidad se evidencia en la base jurídica de la norma, explicitada en su introducción y los artículos 50 y 114 del TFUE, y se apunta en el considerando 31, plasmándose de manera ciertamente poco clara en el artículo 4. Se trata, a la luz del texto final, de la finalidad prioritaria.

Aun cuando en los considerandos (5, 6, 14...) se menciona y subraya la alineación del texto con el marco fundamental supranacional regulatorio de la diligencia debida (PRNU, OCDE, OIT), la directiva se separa de estos textos de manera clara en cuestiones fundamentales como son: el ámbito de aplicación, que delimita el número de empresas concernidas, los bienes jurídicos protegidos y el concepto de cadena, que determina el alcance de la responsabilidad.

Ya en el articulado, su artículo 1 fija el objeto de la norma²⁷, apuntando que la misma establece las reglas sobre tres aspectos: fijar las obligaciones de las empresas en relación

²⁶ Que se fundamentan, entre otras disposiciones, en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); el Pacto Verde Europeo; los acuerdos internacionales en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en la que son partes la Unión y los Estados miembros; los Objetivos de Desarrollo Sostenible, etc.

²⁷ La redacción detallada está en el considerando 16, que señala que el objeto de la norma es:

[...] garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la detección y, cuando sea necesario, priorización, prevención, mitigación, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente

con los impactos adversos de sus operaciones sobre los derechos humanos y el ambiente derivados de sus propias operaciones, las operaciones de sus filiales y las operaciones realizadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas; establecer las reglas sobre la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones mencionadas anteriormente; y establecer la obligación de las empresas de adoptar y llevar a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático²⁸.

2.2. El ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación, que se delimita en el artículo 2 y se trata en los considerandos 21, 22, 27, 28, 29 y 30, ha sido sin duda uno de los puntos más complejos de la tramitación. El texto final ha rebajado las expectativas de las organizaciones sociales y del Parlamento Europeo, aumentando los umbrales de aplicación, y establece una doble categoría: por un lado, se incluyen las empresas²⁹ conformadas según la legislación de un Estado miembro que cumplan con un requisito de los siguientes tres: cuenten con más de 1.000 trabajadores³⁰ y superen los 450 millones de euros de volumen mundial de negocios³¹; no hayan

relacionados con las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, así como garantizando que los afectados por el incumplimiento de este deber tengan acceso a la justicia y a vías de recurso.

²⁸ En los trabajos preparatorios se incluyó la mención a los deberes de los directivos de las empresas en el objeto de la norma, cuestión polémica que no se incluyó ni siquiera en la propuesta de la Comisión y cuya falta se ha destacado por las organizaciones sociales como una grave carencia, que podría haber asegurado en mayor medida la eficacia de la norma.

²⁹ El artículo 3.1 a) define «empresa» incluyendo tres posibilidades: una persona jurídica constituida conforme al derecho de la UE, una persona jurídica constituida de conformidad con el derecho de un tercer país o una empresa financiera que entre en una de las 17 categorías enumeradas en el artículo.

³⁰ El artículo establece una serie de pautas para el cómputo del número de personas trabajadoras, que se encuentran también detalladas en el considerando 27: las personas empleadas por empresas de trabajo temporal y las desplazadas temporalmente por estas empresas en el marco de una prestación transnacional de servicios deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores de la empresa usuaria. Las desplazadas temporalmente por cuenta y bajo la dirección de una empresa a otro Estado miembro se incluyen en el cómputo de la empresa de envío (según las previsiones del art. 1 de la Directiva 96/71 en sus distintos apartados). Las personas trabajadoras con contratos de empleo atípicos deben incluirse en el cómputo de volumen de empleo, siempre que cumplan los criterios establecidos por Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para determinar la condición de trabajador. Las empleadas de temporada deben estar incluidas en el cálculo de forma proporcional al número de meses para los que estén empleadas. También se incluirán en el cómputo las personas que trabajen en las sucursales de una empresa que sean centros de actividad distintos de la sede central y que dependan jurídicamente de ellas y al grupo de empresas, cuando los umbrales se calculen sobre una base consolidada. Las condiciones anteriores deben cumplirse en dos ejercicios consecutivos para que se aplique la directiva.

³¹ En la propuesta inicial de la Comisión el umbral se fijó en 500 trabajadores y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones; la enmienda del Parlamento Europeo proponía rebajar a 250

alcanzado estos umbrales pero sean la sociedad matriz última³² de un grupo³³ que haya alcanzado los umbrales en el último ejercicio; o tengan un acuerdo de franquicia y licencia y cumplan ciertas condiciones³⁴.

En segundo lugar, se incluye a las entidades de países terceros que realicen actividades dentro de la Unión y que hayan generado un volumen de negocios neto³⁵ superior a 450 millones de euros en la Unión en el ejercicio financiero precedente, o que sin alcanzar este umbral sea la empresa matriz última de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado esas cantidades. Para las empresas de terceros países no se toma en cuenta el número de personas trabajadoras.

Además, el artículo 2 establece una tríada de pautas importantes para determinar el ámbito de aplicación. En primer lugar, se exonera a la empresa matriz del cumplimiento de la norma si su actividad principal es la tenencia de acciones en filiales operativas y no participa en la toma de decisiones. Esta excepción, que debe aprobarse por una autoridad de control, queda supeditada a la condición de que se designe a una de las filiales de la empresa matriz última establecidas en la Unión para cumplir las obligaciones³⁶. En segundo lugar, el artículo 2 indica que el Estado miembro a cuya norma sobre esta materia debe entenderse sometida la empresa será aquel en el que la esta tenga su domicilio social o, en el caso de las empresas de terceros Estados, el país donde se haya establecido su sucursal o donde haya desarrollado un mayor volumen de negocios. En tercer lugar, y de mayor importancia,

trabajadores y 40 millones. En el ámbito comparado: la ley francesa se aplica a las empresas que contraten al menos 5.000 trabajadores, en ella y sus subsidiarias directas o indirectas con domicilio social en el territorio francés, o por lo menos a 10.000 trabajadores entre la empresa principal y sus filiales directas o indirectas, con domicilio social en el territorio francés o en el extranjero. La ley alemana se aplicó en sus dos primeros años de vigencia a las empresas, independientemente de su estructura jurídica, que tengan su sede, domicilio o lugar principal de negocios en Alemania, siempre que den empleo a más de 3.000 personas, incluyendo aquellas desplazadas para trabajar en un país extranjero. También se incluyen en el ámbito de aplicación las empresas extranjeras que tengan una sucursal en Alemania que den empleo a 3.000 personas en territorio alemán. Los umbrales se redujeron a 1.000 el 1 de enero de 2024.

³² El artículo 3.1 en sus apartados q) y r) define «empresa matriz» como aquella que controla una o más filiales; y «empresa matriz última» como aquella que controla, directa o indirectamente, una o varias filiales y no está controlada por otra empresa.

³³ El artículo 3.1 s) define grupo como el conjunto constituido por una empresa matriz y todas sus filiales.

³⁴ El detalle de estos umbrales respecto de las franquicias se desarrolla en el considerando 28.

³⁵ El volumen de negocios neto se define en el artículo 3.1 m).

³⁶ Además, en el considerando 21 se indican algunas pautas de cumplimiento coordinado entre la matriz y las filiales, a efectos de hacer más eficaz la diligencia debida y reducir la carga que pesa sobre las empresas, permitiéndose que se compartan recursos e información en el interior de sus respectivos grupos de empresas y con otras entidades jurídicas. En todo caso, la empresa matriz última seguirá siendo responsable solidaria junto con la filial designada, en caso de que esta última incumpla sus obligaciones.

la norma indica que los fondos de inversión alternativos y determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios no entran en el ámbito de aplicación de la norma³⁷.

Debe tenerse en cuenta que la norma establece una aplicación progresiva. Así, se aplicará: a los 3 años de su entrada en vigor a las empresas de 5.000 empleados y 1.500 millones de euros (2027), con excepción de las obligaciones del artículo 11, que serán aplicables en 2028; a los 4 años de su entrada en vigor a las empresas de 3.000 empleados y 900 millones de euros (2028), salvo las obligaciones del artículo 11, que serán aplicables en 2029; y a los 5 años (2029) a todas las demás empresas que se encuentran en el ámbito de aplicación, para las cuales las obligaciones del artículo 11 también serán aplicables en 2029. No debe olvidarse que para las entidades de terceros países solo se aplica el criterio del volumen de negocios.

Las críticas a estos criterios para determinar el ámbito de aplicación de la directiva han sido numerosas y se han planteado tanto desde el ámbito de los movimientos sociales como desde la doctrina. Por un lado, porque los elevados umbrales, exigidos por países como Alemania o Francia en la negociación, reducen en demasía las empresas que se verán obligadas por la norma³⁸; por otro lado, se ha criticado la propia lógica de combinar dos criterios, el número de personas trabajadoras y el volumen de negocios, que bien podrían funcionar de manera alternativa y cuyo cálculo no es en absoluto sencillo. De hecho, determinar el número de personas trabajadoras es uno de los criterios cuyo cómputo ha complicado particularmente la aplicación de la ley francesa (Guamán Hernández, 2022c) y puede permitir «fugas» de entidades económicas que debieran estar concernidas (Borzaga y Mussi, 2023).

También, en relación con el ámbito de aplicación, se ha levantado de nuevo la manida polémica acerca de si las normas de diligencia deben aplicarse a todas las empresas, incluyendo las pymes, o tan solo a las que tengan actividad transnacional (y por tanto un tamaño mayor). Ciertamente, el marco regulatorio supranacional (PRNU, directrices y guías OCDE, etc.) no excluye, aun cuando se establece el criterio de la aplicación proporcional, a ninguna empresa. No obstante, deben tenerse en cuenta dos factores: por un lado, que el objetivo fundamental de este tipo de normas es asegurar la responsabilidad de las empresas por las violaciones cometidas a lo largo de sus cadenas, lo que justifica la inserción de

³⁷ La directiva se remite a otras dos normas para definir el ámbito de aplicación de esta excepción: la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, y la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

³⁸ La Comisión ha estimado que la directiva se aplicará a +/- 6.000 empresas domiciliadas en la UE y +/- 900 empresas domiciliadas fuera de la UE. *Vid.* https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en. Otros estudios hablan de 5.000 empresas en total, un 0,05 % de empresas de la UE (Holly, 2024).

critérios de tamaño, aunque desde luego no tan altos³⁹; y, por otro lado, que la afectación a las pymes, si bien indirecta, es indudable⁴⁰. De hecho, las posibles externalidades negativas de la aplicación de la directiva, en particular para las pymes, se reconocen de manera clara en el texto⁴¹. A fin de apoyar a las pymes, el artículo 20 de la norma establece una serie de medidas de acompañamiento, con especial atención a las pymes, que deben ser desarrolladas, bien por los Estados (crear y gestionar sitios web, portales o plataformas especializadas para facilitar información y asistencia a las empresas; proporcionar asistencia financiera a las pymes y ayudarlas a reforzar su capacidad), bien por la Comisión. Esta institución también debe, ex artículo 21, crear un servicio de ayuda único sobre diligencia, que puede colaborar con las autoridades estatales. La preocupación por evitar que las dinámicas de diligencia puedan «comprometer la viabilidad de la pyme»⁴² se plasma igualmente en los artículos 10.2 e) y 11.3 f), que regulan las medidas de apoyo específico de las empresas a las que son socios comerciales.

2.3. Los bienes jurídicos protegidos

La directiva se orienta, según la propia dicción del considerando 32, a amparar de forma exhaustiva los derechos humanos, «incluidos los cinco principios y derechos fundamentales en el trabajo definidos en la Declaración de la OIT de 1998», teniendo en cuenta que la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos son valores fundamentales que han inspirado la Unión (afirmación que se remarca en el considerando 1). Esta voluntad grandilocuente no se compadece con la delimitación de los bienes protegidos que se hace en el articulado siguiendo el modelo de lista parcialmente cerrada, utilizado por la ley alemana, y no el modelo de cláusula general de la ley francesa. Así, el artículo 3 incluye como base

³⁹ Para un resumen de la discusión acerca de si deben o no entenderse concernidas en el ámbito de aplicación de estas normas todas las empresas o solamente las grandes se remite a la bibliografía que, a lo largo de la negociación del Binding Treaty, se ha ido produciendo respecto de esta cuestión (Guamán Hernández, 2018a, 2018b).

⁴⁰ La definición de pyme se encuentra en artículo 3.1 i), que la conceptúa como «una microempresa o una pequeña o mediana empresa, independientemente de su forma jurídica, que no forme parte de un gran grupo, conforme a las definiciones del artículo 3, apartados 1, 2, 3 y 7 de la Directiva 2013/34/UE» (Directiva sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas).

⁴¹ El considerando 69 lo desarrolla con claridad al señalar que:

Aunque las pymes no están incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, podrían verse afectadas por sus disposiciones como contratistas o subcontratistas de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación. No obstante, el objetivo es mitigar la carga financiera o administrativa que pesa sobre las pymes, muchas de las cuales ya tienen dificultades en el contexto de la crisis económica y sanitaria mundial.

⁴² Según el considerando 54, este concepto debe interpretarse en el sentido de que se pueda causar la quiebra de la pyme o ponerla en una situación de quiebra inminente.

la definición del concepto de «efecto adverso» para el medio ambiente y para los derechos humanos y se conecta con el anexo de la norma. Este anexo se divide en dos partes, la primera, dedicada a los derechos humanos, con dos apartados, el primero se titula «derechos y prohibiciones incluidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos», y el segundo, «instrumentos sobre derechos humanos y libertades fundamentales». La parte segunda, dedicada al medio ambiente, se rubrica como «prohibiciones y obligaciones incluidas en los instrumentos medioambientales»⁴³.

2.3.1. La protección del medio ambiente y la regulación subalterna de la lucha contra el cambio climático

Desde su planteamiento inicial, la directiva se presentó como un instrumento fuertemente vinculado al Pacto Verde Europeo⁴⁴, donde se explicitó la voluntad de integrar la sostenibilidad en la gobernanza empresarial. A pesar de la fuerte presencia de cuestiones medioambientales en los considerandos de la norma, la versión inicial de la Comisión evidenciaba un claro desequilibrio en cuanto al alcance de la protección de los derechos humanos y del medio ambiente, dejando además a las cuestiones relativas al cambio climático en un lugar subalterno e inane. A lo largo de las negociaciones, tanto el Consejo como fundamentalmente el Parlamento Europeo introdujeron mejoras sustantivas en ambos aspectos, sin llegar a un resultado satisfactorio, pero ampliando el alcance de la protección del medio ambiente.

El artículo 3.1 b) define «impacto adverso para el medio ambiente» como aquel resultado de la infracción de una de las prohibiciones y obligaciones enumeradas en la parte II del anexo de la directiva, así como del incumplimiento de una de las prohibiciones enumeradas en la parte I, puntos 15 y 16, del anexo, teniendo en cuenta la legislación nacional vinculada a las disposiciones de los instrumentos mencionados en el anexo. La parte II del anexo incluye una serie de prohibiciones y obligaciones conectadas con instrumentos internacionales sobre el medio ambiente, que pueden dividirse en tres categorías principales: protección de la diversidad biológica y del hábitat⁴⁵, gestión de productos químicos y

⁴³ También se define, en el artículo 3.1 l), el «efecto adverso grave»: conceptualizado como aquel especialmente significativo por su naturaleza, por su magnitud, alcance o carácter irreparable, teniendo en cuenta su gravedad, su irreversibilidad y los límites de la capacidad para devolver a las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de que se produjera ese efecto en un plazo razonable. La gravedad del efecto adverso se define en el artículo 3.1 v).

⁴⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, COM(2019)0640 final.

⁴⁵ Con referencia a determinadas disposiciones de: el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), así como la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar).

residuos⁴⁶ y la prevención de la contaminación⁴⁷. Estas prohibiciones y obligaciones deben interpretarse y aplicarse en consonancia con el derecho internacional y los principios generales del derecho medioambiental de la Unión, conforme a lo establecido en el artículo 191 del TFUE, además las empresas deben tener en cuenta la legislación nacional pertinente, especialmente cuando estas normas amplíen el estándar de conducta (Rouas *et al.*, 2024). En la mayoría de los casos, las previsiones del anexo incorporan las disposiciones menos exigentes de estos instrumentos internacionales, superadas habitualmente por la normativa nacional.

Además, en los puntos 15 y 16 de la parte I del anexo se afirma que la degradación del medio ambiente o de los recursos naturales puede impedir el disfrute de derechos humanos, en consonancia con la lógica de interdependencia que encierra el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible⁴⁸. En concreto, en el apartado 15 se establece la prohibición de causar cualquier degradación ambiental mensurable⁴⁹ que menoscabe sustancialmente determinados aspectos esenciales para la vida humana⁵⁰. En el apartado 16 de la primera parte del anexo se afirma la conexión entre los desalojos o tomas ilícitas de tierras, bosques y aguas y el derecho de las personas, colectivos y comunidades

⁴⁶ Con referencia a determinadas disposiciones de: el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

⁴⁷ Con referencia a determinadas disposiciones del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques.

⁴⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2022. En su preámbulo, la resolución reconoce que:

La degradación del medio ambiente, el cambio climático, la pérdida de diversidad biológica, la desertificación y el desarrollo insostenible son algunas de las amenazas más acuciantes y graves para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar plenamente de todos los derechos humanos.

⁴⁹ Como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua, la degradación de la tierra o cualquier otro impacto en los recursos naturales, como la deforestación. Debe tenerse en cuenta que todas estas prácticas se conectan de manera clave con las actividades de la industria extractiva y están siendo uno de los focos de denuncia por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales en amplias zonas del Sur Global. Sobre el concepto de extractivismo y su impacto creciente sobre el medio ambiente *vid.* Forero (2023).

⁵⁰ En concreto: los fundamentos naturales para la conservación y la producción de alimentos; deniegue a una persona el acceso a agua potable segura y limpia; dificulte el acceso de una persona a las instalaciones sanitarias o las destruya; perjudique la salud, la seguridad, el uso normal de la tierra o los bienes adquiridos lícitamente; perjudique sustancialmente a los servicios ecosistémicos a través de los cuales un ecosistema contribuye directa o indirectamente al bienestar humano. Esta prohibición debe estar interpretada en consonancia con el artículo 6, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

a tierras y recursos, y a no verse privados de medios de subsistencia, en consonancia con los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 2 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta inclusión tiene especial importancia por el aumento de estas prácticas de acaparamiento de tierras por parte de las ETN y por la dimensión colectiva que se evidencia en su redacción.

Ciertamente, todo este conjunto de disposiciones supera el ámbito de los PRNU, que no incluían cuestiones medioambientales, pero no se ajusta a las más amplias normas ambientales incluidas en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (Rouas *et al.*, 2024). Además, la restricción de lo que debe entenderse como un efecto ambiental adverso a la lista de prohibiciones y obligaciones, dentro de un conjunto limitado de instrumentos internacionales, deja espacios abiertos para que escapen de la protección numerosos supuestos dañinos, abriendo fugas preocupantes que pueden ser aprovechadas por los agentes económicos.

La cuestión del cambio climático se desarrolla en el artículo 22.1, donde se exige a las empresas concernidas que adopten y pongan en práctica «un plan de transición para la mitigación del cambio climático» para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible, con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C y el objetivo de lograr la neutralidad climática, y cuando proceda, la exposición de la empresa a las actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas. El artículo detalla el contenido del plan de transición, que debe actualizarse cada 12 meses, y se articula con la Directiva de información en sostenibilidad, de manera que la notificación de un plan de transición para la mitigación del cambio climático de conformidad con la norma de información implicará el cumplimiento de la obligación de adopción del plan. Pese a las mejoras, el artículo sigue siendo impreciso y ambiguo al definir el contenido y el alcance de dichos planes, así como el papel de las autoridades de control en su supervisión respecto de estos.

2.3.2. La protección de los derechos humanos

Una de las cuestiones más criticadas es el sistema utilizado para delimitar el alcance de los derechos humanos protegidos, que se aparta del modelo de los PRNU, donde se señala que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁵¹, sin establecer un listado específico de derechos cubiertos. Por añadidura, la división contenida en el articulado es contraria a la declaración de apertura respecto del carácter universal e indivisible de los derechos humanos.

⁵¹ El texto indicó que estos:

[...] abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

El artículo 3.1 c) de la directiva define «efecto adverso para los derechos humanos», entendiéndolo como las consecuencias para las personas derivadas de la vulneración de alguno de los derechos humanos enumerados en el anexo I, parte I, sección 1. En esta sección primera se incluyen una serie de «derechos y prohibiciones» que están amparados por los instrumentos internacionales que figuran en el listado de la sección 2 de esta parte I. A efectos de ampliar la protección, el artículo 3.1 c) ii) afirma que también se incluirán los derechos no enumerados en el listado de la sección 1, pero incluidos en los instrumentos de derechos humanos enumerados en la sección 2, siempre que se den las siguientes tres condiciones: que el derecho humano pueda ser abusado por una persona jurídica, que la vulneración del derecho humano menoscabe directamente un interés jurídico protegido en los instrumentos de derechos humanos enumerados y que la empresa pudiera haber previsto razonablemente el riesgo de que dicho derecho humano pudiera verse afectado. Las condiciones dos y tres, de carácter evidentemente abierto a la interpretación, pueden dar lugar a enormes diferencias en la aplicación de las garantías de la norma.

El detalle del contenido de las dos secciones del anexo es sin duda el punto fundamental de la cuestión. Los derechos y obligaciones de la sección 1 de la parte I⁵² se deben interpretar a la luz de lo dispuesto sobre ellos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y los siguientes convenios de la OIT: edad mínima, 1973 (n.º 138)⁵³; peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182)⁵⁴; trabajo forzoso, 1930 (n.º 29); libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87); derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98); igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100), y discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111). Estas normas internacionales se listan en la sección 2 de la parte I del anexo I, donde también se incluye la mención a «los convenios básicos y fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo»,

⁵² En concreto, se recogen: derecho a la vida, la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes; derecho a la libertad y a la seguridad; prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona, así como los ataques ilegales a su honor o reputación; la prohibición de injerencias en la libertad de pensamiento; diversos derechos laborales; un conjunto de derechos de niñas y niños; prohibición de trabajo forzoso y esclavitud; libertad de asociación, de reunión, los derechos de sindicación y de negociación colectiva; igualdad de trato en el empleo; derecho de las personas, los grupos y las comunidades a las tierras y los recursos y a no ser privados de medios de subsistencia; prohibición de causar cualquier degradación ambiental mensurable. Este último es el único conjunto de derechos que no se asocia expresamente a ninguna norma internacional.

⁵³ La norma incluye la prohibición del empleo de un niño menor de la edad en que se haya completado la escolaridad obligatoria y, en cualquier caso, que no sea inferior a 15 años, salvo que la legislación del lugar de destino así lo disponga, de conformidad con el artículo 2, apartado 4 del Convenio 138.

⁵⁴ La norma señala expresamente un conjunto de formas de trabajo prohibidas para los menores, donde se incluye la esclavitud y todas sus formas análogas, prostitución y pornografía, tráfico de drogas o actividades ilegales, y el trabajo que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realice, pueda perjudicar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

enumerando únicamente ocho convenios. La lista solo incluye los instrumentos que han sido ratificados por todos los Estados miembros, lo que provoca el criticado contenido parcial e incompleto.

Desde el punto de vista iuslaboral, el listado es claramente insuficiente. Como es bien sabido, el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, deben ser considerados convenios fundamentales⁵⁵. Sin embargo, el texto incluye únicamente los 10 convenios fundamentales anteriores, señalando en su considerando 32 que la Comisión debe estar facultada para adoptar actos delegados a fin de modificar el anexo I, en particular añadiendo la referencia, una vez ratificado por todos los Estados miembros de la UE, de los convenios señalados. Se evidencia así que el criterio seguido, lejos de respetar la indivisibilidad de los derechos humanos, es la ratificación por los Estados miembros de la UE.

Además, el listado deja fuera otros instrumentos internacionales de total importancia, como son: los Convenios 190 y 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁵⁶, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica o los instrumentos de derecho internacional humanitario establecidos en los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. Tampoco se incluyen los principales instrumentos europeos de derechos humanos. Ni la exclusión de los convenios OIT sobre salud y seguridad es un error ni la omisión del resto de instrumentos señalados es un olvido. El Parlamento Europeo incluyó entre sus enmiendas todos los textos anteriores para su inserción, pero esta fue expresamente rechazada por el Consejo.

Este sistema de lista explicado en los apartados precedentes se revela como insuficiente e inadecuado, dado que deja fuera de manera injustificada una serie de derechos, alejándose del marco supranacional ya señalado, tanto los PRNU como las Líneas Directrices de la OCDE.

⁵⁵ El 10 de junio de 2022, la Conferencia Internacional del Trabajo, en su sesión 110 aprobó una resolución enmendando el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo para incluir el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, considerando consecuentemente que el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 y el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, deben ser considerados convenios fundamentales.

⁵⁶ Curiosamente, el considerando 36 se refiere, a pesar de no incluir la convención señalada, a la corrupción, señalando que:

Los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente pueden estar interrelacionados con factores como la corrupción y el soborno, o sustentarse en ellos. Por tanto, puede resultar necesario que las empresas tengan en cuenta estos factores cuando ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, de manera coherente con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

A pesar de sus carencias, es necesario destacar, como aporte interesante de la directiva, la claridad con la que se asume el vínculo entre los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, asumiendo que la degradación del segundo supone un gran riesgo para los primeros⁵⁷.

2.4. El alcance de las obligaciones de diligencia debida: el fundamental concepto de «cadena de actividad»

Uno de los elementos fundamentales para el diseño de los mecanismos de diligencia debida empresarial es la delimitación del alcance de las obligaciones de la empresa matriz o, dicho en otros términos, la demarcación del concepto de cadena. Se trata de un concepto en absoluto pacífico que ha ido modulando su contenido, incluso su denominación, durante la tramitación de la directiva. Aun cuando en la propuesta inicial presentada por la Comisión y en las enmiendas del Parlamento Europeo se utilizó el término «cadena de valor», la definición que propuso cada institución no era idéntica⁵⁸. La versión final acogió una termi-

⁵⁷ De hecho, algunos comentarios sobre la norma han llegado a afirmar la importancia de un «abandono del enfoque antropocéntrico», al establecer deberes específicos de diligencia en materia de medio ambiente de manera independiente de la protección de los derechos humanos (Schufft *et al.*, 2024).

⁵⁸ La definición de cadena de valor incluida en la propuesta inicial de la Comisión era la siguiente:

Las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y la utilización y la eliminación del producto, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa. Por lo que se refiere a las empresas de la letra a), inciso iv), la «cadena de valor» en relación con la prestación de esos servicios específicos incluirá únicamente las actividades de los clientes que reciban tales préstamos, créditos y otros servicios financieros y las de otras empresas pertenecientes al mismo grupo cuyas actividades estén vinculadas al contrato en cuestión. En la cadena de valor de esas empresas financieras reguladas no se incluyen las pymes que reciben préstamos, créditos, financiación, seguros o reaseguros de dichas entidades.

En cambio, el Parlamento definió de manera más amplia la «cadena de valor», señalando que en esta se incluyen:

i) las actividades relacionadas con la producción, el diseño, la obtención, la extracción, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos de una empresa, con el desarrollo de un producto de una empresa o con el desarrollo o prestación de un servicio, así como las entidades participantes en cualquiera de esos procesos, y ii) las actividades relacionadas con la venta, la distribución, el transporte, el almacenamiento y la gestión de residuos de los productos de una empresa o con la prestación de servicios (con exclusión de la gestión de residuos del producto por parte de consumidores particulares), así como las entidades participantes en cualquiera de esos procesos. Por lo que se refiere a las empresas contempladas en la letra a), inciso iv), la «cadena de valor» en relación con la prestación de esos servicios específicos incluirá las actividades de los clientes que reciban directamente tales servicios financieros proporcionados por las empresas financieras contempladas en el inciso iv) y las actividades de otras empresas pertenecientes al mismo grupo cuyas actividades estén vinculadas al contrato en cuestión. La cadena de valor de las empresas financieras reguladas contempladas en la letra a), inciso iv), no incluirá los hogares y las personas físicas ni las pymes.

nología distinta, ausente en la literatura anterior sobre este fenómeno, como es la «cadena de actividad». Así, el artículo 3.1 g) indica que se entenderán comprendidas en la cadena una serie de actividades, diferenciando entre los socios comerciales⁵⁹ que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena (producción de bienes o prestación de servicios) y los que intervienen en los eslabones posteriores (distribución, transporte y almacenamiento). En concreto, se incluye, entre las actividades de producción de bienes o la prestación de servicios el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio. Entre las actividades relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, se incluyen aquellas realizadas por los socios comerciales que lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre. En todo caso, se excluyen la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto que esté sujeto a controles de las exportaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2021/821⁶⁰ o a controles de las exportaciones relacionadas con armas, municiones o materiales de guerra, tras la autorización de la exportación del producto.

Como puede observarse, en la versión final no se incluye la totalidad de la parte *downstream*⁶¹ de la cadena de valor, y esto merece una crítica contundente. En primer lugar, esta no inclusión de la totalidad de la cadena es contraria a lo indicado en el conjunto del marco que los PRNU, la OCDE, la OIT⁶² o la OHCHR⁶³ han plasmado sobre la cuestión, en el que queda totalmente clara la importancia de cubrir la totalidad de la cadena. Como señalan con claridad las organizaciones sociales expertas en la materia, existe un consenso internacional

⁵⁹ La definición de «socio comercial» se contiene en el artículo 3.1 f), donde se considera que un socio comercial puede ser directo o indirecto. Será socio directo aquella entidad con la que la empresa tenga un acuerdo comercial relacionado con las operaciones, productos o servicios de la empresa o a la que la empresa preste servicios; será socio indirecto aquel que, sin ser directo, realice operaciones comerciales relacionadas con las operaciones, productos o servicios de la empresa.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso.

⁶¹ El término *downstream* aplicado a la cadena se refiere a la parte de la cadena de valor que envuelve las ventas, licencias y distribución de bienes y servicios.

⁶² OHCHR (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas), OIT y OECD, 7 de marzo de 2022. <https://mreguidelines.oecd.org/ilo-ohchr-oecd-response-to-eu-commission-proposal.pdf>

⁶³ La OHCHR ha señalado que la no cobertura de la totalidad de la cadena podría provocar lo siguiente:

Undercut the EU's own stated objectives to «foster sustainable and responsible corporate behaviour throughout global value chains» (link) and «avoid fragmentation of due diligence requirements in the single market and create legal certainty for businesses and stakeholders as regards expected behaviour and liability»; Neglect significant human rights impacts related to business activities in key sectors; Lag behind the extensive efforts by companies in diverse industries to implement downstream human rights due diligence. (OHCHR, 13 Septiembre 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/2022-09-13/mandating-downstream-hrdd.pdf>).

sobre el tema, también seguido por los pronunciamientos de los puntos de contacto de la OCDE, que la directiva rompe al excluir partes fundamentales de la cadena (ECCJ *et al.*, 2022), incluyendo en esta exclusión a los servicios financieros. Así, la excepción de las actividades relacionadas con la venta, el uso y la gestión de residuos de los productos, la eliminación, el desmontaje y el reciclado de productos, así como el compostaje y el vertido, y al incluir exenciones para el control de las exportaciones de armas y de productos y tecnologías de doble uso, deja fuera muchos de los efectos más graves que pueden derivarse a lo largo la cadena de valor (Bright *et al.*, 2024). Esta es una de las grandes limitaciones de la directiva que ha sido especialmente criticada en lo tocante a las empresas financieras, respecto de las cuales se establecen obligaciones muy reducidas (a propuesta fundamentalmente del Consejo), dado que deben llevar a cabo la debida diligencia en sus propias operaciones y en sus cadenas de suministro, pero no en sus inversiones, préstamos, seguros u otros servicios financieros (sus actividades *downstream*), que son las áreas de mayor riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente (Holly, 2024)⁶⁴.

En sentido positivo, cabe destacar que la directiva omite de manera acertada la referencia a las «relaciones comerciales estables», que en la propuesta inicial de la Comisión estrechaba en exceso el alcance de la norma y cuya supresión fue propuesta por numerosa doctrina, sindicatos y movimientos sociales. Así, el ámbito de aplicación queda configurado de una manera más amplia que en las dos leyes nacionales señaladas⁶⁵.

2.5. El nivel de armonización: ¿la directiva es un suelo o un techo para las normas estatales?

El artículo 4 de la norma, en conexión con el considerando 32, se refiere a una de las cuestiones que se plantearon como cruciales desde un inicio y que no es otra que la contención o la gestión de la diversidad vinculada a la eclosión de distintas normas estatales sobre diligencia. A efectos de garantizar la igualdad de condiciones para las empresas, evitar la fragmentación y ofrecer seguridad jurídica en el mercado interior, la directiva se propone crear un marco europeo con un enfoque responsable y sostenible de las cadenas de valor mundiales, pero reconoce al tiempo que no debe impedir que los Estados miembros introduzcan dispo-

⁶⁴ Respecto de la necesidad de incluir al sector financiero reviste especial interés el pronunciamiento del United Nations Working Group on Business and Human Rights, titulado «Financial Sector and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive». <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf>

⁶⁵ La ley francesa indica que las medidas de vigilancia deben abarcar las actividades propias de la empresa y aquellas de sus filiales controladas directa o indirectamente, las de sus subcontratistas o proveedores con los que la empresa haya establecido relaciones comerciales estables. Por su parte, la ley alemana aún establece un perímetro más restrictivo, dado que solo cubre a los proveedores de nivel 2.

siciones de derecho nacional más estrictas que las establecidas en la directiva. La solución a este dilema se realiza de manera ciertamente compleja y mal resuelta. Por un lado, la norma señala diversos preceptos de su articulado que se establecen como una norma imperativa, que no admite divergencias en el derecho nacional: artículos 8.1, 8.2, 10.1, 11.1. Estos artículos se refieren a: el listado de medidas que las empresas deben adoptar para detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales que se deriven de sus propias operaciones; la obligación de adoptar medidas de prevención (sin contemplar el listado concreto de estas que se detalla en el art. 10.2) y la adopción de medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos detectados o que debieran haberse detectado, sin incluir tampoco el listado concreto. Más allá de estas cuestiones, la norma establece en su artículo 4.2 que su contenido no debe impedir a los Estados miembros la adopción de disposiciones más estrictas, que difieran de las establecidas en artículos señalados o disposiciones más específicas en cuanto al objetivo o al ámbito de aplicación, con el fin de alcanzar un nivel diferente de protección de los derechos humanos, laborales y sociales, el medio ambiente o el clima.

La lectura de ambos párrafos, de compleja conjunción, parece abrir la puerta a la posibilidad de ampliación del ámbito de aplicación o de los bienes jurídicos protegidos en los procesos de transposición en las normativas estatales. Sin embargo, y para abundar en la compleja delimitación del «nivel de armonización», el considerando 31 parece aumentar el margen de «invariabilidad» del apartado primero⁶⁶.

Como en tantas ocasiones, la solución de este galimatías probablemente acabe en las manos del TJUE cuando deba resolver la adecuación de una norma estatal de diligencia con el derecho UE. Aun así, es importante sostener que, en materia de derechos humanos y ambiente, y atendiendo a los primeros considerandos de la norma, no parece posible sostener que la directiva pueda establecer un techo que impida un mayor nivel de protección a nivel estatal.

2.6. El contenido de las obligaciones de diligencia debida

Las obligaciones de diligencia debida se desarrollan en seis artículos (del 5 al 16). En el artículo 5 se establece el listado que se desarrolla entre el 5 y el 11 y que integra seis tipos de obligaciones. Los Estados miembros deben asegurar que las empresas lleven a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente basada en el riesgo, y para ello las empresas estarán obligadas a: integrar la diligencia debida en sus políticas y

⁶⁶ El considerando incluye la prohibición de adoptar disposiciones nacionales que puedan «aumentar indirectamente el nivel de protección» establecido en los artículos 8.1, 8.2, 10.1 y 11.1 vinculadas al ámbito de aplicación, las definiciones, las medidas adecuadas para la reparación de los efectos adversos reales, el desarrollo de una colaboración constructiva con las partes interesadas y sobre responsabilidad civil; o que introduzcan disposiciones de derecho nacional más específicas en cuanto a su objetivo o al ámbito de aplicación.

sistemas de gestión de riesgos (art. 7); identificar, evaluar y priorizar los impactos adversos reales o potenciales (arts. 8 y 9); prevenirlos y mitigarlos (art. 10); eliminarlos (art. 11); reparar los efectos adversos reales (art. 12); llevar a cabo un compromiso significativo con las partes interesadas (art. 13); establecer y mantener un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación (art. 14); supervisar la eficacia de su política y medidas de diligencia debida (art. 15), y comunicar públicamente información acerca de la diligencia debida (art. 16).

La versión final ha incluido un artículo 6, conectado con los considerandos 21 y 22, en el cual se detallan las condiciones para que las empresas matrices puedan cumplir las obligaciones de diligencia en nombre de las empresas que sean filiales⁶⁷ si esto garantiza el cumplimiento efectivo de estas⁶⁸.

El artículo 7 define la integración de la debida diligencia en las políticas y sistemas de gestión de riesgos de la empresa, que debe establecerse previa consulta con las personas trabajadoras y sus representantes y contener tres elementos: la descripción del enfoque de diligencia de la empresa; un código de conducta en el que se describan las normas y principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, así como los socios comerciales directos o indirectos; y una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia, incluyendo las medidas adoptadas para verificar el cumplimiento del código de conducta y ampliar su aplicación a las relaciones comerciales establecidas. Todo ello debe actualizarse al menos cada 24 meses.

El artículo 8 se dedica a la identificación y evaluación de los posibles o actuales efectos adversos que se deriven de sus propias operaciones o de las de sus filiales y, cuando tengan relación con sus cadenas de actividades, de sus socios comerciales. Para ello se obliga a las empresas a inventariar sus cadenas con el fin de determinar las áreas generales en las que es más probable que se produzcan efectos adversos y que sean más graves, y, sobre la base de los resultados, llevar a cabo una evaluación en profundidad de las operaciones en las zonas en las que se haya determinado que los efectos adversos son más probables y más graves. Además, los Estados miembros velarán por que las empresas tengan derecho a utilizar los recursos adecuados, en particular los informes independientes⁶⁹ y la información recabada mediante el mecanismo de notificación y el procedimiento de reclamación.

⁶⁷ Si la filial no está incluida en el ámbito de aplicación de la directiva, será la empresa matriz la que debe cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida.

⁶⁸ Entre las condiciones se indica el deber de facilitarse mutuamente toda la información y cooperar en el cumplimiento de las obligaciones, detallar qué obligaciones cumple la matriz en lugar de las filiales e informar de ello a las partes interesadas; en el caso de que proceda, que la filial solicite garantías contractuales de un socio comercial directo o indirecto. En materia climática, se especifica que la filial cumplirá las obligaciones de conformidad con el plan de transición de la empresa matriz para la mitigación del cambio climático. Además, todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que las filiales estén sujetas al ejercicio de las competencias de la autoridad de control y al régimen de responsabilidad civil.

⁶⁹ El artículo 3.1 h) define «comprobación por un tercero independiente» como aquella:

En el caso de que no sea factible prevenir, mitigar, poner fin o minimizar todos los efectos adversos detectados al mismo tiempo en toda su extensión, el artículo 9 señala que las empresas deben priorizar los efectos en función de su gravedad y probabilidad, abordando a continuación los menos graves.

Los artículos 10 y 11 integran el núcleo fundamental del mecanismo, desarrollando las medidas de prevención y mitigación. La adopción de medidas preventivas de los impactos adversos se regula en el artículo 10. Las empresas deberán adoptar las medidas para prevenir o, cuando la prevención no sea posible, mitigar adecuadamente los posibles efectos adversos. La adopción de las medidas debe tomar en cuenta tres factores: quién podría causar el efecto adverso (la empresa, la empresa y la filial o un socio comercial o estos últimos actores de manera individual), en qué ámbito podrían producirse estos efectos, incluyendo a los socios indirectos, y la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial que pudiera causar el efecto⁷⁰.

Ambos artículos establecen una lista de las medidas a adoptar, entre las que destacan: la elaboración y aplicación de un plan de acción preventiva adaptado a la cadena; establecer garantías contractuales con los socios comerciales directos, para asegurar el cumplimiento del código de conducta y del plan de prevención, garantías que deben ir acompañadas de medidas para verificar el cumplimiento; realizar las inversiones financieras o no financieras, los ajustes o las mejoras necesarias; realizar las modificaciones o las mejoras necesarias en el propio plan de negocio de la empresa, en sus estrategias generales y en sus operaciones, incluidas las prácticas de compra, diseño y distribución; prestar un apoyo específico y proporcionado a las pymes que son socios comerciales de la empresa; colaborar con otras entidades con el propósito, entre otros, de aumentar la capacidad de la empresa para prevenir o mitigar los efectos adversos (con especial mención del cumplimiento del derecho de la competencia de la UE).

Si estas medidas no pudieran impedir o mitigar suficientemente, la empresa podrá recabar garantías contractuales con un socio comercial indirecto⁷¹; en caso de que esto tampoco fuera suficiente, la empresa deberá, como último recurso y siempre que la ley que rige las relaciones comerciales concretas lo permita, adoptar un plan de prevención reforzado y

[...] efectuada por un experto objetivo, completamente independiente respecto de esa empresa, libre de conflictos de intereses y de influencias externas, con experiencia y competencia en materia de medio ambiente o derechos humanos, según la naturaleza del efecto adverso, y con obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la comprobación.

⁷⁰ Revisten especial interés los considerandos 45 y 46 donde, entre otras cuestiones, se señala que las empresas deben tomar las medidas adecuadas para prevenir o mitigar los efectos adversos que causen por sí mismas o conjuntamente con sus filiales o socios comerciales. No obstante, si no se da este vínculo de causalidad directa, individual o conjunta y el efecto adverso está causado solamente por su socio comercial, las empresas deben seguir tratando de utilizar su influencia para prevenir o mitigar los efectos adversos causados por sus socios comerciales o aumentar su influencia para lograrlo.

⁷¹ En el considerando 46 se indica que las garantías contractuales deben estar concebidas para garantizar que la empresa y los socios comerciales compartan adecuadamente las responsabilidades, no para derivar la responsabilidad hacia abajo. Esta cuestión, de fundamental importancia, no está plasmada en el articulado.

específico y suspender temporalmente las relaciones comerciales con el socio en cuestión. En último término, y si no existen expectativas razonables de que esos esfuerzos vayan a tener éxito, o si la ejecución del plan de acción preventiva mejorado no ha logrado prevenir o mitigar los efectos adversos, la empresa deberá poner fin a la relación comercial. En estos casos, evidentemente complejos, la empresa evaluará si se puede esperar razonablemente que los efectos adversos de hacerlo sean manifiestamente más graves que los efectos adversos que no pudieron prevenirse o mitigarse adecuadamente. En tal caso, la sociedad no estará obligada a suspender o dar por terminada la relación. Si decide suspender temporalmente o poner fin a la relación comercial, la empresa debe adoptar medidas para prevenir, mitigar o eliminar los efectos de dicha actuación, notificar al socio comercial con una antelación razonable y mantener su decisión sujeta a revisión.

La regulación del artículo 10 se mimetiza en el artículo 11 dedicado a la obligación de poner fin a los efectos adversos reales, es decir, que ya se estén produciendo, o, si esto no es posible, minimizar su alcance. Las empresas deben adoptar una serie de medidas que sean proporcionales a la gravedad de los efectos adversos y a la implicación de la empresa en ellos. Las condiciones para determinar las medidas, el listado de estas y las especificidades son similares a las previstas en el artículo 10, incluyéndose, cuando sea imposible eliminar de inmediato los efectos adversos, el deber de elaborar y aplicar, sin demora injustificada, un plan de acción correctiva con plazos de actuación razonables y claramente definidos para la aplicación de medidas adecuadas e indicadores cualitativos y cuantitativos para medir las mejoras. Además, el apartado h) del artículo 11.3 incluye la obligación de reparar.

El listado de medidas combina obligaciones con posibilidades para las empresas, en la línea del enfoque híbrido, entre la obligación y el fomento de la iniciativa empresarial. Las leyes estatales serán fundamentales en este ámbito y deberán determinar con claridad las obligaciones para asegurar el adecuado funcionamiento del instrumento y de la responsabilidad civil que se le anuda. La reparación se desarrolla mínimamente en el artículo 12, que señala que la empresa debe reparar el efecto real adverso que haya causado por sí misma o conjuntamente. Además, se indica que si el efecto adverso real ha sido causado únicamente por un socio comercial de la empresa, esta podrá repararlo voluntariamente, y que la empresa podrá recurrir a su capacidad de influir en el socio comercial que esté causando el efecto adverso para repararlo.

El artículo 14 se dedica a la regulación del mecanismo de reclamación intraempresarial y del mecanismo de notificaciones. El mecanismo de reclamación tiene como objetivo abrir un cauce interno de denuncia dentro de la propia empresa. Las reclamaciones podrán presentarse por quien tenga una inquietud legítima y sea: una persona física o jurídica afectada o con motivos razonables para creer que va a ser afectada y sus representantes (organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos humanos); sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a las personas que trabajan en la cadena de actividades de que se trate; o, por último, organizaciones de la sociedad civil activas y con experiencia en las áreas relacionadas con el efecto adverso ambiental que es objeto de la reclamación. Las empresas deberán establecer un procedimiento justo, a disposición del público, accesible, previsible y transparente para tramitar las reclamaciones e informar de dicho procedimiento a los representantes de los trabajadores y a los sindicatos perti-

nentes, evitando cualquier represalia. Además, se enumeran una serie de derechos de las personas o entidades reclamantes: solicitar que la empresa dé seguimiento adecuado a la reclamación, reunirse con los representantes para tratar el caso, ser informados de las razones por las que su reclamación ha sido considerada fundada o infundada, así como de los pasos y medidas adoptados o que se vayan a adoptar si se consideró fundamentada.

En cuanto al mecanismo de notificaciones, el artículo 14 indica que las empresas deben establecer una vía accesible para la presentación de notificaciones por parte de personas y entidades cuando dispongan de información o inquietudes en cuanto a los efectos adversos. Las notificaciones se podrán realizar de manera anónima de conformidad con el derecho nacional y asegurar que no existen represalias, manteniendo en su caso la confidencialidad de la identidad del notificante. En todo caso, la presentación de una notificación o reclamación con arreglo a los mecanismos anteriores no debe constituir un requisito previo para el resto de los procedimientos de denuncia y reparación contenidos en la directiva.

Por último, se indica que el establecimiento de ambos mecanismos se podrá realizar de forma colaborativa, a través de asociaciones del sector, iniciativas multilaterales o acuerdos marco globales. Esta es la única mención que el articulado le dedica a los acuerdos marco globales, lo que constituye una oportunidad perdida para vincular de manera efectiva los mecanismos de diligencia con estos acuerdos, tal y como se propuso en el borrador de anteproyecto de la ley española (Guamán Hernández y Sachs, 2023).

Finalmente, las obligaciones de comunicación se establecen en el artículo 16. Las empresas deberán publicar en su sitio web una declaración anual relativa a los aspectos de diligencia debida regulados por la directiva, a no ser que entren en el ámbito de aplicación de la directiva de información sobre sostenibilidad, considerando evidentemente la reforma de 2022. En este caso, se aplicarán las extensas obligaciones en materia de información de esta última norma, cuyo ámbito de aplicación, por cierto, no es coincidente con el de la directiva que aquí se comenta.

2.7. La participación de las partes interesadas

La participación de las partes interesadas⁷² a lo largo del proceso de diligencia debida ha sido una de las exigencias fundamentales de sindicatos y otras organizaciones de la sociedad

⁷² La definición de «parte interesada» se incluye en el artículo 3.1 n), incluyendo a:

[...] los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores, los consumidores y otras personas, colectivos, comunidades o entidades cuyos derechos o intereses se vean afectados, o puedan verse afectados, por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus socios comerciales, incluidos los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa, las instituciones nacionales medioambientales y de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil entre cuyos fines se incluya la protección del medio ambiente, y los representantes legítimos de dichas personas, colectivos, comunidades o entidades.

civil. Superando el texto inicialmente propuesto por la Comisión, donde esta participación quedaba prácticamente anulada, y con un contenido impulsado por las enmiendas del Parlamento Europeo, el artículo 13 desarrolla esta participación fundamentada en el proceso de consultas. Junto con este artículo, deben leerse las vías de participación de las partes interesadas establecidas en el artículo 14, sobre el mecanismo de notificación y procedimiento de reclamación, y en el artículo 29, sobre la responsabilidad civil. Además, los considerandos 59, 65 y 84 aportan indicaciones de interés para determinar el alcance de esta participación.

Atendiendo al artículo 13, y con carácter general, la obligación principal para las empresas es realizar consultas eficaces y transparentes con las partes interesadas durante distintas fases del proceso de diligencia, que se señalan de manera individualizada, evitando generalizar el derecho a la participación en el conjunto del proceso. De esta manera, el artículo 13.3 enumera las siguientes fases concretas, en las cuales la consulta debe realizarse: durante la recopilación de la información necesaria sobre los efectos adversos reales o potenciales, con objeto de realizar la detección, evaluación y priorización, en virtud de los artículos 8 y 9; durante el desarrollo de planes de acción preventiva y de acción correctiva, en virtud del artículo 10.2 y 6 y del artículo 11. 3 y 11; durante la toma de la decisión de poner fin o suspender una relación comercial; durante la adopción de medidas adecuadas para reparar efectos adversos, y, según proceda, durante el desarrollo de indicadores cualitativos y cuantitativos para la supervisión requerida en virtud del artículo 15. A estos efectos, la empresa debe proporcionar, con los límites derivados de la Directiva de secreto comercial (Directiva 2016/943), información pertinente y exhaustiva a las partes interesadas que pueden solicitar motivadamente información adicional. La empresa debe proporcionar esta información en un plazo razonable y en un formato apropiado y comprensible o justificar por escrito el rechazo a suministrarla. En todas las consultas, las empresas deben detectar y abordar las barreras a la colaboración y asegurarse de que los participantes no sean objeto de represalias ni castigos. Las obligaciones anteriores pueden cumplirse mediante iniciativas sectoriales o multilaterales⁷³, excepto en aquello relativo a las consultas con el personal de la empresa y su representación.

Además del concepto de «parte interesada», en el considerando 65 se apunta (aunque su definición ha caído del contenido definitivo del texto) el de «parte vulnerable». En concreto se señala que:

[...] [se] debe prestar especial atención a las necesidades de las partes interesadas vulnerables, al solapamiento de vulnerabilidades y a los factores interseccionales, en particular teniendo en cuenta a los colectivos o comunidades que podrían verse afectados, por ejemplo, los sujetos a protección con arreglo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los que entran en el ámbito de aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos.

⁷³ El artículo 3.1 j) define «iniciativa sectorial o multilateral», entendiéndose por esta:

[...] una combinación de procedimientos, herramientas y mecanismos voluntarios de diligencia debida, desarrollados y supervisados por los gobiernos, las asociaciones sectoriales, las organizaciones interesadas, incluidas organizaciones de la sociedad civil, o agrupaciones o combinaciones de estas, en los que las empresas pueden participar para apoyar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.

En materia laboral, la alusión a la participación de la representación de las personas trabajadoras se contiene en este artículo y, como se señaló, en el 14 y en el 19. Para comenzar, debe recordarse que, en la definición de «partes interesadas», el artículo 3.1 n) identifica a:

[...] los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores [...] cuyos derechos o intereses se vean afectados, o puedan verse afectados, por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus socios comerciales, incluidos los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa [...].

Como apunta Giovannone (2024), el artículo 13 no aclara qué debe entenderse por «empleados», pero parece admisible acudir a las previsiones del artículo 2 que, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, señala que dentro de las personas trabajadoras computables se incluyen las empleadas por empresas de trabajo temporal y aquellas con contratos de empleo atípicos, siempre que cumplan los criterios establecidos por el TJUE para determinar la condición de trabajador. Nada se señala respecto del trabajo autónomo más allá de la previsión del considerando 34, que indica que las empresas también deben responsabilizarse de utilizar su influencia para contribuir a un nivel de vida adecuado en las cadenas de actividades, y que esto incluye el «salario que los trabajadores por cuenta ajena y los ingresos que los trabajadores autónomos y los pequeños agricultores obtienen a cambio de su trabajo y producción».

La referencia al sujeto que ejerce la representación es amplia, dado que el artículo utiliza tanto el término «representantes» como el de «sindicatos», en la misma línea que la Directiva de información en materia de sostenibilidad (Directiva 2022/2464) o la Directiva sobre *whistle-blowing* (Directiva 2019/1937). Reviste especial interés la mención expresa a «los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa», sin hacer distinción entre socio comercial directo e indirecto. Esto amplía el ámbito de participación a la representación de las personas trabajadoras en las diversas entidades de la cadena de actividad y puede potenciar las sinergias entre los sindicatos de diversos países, propiciando actuaciones conjuntas en el control de las actividades empresariales, así como la actividad de las organizaciones sindicales supranacionales. Esta amplitud también se refleja en el artículo 14, donde se reconoce el derecho de presentar reclamaciones internas a «los sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a las personas físicas que trabajen en la cadena de actividades de que se trate»; además, las empresas deben informar de los procesos de reclamación interna a los representantes de los trabajadores y sindicatos pertinentes. Posteriormente, el artículo 29.3 d), dedicado al acceso a la justicia, mandata a los Estados a establecer las condiciones razonables en las que cualquier parte presuntamente perjudicada podrá autorizar a un sindicato (entre otras organizaciones) a interponer demandas para hacer valer los derechos de la parte presuntamente perjudicada.

Toda colaboración con las personas trabajadoras o su representación debe entenderse sin perjuicio de la normativa pertinente en el ámbito del empleo y los derechos sociales (sea

en el nivel UE o estatal), así como de los convenios colectivos aplicables. Esta precisión contenida en el artículo 13 *in fine* se refuerza en el considerando 65, que realiza una mención expresa a las Directivas 2001/86/CE⁷⁴, 2002/14/CE⁷⁵ y 2009/38/CE⁷⁶. Por añadidura, es indudable que esta colaboración también ha de cohonestarse, y trasponerse de manera coherente, con la prevista en la Directiva de información en materia de sostenibilidad, en su versión de 2022. En concreto, la Directiva de 2022 señala que (considerando 65 y arts. 19 bis.5 y 29 bis.6) la presentación de información sobre sostenibilidad debe realizarse de conformidad con los derechos de información y consulta de los trabajadores. Para ello, la dirección de la empresa debe informar a la representación de las personas trabajadoras al nivel adecuado y tratar con ellas la información pertinente y los medios para obtener y verificar la información sobre sostenibilidad. Según el considerando señalado, esto implica la obligación de establecer un diálogo y un intercambio de puntos de vista entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección que pueda ser más idóneo, en un momento, de un modo y con un contenido tales que permitan que los representantes de los trabajadores expresen su opinión y que su opinión debe comunicarse, en su caso, a los órganos de administración, dirección o supervisión pertinentes.

Pese al interés indudable de estas disposiciones, y las expectativas respecto de la tramitación, es necesario recoger dos críticas respecto de la estructura de participación señalada. En primer lugar, la delimitación del artículo 13 respecto de las fases del proceso en las que se autoriza la participación, lo cual podría llegar a impedir que mediante la negociación colectiva se ampliaran estas dinámicas al conjunto del proceso. En segundo lugar, llama la atención la cláusula de escape que se incluye en el artículo 13 4), donde se señala que, si no es razonablemente posible desarrollar una colaboración significativa con las partes interesadas, las empresas consultarán «además» con expertos que puedan proporcionar conocimientos fiables sobre los efectos adversos reales o potenciales.

La necesidad de cohonestar los contenidos respecto de la participación de la representación de las personas trabajadoras establecidos en las dos directivas (información y diligencia) indica la conveniencia de una trasposición conjunta y coordinada, con la debida incidencia en las normas laborales estatales. Todo ello, además, sin perder de vista el proceso en marcha para reformar la Directiva sobre los comités de empresa europeos, cuya propuesta inicial fue presentada por la Comisión en enero de 2024⁷⁷ y que desde junio del mismo año cuenta con una posición

⁷⁴ Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

⁷⁵ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

⁷⁶ Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

⁷⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2024:14:FIN>

general del Consejo⁷⁸. En ninguno de los textos se menciona la diligencia debida, y en opinión de la Confederación Europea de Sindicatos, esto representa una oportunidad perdida (aún corregible) de establecer vínculos entre la diligencia debida y los comités de empresa europeos⁷⁹.

2.8. Los mecanismos públicos de impulso y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida

Uno de los pilares del mecanismo es la actuación estatal de supervisión e impulso del cumplimiento de las obligaciones de diligencia, regulada en los artículos 24 y siguientes. En ellos se regulan las «autoridades de control» estatales que deben ser jurídica y funcionalmente independientes, estar libres de toda influencia externa y contar la financiación adecuada para desarrollar sus funciones. Entre estas funciones destacan las siguientes: exigir a las empresas que proporcionen información y llevar a cabo investigaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 7 a 16; iniciar una investigación de oficio o a instancia de parte; inspeccionar (después de haber advertido previamente a la empresa, salvo cuando esa notificación previa pueda menoscabar la eficacia de la inspección); ordenar a la empresa que cese de las infracciones, se abstenga de repetir las conductas, efectúe una reparación proporcionada a la infracción y necesaria para ponerle fin; imponer sanciones pecuniarias (de conformidad con el art. 27) y adoptar medidas provisionales en caso de riesgo inminente de daño grave e irreparable. Toda persona física o jurídica tendrá derecho a exponer sus inquietudes fundadas, a través de canales de fácil acceso, a cualquier autoridad de control.

Los Estados miembros deben establecer un catálogo de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias. En concreto, dichas sanciones deberán contener, al menos, sanciones pecuniarias y, en el caso de que la empresa no cumpla, una declaración pública en la que se indique la empresa responsable y la naturaleza de la infracción. El límite máximo de las sanciones pecuniarias no será inferior al 5 % del volumen de negocios neto mundial de la empresa en el ejercicio anterior a la decisión de la multa (art. 27). Para finalizar con el sistema de supervisión, el artículo 28 estructura la «red europea de autoridades de control».

Además, el texto final incluye como vía para el fomento del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida el llamamiento a los Estados miembros a adaptar su legislación, a efectos de que dicho cumplimiento se considere un aspecto medioambiental o social que los poderes adjudicadores públicos puedan tener en cuenta como parte de los criterios de adjudicación de los contratos públicos y de concesión y como condición medioambiental o social que los poderes adjudicadores puedan establecer en relación con la ejecución de los contratos públicos y de concesión.

⁷⁸ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/06/20/strengthening-representation-of-eu-workers-in-multinational-companies-council-agrees-its-position-on-the-european-works-council-directive/>

⁷⁹ <https://www.etuc.org/en/document/etuc-reply-first-phase-social-partner-consultation-possible-revision-european-works>

2.9. La responsabilidad civil de las empresas por los daños causados

El artículo 29 se dedica a establecer la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados. Las condiciones para que la responsabilidad exista son dos, la primera es el incumplimiento, deliberado o por negligencia por parte de la empresa, de las obligaciones establecidas en los artículos 10 y 11; y la segunda (cumulativa) es que como consecuencia de tal incumplimiento se haya causado un daño a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por el derecho nacional. Como señala Holly (2024), este segundo requisito puede restringir ciertos tipos de reclamaciones, por ejemplo, los litigios medioambientales o sobre el cambio climático en los que no existe una clara persona física o jurídica perjudicada, o los litigios basados en derechos colectivos ejercidos colectivamente.

Como límite a la responsabilidad, el artículo señala que una empresa no puede ser considerada responsable si el daño fue causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades. En el caso de que una empresa haya sido declarada responsable, la persona afectada tendrá derecho a una indemnización íntegra por los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con el derecho nacional, indicándose que esta indemnización íntegra no dará lugar a una compensación excesiva. No se delimita el orden jurisdiccional ante el cual puede exigirse esta responsabilidad, así, y dado que los sindicatos y la representación de las personas trabajadoras en las empresas son sujetos legitimados para interponer la acción correspondiente para hacer valer los derechos de la parte perjudicada (previa autorización de esta), bien podría ser la jurisdicción social⁸⁰.

Como puede observarse, el diseño de la responsabilidad civil, rodeado de cautelas, encaja con el planteamiento preventivo y de medios del deber de diligencia, que se establece como un mecanismo que no obliga a adoptar medidas para establecer un nivel de protección mayor que aquel ya establecido en la normativa vigente, sino a incorporar medidas de gestión del riesgo que puedan prevenir adecuadamente los efectos adversos respecto de los estándares de protección ya existentes. En otras palabras, se trata de obligar a las empresas a efectuar un cambio en sus procedimientos *ad intra* en la línea de lo planteado en los códigos de conducta o incluso en los acuerdos marco globales, pero con una sobrecubierta de obligatoriedad (Giovannone, 2024)⁸¹.

⁸⁰ La ausencia de delimitación de la jurisdicción competente ha dado lugar a múltiples problemas en Francia respecto de la aplicación de su ley. Sobre esta cuestión *vid.* Guamán Hernández (2022c), Ilcheva (2022) y Parance y Rochfeld (2023).

⁸¹ De hecho, en la línea de reducir los límites de la responsabilidad civil, cabe recordar que en el texto inicial de la Comisión se establecía un deber específico de diligencia de los administradores de las empresas concernidas, que fue eliminado tempranamente en el curso de la negociación. En concreto, en el anti-guogo considerando 64 de la propuesta inicial se afirmaba que:

La responsabilidad de la diligencia debida debe asignarse a los administradores de la empresa, en consonancia con los marcos internacionales de diligencia debida. Por consiguiente, los admi-

Siendo lo anterior un elemento fundamental de la norma, no puede pasarse por alto que una de las novedades más relevantes escapa de esta aproximación preventiva para recuperar una de las aspiraciones del Pilar III de los PRNU, como es la necesidad de facilitar el acceso a la justicia. Así, la directiva acoge, siguiendo la propuesta del Parlamento Europeo, una serie de medidas relativas a plazos de prescripción, coste de los procedimientos o medidas cautelares, claramente fuera del diseño original de la diligencia debida, pero demandadas como elemento fundamental para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas. Es especialmente digna de mención la obligación de los Estados miembros de establecer las condiciones para que cualquier presunta parte perjudicada pueda autorizar a un sindicato, a una organización no gubernamental o a las instituciones nacionales de derechos humanos a interponer acciones para hacer valer los derechos de la parte presuntamente perjudicada, sin perjuicio de las normas nacionales de procedimiento civil.

3. Conclusiones

La diligencia debida se plantea como una tercera vía, a medio camino entre la responsabilidad social corporativa voluntaria y las aspiraciones de establecer obligaciones directas a las ETN en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que se pretende idónea para establecer la responsabilidad de las ETN por las violaciones de derechos humanos y daños al medio ambiente cometidas a lo largo de sus CGV. Idealmente, a través del mecanismo de diligencia debida se debería poder aprovechar el poder de control económico y contractual de las grandes empresas para modificar los comportamientos de las que dependen de ellas, de manera directa o indirecta, atribuyendo la responsabilidad de control a las matrices y confiando en sus instrumentos internos. Sin embargo, conseguir esta hibridación entre poder estatal y económico requiere la concreción de instrumentos normativos e institucionales con mayor precisión y amplitud que los aprobados hasta el momento. En concreto, la directiva analizada en estas páginas, con todas las inconsistencias y limitaciones señaladas, se presenta más como un texto de contención de las normativas nacionales que como un instrumento con voluntad de embridar la acción empresarial transnacionalizada, sin crear un modelo de responsabilidad a la altura del reto que plantean las ETN y sus CGV.

Como señala Deva (2023), para conseguir mecanismos de diligencia debida eficaces y librarles del lastre de su marco de nacimiento (los PRNU), es necesario articular normas

nistradores deben ser responsables de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida establecidas en la presente Directiva y de adoptar la política de diligencia debida de la empresa, teniendo en cuenta las aportaciones de las partes interesadas y las organizaciones de la sociedad civil e integrando la diligencia debida en los sistemas de gestión empresarial. Asimismo, los administradores deben adaptar la estrategia empresarial a los efectos reales y potenciales identificados y a las medidas de diligencia debida adoptadas.

de diligencia debida que cumplan una serie de condiciones⁸². Tales normas deben ser lo suficientemente amplias, exigentes, claras y técnicamente adecuadas para imponer obligaciones y sanciones a las ETN con entidad suficiente para asegurar esa «toma de control», que debe traducirse en una responsabilidad efectiva de las matrices sobre los impactos de las actividades del conjunto de sus CGV. La diligencia debida regulada de manera ambigua, con amplias excepciones o vías de escape para determinadas empresas o actividades empresariales o sin cubrir el conjunto de los derechos humanos o la totalidad de las cadenas, puede producir un efecto contraproducente y aumentar el grado de impunidad de los grandes actores económicos⁸³. Además, aun contando con la mejor regulación, el éxito de la directiva, vinculado a su naturaleza híbrida y su confianza en la actuación empresarial, va a depender enormemente de dos factores: el compromiso real de las empresas con el proceso y la generación de entornos políticos más amplios (no solo en el ámbito UE) para generar condiciones propicias para su eficacia en términos globales (Holly, 2024).

Evidentemente, los procesos de transposición en los Estados miembros serán clave para determinar si el mecanismo es susceptible de mejora, y a ello es necesario apuntar como vía para corregir los fallos del instrumento y anudarlo a la intención que se enuncia. Cabe subrayar, por último, que la regulación de la diligencia debida debería acompañar el impulso de otros mecanismos fundamentales, como los acuerdos marcos globales y, en particular, la consecución de un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se integren responsabilidades directas a las empresas transnacionales⁸⁴ por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales.

⁸² En palabras del autor:

[...] mandatory HRDD laws should satisfy, at a minimum, six preconditions in order to be able to protect effectively people and the planet from business-related harms: require holistic HRDD, capture as many businesses as much as feasible, address power imbalances, go beyond process, draw certain 'red lines' and provide for effective access to remedy.

Si bien no se comparte la condición de que sean aplicables a todas las empresas, el resto de condiciones parecen absolutamente pertinentes.

⁸³ En palabras de Deva (2023):

If not drafted properly, mandatory HRDD laws may in fact prove counter-productive by either encouraging "cosmetic compliance" on the part of corporation or institutionalizing HRDD as a defence to legal liability. They may also help in covering up existing imbalances of power between states, corporations and communities, instead of addressing them.

⁸⁴ Cabe recordar que este proyecto de tratado se negocia desde el año 2015 en el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (Guamán Hernández, 2018b).

Referencias bibliográficas

- Barraud de Lagerie, P. (2019). *Les patrons de la vertu: De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*. Presses Universitaires de Rennes.
- Baylos Grau, A. (2022). Empresas Transnacionales y Debida Diligencia. *Diritti Lavori Mercati International*, 2, 3-13. <https://www.ddllmm.eu/wp-content/uploads/2022/12/02-2022int-02-editoriale.pdf>
- Bonnitcha, J. y McCorquodale, R. (2017). The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. *European Journal of International Law*, 28(3), 899-919. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx042>
- Borzaga, M. y Mussi, F. (2023). Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità. *Lavoro e Diritto*, 37(3), 495-514. <https://dx.doi.org/10.1441/108236>
- Bright, C., Graça Pires, C. da, Streibelt, M. y Schönfelder, D. (30 de mayo de 2024). A Comparative Analysis between the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and the French and German Legislation. *Verfassungsblog*. <https://doi.org/10.59704/89c26bdb127df08b>
- Brino, V. (2020). *Diritto del lavoro e catene globali del valore: La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*. G. Giappichelli Editore.
- Brino, V. (2022). Governance societaria sostenibile e *due diligence*: nuovi orizzonti regolativi. *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2-19. <https://www.lavorodirittieuropa.it/images/brino.pdf>
- Brino, V. (2023). La governance societaria sostenibile: Un cantiere da esplorare per il diritto del lavoro? *Lavoro e Diritto*, 37(3), 437-459.
- D'Ambrosio, L. (2020). Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et ruptures. *Droit et Société*, 106(3), 633-647. <https://doi.org/10.3917/drs1.106.0633>
- Daugareilh, I., D'Ambrosio, L. y Sachs, T. (2021). La Ley Francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica. En W. Sanguinetti Raymond (Coord.), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos* (pp. 113-130). Ediciones Universidad de Salamanca. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8128105>
- Deva, S. (2023). Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders? *Leiden Journal of International Law*, 36(2), 389-414. <https://doi.org/10.1017/S0922156522000802>
- ECCJ, OECD Watch, Swed Watch, ECCHR y SOMO. (2022). *Downstream due diligence. Setting the record straight*. <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/12/Downstream-due-diligence.pdf>
- Forero, J. E. (2023). Extractivismo: contexto histórico, fuentes analíticas y desafíos conceptuales. *Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, 34, 180-200. <https://doi.org/10.17141/letrasverdes.34.2023.5940>
- Fuchs, M. (2022). La Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de Alemania. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, Extra 16*.
- Giovannone, M. (2024). The European directive on "corporate sustainability due diligence": The potential for social dialogue, workers' information and participation rights. *Italian Labour Law E-Journal*, 17(1), 227-244. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/19692>
- Guamán Hernández, A. (2018a). Del Documento de Elementos al Draft 0: Apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto

- de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. *Revista de Derecho Internacional*, 15(2). <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i2.5360>
- Guamán Hernández, A. (2018b). Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante. *Revista de Derecho Social*, 81, 197-218.
- Guamán Hernández, A. (2021a). *Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Tirant lo Blanch.
- Guamán Hernández, A. (2021b). Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? *Revista de Derecho Social*, 95, 65-94.
- Guamán Hernández, A. (2022a). Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 87.
- Guamán Hernández, A. (2022b). El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 88.
- Guamán Hernández, A. (2022c). La aplicación de la ley francesa de deber de vigilancia: apuntes para una futura regulación española. *Revista de Derecho Social*, 99, 87-116.
- Guamán Hernández, A. (2023). La esclavitud moderna tiene rostro de mujer: un análisis de las cadenas globales del textil desde la perspectiva de género. En M. C. Marullo, L. Sales Pallarés y F. J., Zamora Cabot (Dir.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos* (pp. 283-306). Colex.
- Guamán Hernández, A. y Sachs, T. (2023). La diligencia debida en derechos humanos y sostenibilidad: Las mutaciones inesperadas de una tercera vía. *Lavoro e Diritto*, 37(3), 515-536.
- Hautereau Boutonnet, M. y Parance, B. (2023). Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises. À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies. *La Semaine Juridique*, 12, 594-597.
- Holly, G. (2024). *The EU corporate sustainability due diligence directive. Maximising impact through transposition and implementation*. The Danish Institute for Human Rights. https://www.humanrights.dk/files/media/document/DIHR_The%20EU%20Corporate%20Sustainability%20Due%20Diligence%20Directive_0.pdf
- Iglesias Márquez, D., Valle Calzada, E. del y Marullo, M. C. (2024). *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*. Colex.
- Ilcheva, A. M. (2022). La compétence du juge judiciaire dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance. *Revue Juridique de L'environnement*, 47(1), 139-152.
- Jault-Seseke, F. (2024). A Comparison of the French and German Transparency Laws. *Oslo Law Review*, 10(2), 1-8. <https://doi.org/10.18261/olr.10.2.3>
- LeBaron, G. (2014). Subcontracting Is Not Illegal, But Is It Unethical? Business Ethics, Forced Labor, and Economic Success. *The Brown Journal of World Affairs*, 20(2), 237-249.
- Márquez Carrasco, C. (2022). Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 605-642. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7198>

- Martín Hernández, M. L. (2021). El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales: La perspectiva de la Unión Europea. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, Extra 14.
- Martín-Ortega, O. (2014). Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(1), 44-74. <https://doi.org/10.1177/016934411403200104>
- Moreau, M. A., Martin-Chenut, K., Hannoun, C., Caillet, M. C., Brighton, C. y Pataut, É. (2017). Le devoir de vigilance. *Droit Social*, 10, 792-839.
- Muir Watt, H. (2017). Devoir de vigilance et droit international privé: Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017. *Revue Internationale de la Compliance et de L'éthique des Affaires - International Review of Compliance and Business Ethics*, 4, 48-53.
- Olarte Encabo, S. (2018). Contrato de trabajo y esclavitud en Europa. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 41, 28-44.
- Parance, B. y Rochfeld, J. (2023). Discussions sur les conditions des actions en conformité au devoir de vigilance: À propos de l'ordonnance du tribunal judiciaire de Paris du 6 juillet 2023. *La Semaine Juridique*, 46, 1980-1987.
- Pérez Alonso, E. J., Mercado Pacheco, P., Olarte Encabo, S., Lara Aguado, A., Ramos Tapia, M. I., Pomares Cintas, E. y Esquinas Valverde, P. (Coords.). (2017). *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Rouas, V., Otten, J. y Torán, D. (10 de junio de 2024). New Wine in Old Bottles. *Verfassungsblog*. <https://doi.org/10.59704/65d16bc13a429279>
- Ruggie, J. G. y Sherman III, J. F. (2017). The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale. *European Journal of International Law*, 28(3), 921-928. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx047>
- Rühmkorf, A. (2021). The German supply chain law: A game changer for corporate sustainability? *La Ley Mercantil*, 85.
- Sachs, T. (2017). La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre: Les ingrédients d'une corégulation. *Revue de Droit du Travail*, 6, 380-390.
- Sachs, T. y Clerc, C. (2022). Le devoir de vigilance à la croisée des chemins? *Revue de Droit du Travail*, 6, 352-360.
- Sales Pallarés, L. (2021). El caso Furukawa como exponente de las relaciones entre derechos humanos y empresas y la esclavitud moderna. *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 21, 319-352.
- Sanguinetti Raymond, W. (2022a). La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Sanguinetti Raymond, W. (2022b). *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo: La génesis de un estatuto para el trabajo global*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (2022). *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanguinetti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (2021). El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos.

Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, Extra 14.

Schufft, R., Yildiz, C. y Aseeva, A. (2024). Towards Planetary Boundaries for Business? *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/towards-planetary-boundaries-for-business/>

Serra Rodríguez, A. (2024). La transparencia informativa y la diligencia debida sobre sostenibilidad de las empresas y su impacto en el sector financiero. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 63.

Solís Prieto, C. (2021). Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, Extra 14.*

Stringer, C. y Michailova, S. (2018). Why modern slavery thrives in multinational corporations' global value chains. *Multinational Business Review*, 26(3), 194-206. <https://doi.org/10.1108/MBR-04-2018-0032>

Supiot, A. (2015). Introduction. Face à l'insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité. En A. Supiot y M. Delmas-Marty (Dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux* (pp. 9-35). Presses Universitaires de France. <https://doi.org/10.3917/puf.delma.2015.03.0009>

Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H., Bright, C., Baeza-Breinbauer, D., Smit, L., Tejero Tobed, H., Bauer, M., Kara, S., Alleweldt, F. y McCorquodale, R. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain: Final report*. Publications Office of the European Union. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>

Vicente Blanco, D. J. y Bardel, D. (2024). Las nuevas obligaciones de información corporativa en materia de sostenibilidad en la Unión Europea: La Directiva (UE) 2022/2464 y la naturaleza de sus normas. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 70, 133-168. <https://doi.org/10.18543/ced.2992>

Adoración Guamán Hernández. Catedrática de universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat de València. Doctora en Derecho por la Universidad de Paris X-Nanterre y por la Universitat de València. En la actualidad co-coordina el Grupo de Trabajo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales denominado «Qué trabajo para qué futuro» y es consejera laboral en la embajada de España en Ecuador. <https://orcid.org/0000-0002-7405-7478>

El ejercicio del derecho de huelga en un entorno digital y telemático

Jonathan Gallego Montalbán

Abogado

Director de los servicios jurídicos de CC. OO. de Catalunya

Profesor asociado de Derecho del Trabajo.

Universitat Autònoma de Barcelona (España)

Jonathan.gallego@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-4768-5719>

Extracto

El presente trabajo se centra en analizar el ejercicio de la huelga en empresas que prestan servicios en un entorno digital y telemático, destacando los desafíos para las personas trabajadoras y sindicatos para organizar y ejecutar huelgas en un entorno digital. Se examina el marco legal de la huelga y los efectos de la desconexión digital como forma de huelga, así como el uso de la tecnología por parte de las empresas para limitar esta mediante el «esquirolaje tecnológico». En el estudio se aborda la importancia de las herramientas de comunicación para la publicidad en la huelga, especialmente en empresas descentralizadas. También se destaca la necesidad de adaptar los derechos de huelga al entorno laboral digital y garantizar que las personas trabajadoras puedan ejercer sus derechos de manera efectiva frente al avance tecnológico. Se sugiere una mayor regulación y transparencia en el uso de algoritmos e inteligencia artificial, y la importancia de la formación especializada para la representación de las personas trabajadoras. Por último, se trata la necesidad de garantizar la negociación colectiva y la participación de la representación legal y sindical en situaciones de conflicto colectivo.

Palabras clave: huelga digital; digitalización; automatización; algoritmos; inteligencia artificial; esquirolaje tecnológico; esquirolaje digital.

Recibido: 11-06-2024 / Aceptado: 08-07-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Gallego Montalbán, J. (2024). El ejercicio del derecho de huelga en un entorno digital y telemático. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 91-122. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22385>



The exercise of the right to strike in a digital and telematic environment

Jonathan Gallego Montalbán

Lawyer

Director of the legal services of CC. OO. Catalunya

Associate lecturer in Labour Law.

Autonomous University of Barcelona (Spain)

Jonathan.gallego@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-4768-5719>

Abstract

This work focuses on analyzing the exercise of strikes in companies that provide services in a digital and telematic environment, highlighting the challenges for workers and unions to organize and execute strikes in a digital environment. The legal framework of the strike and the effects of digital disconnection as a form of strike are analyzed, as well as the use of technology by companies to limit this through "technological scavenging". The study addresses the importance of communication tools for publicity in strikes, especially in decentralized companies. The need to adapt strike rights to the digital work environment and guarantee that workers can exercise their rights effectively in the face of technological advances is also highlighted. Greater regulation and transparency in the use of algorithms and artificial intelligence is suggested, and the importance of specialized training for representatives of working people. Finally, the need to guarantee collective bargaining and the participation of legal and union representation in situations of collective conflict is addressed.

Keywords: digital strike; digitization; automation; algorithms; artificial intelligence; technological scab; digital scab.

Received: 11-06-2024 / Accepted: 08-07-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Gallego Montalbán, J. (2024). The exercise of the right to strike in a digital and telematic environment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 91-122. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22385>



Sumario

1. La huelga en empresas digitalizadas
 - 1.1. La finalidad y efectos de la huelga
 - 1.2. El ejercicio de la huelga digital
 - 1.3. Convocatoria y seguimiento en una huelga digital
 - 1.4. Modalidades de huelga en un entorno digital
 - 1.5. La publicidad de la huelga digital
 - 1.5.1. La publicidad interna
 - 1.5.2. La publicidad externa. El piquete informativo *online*
 - 1.6. La desconexión digital como expresión del ejercicio a la huelga
 2. Medidas de limitación del derecho de huelga en un entorno digital mediante el uso de la tecnología
 - 2.1. El esquirolaje tecnológico
 - 2.2. El esquirolaje digital
 - 2.2.1. El uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en la huelga
 - 2.2.2. La limitación de los algoritmos y la inteligencia artificial (antes y) durante la huelga
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: este artículo se ha realizado en el marco del programa de doctorado de la Universidad Autónoma de Barcelona.

1. La huelga en empresas digitalizadas

La digitalización de la economía y de las empresas es un proceso que no es novedoso, pero que ha adquirido impulso a partir de la pandemia del año 2020¹ y que está en continuo desarrollo y necesariamente está provocando cambios en la economía, en la sociedad y en el ámbito de las relaciones laborales. El desarrollo de las tecnologías a través de aplicaciones, la importancia de la conectividad, así como el uso masivo de datos, conllevan cambios en la sociedad y también en las relaciones de trabajo². Los nuevos modelos de empresa ganan en complejidad para organizarse de manera más descentralizada, con una prestación en muchos casos a distancia, con el uso intensivo de la tecnología, y una descentralización productiva que abandona el concepto clásico de centro de trabajo para organizarse de manera *online*.

Estas nuevas formas de organización empresarial tienen consecuencias en las relaciones laborales, en cómo se ordena el trabajo y se desarrollan las relaciones individuales y colectivas de las personas trabajadoras en la empresa. En una organización descentralizada en la que predomina el trabajo a distancia y el centro de trabajo ya no es necesariamente el lugar de trabajo, el ejercicio de los derechos colectivos es más complejo y difícil debido a la dispersión geográfica de las personas trabajadoras. Esta complejidad no debería, sin embargo, anular el ejercicio de los derechos colectivos y, concretamente, las medidas de conflicto que las representaciones legales o sindicales puedan adoptar en situaciones de conflictividad laboral.

La huelga puede considerarse como la medida de presión más importante de las personas trabajadoras y sindicatos frente a la empresa. El concepto de huelga, si bien es una medida reservada en exclusiva a las personas trabajadoras como así recoge el artículo 28.2 de la Constitución española (CE), se utiliza en otros ámbitos no estrictamente laborales, apropiándose de su concepto y de su contenido otros colectivos ajenos a la relación laboral como el de estudiantes o, incluso, por asociaciones de personas trabajadoras autónomas³.

¹ El Informe 01/2021 del Consejo Económico y Social (CES, 2021, p. 29) afirma que «la irrupción del COVID-19 ha abierto un escenario de digitalización acelerada en todos los Estados miembros».

² A modo de ejemplo, en el año 2021, el 42 % de las empresas en el ámbito nacional disponían de alguna aplicación informática para gestionar información de la clientela y, en el mismo año, el 80,4 % de las empresas proporcionaron a las personas trabajadoras dispositivos móviles con acceso a internet para uso empresarial (Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad –ONTSI–, 2021; 2023).

³ A modo de ejemplo, la Plataforma nacional de defensa del sector del transporte, una asociación de empresas de transporte, convocó una «huelga» en noviembre de 2022 debido a la subida en los precios de los carburantes.

La huelga supone la cesación temporal del trabajo⁴ por decisión de las personas trabajadoras con la finalidad de defender sus intereses laborales y sociales. El cese en la prestación de trabajo también conlleva una alteración en la producción empresarial que se verá afectada por los efectos en el ejercicio del derecho de huelga.

El artículo 7 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), establece que el derecho de huelga «habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) la ha definido como la paralización parcial o total del proceso productivo siendo un instrumento de presión de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses⁵. Por lo tanto, el ejercicio del derecho de huelga pivota alrededor del centro de trabajo o lugar de trabajo donde se desarrolla la actividad productiva y donde los efectos de la huelga tienen consecuencias.

La cuestión radica en analizar qué sucede en aquellas empresas digitalizadas donde la prestación de los servicios por parte de las personas trabajadoras no se realiza en un centro de trabajo o dependencia, sino a distancia mediante herramientas tecnológicas y sin que sea necesario, debido a la actividad productiva, que la empresa tenga un centro de trabajo físico. El uso de la tecnología es el hecho diferenciador que conlleva que el trabajo se pueda realizar a distancia y desde cualquier lugar y, por lo tanto, el ejercicio de la huelga no tiene los mismos efectos cuando se realiza presencialmente en un centro de trabajo o dependencia.

El derecho a la huelga en un entorno de empresas digitalizadas con uso intensivo de la tecnología para el desarrollo de la producción abre nuevos interrogantes en relación con su ejercicio, efectos y sobre cómo debe protegerse el derecho frente al uso de la tecnología por la empresa para disminuir o eliminar sus efectos a través del esquirolaje, siendo, en relación a este último aspecto, necesario plantearse fórmulas jurídicas que garanticen el derecho de huelga en un entorno de reformas laborales dirigidas a la progresiva descolectivización de la relaciones laborales (Vivero Serrano, 2018, p. 278).

1.1. La finalidad y efectos de la huelga

La cesación en la prestación de trabajo por la realización de una huelga conlleva que la empresa deje de producir, bien de manera total, por paralización de la actividad, o de manera parcial. Se produce, en todo caso, una perturbación en la actividad normal de la

⁴ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 11/1981, de 8 de abril, «es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario».

⁵ STC 123/1992, de 28 de septiembre.

empresa que, además, supone una limitación del poder empresarial⁶ que no podrá realizar acciones tendentes a dejar sin efecto aquella huelga⁷.

En el entorno «tradicional» o histórico de la huelga, esta se desarrolla en unas condiciones en las que los convocantes de la huelga tienen conocimiento directo de su seguimiento y una capacidad de control de la empresa si esta realiza cualquier acción que pretenda dejar sin efecto la huelga. En definitiva, las personas trabajadoras pueden obtener información sobre el seguimiento y respaldo de la huelga, además de tener un control sobre el acceso al centro de trabajo⁸ que permita que los piquetes informativos puedan desarrollar sus funciones de una manera más efectiva.

Sin embargo, en empresas donde la prestación de servicios se realiza a distancia con el uso intensivo de la tecnología, ya no existe un control directo sobre quién accede o no accede a un centro de trabajo, su seguimiento o la realización y efectividad de los piquetes informativos. Por lo tanto, la limitación del poder empresarial se puede diluir al escapar del control directo de los convocantes y también provoca que la capacidad de las personas trabajadoras y sindicatos para saber si se producen acciones ilícitas por parte de la empresa sea más compleja.

Es una consecuencia evidente que el uso intensivo de la tecnología y la desaparición del centro de trabajo físico, en su concepción más clásica, conlleva que la información sobre la huelga, ya sea para su convocatoria, seguimiento o finalización, deba realizarse de otra manera.

1.2. El ejercicio de la huelga digital

El ejercicio de la huelga, según lo establecido en el artículo 7 del RDLRT, consiste en dejar de prestar servicios y «sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». Por lo tanto, las personas trabajadoras que hacen huelga no pueden ir al centro de trabajo a ejercer el derecho, ni tampoco ocuparlo. La normativa, sin duda, al referirse a centros de trabajo o dependencias, entiende el ejercicio del derecho de huelga en empresas donde las personas trabajadoras prestan servicios en un mismo lugar

⁶ Por todas, la STC 11/1981, de 8 de abril, manifestó que:

La huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios, que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso.

⁷ La empresa no puede realizar acciones tendentes a desincentivar la participación de las personas trabajadoras en la huelga. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de febrero de 2013 (rec. 254/2011). También la STS de 23 de diciembre de 2003 (rec. 46/2003).

⁸ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía 3343/2011, de 1 de diciembre, considera que «vulnera el derecho a la libertad sindical y de la huelga impedir el acceso al centro de trabajo de cargos sindicales para informar del seguimiento de la huelga».

de trabajo, donde la organización de la huelga puede resultar más fácil y la presión que se ejerce a la empresa resulta más efectiva, puesto que el centro de trabajo o la dependencia puede verse paralizada en la relación con la actividad debido a la presión ejercida.

Esta concepción clásica de ejercer la huelga inasistiendo al centro de trabajo quiebra con las nuevas formas de organización empresarial en el momento en que no existe centro de trabajo o dependencia donde las personas trabajadoras presten servicios de manera conjunta. La problemática no solo se centra en las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, sea teletrabajo o no, la totalidad de la jornada, también en aquellas donde la prestación a distancia sea parcial, sin llegar a los porcentajes utilizados por la Ley de trabajo a distancia para calificarlas como personas trabajadoras a distancia.

El problema, aún mayor, para el ejercicio de la huelga, radica en aquellas empresas que no tienen un centro de trabajo donde presten servicios las personas trabajadoras y que únicamente sirva para la adscripción de estas⁹. Nos referimos no solo a las empresas que prestan servicios mediante plataformas digitales, sino también a aquellas que por la actividad que desarrollan no resulta necesario tener un centro de trabajo más allá de uno formal para la adscripción de las personas trabajadoras¹⁰.

Para la efectividad de la huelga, no solo cabe centrarse en que su ejercicio únicamente es la inasistencia al lugar de trabajo, también contribuye a su efectividad, como medida de presión, manifestarse en la entrada o inmediaciones a los efectos de dar publicidad al conflicto. Asimismo, realizar huelga no solo conlleva que las personas trabajadoras tengan un perjuicio al no percibir el salario, también la empresa debe soportar las consecuencias en relación con el daño que puede sufrir al verse alterada la producción o la realización de servicios¹¹. Sin embargo, podríamos determinar que son tres los problemas que se plantean para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la huelga en empresas sin centro de trabajo o dependencia.

⁹ Establece la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), en su artículo 7, apartado e), que en el contenido del acuerdo de trabajo a distancia se debe hacer referencia al «centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial».

¹⁰ A modo de ejemplo, una empresa de mantenimiento industrial donde las personas trabajadoras reciben al inicio de las jornadas la clientela que deben visitar y las reparaciones que deben realizar. Previamente, en el vehículo de trabajo, otras personas trabajadoras de la empresa, por la noche y por la localización GPS, introducen todas las herramientas necesarias para la ejecución del trabajo. O empresas de seguridad donde las personas trabajadoras siempre prestan servicios en las empresas clientes.

¹¹ En el desarrollo de una huelga resulta intrínseco que la empresa pueda tener daños, pero no siempre ese hecho puede conllevar la declaración de abusividad de la huelga. Como indica, por todas, la STC 41/1984, de 21 de marzo:

[...] no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y que haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica (FJ 2.º).

En primer lugar, cabe plantearse si la inasistencia al puesto de trabajo y no trabajar es suficiente para garantizar el ejercicio y la efectividad de la huelga partiendo de dos supuestos diferenciados. El primero de ellos en relación con las personas trabajadoras que prestan servicios desde su domicilio particular o en cualquier otro lugar que puedan haber elegido libremente o no (Gallego Montalbán, 2022a, p. 261). En consecuencia, en estos supuestos, el ejercicio del derecho a la huelga no puede consistir únicamente en la no asistencia al lugar de trabajo, sino, como abordaremos, en una efectiva desconexión digital. El segundo supuesto se daría en relación con las personas trabajadoras que prestan servicios, como ya hemos apuntado, en lugares distintos al centro de trabajo que tienen asignado y que puede variar en función del servicio que realizan y donde la prestación de servicios depende del uso de la tecnología. Es decir, aquellas personas trabajadoras que realizan el trabajo mediante el uso o a través de plataformas digitales¹².

En segundo lugar, cabe plantearse quién y cómo puede garantizar una convocatoria de huelga y controlar su seguimiento. La dispersión de las personas trabajadoras dificulta la organización de estas, no solo en relación con el ejercicio de los derechos de representación para constituir una representación unitaria o sindical (Gallego Montalbán, 2022a, p. 282), también para la convocatoria y posterior ejercicio de la huelga.

En tercer lugar, cabe valorar de qué manera debe realizarse la huelga para garantizar su ejercicio y efectividad y si pueden adoptarse nuevas formas para su ejercicio más allá de las ya enumeradas en el artículo 7.2 del RDLRT, sin que estas puedan considerarse ilegales.

1.3. Convocatoria y seguimiento en una huelga digital

La convocatoria de la huelga está sometida a una formalidad estricta respecto al preaviso a la empresa, así como a la autoridad laboral según lo establecido en el artículo 3.3 del RDLRT, que, necesariamente debe realizarse por escrito y dentro del plazo de 5 o 10 días si afecta a servicios públicos. La finalidad del preaviso a la empresa es que esta conozca que se va a realizar una huelga previamente a su realización a fin de que esté advertida y siendo responsabilidad de los convocantes realizarla en tiempo y forma¹³, conllevando el desconocimiento de estos requisitos necesariamente la declaración de ilegalidad de esta¹⁴.

¹² Ejemplo paradigmático el de las personas repartidoras, pero que es extensible a cualquier servicio, donde las personas trabajadoras se conectan a la plataforma digital para saber dónde tienen que ir a trabajar o dónde deben realizar el servicio.

¹³ Al respecto cabe mencionar la STC 13/1986, de 30 de enero, que establece que el preaviso de la convocatoria debe «ajustarse lógicamente al ámbito de convocatoria y declaración de la huelga».

¹⁴ Doctrina que se desarrolla también en la STC 13/1986, de 30 de enero.

La huelga en un entorno digital no debería suponer impedimento alguno para que la comunicación se realice por otros canales que no sean el estrictamente escrito. La cuestión es que la empresa tenga un conocimiento fehaciente de la convocatoria sin establecer la norma ningún requisito adicional respecto a la forma de la comunicación. Por lo tanto, la tecnología y las plataformas a disposición de las personas trabajadoras son cauces válidos para realizar la comunicación cuando los convocantes son las propias personas trabajadoras. Podría haber más dificultades cuando los convocantes son sindicatos, que, si bien pueden tener implantación en la empresa, no disponen de acceso a las herramientas tecnológicas internas o a la plataforma de trabajo de la empresa para realizar comunicaciones.

Ante la falta de herramientas tecnológicas para la organización de las personas trabajadoras, cabría analizar el alcance del derecho de reunión recogido en el artículo 4.1 f), que se desarrolla en el capítulo II del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se establece en la norma la posibilidad de realizar asambleas en el centro de trabajo como un derecho instrumental necesario para organizar cualquier acción de conflicto colectivo entre las personas trabajadoras y que quedaría vacío de contenido ante la inexistencia de centro físico. También se recoge en el artículo 77 del ET la posibilidad de que en las asambleas participen personas que no pertenezcan a la empresa sin que esta pueda prohibir su participación.

La desaparición del centro de trabajo físico impide, lógicamente, la posibilidad de realizar una asamblea presencial y se deben establecer otros mecanismos que garanticen su ejercicio. La posibilidad, por ejemplo, de que la empresa facilite, a la representación y a las personas trabajadoras, las herramientas tecnológicas para realizar una asamblea telemática y su efectiva participación. También la posibilidad de que puedan asistir y participar terceras personas que no pertenezcan a la empresa garantizando el acceso a esas herramientas. Asimismo, en el desarrollo de una asamblea, las decisiones se pueden someter a votación según lo establecido en el artículo 80 del ET y esta debe ser libre, directa y secreta. En consecuencia, la empresa también debe poner a disposición las herramientas tecnológicas necesarias para dar cumplimiento a ese derecho.

Cuando la empresa no pudiera poner a disposición, precisamente, las herramientas necesarias, podría exigirse a esta la habilitación de una dependencia física donde las personas trabajadoras y la representación legal pudieran acudir presencialmente si la participación telemática no pudiera garantizarse, incluso la de sufragar los gastos de desplazamiento. El artículo 19 de la LTD recoge la obligación de las empresas de poner a disposición de las personas trabajadoras y sus representantes las herramientas necesarias para ejercer los derechos colectivos. También se establece la obligación de garantizar la participación presencial para ejercer el derecho a voto en las elecciones sindicales, por lo que, *mutatis mutandis*, sería posible exigir un lugar donde reunirse si la convocatoria de una asamblea comporta además una votación que debe cumplir las garantías del artículo 80 del ET y que la empresa no pusiera o no pudiera poner a disposición las herramientas tecnológicas necesarias y con un nivel adecuado de seguridad.

Otro punto conflictivo radica en el control del seguimiento de la huelga. El éxito de la medida de conflicto siempre depende de la intensidad en su ejercicio por parte de las personas trabajadoras. Como indicábamos, en un centro de trabajo o empresa donde la presencia de las personas trabajadoras es necesaria, el control del seguimiento tiene poca dificultad. Sin embargo, el control es más complejo si existe una total dispersión de las personas convocadas. La falta de regulación legislativa y pronunciamientos judiciales en relación con el control que pueda realizarse del seguimiento de la huelga en entornos digitales sitúa la cuestión en un terreno de inseguridad jurídica.

La conexión a la plataforma de trabajo, así como el uso de esta, determina si la persona trabajadora ha estado prestando servicios y, por lo tanto, si ha ejercido o no el derecho de huelga. Si no existe un acuerdo con anterioridad a la realización de la huelga entre empresa y convocantes de cómo se puede garantizar su efectivo ejercicio, la información respecto al seguimiento es compleja por parte de las convocantes. El hecho de que solo la empresa tenga información respecto a la conexión a la plataforma y el trabajo que se realiza durante la huelga podría desnaturalizar su ejercicio al tener la empresa un control total de la potestad directiva y de adoptar medidas tendentes a neutralizar el efecto de la huelga. Por ese motivo, esa información debe estar a disposición de los convocantes, a saber, del acceso a la plataforma de trabajo, de las tareas realizadas u órdenes de trabajo y, en definitiva, de cualquier tipo de información con el fin de comprobar que la empresa no ha incumplido su obligación de no interferir en su ejercicio.

Esa información requerida por los convocantes debe ser necesariamente puesta a disposición de estos, lo que evitaría, como se ha planteado por algún autor, la conveniencia de que la persona trabajadora debiese informar a la empresa y a sus representantes sobre su voluntad de secundar la huelga (Valle Muñoz, 2021, p. 13). El hecho de que todo el trabajo se canalice a través de herramientas tecnológicas de propiedad empresarial puede conllevar que la potestad directiva de la empresa no tenga límites y vacíe de contenido el ejercicio de la huelga.

Estos límites a la potestad directiva de la empresa deberían pactarse en la mediación previa al inicio de la huelga, estableciéndose límites claros respecto a las facultades empresariales de control de las herramientas tecnológicas y la información a la que deberían tener acceso los convocantes. Todo ello, además, sin perjuicio de cualquier información adicional que pudiera solicitarse por parte de los convocantes y que tuviera como única finalidad garantizar su ejercicio. Asimismo, para una mayor seguridad y efectividad del derecho fundamental, la autoridad laboral también debería asumir un papel de garante e intervenir de oficio o a requerimiento de las partes.

1.4. Modalidades de huelga en un entorno digital

Cabe analizar si en una empresa donde la mayor parte de la prestación de servicios se realiza en un entorno digital o bien a distancia puede haber una modalidad de huelga diferente

a las reconocidas por los artículos 7.2 y 11 del RDLRT que pueda calificarse como ilegal o abusiva. Si bien la enumeración de la tipología de huelgas pudiera resultar sencilla, cabe interpretar el concepto de huelga contenido en el artículo 7.1, que prohíbe la ocupación del centro de trabajo o sus dependencias, con el artículo 7.2, que define qué modalidades se entenderán como ilícitas y abusivas, y el artículo 11, que define de manera expresa qué modalidades son ilegales; sin olvidar los cánones de interpretación que realiza el TC en la STC 11/1981.

Partiendo de la premisa, por lo tanto, de que realizar huelga es la cesación de prestación de servicios de las personas trabajadoras en cualquiera de sus modalidades y que no conlleve la ocupación del centro de trabajo o sus dependencias, en un entorno digital, entendemos, que no se alteran las modalidades de huelga, puesto que la finalidad es la cesación temporal de trabajar. Si bien se ha planteado como modalidad de huelga, a modo de ejemplo, la ocupación de la línea telefónica principal de la empresa para bloquearla (Cabeza Pereiro, 2017, p. 211).

Entendemos que existen modalidades de huelga que en un entorno telemático podrían tener un gran impacto, como una huelga estratégica o una huelga rotatoria. Por ejemplo, realizando desconexiones puntuales del trabajo en red por parte de un determinado grupo de personas trabajadoras que realicen las mismas funciones, como pudiera ser la atención telefónica. También la huelga intermitente podría ser muy efectiva en un entorno digital donde las personas trabajadoras deciden en qué periodos de la jornada realizan o no huelga dadas las singulares circunstancias de flexibilidad en la que se desarrolla el trabajo. Ahora bien, el ejercicio de una huelga telemática no debe suponer, *per se*, que pueda entenderse como abusiva, siendo necesario que la empresa pruebe que el daño sea grave y haya sido buscado por las personas huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica¹⁵.

1.5. La publicidad de la huelga digital

Uno de los efectos más importantes de la huelga es la publicidad que pueda realizarse de esta. La publicidad no debe enmarcarse exclusivamente a las personas trabajadoras afectadas, puede realizarse más allá del ámbito empresarial a fin de que la sociedad en su conjunto pueda tener conocimiento de la huelga¹⁶. No puede obviarse que forma parte del núcleo esencial del derecho a la huelga que las personas trabajadoras y los sindicatos convocantes pueden informar de los motivos y de las pretensiones que se

¹⁵ En este sentido, STC 41/1984, de 21 de marzo (FJ 2.º).

¹⁶ La publicidad, en todo caso, según establece la STS 1717/2015, de 20 de abril, no puede amparar contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa.

persiguen. Lógicamente, la publicidad tiene relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión y, por lo tanto, tiene unos límites en su ejercicio como pudiera ser el deber de sigilo de la representación de las personas trabajadoras durante la huelga, pero que se contrapone con el derecho de libertad sindical que debe prevalecer sobre el primero (López Ahumada, 2006). Igualmente, cabe tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión también es de titularidad empresarial y, por lo tanto, también puede realizar comunicaciones en situaciones de conflicto (Calvo Gallego, 2017, p. 35).

Entendemos que la publicidad del conflicto se debe analizar desde dos perspectivas. En primer lugar, si la publicidad debe ser estrictamente interna y, en segundo lugar, si la publicidad puede ser externa, más allá del ámbito de la empresa. La publicidad interna supone que toda la información relativa a la huelga llegue a las personas trabajadoras afectadas, no solo que los convocantes puedan informar, también que la plantilla tenga mecanismos de acceso a la información, ya sea, a modo de ejemplo, teniendo acceso al tablón virtual que está previsto en la LTD y que se ha planteado, también, como una herramienta necesaria en los procedimientos electorales (Gallego Montalbán, 2022b, p. 81). Con las nuevas tecnologías, la facilidad para transmitir información es muy elevada tanto para las personas trabajadoras como para las empresas. Estas, además, pueden imponer más límites e informar de manera más directa al tener el control de las herramientas tecnológicas y de los datos de las personas trabajadoras necesarios para realizar una comunicación más eficiente.

1.5.1. La publicidad interna

La publicidad interna de la huelga, regulada en el artículo 6.6 del RDLRT, es aquella que se dirige exclusivamente a las personas trabajadoras, a las que se puede informar, pedir la adhesión o su participación y que forma parte del contenido esencial de la huelga¹⁷. Cuando la organización y la producción de la empresa se concentra en un centro de trabajo, este derecho se puede realizar de manera presencial, por ejemplo, mediante el reparto de panfletos y octavillas en el centro de trabajo y sus inmediateces¹⁸. La difusión de la información en centros de trabajo resulta más sencilla. También la empresa tiene más dificultades para oponerse o, simplemente, realizar acciones tendentes a una desinformación para desincentivar la participación.

La problemática se genera en aquellas empresas digitalizadas donde la mayor parte de las personas trabajadoras prestan servicios a distancia o bien la presencialidad en los centros

¹⁷ En este sentido, véase la STC 332/1994, de 19 de diciembre, que se reitera, posteriormente, por las SSTC 333/1994, de la misma fecha, y 40/1995, de 13 de febrero, y con especial referencia a la STC 120/1983, de 15 de diciembre, donde se establece que: «El derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma, pero no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines».

¹⁸ La STS de 24 de noviembre de 1987: «El reparto de panfletos y octavillas es un derecho que no puede conllevar un despido con independencia de su contenido».

y lugares de trabajo es mínima. Es posible, en situaciones cada vez más habituales, que las personas trabajadoras, incluso, nunca hayan coincidido o ni se conozcan de manera física y que todo el contacto sea telemático (Valle Muñoz, 2020). Por lo tanto, el poder empresarial respecto al control de la información es mayor y la libertad de expresión de la empresa en un conflicto, en consecuencia, debe ser más restrictiva (Cabeza Pereiro, 2017, p. 213). En estos supuestos, cabe plantearse de qué manera y con qué herramientas los convocantes deben informar y qué papel debe jugar la tecnología que la empresa pone a disposición de las representaciones legales y sindicales y qué límites puede imponer.

En primer lugar, cabe partir de la premisa de que la publicidad, que se traduce en el derecho a la información y difusión de la huelga, forma parte del contenido esencial de derecho a la huelga¹⁹ y, en consecuencia, la interpretación que debe realizarse no puede ser restrictiva.

En segundo lugar, cabe determinar qué herramientas tecnológicas que están a disposición de las personas trabajadoras pueden ser utilizadas para la publicidad de la huelga. Los medios tecnológicos también pueden ser aplicaciones internas de comunicación entre personas trabajadoras que a su vez son plataformas de trabajo²⁰, o bien pueden ser una herramienta tecnológica de titularidad exclusivamente empresarial y que se utiliza como portal de trabajo y de comunicación.

La jurisprudencia constitucional, desde la STC 281/2005, de 7 de noviembre, ha permitido el uso de las herramientas informáticas de titularidad empresarial por parte de la representación de las personas trabajadoras para la actividad sindical y la difusión de información. También ha establecido restricciones a su uso cuando supone un gravamen adicional a la empresa o bien puede perturbar o perjudicar la producción empresarial²¹. También se ha restringido el uso de la tecnología a las representaciones legales o sindicales cuando supone un coste adicional a la empresa o suponga crear una herramienta *ex novo* solo para la acción sindical²². Actualmente, con el uso masivo de la tecnología,

¹⁹ En este sentido, las SSTC 333/1994, de 19 de diciembre, y 40/1995, de 13 de febrero.

²⁰ Existen aplicaciones empresariales como Slack (slack.com), que se define como una herramienta de comunicación en equipo, Asana (asana.com), donde se comparten proyectos e información, o Mural (mural.co), que es una herramienta colaborativa creativa para crear murales donde compartir, con tan solo arrastrar los ficheros, todo tipo de archivos multimedia, *links* y documentos. Estos son ejemplos de la infinidad de herramientas de trabajo colaborativas.

²¹ Si bien este requisito es muy casuístico y debe valorarse cada supuesto. STS de 22 de junio de 2011 (rec. 153/2010).

²² En este sentido es interesante la STSJ de Madrid 201/2018, de 21 de febrero, en la que se establece que la empresa:

[...] ha actuado ponderando la necesidad del mismo [...] frente a los riesgos que ha de asumir la empresa, atendiendo a su actividad y los costes para su implantación «*ex novo*», lo que nos lleva a concluir que no hay vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional de derecho a la información [...] (FJ 2.º).

es complejo que puedan oponerse alegando que un uso sindical pueda producir perjuicios o perturbaciones en la actividad mercantil.

1.5.2. La publicidad externa. El piquete informativo *online*

A fin de que la huelga pueda suponer más presión a la empresa, la publicidad no puede circunscribirse únicamente al ámbito interno. Lógicamente, la presión que se puede ejercer sobre la empresa es mayor cuando el conflicto trasciende a la opinión pública. La jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho de las personas huelguistas a exteriorizar el conflicto, y también a explicar las circunstancias en las que este se desarrolla e, incluso, a solicitar la solidaridad de terceros²³.

En empresas totalmente descentralizadas, donde la prestación del servicio es totalmente telemática mediante el uso de aplicaciones por parte de la clientela, donde tampoco existen centros de trabajo o dependencias donde la empresa ofrezca los servicios y productos, la transmisión de la información sobre el conflicto es muy compleja. En este sentido, la transformación del modelo productivo actúa en la línea de erosionar la actuación sindical: la dispersión y la diversificación que parecen caracterizar las relaciones laborales del futuro producen este efecto. De entrada, desaparece la base física del trabajo por cuenta ajena: el lugar y el tiempo de trabajo (Fita Ortega y Goerlich Peset, 2017, p. 45).

A modo de ejemplo, una huelga en una empresa que vende ropa y que tiene diferentes tiendas, la información a terceros puede ser transmitida mediante los piquetes informativos en las mismas dependencias. Cuando ese mismo negocio, la venta de ropa, se realiza a través de sistemas de venta *online*, la ausencia de interacción entre las personas trabajadoras y la clientela conlleva una dificultad en la transmisión de la información que podría dejar sin efecto un elemento esencial del derecho a la huelga. Si bien se ha considerado que la presión que puede ejercerse presencialmente no tiene el mismo efecto que realizarlo de manera telemática (Cabeza Pereiro, 2017, p. 212). Se ha planteado, incluso, la posibilidad, ante la dispersión de las personas trabajadoras, de que los piquetes informativos pudieran realizar escraches, presenciales y virtuales, entendidos como protesta o acto de presión colectivo que invade la puerta del domicilio particular o el ámbito privado de una persona (De las Heras García, 2017, p. 20).

Sin duda, es una cuestión compleja para resolver, puesto que la única interacción directa de la clientela con la empresa es a través de aplicaciones informáticas o correos electrónicos. Para intentar resolver la problemática, podríamos distinguir varios niveles de información que

²³ La STC 254/1988, de 21 de diciembre, manifestó que el derecho de huelga también conlleva «el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin».

los piquetes informativos podrían utilizar para exteriorizar el conflicto. El primero de ellos sin intervención de las herramientas tecnológicas de las empresas y el segundo usando precisamente los medios tecnológicos y las aplicaciones que las empresas utilizan para interactuar con la clientela.

Respecto al primer nivel de información al que hacíamos referencia, se trata de la utilización de las redes sociales por parte de las personas huelguistas. El uso de las redes sociales puede ser una herramienta eficaz para exteriorizar el conflicto más allá del ámbito de la empresa. Las empresas no pueden oponerse al uso de estas por parte de las personas huelguistas por cuanto nos situaríamos ante un ejercicio de la libertad de información y/o expresión que aun teniendo objeto y relación con la relación laboral se desarrolla fuera de aquella, aunque sí existen límites. Efectivamente, al igual que en los piquetes informativos, transmitir la información del conflicto forma parte del derecho fundamental a la libertad de expresión, pero como ha establecido la jurisprudencia no es un derecho ilimitado²⁴. Podría resultar ilícito el uso de las redes sociales para insultar y para ejercer presión moral o coacción psicológica²⁵.

La complejidad de la problemática planteada se centra en lo que hemos denominado la información a un segundo nivel. Entendemos que el derecho a informar a terceros también debe venir referido a las personas que más relación tienen con la actividad empresarial, ya sea clientela como también empresas proveedoras o terceras empresas como subcontratas o que mantengan alguna relación mercantil o comercial. Las redes sociales, por lo tanto, no son suficientes, aunque en determinados supuestos pueden tener una fuerte repercusión en el conflicto (Cardona Rubert, 2010, p. 67; Tascón López, 2011, p. 125). En estos supuestos, debería permitirse el uso de las herramientas informáticas internas para transmitir la información, a saber, un piquete informativo *online* o telemático. También se ha denominado «piquete virtual», si bien no es un piquete en el sentido del artículo 6.6 del RDLRT en la medida en que resulta difícil equiparar la compulsión moral o psicológica que el piquete presencial pueda realizar frente al resto de las personas trabajadoras no huelguistas con la presión efectuada a través de otras vías no presenciales sino telemáticas (Valle Muñoz, 2020).

Entendemos que las aplicaciones informáticas internas de las empresas deberían poder utilizarse, siempre con los límites reseñados por la doctrina constitucional, para poder transmitir la información. En la aplicación informática que se utilice para interactuar con la

²⁴ Por todas, la STC 120/1983, de 15 de diciembre, donde se establece que la:

[...] relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona [...] también el derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo en el ámbito de dicha relación (FJ 2.º).

²⁵ STC 37/1998, de 17 de febrero, entiende que la publicidad de la huelga no puede conllevar ejercer una coacción psicológica o presión moral para extender la huelga, pues esto se sitúa extramuros del ámbito constitucionalmente protegido y del ejercicio legítimo del derecho reconocido en el artículo 28.2 de la CE.

clientela debería incluirse información sobre la huelga y la limitación del servicio que pudiera ser gestionada por las propias personas huelguistas. Asimismo, en las aplicaciones que se utilizan para terceros no clientes también debería poder reseñarse la información sobre el conflicto.

El asunto no es baladí. La información de la huelga podría verse totalmente ocultada si no se tiene acceso a los medios informáticos y, como se verá, también esas herramientas pueden ser utilizadas para la sustitución de las personas trabajadoras huelguistas o invisibilizar el conflicto como reacción contra la huelga (Fita Ortega y Goerlich Peset, 2017, p. 46). El derecho a la información de la huelga forma parte del contenido esencial y, en empresas digitalizadas y *online*, la transmisión de la información solo es posible a través de las propias herramientas empresariales, sin que puede existir otra manera efectiva de realizarla. Puede ponerse como ejemplo una empresa que ofrece servicios a terceros exclusivamente mediante una aplicación, como Uber o Cabify²⁶, y donde las personas trabajadoras de la aplicación pueden convocar una huelga y no tener capacidad suficiente para exteriorizar el conflicto a terceros sino es informando en la propia aplicación.

1.6. La desconexión digital como expresión del ejercicio a la huelga

Cuando la prestación de servicios se realiza en el domicilio de la persona trabajadora, la no asistencia al puesto de trabajo en los términos establecidos en el artículo 7.2 del RDLRT no es posible, puesto que el lugar de trabajo puede ser su propio domicilio habitual. El artículo 4 de la LTD establece que las personas trabajadoras que presten servicios a distancia deben tener garantizados los mismos derechos que si la prestación fuera presencial. Si bien la norma reconoce el derecho, no establece mecanismos para garantizar su efectividad y cumplimiento.

Entendemos que pueden darse dos supuestos en el trabajo a distancia. Aquellas personas trabajadoras que prestan servicios en su domicilio y aquellas que lo realizan o bien donde han decidido libremente o en los diferentes lugares de trabajo donde es necesaria la prestación de servicios y que no coinciden con el centro de trabajo²⁷. En todos estos casos, entendemos que la medida para garantizar el ejercicio del derecho a la huelga es similar, puesto que en todos hay un uso intensivo de la tecnología.

²⁶ Existen multitud de empresas que ofrecen servicios exclusivamente a través de aplicaciones, no solo de transporte, también en otros ámbitos como la contratación de servicios de limpieza, educación o cuidado de personas mayores.

²⁷ En este supuesto se encuadran personas trabajadoras que realizan la actividad allí donde se encuentre el cliente y, por lo tanto, tienen varios lugares de trabajo.

En consecuencia, la persona trabajadora tendría derecho, más que a una limitación en el acceso a las herramientas tecnológicas, a no recibir ninguna orden de trabajo por parte de la empresa, pero no a una desconexión total de las plataformas de trabajo. Supuesto que cabría diferenciar cuando la desconexión se realiza en el marco de la relación laboral para garantizar el descanso y en el que la política interna empresarial juega un papel importante (Gutiérrez Colominas, 2020, p. 9).

Por lo tanto, para aquellas personas trabajadoras que prestan servicios en su domicilio u otro lugar que no implique desplazamiento, sería una medida idónea la limitación al acceso a la plataforma de trabajo, y en aquellas personas trabajadoras que realizan servicios en diferentes lugares de trabajo, sería la de no tener que realizar desplazamientos.

Como se detallará, las personas trabajadoras tienen derecho a ser informadas del seguimiento de la huelga y de la información que puedan transmitir los convocantes. Por ese motivo, la desconexión no puede comportar un aislamiento de la persona trabajadora en relación con la huelga. De lo contrario, podría considerarse una vulneración del derecho fundamental, puesto que el aislamiento tecnológico dejaría a la persona trabajadora en una situación de desinformación respecto al seguimiento del conflicto y de las medidas y de la acción sindical que pudiera desarrollarse. La desconexión total de la plataforma que, además, depende de la empresa, podría utilizarse como un mecanismo para desincentivar su ejercicio o, simplemente, dejar sin contenido la huelga.

Para garantizar el ejercicio de la huelga es necesario que se establezcan mecanismos que aseguren que las personas trabajadoras que tienen vinculado el trabajo a plataformas digitales no reciban órdenes de trabajo. La efectividad de esa garantía tampoco puede conllevar que la persona trabajadora deba informar con antelación a la empresa que realizará huelga, de lo contrario supondría también una vulneración del derecho fundamental²⁸. En estas situaciones, podrían darse dos soluciones concurrentes a fin de que no sea necesario informar por parte de la persona trabajadora de que va a realizar la huelga.

La primera de ellas sería establecer como regla general, a excepción de los servicios mínimos y de seguridad que también comportan conflictividad, que ninguna de las personas trabajadoras recibiera tareas u órdenes de trabajo a excepción que de manera expresa así lo solicitara por no querer ejercer el derecho a la huelga. La segunda, sería conveniente que, en las mediaciones ante la autoridad laboral, una vez se ha convocado la huelga, las partes pudieran establecer los criterios para garantizar la efectividad de la huelga²⁹. Por ejemplo, los criterios de desconexión, cómo se debe informar en caso de no secundar la

²⁸ La STC 11/1981, de 8 de abril, ya estableció que el ejercicio de la huelga es «directo», lo que supone «únicamente la concurrencia de una pluralidad de actos de ejercicios y la participación colectiva necesaria para que el acto sea reconocible como ejercicio de huelga».

²⁹ El artículo 9 del RDLRT establece que la Inspección de Trabajo podrá ejercer una función de mediación a lo largo de todo el conflicto.

huelga o a qué contenidos se puede acceder en la plataforma sin que comporte una desconexión total. A fin de cuentas, se trata de reducir la potestad directiva de la empresa para garantizar el derecho a la huelga³⁰.

2. Medidas de limitación del derecho de huelga en un entorno digital mediante el uso de la tecnología

El artículo 6.5 del RDLRT establece de manera expresa la prohibición de la empresa de sustituir a las personas trabajadoras que ejercen el derecho a la huelga «por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma». La cuestión que cabe plantearse es en qué medida el uso de la tecnología por parte de la empresa, en una situación de huelga, puede considerarse esquirolaje. Asimismo, son varias las cuestiones que se pueden plantear en una huelga en un entorno digital o telemático, por ejemplo, si se puede prohibir a la empresa el uso de la tecnología en una situación de conflicto, o bien se debe limitar con anterioridad al ejercicio efectivo de la huelga, o si puede introducir una nueva tecnología inexistente en el momento en que se convoca la huelga o se produce el conflicto.

La limitación del derecho a la huelga a través del uso de la tecnología no tiene por qué ceñirse exclusivamente a buscar la manera de sustituir a las personas trabajadoras huelguistas a través del esquirolaje tecnológico. También hay otros elementos tecnológicos que pueden utilizarse en contra del ejercicio del derecho a la huelga. En este sentido, el uso de los algoritmos a fin de distribuir las cargas de trabajo con anterioridad a la convocatoria de la huelga, o bien establecer o contratar tecnología por parte de la empresa *ad hoc*, también con anterioridad al ejercicio de la huelga para prevenir sus efectos, son elementos que deben analizarse.

El esquirolaje tecnológico es un concepto de construcción jurisprudencial que el Tribunal Supremo (TS) asume expresamente por primera vez en dos sentencias dictadas en el año 2012. En concreto, las Sentencias de 11 de junio de 2012 y de 5 de diciembre de 2012. No quiere decir esto que, con anterioridad a estos pronunciamientos del TS, no se utilizaran, por parte de las empresas, mecanismos técnicos para dejar sin efecto las consecuencias de la huelga.

La jurisprudencia del TS y del TC que aborda el uso de los medios técnicos y tecnológicos en situaciones de huelga no es amplia y siempre viene referida a empresas de medios de comunicación y, concretamente, a la televisión³¹. Esa limitación en la casuística y la falta de otros pronunciamientos ha conllevado que el término esquirolaje tecnológico no se haya desarrollado en relación con otros sectores de actividad.

³⁰ En este sentido, la STC 123/1992, de 28 de septiembre, es clara al establecer que el ejercicio de la huelga «produce el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa otros derechos [...]». Tal sucede con la potestad directiva del empresario».

³¹ Destacamos las SSTC 193/2006, de 19 de junio, y 17/2017, de 2 de febrero, así como las SSTS de 4 de julio de 2000 (rec. 75/2000), 9 de diciembre de 2003 (rec. 41/2003) y 11 de junio de 2012 (rec. 110/2011), entre otras.

Por último, la incorporación a las organizaciones empresariales del uso de los algoritmos y la inteligencia artificial para el desarrollo y control productivo también tendrá consecuencias respecto al ejercicio del derecho de huelga. El uso empresarial de estas tecnologías las dotará de herramientas más complejas que permitirán un mayor control, no solo de la producción, sino también de la organización del trabajo. Asimismo, la complejidad de las organizaciones empresariales, con un mayor trabajo en red, digital y trabajo a distancia también tendrá consecuencias en el ejercicio de los conflictos colectivos que presentarán nuevas formas y tendrán nuevas consecuencias y que también se ha denominado «esquirolaje comercial u organizativo» (Grau Pineda, 2021, p. 132).

Entendemos que el concepto de esquirolaje tecnológico se verá superado por otras formas de esquirolaje desde el momento en que el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial se desarrolle y se incorpore como herramienta básica para la gestión empresarial. La denominación de esquirolaje digital es, conceptualmente, más precisa cuando se hace referencia al uso de algoritmos e inteligencia artificial para limitar o dejar sin contenido las medidas de conflicto colectivo y, en concreto, el derecho a la huelga. La normativa actual y la jurisprudencia desarrollada en torno al concepto de esquirolaje entendemos que quedarán superadas en cuanto la digitalización y el uso de la inteligencia artificial se vayan implementando en los sistemas productivos empresariales.

2.1. El esquirolaje tecnológico

El uso de medios técnicos o tecnológicos por parte de las empresas para atenuar los efectos de la huelga se ha hecho más intensivo debido a la rápida evolución y aplicación de la tecnología en las relaciones laborales. El primer pronunciamiento del TS sobre los efectos del uso de medios técnicos en una situación de huelga fue en la Sentencia de 27 de septiembre de 1999 (rec. 1825/1998)³², donde ya se apuntó cómo los medios técnicos pueden influir en el desarrollo de una huelga y los efectos sobre esta, pero sin hacer mención expresa al concepto «esquirolaje tecnológico».

El TS, en la Sentencia de fecha 4 de julio de 2000 (rec. 75/2000), vuelve a pronunciarse sobre la utilización de medios técnicos existentes en la empresa con el fin de atenuar los efectos de la huelga. En el mismo sentido también se pronuncian las SSTs de fecha 9 de diciembre de 2003 (rec. 41/2003) y 15 de abril de 2005 (rec. 133/2004). No se hace en los pronunciamientos una mención expresa al concepto de esquirolaje tecnológico, ni a que el trabajo de las personas huelguistas se sustituya por medios técnicos.

³² Previamente, la STS de 16 de marzo de 1998 (rec. 1884/1997) también hace alusión al desvío de la señal televisiva, pero la resolución trae causa en la impugnación de los servicios mínimos y trata de soslayo la problemática de la cuestión técnica.

El TC se pronunció en relación con el uso de medios técnicos en una situación de huelga en la Sentencia 186/2006, de 19 de junio³³. Tampoco se hace mención expresa ni al concepto esquirolaje, ni al concepto tecnológico. En el supuesto enjuiciado, el TC analiza y concluye que los servicios mínimos determinados en el Real Decreto 527/2002 no vulneraban el derecho de huelga y, también, que la utilización de programas previamente grabados no resultaba contraria al derecho, puesto que prevalecía el derecho a la información. Entendemos, por lo tanto, que durante este periodo jurisprudencial no puede entenderse como un periodo permisivo al esquirolaje tecnológico, puesto que la jurisprudencia, en ningún momento, hace mención expresa a ese concepto y solo se refiere a los medios técnicos, además, ya existentes en la empresa en el momento del conflicto.

El concepto de esquirolaje tecnológico expresamente se acoge por primera vez en las SSTs de 11 de junio de 2012 (rec. 110/2011) y 5 de diciembre de 2012 (rec. 265/2011). Se analiza, en ambos casos, si la utilización de programas previamente grabados y la emisión de publicidad sin intervención humana en el marco de una huelga suponen la vulneración de los servicios mínimos y el menoscabo de los efectos de la huelga.

En el primer supuesto analizado por el TS, Sentencia de fecha 11 de junio de 2012, declaró que la empresa vulneró el derecho de huelga al no cumplir los servicios mínimos e incluir publicidad en programas de información, pero en los fundamentos de derecho se obvia cualquier referencia al concepto de esquirolaje tecnológico. Se apunta que el uso de medios técnicos en el desarrollo de una huelga pudiera ser una manera de sustituir internamente a las personas trabajadoras, si bien tampoco se acredita en el supuesto concreto que ese hecho llegara a ocurrir más allá de una emisión pregrabada.

La Sentencia de 5 de diciembre de 2012 se pronuncia en relación con la emisión automática de publicidad preprogramada y los efectos respecto al contenido esencial del derecho a la huelga. A diferencia del primer supuesto, en esta sentencia, el TS cambia la doctrina en relación con el uso de medios técnicos como una modalidad de esquirolaje. Aquí sí se hace una referencia directa al esquirolaje tecnológico y lo define como la «sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos». Es la utilización de la tecnología ya existente en la empresa que sustituye el trabajo de la persona trabajadora. Es importante reseñar que la definición que utiliza el TS menciona la necesidad de que haya una sustitución de las personas huelguistas, sin embargo, en los fundamentos jurídicos también se expresa que el uso de estos medios mecánicos o automáticos puede lesionar el derecho a la huelga, aunque no se produzca la sustitución efectiva de personas trabajadoras siempre que se prive del derecho fundamental vaciando su contenido al utilizar medios mecánicos o tecnológicos³⁴.

³³ El TC dicta de manera continuada tres sentencias idénticas respecto al mismo objeto. En concreto, las SSTC 184/2006, 191/2006 y 193/2006, todas de fecha 19 de junio.

³⁴ Fundamento jurídico tercero de la STS de 5 de diciembre de 2012 (rec. 265/2011):

Supone un punto de inflexión la STC 17/2017, de 2 de febrero, que realiza una definición del esquirolaje tecnológico totalmente distinta a la empleada por el TS. En concreto lo define como «la sustitución de la capacidad de trabajo o material actividad de los huelguistas, mediante el empleo de medios tecnológicos que, debido a su automatismo, permiten prescindir en determinadas circunstancias de los habituales cometidos de los trabajadores en la empresa». Una definición más elaborada en la que no se menciona expresamente la sustitución efectiva de las personas trabajadoras, sino de la capacidad de trabajo, y siempre mediante el empleo de medios tecnológicos. En primer lugar, realiza una definición del esquirolaje tecnológico mucho más elaborada ampliando el concepto más allá de un medio técnico o mecánico, aludiendo a cualquier tecnología existente en la empresa. En segundo lugar, se introducen dos elementos que entendemos clave para valorar si existe un uso de los medios tecnológicos. El primero es que no resulta necesario que, efectivamente, se produzca una sustitución de la persona huelguista y del trabajo que realiza, sino que se alude a la capacidad de trabajo. Entendemos que es un concepto más indeterminado vinculado a la producción de la empresa sin que tenga relación con un puesto de trabajo concreto, lo que facilita el uso de la tecnología para su sustitución. El segundo elemento clave es el automatismo, es decir, que no se produzca una intervención directa de una persona trabajadora, sino que de manera autónoma se ejecute una actividad productiva mediante el uso de la tecnología programada con antelación.

2.2. El esquirolaje digital

Podemos afirmar que la economía ha pasado de una fase de automatización a una fase de digitalización de las empresas que conlleva la transformación de los procesos de producción y de la cual surgen nuevos productos y servicios (Sepúlveda Gómez, 2022, p. 360) que no solo comportan un cambio tecnológico, sino también la transformación de la sociedad y de nuestras relaciones laborales. La digitalización conlleva la aplicación de los algoritmos y la inteligencia artificial en los procesos de producción empresarial y sitúa la problemática a un nivel más complejo que el tecnológico cuando se trata de analizar el impacto en la huelga, más si atendemos a que el uso de algoritmos e inteligencia artificial es poco transparente y altamente confidencial (Mercader Uguina, 2017, p. 27).

La jurisprudencia ha analizado supuestos muy concretos relacionados con el esquirolaje tecnológico en empresas vinculadas a los medios de comunicación, pero la casuística y la problemática podría ser muy amplia, puesto que la tecnología continuamente evoluciona. En primer lugar, el avance en la tecnología, sobre todo, en la programación de algoritmos y el uso de la inteligencia artificial, sitúa a los medios tecnológicos como una herramienta con

Sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial.

gran potencial para limitar el derecho a la huelga. En segundo lugar, las nuevas formas de organización empresarial que se organizan en red y que la mayor parte del trabajo se realiza a distancia han conllevado la fragmentación empresarial y la atomización del trabajo. Esto provoca, en consecuencia, que en supuestos de huelga el control de los medios tecnológicos en situaciones de conflicto se hace más complejo y, por lo tanto, requieren nuevos escenarios para su tutela y control (Vivero Serrano, 2018, p. 278). Cabe analizar el derecho de huelga y la prohibición del esquirolaje desde una perspectiva totalmente distinta partiendo de que el modelo productivo está cambiando y de que la interpretación del esquirolaje siempre se ha realizado desde un modelo productivo ya pretérito (Pérez Rey, 2012, p. 197).

2.2.1. El uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en la huelga

La regulación de los algoritmos en nuestro ordenamiento jurídico se ha limitado a la introducción de un nuevo apartado en el artículo 64.4 del ET relativo al derecho de información de las personas trabajadoras³⁵ que aporta transparencia a los parámetros y criterios utilizados en la toma de decisiones de la empleadora (Baylos Grau, 2021). Cabe señalar, en una interpretación amplia del precepto, que el derecho a la información no solo haría referencia a los algoritmos, también a los sistemas de inteligencia artificial.

No obstante, la información se limita, según la literalidad del precepto, «a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Esa información, por lo tanto, también debería estar disponible en situaciones de huelga, puesto que afecta a las condiciones de trabajo. Asimismo, esa información no solo debería limitarse a los comités de empresa por mandato del artículo 64.4 del ET y a las representaciones sindicales por aplicación del artículo 10.3 de la Ley orgánica de libertad sindical, sino a cualquier sindicato o personas trabajadoras que estuvieran legitimados para convocar una huelga. Existe una limitación en su tenor literal respecto al alcance del artículo 64.4 del ET en una situación de huelga, pero cabe una interpretación amplia a favor del derecho fundamental.

El 11 de marzo de 2024, el Consejo de la Unión Europea anunció en un comunicado que se había alcanzado un acuerdo provisional en relación con la directiva de trabajo en plataformas digitales³⁶, en concreto, sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, y pendiente de ratificación y aprobación final del Consejo. Es una norma que va más allá de lo regulado por la legislación mediante la «ley *rider*», ahondando en materias, como la gestión algorítmica, que se han obviado en nuestro ordenamiento.

³⁵ La modificación se produce por la denominada «ley *rider*» a través de la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2021.

³⁶ Respecto al contenido de la nota de prensa, puede consultarse en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/>

Conviene destacar que las personas negociadoras han sido conscientes de que el trabajo en plataformas puede restringir el acceso a los derechos laborales y sociales existentes. También que los sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones impulsados por algoritmos son cada vez más sofisticados, pudiendo reemplazar las funciones normalmente asignadas a gerentes, como la asignación de tareas, entre otras³⁷. Es importante reseñar la regulación específica que se realiza de la gestión algorítmica, a nuestro entender, de manera muy completa y que aporta garantías de información y control, tanto a las personas trabajadoras como a sus representantes y a los propios Estados donde opera la plataforma. No se hace mención expresa al impacto que pueda tener en situaciones de conflicto colectivo, pero la regulación sobre el uso del algoritmo da más herramientas a la representación de las personas trabajadoras para garantizar que no se utilizan para vulnerar derechos colectivos.

La directiva resalta un punto importante a tener en consideración. El uso de los algoritmos para la organización del trabajo es una herramienta muy eficaz para la gestión empresarial, de tal manera que permite una mayor optimización de los recursos y alcanzar una mayor productividad. En consecuencia, los algoritmos se podrían utilizar por la empresa con otra finalidad más allá de la productiva y ante una situación de conflicto colectivo, que pudiera devenir en la convocatoria de una huelga, utilizarlos con una finalidad de prevención y atenuación de las consecuencias del conflicto.

En este sentido, en una situación de huelga se pueden configurar los algoritmos de trabajo con anterioridad a la convocatoria de la huelga a fin de que organicen el trabajo de manera diferente para no tener un perjuicio mayor si la huelga efectivamente se realiza. Es decir, la utilización del algoritmo con una finalidad preventiva. A modo de ejemplo, pudiera ser el aumento de la carga de trabajo con anterioridad o la distribución de las tareas entre las personas trabajadoras de manera diferente a la habitual. Esquirolaje que también se ha denominado «esquirolaje previo o diferido» (Tascón López, 2018, p. 103).

También cabría la posibilidad de configurar el sistema algorítmico durante la huelga a fin de que se optimizara, en función de las personas trabajadoras que secundaran la huelga, la producción o las tareas a realizar. La capacidad para alterar los sistemas de producción se podría realizar de tal manera que la afectación de la huelga pudiera verse limitada, por ejemplo, con una distribución de las cargas de trabajo totalmente distinta. Es evidente que se continúan aplicando los límites del esquirolaje interno o impropio, pero su detección resultaría más compleja y con la dificultad añadida en empresas donde la organización es descentralizada o la mayor parte del trabajo se realiza en red o de manera telemática y la distribución del trabajo se realiza de manera automática y preconfigurada sin que requiera la intervención humana de manera específica.

Con la utilización de los algoritmos no se produce, por lo tanto, una sustitución expresa de las personas trabajadoras, sino la sustitución del esfuerzo productivo de las personas

³⁷ Apartado octavo del preámbulo de la propuesta de directiva.

huelguistas, a través del uso de la tecnología, en un esquirolaje que también se ha denominado «esquirolaje algorítmico» (Tascón López, 2022, p. 1.351).

Resulta necesaria una mayor regulación en el uso de los algoritmos que vaya más allá de la información que pueda ofrecer la empresa en el marco del artículo 64.4 del ET. También el establecimiento de garantías que permitan un mayor control en situaciones de conflicto donde el uso de los algoritmos de manera fraudulenta pudiera conllevar la limitación y, en consecuencia, la vulneración de algún derecho fundamental como pudiera ser el ejercicio de huelga desde una perspectiva colectiva e individual.

La inteligencia artificial pivota sobre el uso de algoritmos, pero es una tecnología avanzada que permite, también, la toma de decisiones totalmente automatizada sin intervención humana (Todolí Signes, 2018, p. 75). Esto conlleva que, en el ámbito de una huelga, la utilización de esta tecnología, altamente predictiva, puede tener efectos negativos en su ejercicio y con una trascendencia que supera el ámbito estrictamente laboral. Ya no se hace referencia a un medio técnico que pueda ser automatizado con carácter previo³⁸ a un conflicto, o la utilización de un algoritmo para redistribuir el trabajo, sino al uso de una tecnología muy cualificada que puede conllevar la sustitución directa de las personas trabajadoras³⁹.

El Reglamento de inteligencia artificial establece que la regulación tendrá efectos positivos en los derechos de las personas trabajadoras a unas condiciones de trabajo justas y equitativas⁴⁰, pero ninguna medida expresa se establece en relación con los sistemas de inteligencia artificial en el trabajo, como tampoco se hizo en las diferentes propuestas debatidas. Sorprende el olvido del legislador europeo en relación con la afectación en el ámbito laboral y desde una doble perspectiva. En primer lugar, la falta de referencia al diálogo social y a la posibilidad de intervención en la negociación colectiva de los agentes sociales que podrían garantizar la transparencia y la sostenibilidad social (Álvarez Cuesta, 2022, p. 407). En segundo lugar, la total omisión de un marco regulatorio concreto de la afectación de la inteligencia artificial en las relaciones laborales desde una perspectiva individual y colectiva. Todo y que los agentes sociales europeos pactaron un acuerdo marco sobre digitalización con medidas concretas, nada se ha recogido en la norma finalmente aprobado por el Parlamento Europeo⁴¹, lo que conlleva, a nuestro entender, un marco de inseguridad jurídica en las relaciones laborales y, en concreto, su incidencia en las medidas de conflicto colectivo como la huelga.

³⁸ Supuesto recogido en la STS de 4 de julio de 2000 (rec. 75/2000).

³⁹ El Reglamento de inteligencia artificial define esta como:

[...] el *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.

⁴⁰ Derecho reconocido en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴¹ Firmado en junio de 2020, en el punto tercero se establecen directrices y principios sobre cómo y en qué circunstancias se introduce la inteligencia artificial en el mundo laboral.

La Directiva de trabajos en plataforma, en el artículo 6, respecto a la transparencia y utilización de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones, menciona la necesaria información a las personas trabajadoras, pero sin ninguna referencia expresa a su impacto en los derechos colectivos más allá de la necesidad en materia de información y consulta sobre cambios sustanciales relacionados con el uso de sistemas automatizados⁴². El artículo 8 establece el derecho de las personas trabajadoras a obtener una explicación en relación con cualquier decisión adoptada en un sistema automatizado que afecte a sus condiciones laborales. No obstante, no se establece ningún mecanismo de información a las representaciones legales cuando la configuración de los algoritmos en la toma de decisiones afecte a los derechos colectivos y, concretamente, su posible afectación ante una huelga.

2.2.2. La limitación de los algoritmos y la inteligencia artificial (antes y) durante la huelga

El uso de algoritmos e inteligencia artificial facilita enormemente la posibilidad de que las empresas utilicen esta tecnología para la sustitución, no solo del trabajo con la redistribución de tareas, sino también la sustitución directa de personas trabajadoras. En consecuencia, es necesario reforzar la información y establecer límites en el uso de estas herramientas en una situación de conflicto colectivo y, en concreto, ante una convocatoria de huelga.

En primer lugar, se debe ampliar el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras en relación con el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial ampliándose el contenido del artículo 64.4 d) del ET. El control que se ha establecido es débil porque la mediación de la representación en la empresa se efectúa siempre *ex post* a la implantación de la tecnología y no con anterioridad, lo que garantizaría más transparencia digital (Baylos Grau, 2024, p. 34).

Se ha considerado que los derechos de información deben interpretarse en términos restrictivos al suponer una limitación de los derechos de dirección de la organización empresarial que el artículo 38 de la CE reconoce a la empresa (Gómez Gordillo, 2021, p. 166), pero tampoco se puede obviar la implicación respecto al derecho a la negociación colectiva⁴³ y la libertad sindical (Pastor Martínez, 2023, p. 357). El conflicto de intereses, en todo caso, no puede suponer que el derecho a la libertad de empresa y organización empresarial deje sin contenido la negociación colectiva y la libertad sindical dada la rapidez con que se desarrolla esta tecnología. Entendemos que la información relativa al uso de la tecnología

⁴² Artículo 6.2 de la Directiva de trabajo en plataformas.

⁴³ En su momento, el CES en el Informe 3/2017 (CES, 2017, p. 118) ya apuntó que «la negociación colectiva por su naturaleza y funciones es el instrumento que puede facilitar, en particular, una adecuada gobernanza de las estrategias de transformación digital de las organizaciones productivas dinamizando las relaciones laborales en un sentido proactivo».

por parte de la empresa viene reforzada por una opacidad que difícilmente se puede alterar si no hay un refuerzo legislativo que, además, implique sanciones graves en supuestos de incumplimiento. Como tampoco se puede considerar que el derecho de información se circunscriba a empresas de plataformas digitales, puesto que no es un derecho asociado exclusivamente a estos ámbitos empresariales (Garrido Pérez, 2021, p. 2). La información sobre la inteligencia artificial tampoco puede ser de carácter amplio, sino que debe circunscribirse cuando esta tenga incidencia en las relaciones laborales. Como se ha apuntado, esa información debería modularse en función del grado de riesgo o de afectación para los derechos de las personas trabajadoras (Pastor Martínez, 2023, p. 342).

En segundo lugar, dada la complejidad de la tecnología a la que se hace referencia, la comprensión de cómo se ha programado esta para la producción y organización empresarial hace inviable que la representación de las personas trabajadoras por sí misma pueda entender los efectos sobre las relaciones laborales. No solo sería imprescindible que las personas representantes tuvieran la posibilidad de consultar a personas expertas, sino también la necesidad de recibir una formación específica sobre cómo la empresa hace uso de los algoritmos y la inteligencia artificial (Blasco Jover, 2023). En este punto, entendemos que también la negociación colectiva tiene un papel importante en el desarrollo del derecho de información y formación, estableciendo derechos y obligaciones concretas⁴⁴.

Por lo antedicho, en una situación de conflicto que conlleve la convocatoria de una huelga resulta imprescindible que el derecho de información, así como la formación en el entendimiento de la tecnología por parte de las representaciones legales y sindicales, esté garantizado con la finalidad de evitar que se haga un uso fraudulento por parte de la empresa. A los efectos de no vulnerar el derecho de huelga es imprescindible que las representaciones legales y sindicales que puedan realizar la convocatoria tengan acceso a la información con antelación suficiente para vigilar que no se produce una modificación en la configuración de la tecnología en el periodo del preaviso o, incluso, al inicio del conflicto que más tarde pudiera derivar en el ejercicio de huelga. O como también se ha apuntado, la posibilidad de que las representaciones legales y sindicales puedan solicitar una auditoría (Rivas Vallejo, 2020, p. 135), pudiendo añadir la necesidad de introducir en el ámbito de la formación la realización de cursos de especialización en esta materia, puesto que las transparencias en los procesos no aseguran que la información obtenida sea comprensible dada la complejidad de la inteligencia artificial y los modelos de aprendizaje (Unceta, 2023, p. 106). E incluso se ha apuntado la necesidad de que las auditorías se entreguen a las autoridades públicas para su registro (Todolí Signes, 2023, p. 91).

⁴⁴ En este sentido, el convenio colectivo de empresa Maxion Wheels España, SLU, para los años 2021-2024 (código de convenio 08002792012000), en su artículo 52 regula los ciberderechos, estableciendo de manera específica los derechos y también los límites en el uso de la tecnología.

Es evidente, en relación con lo anterior, que en una situación de huelga hay un claro límite empresarial que no puede incumplirse, a saber, la prohibición expresa de que la empresa ante una convocatoria de una huelga o durante su ejercicio pueda alterar la configuración de los algoritmos y la inteligencia artificial, así como la contratación expresa de tecnología durante la vigencia del conflicto colectivo. La contratación de tecnología expresamente para paliar los efectos de la huelga podría considerarse una forma de externalización de la producción y, por lo tanto, una forma de esquirolaje que vulneraría el derecho a la huelga.

Establecer unos límites muy estrictos en el uso de la tecnología por parte de la empresa puede conllevar que siempre que se acuda a medios automáticos se lesione el contenido del derecho de huelga (Taléns Visconti, 2013), pero entendemos que no es así, puesto que no se trata de anular la organización empresarial, sino de impedir un uso fraudulento de la facultad de la empresa de organización a fin de mitigar los efectos de la huelga, máxime cuando no puede entenderse que haya huelga sin interrupción del servicio y visibilidad del conflicto (Baylos Grau, 2004).

Hasta el momento, la casuística analizada por la jurisprudencia se ha limitado, como ya se ha dicho, a un sector concreto de producción. No obstante, la actual doctrina del TC con la Sentencia 17/2017, de fecha 2 de febrero, es laxa con la prohibición de la tecnología en situaciones de huelga. Con la irrupción de la inteligencia artificial como herramienta en los medios de producción y la organización del trabajo entendemos que la actual doctrina jurisprudencial no puede ser aplicable. No solo porque podrá afectar a otros sectores empresariales más allá de los medios de comunicación, también porque habrá que analizar en cada supuesto cuál es la tecnología y cómo se utilizaba de manera previa al conflicto por la empresa y qué medidas concretas se aplican durante el conflicto. Podrían establecerse límites amplios y medidas preventivas, como se ha comentado, pero la casuística, en nuestra opinión, podrá ser tan amplia que difícilmente la jurisprudencia pueda ofrecer una solución única.

3. Conclusiones

El derecho a la huelga es la medida de conflicto colectivo más importante y eficaz que las personas trabajadoras tienen a fin no solo de defender sus derechos, sino también para mejorar las condiciones de trabajo. En los últimos años se ha abierto un debate en relación con la utilidad y conveniencia de realizar una huelga en el actual marco productivo y si esta medida realmente es eficaz (Tascón López, 2018, p. 131). El actual contexto social y empresarial de producción altamente tecnológica abre la posibilidad a nuevos espacios de manifestación del descontento de las personas trabajadoras como el boicot productivo o acciones concertadas a través de internet (Valle Muñoz, 2021, p. 81).

La huelga, no obstante, continúa siendo la medida más efectiva por parte de las personas trabajadoras y los sindicatos para defender sus intereses sociales y económicos. Desde el año 2012 hasta el 2021 se han convocado 7.352 huelgas, con una participación de más de 3 millones de personas trabajadoras que las secundaron y más de 7,5 millones de jornadas de trabajo no realizadas⁴⁵. Sigue siendo, por lo tanto, una medida de conflicto que tiene utilidad y que se ejerce de manera habitual en un número similar cada año sin que pueda afirmarse que su ejercicio esté en desuso o no tenga eficacia.

El uso de la tecnología ha tenido incidencia en el ejercicio de la huelga y así se ha visto reflejado en la jurisprudencia al analizar el uso de medidas técnicas y tecnológicas por parte de la empresa. Jurisprudencia que no ha sido uniforme y, como se ha visto, pasó de una interpretación restrictiva a una interpretación más permisiva en el uso de los medios técnicos y tecnológicos en situaciones de huelga. La falta de una regulación expresa del derecho fundamental conlleva que los límites y la injerencia empresarial deban analizarse casuísticamente, añadiéndose la inseguridad jurídica que conlleva la problemática en relación con la limitación de los medios tecnológicos por parte de las empresas en situaciones de huelga.

Es cierto que la jurisprudencia del TC más reciente ha establecido criterios interpretativos, pero en un conflicto concreto, el de la huelga en televisiones, que entendemos que no es extrapolable a todos los supuestos, básicamente, por dos motivos. En primer lugar, la evolución de la tecnología ha sido evidente y seguirá avanzando⁴⁶. La implementación generalizada en los medios de producción empresariales comportará nuevos escenarios en los que su impacto para limitar los efectos de la huelga necesitará de un análisis más profundo. En segundo lugar, entendemos que también tendrán impacto en el ejercicio de la huelga las nuevas formas de organización empresarial, con la desaparición de los centros de trabajo en su concepción clásica equivalente a lugar de trabajo, así como la utilización de la tecnología para descentralizar la producción y fomentar un trabajo a distancia y *online*. La dispersión, por lo tanto, de las personas trabajadoras y el uso de la tecnología tendrán una incidencia en el ejercicio de la huelga y también en los derechos de representación de las personas trabajadoras que requerirán de medidas concretas en torno al uso de la tecnología digital para garantizar el ejercicio del derecho fundamental. Por ejemplo, en la ampliación de los derechos digitales desde una vertiente colectiva que, hasta el momento, se caracterizan por estar diseñados casi exclusivamente teniendo como modelo al individuo o persona que trabaja en un contexto organizativo dirigido por la empresa (Baylos Grau, 2024, p. 31).

⁴⁵ Estadística consultada en la web del Ministerio de Trabajo y Economía Social. https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/HUE/welcome.htm

⁴⁶ El grupo suizo ABB está investigando en la evolución de la inteligencia artificial hacia otra denominada «generativa» que entienden será un punto de inflexión que cambiará el paradigma en las fábricas industriales. <https://elpais.com/economia/negocios/2024-04-30/la-nueva-era-de-los-robots-en-la-industria.html>

Ante la ausencia de regulación legal, la negociación colectiva y el diálogo social, así como los acuerdos interprofesionales, son elementos clave para establecer criterios y límites en el uso de la tecnología y la inteligencia artificial en el ámbito de las relaciones laborales y, sobre todo, dotan a todas las partes de seguridad jurídica. Las normas que emanan de los acuerdos colectivos ofrecen más seguridad y estabilidad a las partes en conflicto al no quedar su regulación al albur de los legisladores, ni tampoco, entendemos, que técnicamente estos acuerdos sean deficientes, semielaborados o difíciles de interpretar y aplicar, ni menoscaban, tampoco, la función parlamentaria (Pérez de los Cobos Orihuel, 2023, p. 3). De hecho, la negociación colectiva puede suplir el olvido (in)consciente del legislador en determinadas materias como la regulación europea de la inteligencia artificial y la Directiva de trabajo en plataformas en las cuales se ha obviado cualquier referencia a su impacto en las relaciones laborales en su dimensión colectiva. Estas normas, con un gran impacto en los derechos fundamentales como el de la huelga, no pueden relegar al olvido su regulación o dejar su efectivo ejercicio a los vaivenes interpretativos de la jurisprudencia.

La participación de las personas trabajadoras y de los sindicatos en la gestión de la tecnología algorítmica e inteligencia artificial que se implante en la empresa resulta importante para equilibrar la incrementada asimetría que se da en la actual relación laboral y evitar lo que se ha denominado «despotismo digital» (Baylos Grau, 2024, p. 39). En primer lugar, la participación de los agentes sociales en los acuerdos interprofesionales es importante para establecer y reforzar criterios que, posteriormente, se reflejen en los convenios colectivos. En segundo lugar, cumpliendo el mandato del artículo 129.2 de la CE, la legislación debe garantizar un espacio a la participación de las personas trabajadoras a través de la representación unitaria reforzando los derechos del artículo 64 del ET. Por último, se debe garantizar a los sindicatos, en el marco de la libertad sindical y de la negociación colectiva, una participación en la gestión e implementación de la tecnología con anterioridad a su implementación cuando afecte a la organización específica del trabajo.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Cuesta, H. (2022). Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado. La propuesta de una ley sobre IA. En M. P. Rivas Vallejo (Dir.ª), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención* (pp. 379-414). Thomson Reuters Aranzadi.
- Baylos Grau, A. (2004). Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5.
- Baylos Grau, A. (20 de mayo de 2021). A vueltas con el algoritmo. Derechos de información y negociación colectiva. Según Antonio Baylos... <https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html>
- Baylos Grau, A. (2024). Cambio digital y poder en la empresa: fortalecer los derechos colectivos. *Revista de Derecho Social*, 105, 17-40.
- Blasco Jover, C. (2023). El derecho de información algorítmica de los representantes de los trabajadores. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 105.
- Cabeza Pereiro, J. (2017). El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés. En L. Mella Méndez (Dir.ª), *Trabajo a distancia y relaciones colectivas* (pp. 179-214). Wolters Kluwer.
- Calvo Gallego, F. J. (2017). Las comunicaciones empresariales a la plantilla en situaciones de conflicto. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 199, 23-74.
- Cardona Rubert, M. B. (2010). La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa. *Revista de Derecho Social*, 52, 67-77.
- CES. (2017). Informe 3/2017. *La digitalización de la economía*. <https://www.ces.es/documentos/10180/4509980/Inf0317.pdf>
- CES. (2021). Informe 01/2021. *La digitalización de la economía*. <https://www.ces.es/documentos/10180/5246687/Inf0121.pdf/c834e421-ab2d-1147-1ebf-9c86ee56c44a>
- Fita Ortega, F. y Goerlich Peset, J. M. (2017). Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI. Crisis económica y transformación del modelo productivo. *Arxius de Ciències Socials*, 36-37, 37-48.
- Gallego Montalbán, J. (2022a). El concepto de centro de trabajo y adscripción de las personas trabajadoras como presupuestos de los derechos de representación en el trabajo a distancia y las empresas digitalizadas. *IUS-Labor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 250-296. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.09>
- Gallego Montalbán, J. (2022b). La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital y telemático. *Revista de Derecho Social*, 99, 63-86.
- Garrido Pérez, E. (15 de junio de 2021). El nuevo y complejo derecho de información sobre algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que inciden en el empleo y las condiciones laborales. *Net21*. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/06/El-nuevo-y-complejo-derecho-de-informacion-sobre-algoritmos-y-sistemas-de-inteligencia-artificial-que-incidenten-en-el-empleo-y-las-condicione-laborales.pdf>
- Gómez Gordillo, R. (2021). Algoritmo y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 161-182.
- Grau Pineda, C. (2021). *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*. Tirant lo Blanch.

- Gutiérrez Colominas, D. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 31. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i31.3208>
- Heras García, A. de las. (2017). Relaciones colectivas y teletrabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 5(2). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6032425&orden=0&info=link>
- López Ahumada, J. E. (2006). Ejercicio de los derechos de información y expresión en caso de huelga. ¿Posible aplicación del deber de sigilo profesional? *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 14.
- Mercader Uguina, J. R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Tirant lo Blanch.
- ONTSI. (2021). Empresas que proporcionan a sus empleados dispositivos móviles con acceso a internet para uso empresarial. <https://www.ontsi.es/es/indicadores/Empresas/Equipamiento-TIC/Empresas-que-proporcionan-sus-empleados-dispositivos-moviles>
- ONTSI. (2023). Empresas que disponían de alguna aplicación informática para gestionar información de clientes (herramientas CRM). <https://www.ontsi.es/es/indicadores/Empresas/Equipamiento-TIC/Empresas-que-disponian-de-alguna-aplicacion-informatica-para>
- Pastor Martínez, A. (2023). Los derechos colectivos de información, consulta y negociación del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial. En A. Ginès i Fabrellas (Dir.^a), *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral* (pp. 335-362). Aranzadi.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2023). Potestad legislativa y diálogo social. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 1-5. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/414057>
- Pérez Rey, J. (2012). Tertulias, reportajes y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012). *Revista de Derecho Social*, 59, 195-210.
- Rivas Vallejo, M. P. (2020). *Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sepúlveda Gómez, M. (2022). Derecho del trabajo, inteligencia artificial y robótica. En F. H. Llano Alonso (Dir.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 359-380). Laborum.
- Taléns Visconti, E. E. (2013). Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 6(5).
- Tascón López, R. (2011). El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de internet. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 340, 125-164. <https://doi.org/10.51302/rtss.2011.5129>
- Tascón López, R. (2018). *El esquirolaje tecnológico*. Aranzadi.
- Tascón López, R. (2022). El ejercicio del derecho de huelga frente a los algoritmos de gestión laboral: peligros reales y potenciales. En *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 1.347-1.360). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Todolí Signes, A. (2018). La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: «big data», creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. *Revista de Derecho Social*, 84, 69-88.
- Todolí Signes, A. (2023). *Algoritmos productivos y extractivos*. Aranzadi.
- Unceta, I. (2023). Notas para un aprendizaje automático justo. En A. Ginès i Fabrellas (Dir.^a), *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral* (pp. 81-111). Aranzadi.



Valle Muñoz, F. A. (2020). La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 52.

Valle Muñoz, F. A. (2021). *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*. Bomarzo.

Vivero Serrano, J. B. (2018). Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación. En W. Sanguinetti Raymon y J. B. Vivero Serrano (Coords.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 277-308). Comares.

Jonathan Gallego Montalbán. Abogado. Director profesional de los servicios jurídicos de CC. OO. de Catalunya. Doctorando en derecho y profesor asociado de la Universitat Autònoma de Barcelona. Vicepresidente de la sección de derecho laboral del colegio de la abogacía de Barcelona. <https://orcid.org/0000-0002-4768-5719>

¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor

María Alexandra Díaz Mordillo

*Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social.
Instituto Nacional de la Seguridad Social. Cáceres (España)*
maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Extracto

El nacimiento y cuidado de los hijos o menores a cargo es una de las principales preocupaciones de los países modernos que aspiran a diseñar políticas públicas que permitan dar una respuesta adecuada a los problemas de conciliación entre la vida familiar y laboral. La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo no ha venido acompañada de un reparto equilibrado de tareas domésticas, situación que provoca desigualdad.

Los permisos por nacimiento y cuidado del menor vigentes en España desde el año 2019 han conseguido equiparar los derechos de ambos progenitores, fomentando el ejercicio de una corresponsabilidad efectiva, pero arrastrando ciertas deficiencias que ponen en duda una parte de su eficacia.

En el caso de fallecimiento prematuro del hijo, no se otorga el mismo tratamiento a la madre biológica que al otro progenitor, situación que nos lleva a preguntar si realmente esta diferencia está justificada al amparo de la nueva normativa reguladora de los permisos por nacimiento o no. A través del análisis de la normativa nacional e internacional y la diferente jurisprudencia en la materia, se identificarán tanto puntos débiles como posibles medidas correctoras.

Palabras clave: familia; acción protectora; protección social; maternidad; paternidad; corresponsabilidad; nacimiento; fallecimiento prematuro del hijo.

Recibido: 17-10-2023 / Revisado: 14-02-2024 / Aceptado: 16-02-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Díaz Mordillo, M. A. (2024). ¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 482, 123-146. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19671>



Is it possible to speak of co-responsibility in the event of the premature death of the child? The equalization of birth and child care leave

María Alexandra Díaz Mordillo

Senior Technical Corps of the Social Security Administration.

National Social Security Institute. Cáceres (Spain)

maria-alexandra.diaz@seg-social.es | <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Abstract

The birth and care of children or dependent minors is one of the main concerns of modern countries that aspire to design public policies that provide an adequate response to the problems of reconciling family and work life. The massive incorporation of women into the labor market has not been accompanied by a balanced distribution of domestic tasks, a situation that causes inequality.

The birth and child care permits in force in Spain since 2019 have managed to equate the rights of both parents, promoting the exercise of effective co-responsibility, but carrying certain deficiencies that call into question some of their effectiveness.

In the case of premature death of the child, the same treatment is not granted to the biological mother as to the other parent, a situation that leads us to ask if this difference is really justified under the new regulations regulating birth permits or not. Through the analysis of national and international regulations and the different jurisprudence on the matter, both weak points and possible corrective measures will be identified.

Keywords: family; protective action; social protection; maternity; paternity; co-responsibility; birth; premature death of child.

Received: 17-10-2023 / Revised: 14-02-2024 / Accepted: 16-02-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Díaz Mordillo, M. A. (2024). Is it possible to speak of co-responsibility in the event of the premature death of the child? The equalization of birth and child care leave. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 123-146. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.19671>



Sumario

1. Los permisos por nacimiento en España
 - 1.1. La maternidad biológica como punto de partida
 - 1.2. Evolución del permiso de paternidad
 2. El fallecimiento prematuro del hijo
 - 2.1. El fallecimiento prematuro del hijo antes de 2019
 - 2.2. El fallecimiento prematuro del hijo en los nuevos permisos por nacimiento y cuidado del menor
 - 2.3. Hijos fallecidos en otras prestaciones de Seguridad Social
 3. Las sentencias
 - 3.1. Sentencias a favor de la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo
 - 3.2. Sentencias contrarias a la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Los permisos por nacimiento en España

Los modernos permisos por nacimiento y cuidado del menor tienen como punto de partida la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo y la búsqueda incesante del reparto de obligaciones. La corresponsabilidad o responsabilidad compartida supone la distribución equilibrada y equitativa de la organización y realización de tareas domésticas, cuidado de menores, de personas dependientes y del trabajo remunerado, abarcando, por tanto, todas las esferas públicas y privadas de la vida familiar.

La participación de la mujer en el mundo laboral no ha tenido un reflejo equilibrado en materia de corresponsabilidad, existiendo aún desigualdades evidentes en el reparto de las tareas domésticas. Esta división desproporcionada se traduce en la existencia de una brecha de género laboral y salarial que repercutirá directamente en el importe de la pensión de jubilación futura. A modo de ejemplo, durante el confinamiento de 2020, un 56 % de mujeres tuvieron que asumir nuevas responsabilidades respecto a sus hijos e hijas y un 45 % adquirieron más obligaciones en casa sin dejar su empleo o reducir su jornada laboral. Estos problemas se complican en los hogares monoparentales encabezados por una mujer (Cruz Roja, 2021).

El nacimiento y cuidado de los hijos o menores a cargo es una de las principales preocupaciones de los Estados modernos que aspiran a diseñar políticas públicas que permitan dar respuesta a tales situaciones, aunque bajo la influencia de la tradición histórica y cultural de cada país. La relación entre maternidad y absentismo laboral sigue estando presente en la mentalidad del mundo empresarial (Gorelli Hernández, 2019, p. 70), por tanto, no será posible garantizar la integración laboral femenina en condiciones de igualdad con el varón si este no participa del reparto equilibrado de las responsabilidades familiares. En España, la propia Constitución legitima la creación de permisos que permitan hacer efectiva esta igualdad (Pérez Guardo y Serrano Serrano, 2013).

1.1. La maternidad biológica como punto de partida

La necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora durante el parto y el puerperio ocasionó el nacimiento de prestaciones de maternidad desde el inicio del estado de bienestar (Fernández-Peinado Martínez, 2013, p. 21), no siendo la situación del varón objeto de protección hasta tiempo después.

Las primeras normas españolas que tratan la maternidad se diseñan bajo la clara intención de proteger a los grupos de trabajadores considerados más débiles: mujeres y menores. Aquí podemos situar la Ley de 13 de marzo de 1900 (condiciones de trabajo de las mujeres y los niños) y su Reglamento de aplicación, de 13 de noviembre de ese mismo año, así como la Ley de 8 de enero de 1907, de reforma de la anterior, que mejora la acción protectora de sus predecesoras y sitúa a nuestro país entre los más avanzados en la materia.

En 1929, las trabajadoras acogidas al retiro obrero quedaban amparadas por un seguro de maternidad obligatorio que les prestaba asistencia médica y económica, fruto del desarrollo del subsidio por maternidad aprobado en 1923, siendo así el primer seguro de salud aprobado en España (Martínez Moreno, 2009). Con la Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad, se asimila la maternidad a la enfermedad y no será hasta 1994 cuando se abandone este concepto.

En estos primeros momentos, el varón tenía un papel secundario: acompañar a la mujer en el momento del alumbramiento, pues se presuponía que sería la esposa la encargada del cuidado del recién nacido, bien por no estar empleada, bien por verse obligada a renunciar a su puesto de trabajo. Estos primeros permisos paternos se incluían dentro la regulación laboral¹, no teniendo su reflejo en la esfera prestacional. La mujer cumplía una función reproductiva y de soporte familiar, mientras que al hombre se le encomendaba una función productiva, convirtiéndose en el sostén económico de la familia (Tortuero Plaza, 2006).

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, otorga a la madre trabajadora un periodo de descanso laboral de 6 semanas antes del parto y 8 después de este. En total 14 semanas de suspensión del contrato de trabajo. Con la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a 16 semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, se amplía a 16 semanas (incrementándose en 2 semanas más en caso de parto múltiple) y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Se reconoce así por primera vez en España el derecho del padre a disfrutar de una parte determinada (hasta un máximo de 10 semanas de las 16) del permiso por maternidad a voluntad de la madre. Se trata, por tanto, de un derecho derivado, condicionado a la decisión de otra persona y con una serie de limitaciones: la madre debía causar derecho para poder cederlo, por lo que únicamente podrían hacerlo las madres trabajadoras, no afectaría al periodo de suspensión obligatorio de 6 semanas y la opción debía realizarse al inicio del periodo de descanso de la madre para garantizar la organización de las empresas.

¹ Permiso de 1 día en caso de hijo nacido en el seno de un matrimonio del artículo 67 del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de contrato de trabajo, o permiso de 2 días (3 días con desplazamiento) del artículo 25.3 b) de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales. A partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el permiso puede disfrutarse en caso de paternidad biológica, exista matrimonio o no. Se cambia el concepto «alumbramiento de la esposa» por el de «nacimiento de hijo».

Esta legislación española es heredera directa de las diferentes directivas europeas y los compromisos internacionales suscritos por el Estado español y sus obligaciones, especialmente en el marco de las Naciones Unidas² y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En torno a los años setenta del pasado siglo, la OIT comienza a poner el foco en los permisos por nacimiento dentro de sus planes de igualdad y no discriminación (Ballester Pastor, 2015, p. 75), instando a los países a revisar sus políticas públicas con el fin de invertir los roles tradicionales del hombre y la mujer en el ámbito familiar³.

Todos los países de la Unión Europea han legislado sobre permisos de nacimiento, aunque presentan características muy diferentes entre sí (De la Corte Rodríguez, 2012). El artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en un periodo de lactancia, garantizaba un permiso de 14 semanas ininterrumpidas a disfrutar antes o después del parto para conseguir la recuperación física y psicológica de la madre⁴.

De nuevo en España, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, unifica la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que configura la maternidad como una contingencia específica desligada de las anteriores⁵. Se deja a un lado el carácter únicamente sanitario de la prestación para abarcar otras finalidades como la estabilidad en el empleo o la protección del menor en situaciones tales como el acogimiento o la adopción. Con el paso del tiempo, el subsidio ha tenido que ir adaptándose a diferentes cambios sociales, teniendo en cuenta la proliferación de nuevos modelos familiares (Sánchez-Urán Azaña, 2021, p. 465).

En esa época, la necesidad de conciliar el trabajo y la vida familiar ya había sido planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada a nuevas realidades

² El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. A fecha de 2015, la convención ha sido ratificada por 187 países.

³ El primer Convenio de la OIT que protege la maternidad es el número 3, de 1919, en el que se fijan como de descanso obligatorio las 6 semanas posteriores al parto. Después, el Convenio número 103, de 1952, incrementa el descanso hasta las 12 semanas, aunque los países podrán establecer un periodo superior. Destacan, además, el Convenio 156, de 1981, sobre responsabilidades familiares y el Convenio 183, de 2000, que extiende la protección maternal también a las formas atípicas de trabajo.

⁴ Como ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 19 de septiembre de 2013, asunto C-5/12, Betriu Montull.

⁵ Cabe destacar que la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha vuelto a ligar el embarazo con la incapacidad temporal, creando dos situaciones especiales por contingencias comunes para aquellos supuestos de interrupción, voluntaria o no, del embarazo y la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana 39.^a

sociales. En la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín, en septiembre de 1995, se había considerado como objetivo estratégico fomentar la armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, comprometiéndose los países asistentes, entre ellos España, a hacer posible esta realidad dentro de su ámbito competencial. Surge así la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁶, que permite, además de la cesión de 10 semanas al padre (tanto si la madre trabaja como si fallece), que ambos puedan disfrutar de los permisos de manera simultánea, y sin realizar diferenciación por razón de sexo, avanzando así hacia una regulación más justa (Panizo Robles, 2002, p. 23). Esta posibilidad era independiente del permiso retribuido de 2 días por nacimiento, contemplado en el Estatuto de los Trabajadores⁷, que se limitaba a los casos de nacimiento⁸, estaba remunerado por la empresa y era poco flexible, pues se computaba exclusivamente en días naturales. Este permiso permitía al padre acompañar a la madre durante los días posteriores al nacimiento, pero no posibilitaba la corresponsabilidad, repitiendo, irremediablemente, los roles de género tradicionalmente establecidos.

La jurisprudencia reconocía entonces la diferente naturaleza que tenían el permiso por maternidad biológica con respecto a otros permisos parentales y derechos de conciliación laboral en el ordenamiento jurídico español. Podía considerarse que no existía discriminación en el hecho de que la legislación española otorgase la titularidad del permiso a la madre, de manera que, si no trabajaba o no reunía los requisitos necesarios, el padre no tendría derecho alguno (Velasco Portero, 2013).

1.2. Evolución del permiso de paternidad

Con la llegada del nuevo siglo, el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres siguió siendo prioritario en la normativa comunitaria. La Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo⁹, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio

⁶ Cabe señalar también la Ley 39/1995, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que, entre otras cosas, declara nulo el despido vinculado a situaciones relacionadas con el embarazo, adopción o acogimiento y modifica el Estatuto de los Trabajadores convirtiendo en intransferibles los permisos por nacimiento.

⁷ Artículo 37.3 b) del Real Decreto legislativo (RDleg.) 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, hoy derogado.

⁸ Los supuestos de adopción o acogimiento se tenían en cuenta, únicamente, si se contemplaban en el convenio colectivo.

⁹ Sobre condiciones laborales, la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso paternal, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE, de 15 de diciembre de 1997.

de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, facilitan la publicación de la primera ley española específica en materia de igualdad. La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, inicia una corriente reformista en materia de equidad entre ambos sexos que ha permitido la incorporación de nuevos derechos sociales en el ámbito de la Seguridad Social.

Esta ley nace con el objeto de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, mediante la eliminación de toda discriminación directa o indirecta de las mujeres. Para ello, y con el fin de fomentar la conciliación de la vida personal y laboral, su disposición adicional decimoctava. Siete incluyó el permiso de paternidad con una duración inicial de 13 días, ampliable en caso de parto múltiple en 2 días más por cada hijo o hija a partir del segundo, no siendo acumulable a la maternidad en los casos de familia monoparental. La disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2009, amplía la prestación hasta 20 días naturales ininterrumpidos, cualquiera que fuera la legislación aplicable, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjera en una familia numerosa, cuando la familia hubiera adquirido dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 %. La ampliación era única, sin que fuera posible su acumulación en caso de concurrir al menos dos de las circunstancias mencionadas.

La prestación de paternidad era compatible con el permiso retribuido de 2 días, a cargo de la empresa, previsto en el artículo 37.3 b) del Estatuto de los Trabajadores, ya que protegen derechos diferentes: el permiso retribuido fomenta el acompañamiento de la madre en el parto y la prestación de paternidad se utiliza como medida para fomentar la corresponsabilidad.

Tiempo después, la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad, determinó la suspensión del contrato en 4 semanas, aunque no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2017, tras sucesivos aplazamientos¹⁰. A partir del 5 de julio de 2018¹¹, la duración pasó a ser de 5 semanas.

¹⁰ La crisis económica retrasó la entrada en vigor de la ampliación del permiso, considerándose así que la corresponsabilidad tenía un carácter secundario: la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2011, retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2012; el Real Decreto-Ley (RDL) 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2013; la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2013; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2014; la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014, que retrasaba su entrada en vigor al 1 de enero de 2015; y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2015, que retrasaba su entrada en vigor al 2 de enero de 2016.

¹¹ Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018.

Quedaban así reguladas la maternidad y la paternidad en el título II, capítulo VI, del RDleg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y su posterior desarrollo reglamentario recogido en el Real Decreto (RD) 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Finalmente, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, equipara los permisos para ambos progenitores con el fin de ejercer una corresponsabilidad efectiva y real (Lousada Arochena, 2019, p. 74; Pastor Martínez, 2019, p. 187). La prestación pasa a tener una única denominación, permiso por nacimiento y cuidado de menor, extendiéndose la protección a diferentes modelos familiares e igualando su duración en el tiempo (Aragón Gómez, 2019).

Esta necesidad nace de la existencia de una profunda demanda social (López Anierte, 2018) y de la exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución española; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres (Cabero Morán, 2019; López Rodríguez, 2021) y las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar (Barrios Baudor, 2020, p. 2). El nuevo permiso por nacimiento viene determinado por la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores, derogatoria de la Directiva 2010/18/UE.

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de ocupación y empleo, incluía en su artículo 16 el permiso de paternidad, reconociendo que el padre podría disponer de un tiempo para el cuidado del menor nacido a partir del parto o de la resolución judicial correspondiente, en los casos de acogimiento o adopción.

La Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, deroga la Directiva 2010/18/UE¹², que regulaba la existencia del permiso paternal de, al menos, 4 meses como herramienta para favorecer la corresponsabilidad (Núñez-Cortés Contreras, 2011), y mantiene la idea del

¹² Cuya precursora fue la Directiva europea 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso paternal, que fue el origen de la posibilidad en el ordenamiento jurídico español que hasta 10 de las 16 semanas de la baja maternal pudieran cederse al padre. La Directiva de 2010 fue la primera en establecer permisos diferenciados para ambos progenitores. Como ya se ha señalado, España ha traspuesto otras directivas en la materia: la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo (sustituidas en la actualidad por la Directiva 2006/54/CE), o la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

permiso individual e intransferible. Sin embargo, deja en manos de cada Estado la regulación específica de los beneficios y su forma de aplicación. Esto ha ocasionado que, en la actualidad, los permisos de paternidad presenten notables diferencias en cada país, sobre todo en su naturaleza, titularidad, remuneración (Jover Ramírez, 2021), agente remunerador, grado de individualidad, obligatoriedad, duración¹³, derechos sociales asociados o flexibilidad.

Los Reglamentos 988/2009, de 16 de septiembre, y 987/2009, de 16 de septiembre¹⁴, incluyen en el campo de aplicación material europeo la prestación de paternidad con efectos del 1 de mayo de 2010. Así, de acuerdo con el artículo 3.1 b) del Reglamento 883/2004, las prestaciones de maternidad y de paternidad se encuentran dentro del campo de aplicación material de los reglamentos y se caracterizan por tratarse bien de prestaciones en metálico, bien por ser prestaciones en especie. Por tanto, salvo disposición en contrario del anexo XI, esta garantía será de aplicación a todos los regímenes de Seguridad Social, contributivos y no contributivos¹⁵. Serán aplicables, por tanto, los principios de exportación y totalización de periodos de seguro acreditados en la Unión Europea, Estados parte del Espacio Económico Europeo y Suiza, aunque cada prestación será abonada a cargo de un único país.

Con la llegada en 2017 del Pilar europeo de derechos sociales, los Estados miembros se han comprometido a seguir afianzando las medidas que permitan una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, permitiendo el reparto equilibrado de responsabilidades familiares como instrumento para conseguir una Europa social fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades¹⁶.

En nuestro país, la equiparación del descanso se ha llevado a cabo de forma progresiva hasta culminar en 2021¹⁷ con un permiso independiente de 16 semanas para cada progenitor en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o, en su caso, acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil (CC) o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten. El derecho comprende la suspensión contractual fijada en el artículo 48 del RDleg. 2/2015¹⁸, de 23 de

¹³ Duración de las prestaciones por maternidad y paternidad en los países de la OCDE. <https://www.epdata.es/duracion-prestaciones-maternidad-paternidad-paises-ocde/3767a979-5feb-4bc8-ae0fb1d70591d4a>

¹⁴ Que modificaron el Reglamento 883/2004.

¹⁵ STJUE de 19 de marzo de 2015, asunto C-266/13, Kik y Staatssecretaris van Financiën.

¹⁶ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights_es

¹⁷ Disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores que fijaba una aplicación progresiva de este precepto, diferente para los años 2019, 2020 y 2021.

¹⁸ La equivalencia en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se encuentra en su artículo 49, letras a), b) y c).

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁹. También la prestación económica recogida en los artículos 177 y siguientes de la LGSS, destinada a paliar la ausencia de salario durante dicha suspensión. Queda derogado el permiso por nacimiento de hijo previsto en el artículo 37.3 b) del ET.

Ambos progenitores, siempre que reúnan individualmente los requisitos establecidos, tienen derecho a suspender su contrato de trabajo durante 16 semanas, siendo las primeras de disfrute obligatorio e ininterrumpido, que deben iniciar inmediatamente después del parto o de la resolución correspondiente. Este periodo obligatorio se tomará a tiempo completo y estará destinado a la protección de la salud tras el parto, en el caso de la madre biológica, y la asunción de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC²⁰, cuando se trate del otro progenitor. Estos deberes contemplan la obligación de compartir responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes, así como al resto de personas dependientes a cargo (Gala Durán, 2019). El resto de los periodos podrán disfrutarse hasta el cumplimiento de los 12 meses del hijo o hija, debiendo comunicar a la empresa cada periodo, semanal o acumulado, con la suficiente antelación.

La norma relaciona expresamente la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica con la protección a su propia salud después de un hecho evidentemente biológico, como es el parto. También relaciona expresamente el descanso del progenitor diferente de la madre biológica con el cumplimiento de deberes de cuidado según el CC, siendo de vital importancia el hecho de que ambos progenitores deban compartir responsabilidades de atención a los descendientes²¹. Ambos derechos son individuales e independientes (Cavas Martínez, 2022), sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor (Ballester Pastor, 2021). Mediante esta cualidad de no transferencia entre progenitores, el legislador pone de manifiesto que la función principal del permiso es la corresponsabilidad y no el cuidado del menor (Gorelli Hernández, 2019), ya que, si así fuera, nada impediría que pudiera disfrutarlo la madre en su totalidad (Ballester Pastor, 2019, p. 27). Esta circunstancia también justifica el cambio de nomenclatura (Blasco Lahoz, 2020).

2. El fallecimiento prematuro del hijo

A pesar de los avances en materia de igualdad y corresponsabilidad, cuando el hijo fallece de forma prematura, la normativa española sigue estableciendo condiciones diferentes dependiendo de si el beneficiario es la madre biológica o el progenitor diferente de ella.

¹⁹ Queda eliminado el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo del artículo 37.3 b) del ET. Sin embargo, esta licencia podrá existir si así lo dispone el convenio colectivo aplicable.

²⁰ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el CC.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 3013/2022, de 5 de julio.

2.1. El fallecimiento prematuro del hijo antes de 2019

El RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, establece en su artículo 8.4 que, en caso del fallecimiento del hijo, la prestación de maternidad no se verá reducida, siendo esta misma previsión de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días.

Si se atiende a la literalidad de la expresión «nacimiento de hijo» como finalidad, cabría entender que la suspensión del contrato únicamente podría producirse en los supuestos de embarazos llevados a término (Moreno Gené, 2018). Antes de que la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, modificara el artículo 30 del CC, se exigía que el feto viviera, al menos, 24 horas desprendido completamente del seno materno y presentara figura humana. A partir de la modificación, únicamente se exige el entero desprendimiento del seno materno, lo que permite fijar el hecho causante de la prestación en el propio momento del nacimiento.

Por su parte, el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²² preveía que, en caso de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las 6 semanas de descanso obligatorio, la madre quisiera reincorporarse a su puesto de trabajo. Pudiera parecer que no existe motivo para mantener el descanso y el derecho a la prestación más allá del tiempo necesario para la recuperación física de la madre y que los deberes de cuidado del hijo que justifican el descanso durante las 10 semanas restantes han desaparecido (López Gandía, 2009, p. 166; Rodríguez Escanciano, 2008, pp. 144 y ss.), sin embargo, la finalidad perseguida no es otra que descargar al empresario del coste económico que supondría el inicio de una situación de incapacidad temporal (Aguilera Izquierdo y Gil Plana, 2010, p. 71).

Por el contrario, el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, indica que no podrá reconocerse la prestación por paternidad si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión del contrato de trabajo. Si el fallecimiento se produce una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá. Es decir, cuando se produce el fallecimiento del hijo o menor acogido (Criterio de gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– 2/2019, de 4 de enero), antes de la suspensión del permiso por paternidad, no se reconocerá la prestación. Si el trabajador ya se ha incorporado al puesto de trabajo y el menor fallece antes del disfrute de la quinta semana, no procederá el reconocimiento del derecho. Por último, si el óbito se produce durante la percepción de la prestación, incluida la quinta semana, no se extinguirá hasta su finalización.

²² RDleg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre esta diferencia de trato se pronunció el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia número 111/2018, de 17 de octubre, rechazando que la (entonces) diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad vulnerara el artículo 14, entendiendo que las finalidades de ambas prestaciones son diferentes. En el supuesto de parto, el interés primordial perseguido por el legislador es el de preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata a su puesto de trabajo tras el alumbramiento podría ser perjudicial para su completa recuperación, independientemente de haberse producido el fallecimiento del hijo.

Continúa la sentencia señalando que la prestación de paternidad obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes al amparo de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la propia Constitución. No se trata, por tanto, de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir al reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

Siendo diferentes las situaciones protegibles, no puede reputarse como lesiva al principio de igualdad la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad en general, y de los supuestos de fallecimiento de hijo en particular. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre²³.

Cuando las finalidades son distintas, el legislador no está obligado a dar el mismo tratamiento a las prestaciones de maternidad y paternidad, aunque la situación protegible sea extremadamente dolorosa (nacimiento sin vida)²⁴. En estos supuestos, sigue existiendo la necesidad de proteger y recuperar la salud de la madre biológica, dejando de existir la obligación de ejercer los deberes de cuidado sobre los descendientes. Tampoco resulta contraria al principio de igualdad la decisión del legislador de respetar el permiso de paternidad ya iniciado, aunque se produzca entonces el fallecimiento del menor, ya que no resulta ser la misma realidad protegible cuando existe un derecho reconocido a cuando no.

2.2. El fallecimiento prematuro del hijo en los nuevos permisos por nacimiento y cuidado del menor

Con la entrada en vigor del 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, se equiparan la duración y la naturaleza de los permisos para ambos progenitores. En su disposición final primera encomienda al Gobierno la elaboración, en el plazo

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 109/1993, de 25 de marzo (FJ 4.º), y STC 75/2011, de 11 de mayo (FJ 7.º).

²⁴ STS 3013/2022, de 5 de julio, con interesante voto particular.

de 6 meses, de un nuevo reglamento que sustituya al precitado RD 295/2009; desarrollo que, a la fecha de firma del presente trabajo, aún no ha visto la luz. Mientras tanto, el RD de 2009 seguirá vigente en tanto no se oponga a la nueva regulación.

Llegados a este punto, si la naturaleza actual de los permisos es equivalente y el reglamento ha quedado desfasado, ¿seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, relativo a las prestaciones causadas por un progenitor distinto de la madre biológica en caso de fallecimiento prematuro del hijo?

A juicio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social²⁵, no parece que el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, se oponga al contenido del artículo 48.4 del ET, ni parece haber perdido su virtualidad, puesto que regula un supuesto no previsto en el ET, ya que al progenitor distinto de la madre biológica se le reconoce el permiso para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del CC, que no pueden ser otros que los del cuidado del hijo. Estos deberes difícilmente podrán llevarse a cabo en caso de producirse el fallecimiento del hijo en un momento anterior al reconocimiento del derecho.

Se concluye, por tanto, que, a pesar de los cambios en la normativa nacional, en los casos de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento no procederá reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto a la madre biológica.

2.3. Hijos fallecidos en otras prestaciones de Seguridad Social

Si tenemos en cuenta otros beneficios en materia de Seguridad Social específicos para los progenitores diferentes de la madre biológica, observamos cómo el fallecimiento prematuro del hijo no supone una quiebra del derecho.

El beneficio por cuidado de hijo o menor acogido del artículo 236 de la LGSS y los artículos 5 a 9 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre²⁶, puede reconocerse o atribuirse a cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores por cada hijo nacido o adoptado o menor acogido, siempre que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil. La bonificación consiste en la consideración de unos determinados periodos de tiempo como cotizados siempre que exista una interrupción de la cotización derivada de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones o subsidios por desempleo con obligación de cotizar, producidas entre los 9 meses anteriores al nacimiento, o los 3

²⁵ Resolución incluida en el Criterio de gestión 10/2020 del INSS, de 21 de abril de 2020.

²⁶ RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

meses anteriores a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento preadoptivo o permanente, y la finalización del sexto año posterior a esta situación. La norma no realiza distinción alguna cuando se produce el fallecimiento prematuro del hijo.

En el caso de los periodos de cotización asimilados por parto del artículo 235 de la LGSS, únicamente aplicables a las mujeres trabajadoras, se tendrán en cuenta los hijos inscritos en el Registro Civil como persona. Cuando sea un aborto o mortinato (hijo fallecido antes del entero desprendimiento del seno materno), también podrán ser computados, siempre y cuando la gestación hubiera durado al menos 180 días y se acredite mediante la inscripción en el legajo de abortos o archivo específico del Registro Civil.

El complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el actual artículo 60 de la LGSS e introducido por 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, se reconocerá inicialmente a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor. En el caso del varón, le podrá ser reconocido en varios supuestos, entre ellos, cuando se trate de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente y su carrera laboral se haya visto interrumpida o afectada con motivo del nacimiento o la adopción, computándose únicamente los hijos nacidos con vida o adoptados con anterioridad al hecho causante. Nuevamente se hace referencia a la redacción actual del artículo 30 del CC como único requisito, sin tener en cuenta la posibilidad de una defunción prematura.

De forma idéntica se actúa cuando se reconoce un complemento por maternidad al varón (aplicando la antigua redacción del art. 60 LGSS, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA/INSS, que declaraba la normativa española opuesta a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social).

Por su parte, el artículo 351 de la LGSS permite el pago único a tanto alzado de la prestación familiar por hijo nacido o adoptado en los supuestos de familia numerosa, monoparental o en aquellos casos en que el padre o la madre padezcan una discapacidad igual o superior al 65 % en el momento del parto o adopción²⁷. En este supuesto, al igual que ocurre en la prestación económica por parto o adopción múltiples del artículo 359 de la LGSS, será nuevamente el artículo 30 del CC el que defina el derecho, pudiendo percibir el pago único aun habiéndose producido el fallecimiento prematuro del menor. En estos supuestos,

²⁷ Prestación que sustituye al pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos del RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, con efectos de 18 de enero de 2000. En este caso, también era el artículo 30 del CC el elemento regulador del derecho.

a pesar de que el objetivo principal de estas prestaciones es paliar el aumento de gastos que suponen las nuevas responsabilidades familiares, no se ha planteado debate alguno en los casos de muerte temprana del hijo.

3. Las sentencias

El artículo 4 del 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, contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las previsibles nuevas medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo prestaciones a la luz de posibles nuevos derechos.

Resulta evidente que cualquier modificación en materia de acción protectora supone, por un lado, un aumento del gasto público y, por otro, un incremento de obligaciones para el empresario. Por tanto, una intervención de esta naturaleza superaría lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales, cuya función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. Corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a conceder o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento²⁸, aunque bien es cierto que, precisamente, han sido los tribunales los que, con base en interpretaciones integradoras, han ido detectando y superando vacíos o insuficiencias en la protección que luego son recogidos de manera más completa y detallada por el legislador²⁹.

Por estas razones, resulta obligado incluir los argumentos esgrimidos por jueces y tribunales a favor y en contra del derecho paternal cuando el hijo fallece. Sin ánimo de ser exhaustivos:

3.1. Sentencias a favor de la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo

Los pronunciamientos que abogan por una aplicación estricta del artículo 26.7 se articulan en torno a los argumentos recogidos en la STC 111/2018, aun siendo conscientes del cambio producido en la naturaleza de los permisos tras el RDL 6/2019, de 6 de marzo.

La STC 111/2018 se encuentra muy ligada a la legalidad vigente y no realiza un gran esfuerzo argumental, aunque sí didáctico, probablemente porque no lo consideró necesario

²⁸ STC 75/2011, de 19 de mayo (FJ 7.º), o STC 65/1987, de 21 de mayo (FJ 17.º).

²⁹ STS 169/2023, de 2 de marzo.

(Rojo Torrecilla, 2018), vinculando siempre la protección dispensada a la mujer trabajadora con su estado de salud, como prueba la referencia a la STC 75/2011, de 19 de mayo; argumento que no tiene encaje durante las 10 semanas posteriores a las 6 de descanso obligatorio.

Con fundamento en la diferente finalidad de la prestación para ambos progenitores tenemos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Aragón 50/2019, de 30 de enero, confirmada por la STS 3013/2022, de 5 de julio, y que incorpora un interesante voto particular en el que se trae a colación la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que, aunque referida al complemento de maternidad, pone de manifiesto la necesidad de los países de dar cumplimiento a la Directiva 79/7/CEE, 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. Esta doctrina es aplicable al supuesto enjuiciado, en cuanto a que tanto la madre como el padre durante un periodo temporal se encuentran en situación idéntica, pero el derecho se reconoce exclusivamente a la madre.

3.2. Sentencias contrarias a la aplicación estricta del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo

Los argumentos a favor de equiparar el derecho de ambos progenitores en caso de fallecimiento prematuro del hijo son múltiples y variados, siendo los juzgados y tribunales los que han ido construyendo el argumentario a través de las demandas y recursos de suplicación.

Encontramos argumentos técnicos que defienden la existencia de un conflicto normativo producido tras la entrada en vigor del nuevo RDL de 2019 y el intento de permanencia del artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que se considera opuesto al espíritu principal de la nueva norma. Este desajuste normativo (Barrios Baudor, 2020) debe resolverse por aplicación del principio de jerarquía, prevaleciendo lo dispuesto tanto en el ET como en el RDL 6/2019³⁰, que son de mayor rango jerárquico.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2019³¹ interpreta que, al existir un alumbramiento, el derecho a la prestación económica se genera por igual para ambos progenitores. Del mismo modo que no se cuestiona el derecho de la madre, con diferente finalidad pero que comparte elementos comunes con el otro progenitor, no debería cuestionarse el permiso del otro progenitor. La restrictiva interpretación que se ha hecho de la expresión

³⁰ STSJ de Cantabria 838/2021, de 10 de diciembre.

³¹ En la misma línea, por las SSTSJ de Cataluña 5789/2021, de 11 de noviembre, del País Vasco 917/2011, de 9 de diciembre de 2010, de Asturias 3096/2017, de 17 de abril, o de Castilla-La Mancha 498/2019, de 2 de abril.

«nacimiento de hijo» a los efectos de determinar la procedencia de la prestación de paternidad no tiene cabida cuando el sufrimiento del otro progenitor es evidente, así como su necesidad de disfrutar de la prestación con una finalidad más amplia: acompañamiento de la madre, incluso si el bebé ha fallecido, necesidad de adaptación a la nueva situación familiar³² o cobertura de una situación de sufrimiento psicológico extremo.

En la nueva versión del artículo 48 del ET no se realiza ninguna distinción entre la madre biológica y el otro progenitor, cuando en la redacción anterior se refería únicamente a la madre, por lo que debe entenderse que ahora se habla de ambos progenitores, y ello por la propia finalidad de la reforma introducida por 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, como es la equiparación de mujeres y hombres en materia de acción protectora, para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades³³.

Por otro lado, la Directiva 2019/1158/UE, que se encuentra plenamente vigente, al haber expirado el plazo de transposición para los Estados miembros el 2 de agosto de 2022³⁴, configura un nuevo marco normativo tendente a la corresponsabilidad en el cuidado familiar que se reafirma en los principios 2 y 9 del Pilar europeo de derechos sociales. La directiva no comporta la equiparación automática de los permisos para varones y mujeres, aunque en la legislación española esta equiparación ya está superada con el RDL 6/2019, de 1 de marzo. Por otro lado, en su considerando 19, relativo a la posibilidad de conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal, deja libertad a los Estados para su concesión, como también lo hace en cuanto al disfrute anticipado de la prestación en el caso del progenitor diferente de la madre biológica. Por tanto, si bien no se impone el reconocimiento automático, pudiera considerarse que la entrada en vigor de esta directiva conlleva que, una vez reconocida la equiparación de los permisos y la posibilidad de disfrute de la madre en caso de muerte fetal, nada impide que se extienda esta posibilidad al otro progenitor, superando así la literalidad del artículo 26.7 del RD 295/2009, en virtud del nuevo contexto normativo y la salvaguarda del principio de igualdad.

También la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que se vulnera el principio de igualdad en los supuestos de negativa de disfrute de derechos

³² STSJ del País Vasco 1123/2018, de 29 de mayo.

³³ STSJ de Cantabria 838/2021, de 10 de diciembre.

³⁴ En España: Acuerdo por el que se autoriza la tramitación administrativa urgente prevista en el artículo 27.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, del Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2019/1152/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220215corregida.aspx>



conciliatorios al varón por la concurrencia de concepciones estereotipadas (Sentencia de 22 de marzo de 2012 –Konstantin Markin c. Rusia–), del mismo modo que la doctrina del TJUE ha aplicado el principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo de trabajadores varones³⁵.

4. Conclusiones

1. La participación del hombre en las responsabilidades familiares compartidas permite a la madre desarrollar con normalidad su carrera laboral evitando situaciones de desigualdad. La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor ha supuesto un logro social de profunda repercusión dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social español. No obstante, todavía existen ciertas disfunciones en su aplicación que deberían ser correctamente legisladas para contribuir a la aplicación uniforme de los derechos conseguidos.

La actual normativa española (en cuanto a los permisos por nacimiento de hijo se refiere) se encuentra adaptada a la Directiva 2019/1158/UE, que anima a los Estados miembros a revisar sus permisos por paternidad, concretamente en los supuestos de parto prematuro, pero sin establecer una regulación mínima, y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contiene previsiones genéricas (prohibición de discriminación, derecho a un permiso retribuido por paternidad...) a las que la legislación española se adapta perfectamente. Pero eso no obsta para que el legislador deba plantearse la posible existencia de vacíos en la protección que hacen que la norma pierda efectividad.

Sería deseable que los permisos de ambos progenitores estuvieran diseñados en los mismos términos³⁶, pudiendo el progenitor diferente de la madre biológica iniciar su descanso antes del parto; hecho que evitaría ver su derecho lesionado en caso de fallecimiento temprano del hijo, pues la prestación ya se habría causado. Nada señala la norma sobre el motivo por el cual la madre puede adelantar su permiso, aunque todo parece indicar que se trate de una previsión protectora de su salud preparto. Esta regulación tenía sentido cuando el permiso de paternidad tenía una duración más corta, pues adelantarla supondría tener menos tiempo a la llegada del menor, cosa que ahora no ocurre. Además, con la nueva baja médica especial de incapacidad temporal por contingencias comunes para las gestaciones a partir de la semana 39.^a introducida por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no tiene sentido mantener esta diferencia y considerar que la implicación del padre en la asunción de sus obligaciones familiares comienza, únicamente, tras el nacimiento del hijo.

³⁵ En la STSJ de Cataluña 8213/2022, de 17 de octubre.

³⁶ Ya se hizo, por ejemplo, con el reparto equitativo de las ampliaciones por parto múltiple o discapacidad.

2. La igualdad efectiva entre hombres y mujeres no puede ser real si no se realiza una equiparación plena de las situaciones a proteger. No cabe duda de que el progenitor diferente de la madre biológica también pasa por un proceso de duelo cuando se produce el fallecimiento prematuro del hijo que, si bien no es un proceso biológico evidente como el de la madre, también puede resultar incapacitante y sustentar la necesidad de suspender el contrato de trabajo durante un periodo de tiempo determinado. Además, la recuperación física de la madre alcanza las 6 primeras semanas de descanso obligatorio, encontrándose durante las 10 semanas restantes en la misma situación protegible que el otro progenitor.

Si obviamos esta situación, estaríamos obligando al progenitor diferente de la madre biológica a proteger su estado incapacitante a través de una baja médica por contingencias comunes para la que puede no tener carencia, utilizando la prestación con una finalidad que no le corresponde y obligando al empresario a asumir unos costes ajenos durante los primeros 15 días de la prestación.

3. La existencia de una finalidad primordial del descanso para el progenitor diferente de la madre biológica durante las 6 primeras semanas (art. 68 CC) evidencia que no tiene una única finalidad. Ambas prestaciones están destinadas a promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; cosa que no explica por qué el derecho es diferente en los supuestos de fallecimiento de hijo. Los deberes de cuidado no son exclusivos de las 6 primeras semanas ni son exclusivos del otro progenitor, por lo que esta distinción obedece claramente a la intención del legislador de equiparar lo máximo posible la naturaleza de ambos permisos. La obligatoriedad del descanso después del parto se extiende igualmente a los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para los que se prevé idéntica regulación, no existiendo un hecho biológico tampoco en este caso.

Además, si la suspensión del contrato de trabajo del otro progenitor se ampara en la realización de deberes de cuidado recogidos en el artículo 68 del CC, podría decirse que estos deberes alcanzan responsabilidades domésticas en su sentido más amplio. Por su parte, el cuidado a personas dependientes a cargo podría sustentar perfectamente la implicación del padre en el acompañamiento de la madre biológica con el fin de superar juntos el trance vivido y asistirle en la recuperación de su salud posparto. Ambos se encuentran en una situación idéntica durante un periodo determinado de tiempo, pasadas las 6 primeras semanas (cosa que no ocurría cuando el descanso por paternidad tenía una duración inferior), pero las prestaciones son diferentes; hecho que plantea una posible vulneración del principio de igualdad, siendo contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, como ya ocurrió con el extinto complemento de maternidad³⁷.

Podría también traerse al caso la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez, respecto al permiso de lactancia otorgado por vez primera a un hombre cuando,

³⁷ STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA c. INSS.

originalmente, solo se había diseñado para la mujer. En esta ocasión el Tribunal de la Unión Europea indica que no existe una discriminación para los hombres, sin embargo, sí supone una situación de desigualdad, ya que da lugar a que subsistan los roles de género con menoscabo sobre las mujeres. Al igual que entonces, el descanso femenino exclusivo cuando el hijo fallece estaría obligando a la madre a asumir nuevamente un rol doméstico y doliente, frente al rol productivo asignado al otro progenitor.

4. Pero la vía interpretativa no es la solución. Sería deseable que el legislador, en el legítimo derecho de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, apreciando las circunstancias concurrentes en cada momento y los recursos disponibles³⁸, incorporara expresamente la misma duración del permiso en caso de fallecimiento para ambos progenitores, bien mediante la introducción de una concreción dentro del propio ET (al que remite la LGSS), bien dando cumplimiento a la disposición final primera del 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, en cuanto a la elaboración de un nuevo reglamento en sustitución del obsoleto RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Y resulta anticuado porque desde su configuración inicial hace más de una década, únicamente ha sido objeto de dos modificaciones³⁹, ninguna con relación al RDL 6/2019, de 1 de marzo, por lo que, difícilmente, se encuentra adaptado al espíritu de la nueva norma que, además, resulta jerárquicamente superior.

Podría derogarse directamente el artículo 26.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, dejando vigente únicamente lo dispuesto en el artículo 48.4 del ET (o art. 49 a) EBEP en similares términos) para todos los supuestos de fallecimiento del hijo (o del *nasciturus*, siempre que haya permanecido en el seno materno al menos 180 días), incluyendo los casos de adopción o acogimiento, independientemente de que se trate de la madre biológica o del otro progenitor. Aunque también podría ser revisado en su totalidad de una manera más acorde a la normativa actual en virtud de los artículos 9.2, 14, 35 o 39 de la Constitución española.

5. Sería aconsejable extender el nivel no contributivo también para el progenitor diferente de la madre biológica en los supuestos en los que no tiene carencia. Aunque la naturaleza de la prestación no contributiva es la recuperación de la madre tras el parto y no supone desigualdad respecto al varón⁴⁰, la ausencia de cambios en esta prestación tras el

³⁸ SSTC 65/1987, de 21 de marzo (FJ 17.º), 184/1990, de 15 de noviembre (FJ 3.º), y 75/2011, de 19 de mayo (FJ 7.º).

³⁹ El artículo 2, por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y los artículos 3.8, 13.1, 14.2, 23.6, 41.2 y 30.2, por el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración.

⁴⁰ SSTC 111/2018, de 17 de octubre, 117/2018, de 29 de octubre, o 138/2018, de 17 de diciembre.

RDL 6/2019 da muestras de una inacabada equiparación de derechos. El nacimiento de un nivel no contributivo aplicable al progenitor diferente de la madre biológica evitaría la pérdida de derechos del trabajador para ejercer su corresponsabilidad (al que se obliga a sacrificar vacaciones o permisos sin sueldo) o, en el peor de los casos, la utilización de situaciones ficticias de incapacidad temporal por contingencias comunes con un fin social inapropiado, provocando, nuevamente, una sobrecarga de costes empresariales. Aunque, dada la enorme flexibilidad en cuanto a carencia que incorporó la Ley orgánica de igualdad de 2007, estos supuestos pueden calificarse como marginales.

En un momento histórico como el actual en el que la curva demográfica hace peligrar la salud del sistema de pensiones futuro y obliga al Estado a tomar medidas urgentes, no parece razonable mantener diferencias de trato que puedan influir de manera negativa en la vida laboral de la mujer y su decisión de ser madre. La igualdad efectiva no será posible sin una corresponsabilidad plena y esto únicamente es alcanzable con una acción protectora uniforme independientemente del sexo de sus beneficiarios. Por tanto, puede concluirse que la corresponsabilidad no solo es posible en caso de fallecimiento prematuro del hijo, sino que resulta necesaria y adecuada dentro del contexto social en el que actualmente nos desenvolvemos.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, R. y Gil Plana, J. (2010). *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*. Civitas-Thomson Reuters.
- Aragón Gómez, C. (2019). La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 219, 229-239.
- Ballester Pastor, I. (2021). Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1.
- Ballester Pastor, M. A. (2015). Protección de la maternidad y protección de la mujer en la OIT: avances y contradicciones. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 117, 75-105.
- Ballester Pastor, M. A. (2019). EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Dios y el Diablo en la Tierra del Sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Barrios Baudor, G. L. (2020). Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1.
- Blasco Lahoz, J. F. (2020). Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19. *Trabajo y*

- Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 12.
- Cabero Morán, E. (2019). La conversión de las situaciones de maternidad y paternidad en la de nacimiento y cuidado de menor por el principio de corresponsabilidad. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 53, 85-89.
- Cavas Martínez, F. (2022). Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor. Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales. En B. García Romero y M. C. López Anierte (Coord.^{as}), *Protección social del trabajo de cuidados* (pp. 75-110). Thomson Reuters Aranzadi.
- Corte Rodríguez, M. de la. (2012). El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva directiva. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28.
- Cruz Roja. (2021). *Estudio 2021. Corresponsabilidad empresarial y familiar en tiempos de pandemia*. <https://www2.cruzroja.es/web/el-balance-mas-positivo/actualidad/-/blogs/estudio-2021-corresponsabilidad-empresarial-y-familiar-en-tiempos-de-pandemia>
- Fernández-Peinado Martínez, A. (2013). *La prestación por maternidad*. Bomarzo.
- Gala Durán, C. (2019). Las novedades incorporadas en el RDL 6/2019. La «transformación» de los permisos por maternidad y paternidad. *La Administración Práctica*, 6. https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2019/249917/admpra_a2019m6n6agala.pdf
- Gorelli Hernández, J. (2019). La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 20, 47-70. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/364>
- Jover Ramírez, C. (2021). La coordinación de las prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie. En C. Sánchez-Rodas Navarro (Dir.^a), *Los reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea* (pp. 265-280). Laborum.
- López Anierte, M. C. (2018). Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 93-135.
- López Gandía, J. (2009). Medidas de Seguridad Social en la Ley de igualdad. En M. B. Cardona Rubert (Coord.^a), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar: hacia un respeto igualitario de las reformas parentales* (pp. 147-185). Bomarzo.
- López Rodríguez, J. (2021). La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad? *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 45, 44-78. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22815>
- Lousada Arochena, J. F. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación. *Revista Derecho Social y de la Empresa*, 11, 70-97.
- Martínez Moreno, C. (2009). El seguro de maternidad. En J. García Murcia y M. A. Castro Argüelles (Dirs.), *Legislación histórica de previsión social* (pp. 91-103). Thomson Reuters Aranzadi.
- Moreno Gené, J. (2018). La suspensión del contrato de trabajo y la prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad. En A. M. Romero Burillo (Dir.^a), *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (pp. 141-209). Thomson Reuters Aranzadi.

- Núñez-Cortés Contreras, P. (2011). La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea. *Actualidad Laboral*, 14, 21-41.
- Panizo Robles, J. A. (2002). La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 34, 13-74.
- Pastor Martínez, A. (2019). Las medidas laborales 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 187-209. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.03>
- Pérez Guardo, R. y Serrano Serrano, N. (2013). ¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres? *Acciones e Investigaciones Sociales*, 33, 31-52.
- Rodríguez Escanciano, S. (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*. Tirant lo Blanch.
- Rojo Torrecilla, E. (26 de octubre de 2018). Permisos por paternidad. El TC desestima la petición de equiparación con los de maternidad. Análisis de la sentencia de 17 de octubre de 2018, con un voto particular radicalmente discrepante. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/permisos-por-paternidad-el-tc-desestima.html>
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2021). Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento de hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar). En *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (pp. 460-491). Laborum. <https://www.aesss.es/wp-content/uploads/2021/10/LIBRO-CONGRESO-AESSS-2021.pdf>
- Tortuero Plaza, J. L. (2006). *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*. Civitas.
- Velasco Portero, M. T. (2013). El padre y el permiso por maternidad biológica. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-5/12. *Dereito*, 22(2), 97-102.

María Alexandra Díaz Mordillo. Pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Licenciada en Historia del Arte por la Universidad de Salamanca y Título Superior de Experto en Seguridad Social por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionaria del INSS desde el año 2005 y colaboradora habitual de diferentes publicaciones académicas y editoriales. Desde el año 2017 pertenece al grupo de trabajo I-Consulta, encargado de la custodia, actualización y optimización de la base de datos normativa del INSS. <https://orcid.org/0000-0001-8619-3592>

Extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario (persona física) y despido colectivo

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2024 (asunto C-196/23)

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alicante (España)

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2024 (asunto C-196/23) ha declarado contraria a la Directiva 98/59 la regulación de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario o de la empresaria persona física, cuya tramitación escapa al procedimiento de los despidos colectivos. Dadas las dificultades de realizar una interpretación del derecho español conforme con el derecho de la Unión Europea, se impone una reforma del régimen jurídico de este supuesto extintivo en clave de confluencia con la extinción del contrato de trabajo por despido colectivo.

Palabras clave: Directiva 98/59; jubilación del empresario; extinción del contrato de trabajo; despido colectivo; periodo de consultas; interpretación *contra legem*; interpretación conforme.

Recibido: 23-07-2024 / Aceptado: 23-07-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Ballester Laguna, F. (2024). Extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario (persona física) y despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2024 (asunto C-196/23). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 147-154. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22491>

Termination of the employment contract due to the employer's retirement and collective redundancy

Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 11 July 2024 (case C-196/23)

Fernando Ballester Laguna

Professor of Labour and Social Security Law.

University of Alicante (Spain)

fernando.ballester@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-2456-0630>

Abstract

The Ruling of the Court of Justice of the European Union of 11 July 2024 (case C-196/23) has declared the regulation of the termination of employment contracts on the ground of the employer's retirement as contrary to Directive 98/59. Given the difficulties in interpreting Spanish law in order to ensure compliance with European Union law, it is necessary to reform the legal regime of this type of termination of employment in order to bring it into line with the termination of the employment contract by collective redundancies.

Keywords: Directive 98/59; employer's retirement; termination of the contract; collective redundancy; consultations; *contra legem* interpretation; compliant interpretation.

Received: 23-07-2024 / Accepted: 23-07-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Ballester Laguna, F. (2024). Termination of the employment contract due to the employer's retirement and collective redundancy. Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 11 July 2024 (case C-196/23). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 147-154. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22491>

1. Marco normativo

La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña (Auto de 20 de enero de 2023) y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su [Sentencia de 11 de julio de 2024 \(asunto C-196/23\)](#), objeto de este comentario, versa sobre la adecuación de la normativa interna española en materia de extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario o de la empresaria (persona física) a la [Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Las normas del derecho español implicadas en el asunto son los artículos [49.1, letras g\) e i\)](#), y [51.1 y 2](#) del Estatuto de los Trabajadores (ET). El primero de los preceptos citados identifica como vías distintas y autónomas de extinción del contrato de trabajo la jubilación del empresario o empresaria (sin perjuicio de lo dispuesto en el [art. 44 ET](#) en materia de sucesión de empresas) y el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (dentro del cual se incluyen expresamente los supuestos de extinción de la personalidad jurídica empresarial). Por su parte, el [artículo 51.1 y 2 del ET](#) contiene la definición española de despido colectivo y el procedimiento a seguir para su materialización.

Por lo que se refiere al derecho de la Unión Europea (UE), la principal norma afectada es la [Directiva 98/59/CE](#) en sus artículos 1 (definición y ámbito de aplicación del despido colectivo), 3 (procedimiento) y 5 (posibilidad de establecer mejoras en el régimen jurídico del despido colectivo a través de la regulación interna). Además, se traen a colación los artículos 27 y 30 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE), el primero de los preceptos enunciados sobre el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, y el segundo en materia de protección en caso de despido injustificado.

2. Supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento

El litigio principal afecta a un total de ocho personas trabajadoras, las cuales prestaban sus servicios para un empleador persona física en uno de los ocho centros de trabajo de la empresa. Con motivo de la jubilación del empresario dichas personas vieron extinguidos sus contratos de trabajo con fecha de 17 de julio de 2020 de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 49.1, letra g\), del ET](#). La jubilación del empresario se materializó el día 3 de agosto de 2020 y supuso, finalmente y por el mismo motivo de jubilación incardinado en el [artículo 49.1,](#)

letra g), del ET, la extinción de la totalidad de la plantilla de la empresa integrada por 54 trabajadoras y trabajadores distribuidos en los ocho centros de trabajo de la empresa.

Dicha extinción fue cuestionada por las ocho personas trabajadoras sobre las que versa la controversia, quienes presentaron demanda ante el juzgado de lo social en la que se solicitaba la declaración de nulidad de la extinción de sus contratos de trabajo como consecuencia de no haberse seguido el procedimiento extintivo propio de los despidos colectivos (art. 51 ET). La demanda fue desestimada en la instancia. Recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ de Cataluña alberga dudas sobre la resolución del caso y plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Es conforme al art. 2 de la Directiva [98/59] una legislación, como la española, que conforme al art. 49.1. g del Estatuto de los Trabajadores no contempla un periodo de consultas para los supuestos de extinción de los contratos de trabajo en un número superior al previsto en el art. 1 de la citada Directiva, derivada de la jubilación del empresario, persona física?
- 2) En caso de no ser afirmativa la respuesta a dicha cuestión, ¿tiene la Directiva 98/59 efecto directo horizontal, entre particulares?

3. Cuestiones clave determinantes de la resolución

El primer problema que tiene que abordar el TJUE viene referido a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales a la luz de las vicisitudes del caso. Como se ha indicado con anterioridad, aunque la jubilación del empresario persona física supuso finalmente la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa (un total de 54 personas distribuidas entre los ocho centros de trabajo de la empresa), el litigio principal afecta exclusivamente a ocho personas trabajadoras de un centro de trabajo. Esta circunstancia lleva a la Comisión Europea a preguntarse sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales sometidas a la consideración del TJUE, partiendo de la premisa de que la [Directiva 98/59](#) utiliza como parámetro para la determinación del despido colectivo el centro de trabajo en el que deben quedar afectados por la extinción al menos 20 trabajadores/as (art. 1). Sin embargo, el TJUE se decanta por la admisibilidad del procedimiento prejudicial partiendo de las siguientes consideraciones: 1) la presunción (*iuris tantum*) de pertinencia de las cuestiones prejudiciales, que se destruye cuando resulte evidente que la interpretación que se ha instado de una norma de la UE carezca de relación con el litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el TJUE no disponga de los datos de hecho o de derecho necesarios para resolver las cuestiones planteadas; y 2) el hecho de que el órgano judicial proponente parte de la premisa de que en el supuesto de hecho sobre el que versan las cuestiones prejudiciales planteadas se superan los umbrales cuantitativos previstos en el artículo 1 de la [Directiva 98/59](#) determinantes de la existencia de un despido colectivo.

En atención a estas dos consideraciones, el TJUE concluye la procedencia de entrar a conocer del fondo del asunto, no sin antes advertir al TSJ de Cataluña que deberá cerciorarse de si en el litigio principal concurren los umbrales cuantitativos que determinan la existencia de un despido colectivo ex artículo 1 de la [Directiva 98/59](#). Lo que deberá hacer teniendo en cuenta el concepto de «centro de trabajo» recogido en la citada directiva e interpretado por la jurisprudencia del TJUE (cita en particular la [STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13](#)), así como el hecho de que el legislador español acotó los despidos colectivos con referencia a los umbrales cuantitativos de la «empresa» en su conjunto, haciendo uso de la posibilidad de establecer un régimen jurídico más favorable para las personas trabajadoras, tal y como reconoce la propia [Directiva de despidos colectivos](#) en su artículo 5.

Entrando a conocer el fondo del asunto, la primera cuestión prejudicial versa sobre la adecuada transposición de la [Directiva 98/59](#) por el legislador español, al excluir de su ámbito de aplicación las extinciones de los contratos de trabajo motivadas por la jubilación del empresario o empresaria persona física ([art. 49.1 g\) ET](#)). Pues bien, a este respecto el TJUE concluirá que:

[...] los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59, leídos conjuntamente, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual la extinción de los contratos de trabajo de un número de trabajadores superior al previsto en dicho artículo 1, apartado 1, por jubilación del empresario, no se califica de «despido colectivo».

Para llegar a esta conclusión el TJUE confirmará el encaje de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario o empresaria ex [artículo 49.1, letra g\), del ET](#) en el concepto de «despido» de la [Directiva 98/59](#), interpretado por la jurisprudencia, el cual constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión, descartando que pueda ser definido por remisión a las legislaciones de los Estados miembros pues, si así fuera, se estaría dejando en manos de estos la determinación del ámbito de aplicación de la directiva. Partiendo de esta premisa, la noción de «despido» de la [Directiva 98/59](#) se identifica con «las extinciones del contrato de trabajo no queridas por el trabajador». Y ello haciendo abstracción de si las causas subyacentes a dichas extinciones dependen o no de la voluntad de la persona empleadora, pues ni la concurrencia de tal voluntad constituye una exigencia para la calificación del supuesto como despido, ni su ausencia impide dicha calificación ([STJUE de 12 de octubre de 2004, asunto C-55/02](#)).

Por otro lado, y dado que el TJUE había declarado en el pasado ajustada al derecho de la UE la exclusión del ámbito de aplicación de la [Directiva 98/59](#) de la extinción del contrato de trabajo por muerte del empresario o empresaria, regulada en el mismo [artículo 49.1, letra g\), del ET](#) ([STJUE de 10 de diciembre de 2009, asunto C-323/08](#)), aquel se afana en señalar las particularidades que posee este otro supuesto de hecho y que justifican una solución diametralmente opuesta al caso que nos ocupa. Señaladamente, la inexistencia

de un empresario o empresaria con la intención de despedir y con la consiguiente imposibilidad de realizar con carácter previo a la adopción del despido un periodo de consultas con la finalidad de evitar o reducir los despidos colectivos o, en su caso, atenuar las consecuencias mediante el recuso a medidas sociales de acompañamiento; elementos nucleares de los despidos colectivos, cuya realización se trunca cuando el empresario o empresaria fallece y no cuando se jubila.

Una vez concluido que la exclusión del ámbito de aplicación de los despidos colectivos de las extinciones de los contratos de trabajo por jubilación de la persona empleadora es contraria a la [Directiva 98/59](#), el TJUE resuelve la segunda cuestión prejudicial planteada consistente en determinar si las personas trabajadoras afectadas pueden invocar dicha directiva frente a su empleadora persona física, aun cuando tal directiva no haya sido correctamente transpuesta al ordenamiento interno. Se trata del denominado efecto directo horizontal o entre particulares, el cual es propio de los reglamentos y, solo en casos excepcionales, de las directivas. Lo que ocurre cuando se trata de un derecho consagrado también en un principio general del derecho de la UE o en una disposición de la [CDFUE](#) (ambos instrumentos fuentes del derecho originario), siendo esto lo argüido por el órgano judicial proponente con fundamento en los artículos 27 y 30 de la citada CDFUE. Lo que de prosperar permitiría al tribunal español dejar de aplicar la norma nacional contraria a la [Directiva 98/59](#) interpretada a la luz de la [CDFUE](#). Sin embargo, el TJUE concluirá que tanto el artículo 27 de la [CDFUE](#) (titulado «Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa») como el artículo 30 de la misma (sobre «Protección en caso de despido injustificado») contienen previsiones genéricas que precisan ser concretadas por disposiciones del derecho de la UE o del derecho nacional para resultar exigibles, no siendo directamente aplicables, ni por sí solas, ni puestas en relación con la [Directiva 98/59](#). Por ello, el TJUE responde a esta segunda cuestión prejudicial afirmando que:

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares a dejar inaplicada una normativa nacional, como la mencionada en el punto 1 del presente fallo, en caso de que sea contraria a lo dispuesto en los artículos 1, apartado 1, y 2 de la Directiva 98/59.

4. Valoración crítica

Personalmente, comparto la respuesta dada por el TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas en esta litis. A mi juicio, la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario o empresaria persona física resulta asimilable al supuesto de extinción de la personalidad jurídica empresarial y, sin embargo, nuestro derecho nacional les viene brindando desde la [Ley 8/1980, de 10 de marzo](#), del Estatuto de los Trabajadores (art. 49.7), un tratamiento jurídico dispar: el primero, causa automática de extinción del contrato de

trabajo (salvo sucesión de empresa en virtud del [art. 44 ET](#) o jubilación en el marco del envejecimiento activo de conformidad con el [art. 214 Ley general de la Seguridad Social](#)) y, el segundo, causa extintiva del contrato de trabajo reconducible al [artículo 51 del ET](#). De ahí el acierto de esta resolución del TJUE que unifica ambas figuras en torno al despido colectivo, extendiendo a todas las personas trabajadoras la mayor protección que se deriva de la aplicación del procedimiento de despidos colectivos con independencia de que el cese de la actividad empresarial se produzca como consecuencia de la disolución de una sociedad o de la jubilación del empresario o empresaria persona física.

Por otro lado, interesa llamar la atención sobre el hecho de que el concepto amplio de «despido» que determina la aplicación de la [Directiva 98/59](#), identificado por el TJUE con «las extinciones del contrato de trabajo no queridas por el trabajador», permite poner en cuestión también la adecuación a la citada directiva de otras extinciones del contrato de trabajo recogidas en el [artículo 49.1 del ET](#), señaladamente, la incapacidad del empresario o empresaria, recogida también en su letra g). Aunque esta problemática la dejo simplemente apuntada.

Retomando el supuesto de hecho que nos ocupa, no parece que el TSJ de Cataluña pueda implementar fácilmente el fallo de esta sentencia del TJUE.

El primer problema que tendrá que despejar el órgano judicial nacional –este es el más sencillo– es si se alcanzan en el litigio principal los umbrales cuantitativos exigidos para resultar aplicable la [Directiva 98/59](#). Esta cuestión ya se ha suscitado cuando el TJUE ha debido pronunciarse sobre la admisibilidad del procedimiento prejudicial a la luz de las dudas puestas de manifiesto por la Comisión Europea. Y a este respecto el TSJ de Cataluña tendrá que decidir sobre la aplicabilidad al caso de la directiva valorando conjuntamente estas dos circunstancias de signo opuesto, aunque no contradictorias: el número de personas trabajadoras afectadas por el litigio principal no supera los umbrales cuantitativos exigidos por el artículo 1 de la [Directiva de despidos colectivos](#), la cual toma como parámetro de medida el «centro de trabajo», pero sí los supera de conformidad con el [artículo 51.1 del ET](#), cuya unidad de medida es la «empresa» en su conjunto, mejorando así –al menos tal es lo que ocurre el caso concreto– la regulación de los despidos colectivos, tal y como permite al derecho nacional la propia directiva en su artículo 5. Precisamente por el carácter de norma mínima de la [Directiva 98/59](#) el derecho nacional puede mejorar su régimen jurídico y, cuando lo hace –como es el caso–, la regulación interna se superpone a la europea, de tal modo que la vulneración del derecho nacional en los aspectos mejorados implica una vulneración de la propia directiva. De lo contrario, si se pudiera considerar inaplicable en un caso como el que nos ocupa la [Directiva 98/59](#) como consecuencia de que en el litigio principal tan solo quedan afectadas por el despido ocho personas trabajadoras de un centro de trabajo, cuando la directiva exige un mínimo de 20 personas afectadas, pese a que en aplicación del derecho español sí nos encontramos ante un supuesto de despido colectivo, al quedar afectada la totalidad de las personas trabajadoras de la empresa en un periodo de 90 días, en concreto 54 personas, quedaría en papel mojado la función de mejora del derecho nacional.

Por otro lado, y una vez descartado por el TJUE que el TSJ de Cataluña pueda inaplicar la norma contraria a la [Directiva 98/59](#), a la que niega eficacia directa horizontal o entre particulares, al órgano judicial español no le queda otro camino que recorrer que intentar realizar una interpretación del derecho nacional conforme con el derecho de la UE. Y en este punto es donde estriba la mayor dificultad. Con anterioridad ya me he referido a la similitud existente entre la jubilación del empresario o empresaria y la extinción de la personalidad jurídica empresarial como causas extintivas del contrato de trabajo. Lo que en principio podría servir de argumento para extender analógicamente al supuesto que nos ocupa la solución expresamente prevista en relación con la extinción de la personalidad jurídica empresarial donde se requiere seguir los trámites del despido colectivo, colmando así el silencio normativo existente en relación con la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario o empresaria. Sin embargo, una interpretación sistemática y literal del [artículo 51 del ET](#), de conformidad con el [artículo 3.1 del Código Civil \(CC\)](#), impide, a mi juicio, el recurso a la analogía fundamentada en el [artículo 4.1 del CC](#) como fórmula para realizar una interpretación conforme del derecho nacional con el derecho de la UE. De una parte, porque el [artículo 49.1 del ET](#) recoge separadamente el despido colectivo (letra i) de la jubilación del empresario o empresaria y la extinción de la personalidad jurídica empresarial (ambas contempladas en la letra g, con la particularidad de que solo en relación con esta última se dispone su tramitación por la vía de los despidos colectivos). Y, de otra, porque solo en relación con la jubilación del empresario o empresaria (además de en los casos de muerte e incapacidad de aquel o aquella) se reconoce un derecho (indemnizatorio) al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario, dejando así a las claras la inaplicación del [artículo 51 del ET](#) en materia de despidos colectivos en relación con el supuesto que nos ocupa.

Así pues, y ante la imposibilidad por parte del órgano judicial de asegurar la aplicación del derecho de la UE mediante una interpretación *contra legem* ([STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14](#)) y sin perjuicio de la posible acción de resarcimiento de las personas afectadas ante los tribunales internos frente al Estado por incumplimiento del derecho de la UE, mucho me temo que la solución de la falta de adecuación del [artículo 49.1 g\) del ET](#) con los artículos 1, apartado 1, y 2 de la [Directiva 98/59](#) debe venir (como en otras tantas ocasiones) de la mano del legislador que deberá reformar el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario o empresaria persona física, garantizando su tramitación a través de los despidos colectivos. Una solución adecuada en esta dirección podría consistir en modificar el contenido del [párrafo 3.º de la letra g\) del artículo 49.1 del ET](#) que pasaría a tener el siguiente tenor literal: «En los casos de jubilación del empresario y de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51»; dándose así un mismo tratamiento jurídico a efectos de la extinción del contrato de trabajo en relación con dos supuestos en los que concurre identidad de razón. Lo que precisaría también la modificación del apartado 2 del mismo precepto en el sentido de suprimir la referencia a la jubilación del empresario o empresaria como supuesto en el que procede la percepción de una indemnización equivalente a un mes de salario.

Una victoria pírrica, difícilmente expansiva, sobre reintegro de gastos sanitarios padecidos en la primera ola de la pandemia del coronavirus

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 682/2024, de 8 de mayo**

Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de A Coruña (España)

titof@udc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1954-9971>

Extracto

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconoce el derecho del recurrente al reintegro de sus gastos sanitarios efectuados en hospital privado, en la primera ola de la pandemia del coronavirus. El recurrente obtiene una victoria pírrica, por causa del importe de los gastos objeto de reintegro, y difícilmente expansiva a otros supuestos de reintegro, por causa del contexto pandémico en que se desenvuelve. La reforma de la norma reguladora del reintegro de gastos podría tratar de evitar este tipo de victorias pírricas en el futuro.

Palabras clave: pandemia del coronavirus; reintegro de gastos sanitarios; requisito de contradicción; Sala de lo Social del Tribunal Supremo; urgencia vital; derecho de la Seguridad Social; primera ola coronavirus.

Recibido: 26-07-2024 / Aceptado: 19-08-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Arufe Varela, A. (2024). Una victoria pírrica, difícilmente expansiva, sobre reintegro de gastos sanitarios padecidos en la primera ola de la pandemia del coronavirus. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 682/2024, de 8 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 155-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22495>

A pyrrhic victory, hardly expansive, on the reimbursement of health care expenses suffered during the first wave of the coronavirus pandemic

Commentary on Supreme Court Ruling 682/2024,
of 8 May

Alberto Arufe Varela

Professor of Labour and Social Security Law.

University of A Coruña (Spain)

titof@udc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1954-9971>

Abstract

The Social Chamber of the Supreme Court affirms the right of the appellant to reimbursement of his health care expenses paid to a private hospital during the first wave of the coronavirus pandemic. The appellant obtains a pyrrhic victory, due to the amount of the expenses to be reimbursed, and it is difficult to expand to other cases of reimbursement, due to the pandemic context in which it takes place. The reform of the provision regulating the reimbursement of expenses could try to avoid this type of pyrrhic victory in the future.

Keywords: coronavirus pandemic; reimbursement of health care expenses; requirement of contradiction; Social Chamber of the Supreme Court; vital urgency; Social Security law; coronavirus first wave.

Received: 26-07-2024 / Accepted: 19-08-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Arufe Varela, A. (2024). A pyrrhic victory, hardly expansive, on the reimbursement of health care expenses suffered during the first wave of the coronavirus pandemic. Commentary on Supreme Court Ruling 682/2024, of 8 May. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 155-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22495>

1. Marco jurídico

Una reciente [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 mayo 2024 \(núm. 682/2024\)](#) acaba de pronunciarse, en casación para la unificación de doctrina, sobre un asunto de reintegro o reembolso de gastos sanitarios derivados de la utilización de servicios ajenos al Sistema Nacional de Salud, la cual traía causa de una solicitud inicial en sede administrativa, en la que el interesado alegaba que dicha utilización suya se había debido a una situación de riesgo vital. El marco jurídico atinente a la solicitud en cuestión lo constituye fundamentalmente el [Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre](#), por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (norma reglamentaria que desarrolla el [apdo. 3 del art. 102 de la Ley general de la Seguridad Social de 1974](#), todavía vigente a estos efectos, así como el [art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 abril, general de sanidad](#)). Más en concreto, interesa el [apartado 3 de su artículo 4](#) (crípticamente rotulado «Personal y centros autorizados»), a cuyo tenor: 1) su inciso primero identifica cuál es la regla y cuál la excepción, limitando esta última a «situaciones de riesgo vital» (literalmente, «La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel»); 2) su inciso segundo detalla un poco más –si bien de manera parcialmente tautológica– qué deba entenderse por «situaciones de riesgo vital», las cuales equipara a «casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital» (literalmente, «En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción»); y 3) su inciso tercero introduce un elemento de internacionalidad (literalmente, «Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero»), el cual no interviene en el supuesto de la [sentencia que nos ocupa](#), dado que se desarrolla exclusivamente en el ámbito doméstico.

En apariencia, esta [disposición reglamentaria de 2006](#) constituía una versión más ampliada y sofisticada que la de la norma que procedió a sustituir, contenida en el [Real Decreto 63/1995, de 20 enero](#), sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, siendo la concreta norma sustituida el apartado 3 de su artículo 5 (precepto carente de rótulo, y a cuyo tenor, «En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y

de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción»). Pero esta apariencia resultaría engañosa si no reparásemos en que el citado [apartado 3 del artículo 4 del Real Decreto 1030/2006](#) es más bien una norma de recorte o, para ser más preciso, una norma que consolida el recorte operado en el tema del reembolso o reintegro de gastos sanitarios por el apartado 3 del artículo 5 del [Real Decreto 63/1995](#), en la medida en que la norma que este último procedió a sustituir, incluida en el [Real Decreto 2766/1967, de 16 noviembre](#), por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general de la Seguridad Social, habilitaba el reintegro de gastos no solo en los supuestos de asistencia urgente y de carácter vital, sino también en los supuestos conocidos como de denegación injustificada (literalmente, «si [...] se le denegase [al beneficiario] injustificadamente la prestación de la asistencia debida, podrá reclamar el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de servicios distintos de los que corresponderían siempre que lo hubiera notificado en el plazo de 48 horas siguientes al comienzo de la asistencia, debiendo, al solicitarlo, razonar la petición y justificar los gastos efectuados»), ambos regulados en su [artículo 18](#) (rotulado gráficamente «Asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social»). Ciertamente, el recorte de 1995 consolidado en 2006 tuvo unos efectos principalmente procesales, supuesto que el reembolso de gastos por denegación injustificada de la asistencia sanitaria podía llegar a revisarse ahora en el orden contencioso-administrativo, pero no era ello poca cosa, compartiendo la afirmación crítica (efectuada por [Aurelio Desdentado Bonete y Eva Desdentado Daroca](#) en 2003) de que «esto incrementa la ya excesiva dualidad jurisdiccional en materia de Seguridad Social con todos sus inconvenientes».

Por lo demás, este marco normativo había venido contando desde muy temprano con un imponente revestimiento jurisprudencial, que esta [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#) pasa a engrosar, supuesto –como doctrinalmente pusieron de relieve, ya en 1977, [Luis Enrique de la Villa Gil y Aurelio Desdentado Bonete](#)– que «la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social [...] ha dado motivo a constantes pleitos en orden al derecho de reembolso de los gastos», de manera que «las decisiones de los tribunales son [...] muy numerosas». Ello lo acredita la propia [sentencia que nos ocupa aquí](#), bastando indicar para probarlo que solo su fundamento de derecho (FD) tercero –núcleo de la argumentación puramente jurídica de la decisión– ofrece la cita concreta de hasta 23 sentencias distintas de la propia sala, las cuales abarcan un arco temporal de un cuarto de siglo, que se extiende desde 1987 hasta 2012, con representación de todas las décadas intermedias implicadas (refiriéndose, por ejemplo, a «sus sentencias de [...] 14 de abril de 1993 [...], 13 de octubre de 1994 [...], 30 de noviembre de 1994 [...], 8 de febrero de 1995 [...], 21 de diciembre de 1995 [...], 8 de marzo de 1996 [...], 26 de abril de 1996 [...], y de 20 de diciembre de 2001»), teniendo en cuenta que el grueso del FD en cuestión consiste en la reproducción literal de parte de algunas de estas sentencias anteriores. Como veremos más adelante, hay un elemento particular que significa poderosamente la [sentencia](#)

de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que nos ocupa, ausente en las 23 anteriores que cita, relativo al contexto social y sanitario en que se desarrolla el supuesto de hecho sobre el que se proyecta, que es un contexto marcado por la irrupción de la pandemia sanitaria del coronavirus.

2. Síntesis del supuesto de hecho

Así se hace constar, en efecto, en la síntesis del supuesto de hecho que efectúa el FD primero de la [sentencia que nos ocupa](#), refiriéndose –en esencia– a los siguientes extremos: 1) «el demandante –celador en el Hospital [público] Universitario Gregorio Marañón– inició un proceso de incapacidad temporal por coronavirus el 20 de marzo de 2020», esto es, solo 6 días después de que el Gobierno declarase el primer estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria; 2) «el 24 de marzo acudió a las Urgencias de dicho hospital [público], recibiendo el alta hospitalaria al día siguiente, con diagnóstico de [...] sospecha de COVID [...] e indicación de tratamiento farmacológico [...], buen estado general, ausencia de trabajo respiratorio y posterior control radiológico, [por lo que] me abstengo de realizar el resto de la exploración física para minimizar contacto»; 3) «al día siguiente del alta, el 26 de marzo, el actor ingresó en el Hospital [privado] Nuestra Señora del Rosario con neumonía bilateral [...], experimentando un empeoramiento clínico con infiltrados bilaterales e insuficiencia respiratoria, iniciándose terapia farmacológica [...], precisando de ingreso en la UCI el 1 de abril de 2020, [...] y V[entilación] M[ecánica] desde el ingreso»; 4) «durante su estancia en la UCI el actor presentó como complicaciones insuficiencia respiratoria secundaria a neumonía bilateral por COVID-19 [...], traqueotomía, delirio/agitación y sobreinfección respiratoria»; y 5) «a su salida de la UCI, 35 días después, regresó a la planta de medicina interna, con una evolución lentamente favorable, recibiendo rehabilitación y fisioterapia motora y respiratoria, así como ciclo de antibiótico, siendo emitida el alta hospitalaria el 15 de mayo de 2020».

En el texto de la [sentencia que aquí nos ocupa](#) consta que «el demandante ha abonado al Hospital [privado] Nuestra Señora del Rosario una factura por un importe total de 80.973,19 euros», aunque en la resultancia fáctica lo que se impone es la afirmación relativa a que «solo 2.013,44 euros [...] se han considerado debidamente acreditados» en el curso del procedimiento (administrativo primero, judicial después) conducente a la obtención del reintegro de la cantidad en cuestión, teniendo en cuenta que dicho procedimiento (administrativo primero, judicial después) aparece escalonado en cinco fechas clave, tal como obran en la propia resultancia fáctica de la sentencia, a saber: 1) la del «7 de octubre de 2020», en que se produce la solicitud del interesado, celador hospitalario, para el reintegro de gastos sanitarios»; 2) la del «23 de marzo de 2021», en que el «Servicio Madrileño de la Salud denegó su solicitud, por entender que [...] había acudido voluntariamente a un centro ajeno al Sistema Nacional de Salud»; 3) la del «30 de junio de 2020», en que fue «desestimada por resolución expresa» la reclamación administrativa previa presentada por el celador hospitalario interesado; 4) la del «2 de febrero de 2022», en que el «Juzgado

de lo Social n.º 19 de Madrid dictó sentencia [...], desestimando la demanda interpuesta por [el celador hospitalario interesado] [...] contra el Servicio Madrileño de la Salud»; y 5) la del «30 de junio de 2022», en que la «Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [procedió a] [...] desestimar [...] el recurso de suplicación interpuesto por el [...] letrado [...] en nombre y representación [del celador hospitalario interesado] [...] y [...] confirmar [...] la sentencia de instancia».

A pesar de que la cuantía de la reclamación quedaba limitada a poco más de 2.000 euros (en lugar de los más de 80.000 € aparentemente facturados por el hospital privado), el celador hospitalario y su abogado se animaron a interponer el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocándose para el contraste una sentencia de la misma sala y la misma fecha que la sentencia recurrida, esto es, una sentencia «dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2022», la cual –a diferencia de lo sucedido en la sentencia recurrida– sí acabó reconociendo la obligación del Servicio Madrileño de la Salud de reintegrar los gastos padecidos por la asistencia sanitaria privada ligada a la primera ola del coronavirus, teniendo en cuenta que los hechos acreditados en la sentencia de contraste –tal como aparecen reflejados en la [sentencia que nos ocupa](#)– se refieren a los siguientes extremos: 1) «la madre del demandante, desde el 12 de marzo de 2020[,] estaba siendo tratada en el centro de salud [público] por sospecha de infección por coronavirus, y tras empeorar, el 14 de marzo acudió con su hijo al Hospital [público] Ramón y Cajal, siendo diagnosticada de "Gastroenteritis aguda sin signos de alarma en el momento actual"»; 2) «en informe de la misma fecha y del mismo hospital se diagnosticó al padre del actor "posible viriasis sin datos de alarma a filiar evolutivamente"»; 3) «el día 16 de marzo de 2020, el demandante acudió en compañía de su padre al hospital [público] Gregorio Marañón donde fue diagnosticado de "Sospecha de infección por coronavirus", y ese mismo día fue igualmente con sus padres al hospital [privado] Nuestra Señora de América, donde fueron ingresados, falleciendo la madre el 7 de abril de 2020 por insuficiencia respiratoria por afectación pulmonar por COVID-19, permaneciendo su padre ingresado hasta el alta emitida el 30 de marzo de 2020».

3. Aspectos clave determinantes del fallo

Naturalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo habría tenido que inadmitir el recurso de casación para la unificación de doctrina si no hubiese salvado la objeción planteada, tanto por el Servicio Madrileño de Salud recurrido como por el Ministerio Fiscal, a la existencia de contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste. En palabras de la propia sala:

[...] la diferencia que lleva a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal a considerar que no existe contradicción se centra fundamentalmente en el hecho de que mientras en el supuesto de la sentencia de contraste antes de que los padres del actor quedaran

ingresados en el hospital privado [...] acudieron [...] en dos ocasiones a centros hospitalarios de la Sanidad Pública [...], en el ahora recurrido el demandante, tras ser dado de baja médica por coronavirus, fue solo una vez al Servicio de Urgencias del Hospital [público] Gregorio Marañón [...], procediéndose entonces a su ingreso un día más tarde en el centro hospitalario privado,

siendo esta una objeción que no detuvo a la sala, pues –de nuevo con sus palabras, que destacan la condición del recurrente de celador hospitalario–:

[...] el hecho de que el ahora actor tan solo acudiera una vez al Hospital público y en el supuesto de la sentencia referencial fueran dos las veces que los padres del demandante fueron atendidos en centros hospitalarios públicos, no puede resultar relevante a los efectos de considerar incumplido el requisito de contradicción, máxime [...] teniendo [...] en cuenta que el actor prestaba servicios en el hospital [público] Gregorio Marañón (donde fue dado de alta), lo que lo hacía conocedor de la real situación de saturación en la que se encontraba el centro,

que es una situación que la propia sala describe como de «absoluto desbordamiento de la sanidad en su primera ola [...], resultando insuficientes los medios materiales y humanos para afrontar la atención de los pacientes, con índices de mortandad alarmantemente desorbitados». Y por si ello no fuera suficiente, la sala se encargó de destacar otros hechos que consideraba sustancialmente iguales en las sentencias comparadas, con el objeto de blindar la existencia de contradicción entre ellas (así, «en los [dos] casos [...] se ocasionan gastos en la medicina privada con motivo de ingresos hospitalarios derivados del COVID», «también en los dos se ha acudido previamente a la medicina pública sin que los enfermos fueran hospitalizados en ella», e «igualmente [en los dos casos], la evolución hacia la gravedad fue inminente y severa»).

Superada la objeción relativa a la falta de contradicción, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo debía verificar el cumplimiento de las exigencias habilitantes del reintegro de gastos sanitarios contenidas en el citado [apartado 3 del artículo 4 del Real Decreto 1030/2006](#), allí donde se refiere –recuérdese– a «situaciones de riesgo vital», entendidas como «casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital». Es aquí donde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo trae a colación la retahíla de 23 decisiones previas suyas al respecto, reiterando ahora –con cita de la más reciente de la serie, que es una [Sentencia de 31 enero de 2012, rec. 45/2011](#)– las siguientes consideraciones: 1) que «el problema hermenéutico consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluirse la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona»; 2) que «si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los riesgos de pérdida de la vida, así lo hubiera expresado en términos tales como "peligro inminente de muerte", pero no se hizo así, [sino que] [...] se acudió a una expresión de mucho más amplio contenido, "urgencia vital", que hemos de interpretar conforme a la segunda de las acepciones del término, referida

a la suma importancia o trascendencia»; y 3) que «en el estado actual de la protección social en materia sanitaria, derivado del mandato constitucional del derecho de protección a la salud (art. 43.1 de la CE) no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa». Sobre la base de estas consideraciones, ¿a qué conclusión acabaron llegando los magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el concreto supuesto enjuiciado?

Pues bien, «a la luz de los criterios descritos», la conclusión a la que llegaron fue la de que «nos hallamos ante un supuesto de urgencia vital con necesidad inmediata de asistencia médica». En consecuencia, a diferencia de lo acontecido en los dos grados jurisdiccionales previos, procedieron a reconocer el derecho del celador hospitalario infectado con el COVID al reintegro de sus gastos sanitarios abonados en el hospital privado, aunque no en la cuantía aparentemente facturada –por importe, recuérdese, de más de 80.000 €–, sino en una sustancialmente inferior, pues tales gastos «en concreto ascienden a 2.013,44 euros, que es el importe al que alcanzan los conceptos que detalló y desglosó». No obstante, pensando en eventuales efectos futuros de esta decisión judicial, no queda más remedio que advertir que esta conclusión suya está fuerte e íntimamente conectada a las concretas circunstancias sanitarias que se padecieron con especial crudeza en la primera ola de la pandemia del coronavirus, a la vista de las consideraciones con las que la propia sala cierra su argumentación (reflexionando sobre la exigencia, también contenida en el citado [apdo. 3 del art. 4 del RD 1030/2006](#), de que no se haya realizado una «utilización desviada o abusiva» de la asistencia sanitaria privada), las cuales aparecen expuestas en los siguientes términos literales:

La situación del demandante, como ya avanzamos en fundamentos jurídicos anteriores de esta resolución, debe ser examinada en el contexto de la pandemia ocasionada por el coronavirus, con un absoluto desbordamiento de la sanidad, siendo claramente insuficientes los medios materiales y humanos para afrontar la atención de los pacientes, y con índices de mortandad alarmantemente desorbitados. En este marco, el alta hospitalaria del actor, constatada ya la existencia de neumonía, como se evidenció de la gravísima evolución que experimentó en un breve lapso con evidente peligro para su vida, se mostraba claramente arriesgada. No puede mantenerse que el demandante no intentara que su asistencia sanitaria se asumiera por la sanidad pública, pues, efectivamente lo hizo, y ante su alta –y con la evidencia de la saturación de medios materiales y humanos existente– se viera obligado a acudir a la sanidad privada. No es posible entender en esas circunstancias, que se hizo un uso abusivo de servicios ajenos al sistema sanitario público.

4. Valoración crítica

En fin, «esas circunstancias» (esto es, «el contexto de la pandemia ocasionado por el coronavirus») comprometen un eventual efecto expansivo de la victoria del celador hospitalario recurrente hacia otros solicitantes distintos de reintegro de sus gastos sanitarios

privados –a pesar de la generosa apreciación que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (habitualmente poco inclinada a fallar a favor de los reclamantes en estos casos de solicitud de reintegro de gastos) efectuó aquí del requisito de contradicción (cuando la Sala de lo Social quiere casar unificando doctrina, puede)–, especialmente teniendo en cuenta que la falta de datos estadísticos (o al menos, la lamentablemente usual falta de acceso libre a esos datos, supuesto que existan) relativos a la utilización de medios sanitarios privados –en el contexto o no de la pandemia– entorpece una toma de posición firme acerca del potencial multiplicador de esta decisión sobre casos sustancialmente iguales, todo lo cual alimenta el «panorama confuso» (en palabras de [Aurelio Desdentado Bonete y Eva Desdentado Daroca](#), escritas en 2003) de la materia del reintegro de gastos, que continúa pidiendo una reforma estructural, por la que no queda más remedio que seguir esperando. Llegado el caso, una eventual reforma del marco normativo del reintegro de gastos también podría poner interés en evitar la naturaleza pírrica de victorias como la del celador hospitalario de este caso (incapaz de hacer valer en el procedimiento, administrativo primero, judicial después, la cuantía de su «factura por un importe de 80.973,19 €»), especialmente pírrica si hubiese tenido que hacer frente (y cabe suponer que habrá tenido que hacer frente) al pago de los correspondientes honorarios a su abogado (destinatario final de buena parte, si no del total, de los «2.013,44 €» del reintegro obtenido de gastos sanitarios). Moviéndome idealmente en un plano comparatista –tomando como elemento de contraste el derecho de los Estados Unidos de América–, ello podría significar, por ejemplo, el imperativo de anudar a pretensiones de este tipo –que cabe considerar pretensiones de Seguridad Social, al menos desde una perspectiva material– el importe de los honorarios de abogados a favor del reclamante vencedor, o la configuración de la reclamación administrativa previa como un procedimiento distinto de un mero trámite abocado inexorablemente al fracaso, transmutando su naturaleza de contenciosa (o de confrontación entre solicitante y Administración) en inquisitiva (o de verificación real y efectiva por la Administración del derecho del solicitante), con todas las ventajas que ello comportaría (ventajas explicadas con primor entre nosotros por [Iván Vizcaíno Ramos](#) este mismo año 2024, haciéndose eco de la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos).

Plan de igualdad unilateral ante el silencio sindical

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 545/2024, de 11 de abril

Gemma Fabregat Monfort

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

Gemma.Fabregat@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-8367-6492>

Extracto

La sentencia a que se refiere este comentario es la primera en abordar, tras la modificación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por el Real Decreto-Ley 6/2009, 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, y la entrada en vigor del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, la validez de un plan de igualdad de ámbito empresarial elaborado de forma unilateral por la empresa ante la dificultad de contar con interlocución válida para su negociación.

La empresa demandante impugna un acto sujeto al derecho administrativo dictado por la autoridad laboral en el ejercicio de sus potestades en materia laboral de los previstos en el artículo 2 n) de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Palabras clave: plan de igualdad; implantación unilateral; Real Decreto 901/2020; ausencia de interlocución válida; autoridad laboral; negativa al registro.

Recibido: 15-07-2024 / Aceptado: 15-07-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Fabregat Monfort, G. (2024). Plan de igualdad unilateral ante el silencio sindical. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 545/2024, de 11 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 164-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22473>

Unilateral equality plan in the face of trade union silence

Commentary on Supreme Court Ruling 545/2024, of 11 April

Gemma Fabregat Monfort

*Professor of Labour and Social Security Law.
University of València (Spain)*

Gemma.Fabregat@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-8367-6492>

Abstract

The ruling referred to in this commentary is the first to address, following the amendment of Organic Law 3/2007, of 22 March, for the effective equality of women and men, by Royal Decree-Law 6/2009, of 1 March, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, and the entry into force of Royal Decree 901/2020, of 13 October, which regulates equality plans and their registration and amends Royal Decree 713/2010, of May 28, on the registration and deposit of collective bargaining agreements, the validity of a company-level Equality Plan prepared unilaterally by the company given the difficulty of having a valid interlocution for its negotiation.

The plaintiff company challenges an act subject to Administrative Law issued by the labour authority in the exercise of its powers in labour matters of those provided for in article 2 n) of the Law Regulating the Social Jurisdiction.

Keywords: equality plan; unilateral implementation; Royal Decree 901/2020; absence of valid interlocution; labor authority; refusal to register.

Received: 15-07-2024 / Accepted: 15-07-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Fabregat Monfort, G. (2024). Unilateral equality plan in the face of trade union silence. Commentary on Supreme Court Ruling 545/2024, of 11 April. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 164-173. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22473>

1. Marco jurídico

La relevancia de la [sentencia objeto de este comentario](#) radica fundamentalmente en el hecho de ser la primera que fija la doctrina de nuestro Alto Tribunal respecto a la implantación unilateral empresarial de un plan de igualdad ante la falta de interlocución social tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley ([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, por el que, por lo que aquí interesa, se modifican los artículos 45 y 46 de la Ley orgánica ([LO](#)) [3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como del Real Decreto ([RD](#)) [901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el [RD](#) [713/2010, de 28 de mayo](#), sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

El marco jurídico de la [sentencia](#), en consecuencia, referencia expresamente lo anterior además del [Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

La [sentencia](#) contiene todo un fundamento jurídico segundo íntegramente referido a la normativa aplicable al supuesto de hecho desde el derecho interno, que puede sistematizarse como sigue:

- a) En primer lugar, deben considerarse, los artículos [45](#) y [46](#) de la [LO 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tras la [modificación de su redacción por el RDL 6/2019](#), respectivamente referidos a la identificación de las empresas obligadas a la elaboración y aplicación de los planes de igualdad, así como al concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas.
- b) Junto con lo anterior, del contenido del ET, en la versión vigente durante los meses en que se desarrollan los hechos litigiosos, deben tenerse en cuenta los artículos [17](#), [85.1](#) y [2](#) y [90.5](#).
- c) Especial importancia tiene en la resolución de este supuesto de hecho, el [RD 901/2020](#), cuyo extenso [artículo 5](#) supone el desarrollo reglamentario del procedimiento de negociación de los planes de igualdad; y cuyo no menos trascendente [artículo 11](#) expresamente prevé que «Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes».

Sin ignorar su [disposición adicional primera](#) («Registro de Planes de Igualdad») en la que se lee lo siguiente: «Se efectuarán las modificaciones necesarias en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos para que este distinga los planes de igualdad negociados y los acordados, distinguiendo a su vez si son obligatorios o voluntarios, facilitando su consulta automatizada».

- d) En cuarto y último lugar, cierra el elenco de normas de especial trascendencia en este caso, el [RD 713/2010, de 28 de mayo](#), tras su modificación por el citado RD 901/2020, por el que se regula el registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad. De cuanto allí se prevé, a los efectos que aquí interesan deben considerarse los artículos [2.1 f\)](#), [6](#), [8](#) y [11](#).

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia](#) destaca los siguientes aspectos del relato de los hechos probados:

- A) La empresa demandante (Asseco Spain, SA) posee varios centros de trabajo, pero sin que en ellos exista representación de las personas trabajadoras.
- B) Se elaboró por parte de la empresa un plan de igualdad, cuyo contenido hubo de subsanar. En concreto, a ese respecto, es importante resaltar, según detalla la propia sentencia, lo siguiente:
- El 8 de marzo de 2021, la empresa remite correo electrónico a los sindicatos más representativos a fin de constituir la mesa negociadora del plan de igualdad, sin que en los diez días hábiles siguientes hubiera recibido respuesta.
 - El 30 de abril de 2021, la empresa presentó por medios electrónicos la solicitud de inscripción de su plan de igualdad en el registro de Convenios, Acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad en la Subdirección General de Relaciones Laborales (Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social; Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social), abriéndose el expediente n.º 90/19/0713/2021.
 - El 31 de agosto de 2021, la Administración interesa que se acredite documentalmente la debida constitución de la comisión negociadora del plan de igualdad presentado, así como la modificación/inclusión de parte del contenido mínimo obligatorio.
 - El 14 de septiembre de 2021, la empresa solicita ampliación del plazo para subsanar el tema de la comisión, porque afirma que solo ha recibido respuesta de la Unión General de Trabajadores (UGT), además de presentar el plan de igualdad modificado, a lo que accede la Dirección General de Trabajo el 6 de octubre siguiente.

- El 20 de octubre de 2021, la empresa manifiesta que ha vuelto a requerir a los sindicatos mayoritarios para que constituyan la comisión negociadora sin que haya obtenido respuesta satisfactoria.
- C) La empresa ha intentado constituir una comisión negociadora, durante un periodo superior a un año, con los sindicatos más representativos. Consta, según la sentencia, que, a los efectos expuestos, la empresa ha remitido correos electrónicos a UGT, solicitando su participación en la formación de una mesa negociadora del plan de igualdad hasta en nueve ocasiones entre el 13 de septiembre de 2021 y el 19 de enero de 2023. La empresa facilitó a la UGT diversos datos requeridos. Asimismo, ha quedado acreditado –según recoge la sentencia– que la empresa, con idéntica finalidad, remitió a Comisiones Obreras (CC. OO.) diversos correos (los últimos en junio de 2022 y enero de 2023), habiendo respondido este sindicato que le era imposible atender esa solicitud de negociación debido a la acumulación de tales iniciativas.
- D) Ante la falta de respuesta de los sindicatos en las ocasiones expuestas, la empresa elabora un plan de igualdad de manera unilateral y lo presenta al registro, sucediendo cuanto sigue:
1. Por resolución de 14 de febrero de 2022, la directora general de Trabajo desestima la inscripción del plan de igualdad por no haberse producido la constitución de la comisión negociadora. Invoca las previsiones del [RD 713/2010](#) y del [artículo 5.3 del RD 901/2020, de 13 de octubre](#).
 2. Frente a dicha resolución, interpuso la empresa recurso de alzada (11 de marzo de 2022), que fue desestimado por la Resolución de fecha 3 de agosto de 2022, dictada por el Ministerio a propuesta de la Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones.
- E) La empresa interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, impugnando la referida Resolución de 3 de agosto de 2022. El Auto de la Audiencia Nacional 81/2022, de 25 de noviembre, declina la competencia para resolver la presente demanda en favor de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid. Invoca al efecto lo previsto en el [artículo 11.4 b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), conforme al cual:

Quando el acto impugnado proceda de un Ministro o Secretario de Estado, conforme a la letra b) del artículo 7, el conocimiento del asunto corresponderá a la Sala de lo Social en cuya circunscripción tenga su sede el órgano autor del acto originario impugnado, o, cuando tenga un destinatario individual, a la Sala de lo Social en cuya circunscripción tenga su domicilio el demandante, a elección de este.

- F) Mediante la demanda de 7 de diciembre de 2022, la empresa impugna la citada Resolución de 3 de agosto ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Expone detalladamente las gestiones realizadas (antes y después de intentar inscribir el plan de igualdad) para constituir la comisión negociadora. La empresa hace constar que ha acabado contratando personal especializado para elaborar el plan y afirma que ha hecho todo lo que está a su alcance. Considera, la empresa, que la situación a la que se ve abocada es excepcional y que debe admitirse la inscripción del plan de igualdad que ha elaborado, aunque sea de forma provisional, tal y como la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 832/2018, de 13 de septiembre, apunta y la STS 571/2021, de 25 de mayo, explicita. Recalca que el plan de igualdad que pretende implantar no vulnera la legalidad vigente, ni lesiona el interés de terceros, mientras que la negativa a registrarlo le provoca diversos perjuicios.
- G) Mediante su Sentencia 178/2023, de 24 febrero, la Sección Tercera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, estima la demanda de la empresa. La sentencia concluye dejando sin efecto la resolución impugnada y la de confirmación del 14 de febrero de 2022, denegatoria de la inscripción del plan de igualdad de la demandante, condenando a la demandada a proceder a la inscripción de este. Lo fundamenta en el tenor de las previsiones del RD 901/2020 de 13 de octubre (arts. 5.3 y 11), así como en la doctrina recogida por la STS 571/2021, de 25 de mayo.

Considera, la STSJ de Madrid, que la empresa se encuentra inerte para constituir la comisión negociadora porque carece de representación de las personas trabajadoras y los sindicatos no han accedido a integrarse en ella generando una situación excepcional, de bloqueo negocial por ausencia de órganos representativos de las personas trabajadoras.

La excepcionalidad del caso justifica, para la sentencia del TSJ de Madrid, la inscripción del plan de igualdad conforme el mandato del artículo 11.1 del RD 901/2020, según el cual «Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes».

- H) Esta sentencia es la que se recurre en casación por parte del Abogado del Estado en nombre del Ministerio del Trabajo y Economía Social (Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones). Se invoca como único motivo de recurso al amparo del artículo 207 e) de la LRJS, la infracción del artículo 5.3 del RD 901/2020.
- I) El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.
- J) Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio V. Sempere Navarro, se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedió su debate por la Sala en Pleno de

conformidad con lo dispuesto en el [artículo 197 de la Ley de orgánica del Poder Judicial](#). A tal efecto, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo el día 10 de abril de 2024, convocándose a cuantas magistradas y magistrados conforman la sala, en cuya fecha tuvo lugar, concluyendo todo ello en la emisión de la sentencia que se comenta ahora.

3. Aspectos clave de la posición judicial determinantes en el fallo

Con carácter previo a abordar el fondo del asunto conviene resaltar que la [sentencia a que se refiere este comentario](#), como se ha dicho, es la primera del Tribunal Supremo (TS) que se pronuncia a propósito de la negativa al registro por parte de la correspondiente autoridad laboral de un plan de igualdad implementado unilateralmente por bloqueo negocial tras el [RDL 6/2019](#) y el [RD 901/2020](#).

Lo anterior es determinante para comprender el fallo. Y explica también por qué la sentencia, de alto contenido pedagógico y muy instructiva, pese a dar cuenta expresa de la doctrina del TS a propósito de los planes de igualdad, no puede aplicar, por analogía, ningún pronunciamiento previo a este caso.

No obstante lo anterior, resulta claro, como además se recuerda de manera expresa en varias ocasiones en la sentencia, que los precedentes judiciales del Alto Tribunal existentes referentes a los planes de igualdad presidirán, como no puede ser de otra forma, este pronunciamiento judicial. Y, de hecho, la doctrina de la [STS 571/2021, de 25 de mayo](#), fue invocada en su favor tanto por la empresa (FJ 1.º 1.2 y 5) cuanto por la sentencia recurrida (FJ 1.º 3) como por el informe de Fiscalía (FJ 1.º 6).

Sin embargo, como bien dice el TS, sin perjuicio de que la doctrina que en esa sentencia se contiene vincule al Alto Tribunal, el supuesto de hecho en este caso es completamente distinto a cuanto se ha resuelto de manera precedente. Fundamentalmente porque, como decía, la situación que se debe resolver por esta sentencia se genera tras la falta de interlocución social por parte de la empresa no obstante haber seguido esta el procedimiento fijado por el [RD 901/2020](#) en defecto de representación de las personas trabajadoras en la empresa.

Con todo, y pese a que la invocada [STS 571/2021, de 25 de mayo](#), aborda una cuestión acontecida en el año 2018 que, obviamente, se solventa con el marco normativo vigente en ese momento, al margen de las modificaciones posteriores, que en este caso resultan determinantes incluso para definir el objeto de la controversia, lo cierto es que la doctrina que fija la [STS 571/2021](#) (siguiendo la previa [STS 832/2018](#), seguida por la [STS 95/2021, de 26 de enero](#)) sí será tomada en consideración por el Alto Tribunal en la resolución de este caso.

Así, hay que entender, con el TS, que la regla general en materia de planes de igualdad es la de la negociación, incluso cuando existan dificultades para pactarlo. Y «solo, de manera muy excepcional (bloqueo negocial reiterado e imputable a la contraparte, negativa a negociar, ausencia de órganos representativos) podría aceptarse que la empresa estableciera un plan de igualdad obviando las referidas exigencias, pero entendido como provisional».

La conjunción de esa doble realidad resulta determinante para la solución del caso. Primero, así, se procede a analizar si las normas aplicables poseen una solución directa o indirecta. Y, tras lo anterior, si concurren en este caso –o no– las excepcionales circunstancias a la que las sentencias del TS, tal y como se ha hecho referencia, han aludido para aceptar un plan de igualdad sin exigencias negociales.

4. Valoración crítica de la sentencia

Pues bien, tras un exhaustivo y brillante análisis interpretativo, la [STS 545/2024](#) concluye que, efectivamente, en el caso que enjuicia concurre la excepcionalidad que puede justificar la no negociación. Y ello por cuanto que, no obstante cumplir con cuanto resulta exigible según la normativa aplicable, lo cierto es que la empresa se encuentra ante una negativa a la inscripción de su plan de igualdad por parte de la Administración laboral por no tener interlocución social con quien poderlo negociar.

Y es que, de hecho, la situación resulta excepcional. Pero además ilógica desde el derecho. Fundamentalmente porque la empresa ha hecho más de lo exigible por la norma para poder constituir una comisión negociadora, que no puede finalmente conformarse por motivos ajenos a su voluntad. Como los sindicatos no contestan a la llamada empresarial, o contestan excusando su presencia en la conformación de una hipotética comisión negociadora, la Administración niega la inscripción del plan por no estar negociado, generando consecuentemente un incumplimiento en la obligación empresarial de implantar un plan de igualdad susceptible de sanción por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no obstante no resultar imputable a la voluntad empresarial.

Todo ello sin olvidar que este exceso de celo por parte de la Administración laboral respecto a los planes de igualdad lo que en última instancia supone es que empresas dispuestas a mejorar sus condiciones laborales desde la perspectiva de la igualdad real de mujeres y hombres, no puedan hacerlo. Dejando a las trabajadoras sin esas medidas garantes de la igualdad real respecto a sus compañeros varones que hubiesen podido disfrutar si el plan finalmente se hubiese implantado.

No considero que este sea el momento de incidir más al respecto, por lo que a efectos de un tratamiento más extenso de la realidad de los planes de igualdad en defecto de representación de las personas trabajadoras tras el [RD 901/2020](#) me remito, para no

reiterarme, a una participación en *El Foro de Labos* que realicé bajo el título «[Los planes de igualdad ¿se ignora la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#)», así como al *Brief* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que firmé con el profesor Alfonso Mellado, y que responde al título de «[Empresas sin representación de las personas trabajadoras, obligación de negociar el Plan de Igualdad y Lógica jurídica](#)».

Pero lo que sí diré es que la solución que da el TS en esta [sentencia](#) resulta ser, a mi parecer, la más ajustada a derecho y la más lógica, también, desde la finalidad de la norma.

Un momento como este, de desbordamiento sindical producido no solo por disminuir el umbral de la obligatoriedad a 50 personas trabajadoras, sino también porque ciertas subvenciones o posibilidades de contratar con la Administración se condicionan a tener un plan de igualdad, lleva a que en numerosos supuestos, como en el que aquí se enjuicia, las organizaciones sindicales llamadas a negociar no contesten o no puedan asumir esa negociación y menos en los plazos legalmente establecidos (10 días para contestar, 3 meses para iniciar negociaciones). Y ese es el problema fundamental, cuando de esa respuesta sindical (esto es, del libre arbitrio de un tercero) se hace depender el cumplimiento de una obligación empresarial.

En efecto, si alguna organización contesta y se negocia, no existen graves problemas, pues incluso ante un desacuerdo en cuanto al contenido, las partes pueden –y deben– acogerse a los medios de solución extrajudicial del respectivo ámbito, incluso en último extremo y ante una negativa a negociar o una situación de bloqueo total imputable a la parte sindical se ha admitido muy excepcionalmente una implantación provisional unilateral por parte de la empresa (SSTS [832/2018, de 13 de septiembre](#), [95/2021, de 26 de enero](#), y [STS 571/2021, de 25 de mayo](#)). Por el contrario, el problema serio es el de este caso, el de determinar qué ocurre si los sindicatos no contestan o no pueden –o no quieren– negociar en un caso particular.

También la sentencia tiene en cuenta, si bien de forma sucinta, cuanto se acaba de apuntar en la referencia a las alegaciones del Abogado del Estado, insistiendo en un hecho concluyente, cual es la diferenciación entre la no obligación empresarial de contar con un convenio de empresa propio, pero sí, de concurrir determinadas circunstancias, con un plan de igualdad propio o, en su caso, del grupo de empresas al que pueda pertenecer.

Todo ello sin ignorar otras dos cuestiones fundamentales: de un lado, la ratificación realizada por el TS al argumento del TSJ de Madrid en el sentido de que la ausencia de acuerdo no debe impedir la inscripción y publicación en el registro del plan por parte de la autoridad laboral. Y, de otro, la imposibilidad de inscribir el plan de forma provisional por cuanto que, como también muy bien subraya la STSJ de Madrid, en el [RD 901/2020](#) no hay distintas clases de inscripción. Y esto explica que, aunque en su día en la demanda se solicitó la inscripción provisional, la inscripción del plan deba ser definitiva. Resulta llamativo que el

TS incida en la cuestión pese a que en el recurso nadie lo plantea expresamente. Pero resulta fundamental que lo haga, porque al abordar expresamente la cuestión advierte que su propia doctrina, cuando en su día planteó el registro provisional –[STS 832/2018, de 3 de septiembre](#), y [STS 571/2021, de 25 de mayo](#)–, lo hizo porque no existía la regulación reglamentaria de referencia, es decir, el [RD 901/2020](#). Sin olvidar que la calificación por el Alto Tribunal «no aludía tanto al factor ontológico cuanto a la convicción de que en cuanto fuera posible, debiera propiciarse la elaboración de un plan de igualdad con una verdadera negociación».

En definitiva, por tanto, y teniendo en cuenta que la [sentencia](#) concluye desestimando el recurso interpuesto por el Ministerio de Trabajo y Economía Social (Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones), representado y defendido por el Abogado del Estado, confirmando y declarando firme la Sentencia núm. 178/2023 dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 24 de febrero, en autos núm. 1360/2022, seguidos a instancia de la mercantil Asseco Spain, SA, contra dicho recurrente, sobre impugnación de actos administrativos, considero importante finalizar este comentario resaltando, como recapitulación de lo expuesto, que si bien en materia de planes de igualdad la regla general sigue siendo la de la negociación con la representación de las personas trabajadoras, no solo por ser lo más deseable desde la paz social, sino porque es lo que exige la [LO 3/2007](#) y el [RD 901/2020](#), en defecto de representación, el reiterado silencio o la reiterada negativa de los sindicatos más representativos llamados a constituir la comisión negociadora del plan de igualdad, no impedirá que la empresa, de manera excepcional, pueda implantar unilateralmente el plan de igualdad, quedando obligada la correspondiente Administración laboral a proceder a su inscripción y publicación pese a la ausencia de acuerdo.

Debe resaltarse la enorme importancia de este pronunciamiento en Pleno del TS. No solo por la extraordinaria labor del magistrado ponente, sino además por lo lógico que resulta ser el fallo desde la normativa aplicable, dando la mejor solución a un bloqueo negocial que puede producirse más veces de las deseables. Sin ignorar en modo alguno que la comentada es, seguramente, la solución más favorable para la igualdad real de mujeres y hombres en la empresa en casos tan excepcionales como el del supuesto de hecho referido en la sentencia.

Incompatibilidad entre una pensión de gran invalidez y un trabajo que permite la obtención regular de rentas

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 544/2024, de 11 de abril**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Extracto

El Tribunal Supremo, rectificando doctrina anterior, considera que los trabajos compatibles con la percepción de una pensión de gran invalidez son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieren alta ni cotización a la Seguridad Social; es decir, los residuales, mínimos y limitados y, en manera alguna, aquellos que constituyen los propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social.

Palabras clave: incapacidad permanente absoluta; gran invalidez; trabajo por cuenta ajena; pensión de Seguridad Social; compatibilidad; trabajo marginal; trabajo esporádico.

Recibido: 23-08-2024 / Aceptado: 25-08-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Rodríguez Escanciano, S. (2024). Incompatibilidad entre una pensión de gran invalidez y un trabajo que permite la obtención regular de rentas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 544/2024, de 11 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 174-184. <https://doi.org/10.51302/rss.2024.23567>

Incompatibility between a severe disability pension and work that allows for a regular income

Commentary on Supreme Court Ruling 544/2024,
of 11 April

Susana Rodríguez Escanciano

Professor of Labour and Social Security Law.

University of León (Spain)

srode@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Abstract

The Supreme Court, changing previous doctrine, believes that the jobs compatible with the receipt of a severe disability pension are those of marginal character and of little importance that do not require registration or Social Security contributions; that is, residual, minimal and limited jobs and, in no way, those that represent the jobs that have been performed habitually or any others that allow the obtaining of regular income and that give rise to their inclusion in a Social Security system.

Keywords: absolute permanent disability; severe disability; work for employees; Social Insurance Pension; compatibility; marginal work; casual labour.

Received: 23-08-2024 / Accepted: 25-08-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Rodríguez Escanciano, S. (2024). Incompatibility between a severe disability pension and work that allows for a regular income. Commentary on Supreme Court Ruling 544/2024, of 11 April. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 174-184. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.23567>

1. Marco normativo

Con carácter general, el principio de compatibilidad ha marcado las relaciones entre la realización de un trabajo y la percepción de una pensión de Seguridad Social por incapacidad permanente absoluta (IPA) o gran invalidez (GI), aunque se cobre una prestación vitalicia equivalente al 100 % de la correspondiente base reguladora (en el caso de la IPA), o bien dicha cuantía más un complemento (si se trata de una GI). En este sentido, el [artículo 198.2 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), al igual que el anterior [artículo 141.2 de la LGSS de 1994](#), prevé que:

Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

A la luz de este tenor literal, los tribunales han tratado de aclarar las dudas surgidas en relación con la siguiente cuestión: qué tipo de actividades laborales, por cuenta propia o ajena, puede desarrollar la persona pensionista, por cuanto, conforme a la legislación de Seguridad Social, las lesiones o reducciones que padece le impiden desempeñar tanto su profesión habitual como cualquier otra profesión (en el caso de la IPA), o bien requiere la ayuda de otra persona para el desarrollo de las tareas más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse u otras análogas (en el supuesto de la GI).

La resolución de este interrogante ha contado con criterios jurisprudenciales cambiantes a lo largo de los últimos años, pudiendo destacar tres fases sucesivas desde el punto de vista cronológico:

1. En una primera etapa, el Tribunal Supremo (TS) consideró que las actividades laborales o profesionales que la persona pensionista podía desarrollar deberían tener un carácter marginal o residual, desde una perspectiva temporal y/o económica, esto es, que no fuesen constitutivas de su medio fundamental de vida. Se imponía así una tesis restrictiva que consideraba incompatible la percepción de pensiones que, por definición, compensan la ausencia total de capacidad para trabajar con ocupaciones que exigían el mantenimiento de un determinado nivel de concentración, de esfuerzo, de rendimiento, etc. Para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal tomó en consideración los principios generales que inspiran la legislación de la Seguridad Social, la propia realidad social a la que se

refiere el [artículo 3.1 del Código Civil](#) y la doctrina previa de la Sala de lo Social que venía reconociendo que:

[...] la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, [de manera que] el resultado de una interpretación distinta conduciría a un resultado [...] de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo (SSTS de 20 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1989).

Por tanto, no se negaba el desarrollo de tales actividades laborales –que tendrían, sin duda, un efecto beneficioso y fundamento en los arts. 35 y 49 de la Constitución española–, pero tal posibilidad tenía un carácter limitado a quehaceres esporádicos o marginales. En cualquier caso, el desempeño de tales tareas debía comunicarse a la entidad gestora que podía suspender el pago de la pensión, proceder a la revisión del grado de invalidez y, en su caso, obligar a reintegrar el montante indebidamente percibido, si consideraba que se trataba de actividades que superaban los contornos de tareas ocasionales.

2. En un segundo momento, esa tesis judicial varió totalmente a partir de la Sentencia del TS (STS) de 30 de enero de 2008, pasando precisamente a defender la solución contraria, esto es, una consideración muy amplia y favorable de las actividades laborales o profesionales compatibles con la percepción de una pensión por IPA o GI. Esta argumentación extensiva encontró apoyo en cuatro razones fundamentales: a) el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en una situación de IPA o GI; b) no existe ninguna disposición legal que se refiera a que las actividades desarrolladas por la persona pensionista por IPA o GI deban ser superfluas, accidentales o esporádicas; c) lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas –la de la pensión y la del trabajo–, sino la relación entre el trabajo y el estado de la persona incapacitada, de forma que lo que se prohíbe es el ejercicio de aquellas actividades que no sean compatibles –en el sentido de inadecuadas o perjudiciales– con el estado –no con la pensión– de la persona beneficiaria; d) la opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición a la persona trabajadora declarada como incapacitada permanente total (legalmente apta para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarada inválida) que a la persona declarada incapacitada permanente absoluta o gran inválida (a la que se le negaría toda actividad –e ingresos– extramuros de la marginalidad).

Esta teoría ha sido seguida por múltiples pronunciamientos judiciales –entre otros, SSTS de [23 de abril de 2009 \(rec. 2512/2008\)](#), de [1 de diciembre de 2009 \(rec. 1674/2008\)](#), de [19 de marzo de 2013 \(rec. 2022/2012\)](#), de [16 de octubre de 2013 \(rec. 907/2012\)](#), de [25 de abril de 2018 \(rec. 2322/2016\)](#) y de [20 de marzo de 2019 \(rec. 2648/2017\)](#)–, en virtud de los cuales se ha entendido plenamente compatible una pensión por IPA o GI con un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo o parcial, con el único límite de que la actividad desarrollada no fuera perjudicial o inadecuada para el estado de la persona incapacitada, de manera que el desarrollo por la persona pensionista de actividades no perjudiciales daría

lugar, no a una incompatibilidad con la pensión, sino a una posible revisión por mejoría o por error de diagnóstico. Además, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) no podía proceder a suspender el abono de la pensión por el hecho de que la persona pensionista de GI o IPA desarrollara actividades retribuidas y a tiempo completo.

Es más, aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma expresa sobre los contornos del derecho al trabajo de las personas incapaces permanentes absolutas y grandes inválidas, en alguna ocasión ha manifestado su recelo a que puedan desarrollar cualquier actividad laboral. Buena muestra de tal consideración puede encontrarse en la [Sentencia 205/2011, de 15 de diciembre](#), que califica de singularidad «la situación de una persona que compatibiliza el trabajo por cuenta propia o ajena con la percepción de una pensión pública que tiene como finalidad esencial la cobertura económica de situaciones de disminución o anulación de la capacidad laboral».

3. Recientemente, a partir de la [Sentencia de 11 de abril de 2024](#), objeto del presente comentario, el TS rectifica la doctrina inmediatamente anterior para retomar la primera postura mucho menos permisiva, entendiendo ahora incompatible la percepción de una pensión de GI (esto es, destinada, conforme al [art. 194.6 LGSS](#), a atender «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos») con un trabajo que se venía realizando habitualmente o que permita la obtención regular de rentas.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

El conflicto planteado en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina radica en determinar si el reconocimiento de una pensión de GI a un trabajador de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) es compatible con la continuación de su actividad laboral como vendedor de cupones en dicha organización.

El relato fáctico puede resumirse en los siguientes episodios: 1) el actor tenía reconocida una IPT para la profesión habitual de peón agrícola por la pérdida de visión; 2) en enero de 2017 comenzó a prestar servicios para la ONCE como vendedor de cupones; 3) en enero de 2018 pidió la revisión del grado de invalidez que le fue denegada por resolución de la entidad gestora, por lo que planteó demanda judicial recayendo sentencia de instancia que le reconoció la situación de GI; 4) el INSS notificó al beneficiario que no procedería a abonarle dicha pensión de GI hasta que dejara de prestar servicios en la ONCE; 5) el afectado solicitó la ejecución de la sentencia, recayendo Auto de 19 de noviembre de 2020, que estimó tal pretensión ejecutiva y condenó al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social a abonar la pensión de GI correspondiente al periodo de 24 de abril de 2018 al 7 de noviembre de 2019; 6) dicho auto fue recurrido en reposición, siendo confirmado

por otro de 4 de diciembre de 2020; 7) con posterioridad, el demandante recurre la sentencia de suplicación de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 26 de octubre de 2022 (rec. 340/2021), que estimó la impugnación del INSS declarando que la pensión de GI era incompatible con las rentas derivadas del trabajo, ya que la función de aquella es sustituir la falta de estas, concluyendo que no ha lugar a despachar la ejecución solicitada; 8) el trabajador recurre este último pronunciamiento judicial en casación para la unificación de la doctrina.

Como fundamento del recurso de casación, la parte demandante señala la infracción del [artículo 198.2 de la LGSS](#), aportando como sentencia de contraste un pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de enero de 2022 (rec. 1152/2001), que declara la compatibilidad de la prestación de IPA con la actividad del demandante como vendedor de cupones de la ONCE, desestimando en este caso el recurso formulado por el INSS.

Entiende el TS que concurre la contradicción en los términos exigidos por el [artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social, pues los supuestos son sustancialmente iguales, a saber: 1) en ambos casos se reconoce al actor una incapacidad permanente, en grado de absoluta en la referencial y de GI en la recurrida, ambas reguladas de forma conjunta en el actual [artículo 198.2 de la LGSS](#) (anterior [art. 141.2 LGSS de 1994](#) con idéntico tenor literal); 2) se trata de decidir su posible concomitancia sobrevenida con la actividad del beneficiario como vendedor de cupones en la ONCE; 3) las sentencias llegan a fallos distintos, de manera que la recurrida declara la incompatibilidad, mientras que la de contraste decide lo contrario.

3. Aspectos clave determinantes del fallo

El TS en la presente [Sentencia de 11 de abril de 2024](#) interpreta lo dispuesto en el [artículo 198.2 de la LGSS](#) de manera restrictiva, entendiendo que:

[...] los trabajos compatibles con las prestaciones de [...] incapacidad permanente absoluta y gran invalidez [...] son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir, los residuales, mínimos y limitados y, en manera alguna, los que constituyen los propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que [...] den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social.

Por ende, el Alto Tribunal considera que «la doctrina ajustada a derecho es la mantenida en la sentencia recurrida, al considerar incompatible la pensión por GI con el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral (en los presentes autos: trabajo en la ONCE)».

Tal parecer taxativo por el que apuesta la [sentencia comentada](#), modificando el criterio jurisprudencial anterior, viene avalado por los siguientes argumentos recogidos en el fundamento jurídico tercero:

1. Una interpretación literal del [artículo 198.2 de la LGSS](#), que se refiere a la posible concomitancia entre la pensión de IPA o de GI con «aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión». Resulta claro que este tenor, referido a «actividades compatibles» y «no trabajos», está aludiendo a labores o tareas marginales y limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

2. Una interpretación sistemática atendiendo a los tres extremos siguientes. En primer lugar, a la definición de las situaciones de IPA y de GI conforme a lo previsto en el [artículo 194 de la LGSS](#), que califica a la primera como la inhabilitación completa de la persona trabajadora para toda profesión u oficio y a la segunda como aquella padecida por quien no solo estuviera afecto de incapacidad permanente, sino que, como consecuencia de las pérdidas anatómicas o funcionales padecidas, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Bajo tal premisa, considera el Alto Tribunal que resulta difícil imaginar que, por un lado, la norma califique la IPA como situación que inhabilita por «completo» al trabajador para «toda» profesión u oficio; y que, por otro, esté permitiendo la simultaneidad con actividades que, según la definición anterior, no podría realizar.

En segundo término, el [artículo 198.1 de la LGSS](#) hace referencia a la compatibilidad de la incapacidad permanente total (IPT) (que inhabilita para la profesión u oficio anteriormente desarrollado) con la percepción del «salario» por la realización de funciones no coincidentes con las que provocaron la incapacidad. Sin embargo, el párrafo segundo de este mismo precepto no se refiere en ningún momento al salario, sino a actividades que «sean o no lucrativas».

En tercer lugar, el [apartado 3 del artículo 198 de la LGSS](#) reitera, para después de la jubilación, la previsión del mencionado apartado 2 respecto de la IPA y la GI antes de producirse el retiro, pues tales situaciones «serán incompatibles con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social».

La lógica de esta secuencia solo puede conducir, en palabras del TS:

[...] a que la recta hermenéutica de las actividades compatibles únicamente pueda referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

3. Una interpretación finalista, pues el objetivo último:

[...] de todas las prestaciones que componen en cada momento el sistema de Seguridad Social es subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos o, más concretamente, de los afiliados al sistema, en tanto que la Seguridad Social es un régimen jurídico de protección social formado, entre otras ayudas o servicios, por prestaciones públicas que tratan de colocar a los ciudadanos a salvo de las situaciones de necesidad social a las que la vida les puede enfrentar.

Así, cabe recordar que el sistema español se financia con aportaciones de personas empresarias y trabajadoras (cotizaciones) y, también, con importantes transferencias de los presupuestos generales del Estado. Contando con tales partidas, siempre limitadas ante las múltiples necesidades a las que atender, «el sistema, de conformidad con sus principios inspiradores y con las normas de aplicación, establece el régimen jurídico de cada prestación que incluye tanto la protección a otorgar como su régimen de compatibilidades». Como no podía ser de otra manera, tal entramado normativo debe ser interpretado «en función del diseño constitucional y legal del sistema y conforme a los principios de suficiencia de las prestaciones y equilibrio financiero».

4. Una interpretación específica sobre el ámbito de cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente, que:

[...] tratan de sustituir la sobrevenida carencia de rentas del trabajo debida a la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de trabajar que se produce como consecuencia de la situación incapacitante sufrida por el trabajador. Ello implica que, si no existe esa pérdida de rentas del trabajo porque la situación incapacitante no implicara la imposibilidad de obtener las mismas, la prestación no nace porque no concurriría la situación de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos para la acumulación de ingresos que permitan atender dicha situación de necesidad.

Recogiendo la doctrina vertida en pronunciamientos previos, el Alto Tribunal recuerda que:

[...] el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones de incapacidad permanente –por definición– tiene por principio básico la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma actividad para la que se proclama la incapacidad, pues no hay que olvidar que la pensión de incapacidad permanente se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la actividad profesional del trabajador, por lo que entre este y aquella existe una incompatibilidad esencial, [...] [de suerte que] la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo

que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva del empleo que desempeñaba [...] [esto es] una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la actividad laboral [SSTS de [26 de abril de 2017 \(rec. 3050/2015\)](#) y de 23 de septiembre de 2020 (rec. 2800/2018)].

5. Una interpretación a contrario, pues admitir la compatibilidad en los términos en los que lo hacía la jurisprudencia anterior a la actual [Sentencia de 11 de abril de 2024](#), que expresamente se rectifica, implicaba, en muchas ocasiones, «la ocupación de un empleo que podría haber sido ocupado por un trabajador desempleado que percibía prestación pública de desempleo y que sí resultaba –y resulta– incompatible con ese nuevo empleo», de forma que:

[...] el beneficiario seguía percibiendo rentas del trabajo, mientras que la Seguridad Social abonaba dos prestaciones: una, de incapacidad al propio beneficiario; y otra, de desempleo, al trabajador que no percibía rentas de trabajo por carecer de empleo y que podría haber accedido a las rentas de trabajo derivadas del empleo que ocupaba el beneficiario de la prestación de incapacidad. [Tal realidad resulta contraria] a la lógica y a la sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social; y, también, al principio de solidaridad que impregna e informa la concepción constitucional y legal de la Seguridad Social, en la medida en que una misma persona –imposibilitada normativamente para el ejercicio de toda profesión u oficio– compatibiliza una pensión pública con rentas derivadas del trabajo que desarrolla.

6. Una interpretación atinente a la realidad, pues:

Si en las actuales circunstancias sociales las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían.

7. Una interpretación *ad futurum*, no en vano:

[...] el sistema de protección social, en general, y las políticas de asistencia social, en particular, poseen y deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción sociolaboral de las personas con discapacidades para el trabajo, a través de programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales,

sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos, incluidos en el ámbito de la Seguridad Social que permiten la obtención regular de rentas derivadas del trabajo.

4. Valoración crítica

La duda sobre las posibles actividades o trabajos que no impiden el devengo de una pensión por GI, es decir, destinada a atender «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos», ha sido resuelta por el TS en [Sentencia de 11 de abril de 2024](#), que rectifica la doctrina anterior para retomar la restrictiva postura primigenia, en virtud de la cual:

[...] los trabajos compatibles con las prestaciones de [...] incapacidad permanente absoluta y gran invalidez [...] son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir, los residuales, mínimos y limitados y, en manera alguna, los que constituyen los propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que [...] den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social.

La respuesta al interrogante planteado y la conclusión alcanzada no es, sin embargo, sencilla, y así lo ha demostrado una jurisprudencia cambiante, pues, por un lado, la legislación de Seguridad Social solo permite que se declare la existencia de una IPA o de una GI cuando la persona trabajadora no esté en condiciones de realizar actividad profesional alguna, y, por otro, permite que esas personas pensionistas lleven a cabo las actividades productivas compatibles con su estado.

En este marco de incertidumbre, cabe recordar que, de conformidad con el [artículo 198 de la LGSS](#), son tres las condiciones legales que determinan la posibilidad de trabajar de una persona gran inválida (o incapacitada permanente absoluta): 1) que las actividades sean compatibles con su estado; 2) que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión; 3) que no haya cumplido la edad de acceso a la jubilación, pues en ese supuesto se le aplicarán las reglas específicas sobre compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, pues el párrafo tercero de este precepto señala que el disfrute de la pensión de GI (o IPA) a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación:

[...] será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.

Ahora bien, mantener la concomitancia plena y sin modulación alguna más allá de las tres referencias anteriores distorsionaría la lógica de un sistema de protección que se fundamenta en el abono de prestaciones económicas sustitutivas de las rentas de activo. Entender, por el contrario, que el disfrute de la prestación no puede simultanearse con la percepción del salario podría contradecir el tenor literal del [artículo 198.2 de la LGSS](#) que no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo, al tiempo que podría provocar un desincentivo a la inserción laboral de las personas con discapacidad atendiendo a la equiparación formulada por el [artículo 4.2 de la Ley general de derechos de personas con discapacidad y su inclusión social](#), en virtud del cual «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez».

Se contraponen, por tanto, derechos y bienes jurídicos difícilmente conciliables: por una parte, el derecho al trabajo de toda persona como derecho social por excelencia que cobra especial relevancia cuando se trata de colectivos vulnerables tal y como sucede con las personas que sufren afectaciones anatómicas, mentales o funcionales; y, por otra, el reconocimiento de una pensión sobre la base de una patología invalidante que no ha variado y que, por tanto, no admite revisión.

Tales consideraciones enfrentadas aconsejan llevar a cabo una reforma de lo previsto en el [artículo 198.2 de la LGSS](#), con el objetivo de clarificar y concretar el grado de compatibilidad que resulta admisible. Así, de desarrollar la persona pensionista por GI (o IPA) una actividad meramente marginal, que no implicara, por su propia naturaleza, el alta en cualquier régimen de la Seguridad Social, aun cuando tuviera carácter lucrativo, tal quehacer resultaría compatible con la percepción total de la pensión. En cambio, llevar a cabo un trabajo ordinario por parte de una persona pensionista por GI (o IPA), compatible con su estado, debería tener como consecuencia inevitable una reducción del importe de la prestación que viniera percibiendo (en una cuantía equivalente a la de la pensión de IPT), en el bien entendido sentido de que esa minoración porcentual solo se mantendría durante el tiempo en el que la persona pensionista desempeñase una actividad laboral o profesional, recuperándose el montante íntegro, con las consiguientes revalorizaciones, una vez se cesase en aquella actividad.

La ampliación del permiso de maternidad para familias monoparentales como medida de conciliación de la vida familiar y la vida profesional: ¿caso cerrado?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22)**

Arturo Montesdeoca Suárez

*Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)*
arturo.montesdeoca@ulpgc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1519-4923>

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22) ha dado respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla sobre la ampliación del permiso de maternidad a la madre biológica que conforma una familia monoparental. En concreto, respecto a la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, en relación con el considerando 37 y su conformidad con los artículos 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y 177 a 179 de la Ley general de la Seguridad Social.

Palabras clave: maternidad; ampliación del permiso; monoparental; discriminación; perspectiva de género; familia biparental; conciliación de la vida laboral y familiar; cuidados.

Recibido: 11-07-2024 / Aceptado: 11-07-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Montesdeoca Suárez, A. (2024). La ampliación del permiso de maternidad para familias monoparentales como medida de conciliación de la vida familiar y la vida profesional: ¿caso cerrado? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de mayo de 2024 (asunto C-673/22). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 185-192. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22465>

The extension of maternity leave for single-parent families as a measure to reconcile family life and professional life: case closed?

Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 16 May 2024 (case C-673/22)

Arturo Montesdeoca Suárez

Lecturer in Labour Law and Social Security Law.

University of Las Palmas de Gran Canaria (Spain)

arturo.montesdeoca@ulpgc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1519-4923>

Abstract

The Court of Justice of the European Union in its Ruling of May 16, 2024 (case C-673/22) has responded to the request for a preliminary ruling filed by the Social Court N.º 1 of Seville regarding the extension of maternity leave for biological mothers in single-parent families. Specifically, this concerns the interpretation of article 5 of Directive 2019/1158, in relation to Recital 37, and its compliance with article 48.4 of the Workers' Statute and articles 177 to 179 of the General Social Security Law.

Keywords: maternity; extension of permission; single parent; discrimination; gender perspective; biparental family; conciliation of work and family life; care.

Received: 11-07-2024 / Accepted: 11-07-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Montesdeoca Suárez, A. (2024). The extension of maternity leave for single-parent families as a measure to reconcile family life and professional life: case closed? Commentary to the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 16 May 2024 (case C-673/22). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 185-192. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22465>

1. Un avance previo sobre la ampliación del permiso de maternidad en familias monoparentales: la división de la doctrina judicial

La posibilidad de acumular en una única persona (progenitor o progenitora) que conforma una familia monoparental los periodos de descanso atribuidos a la otra persona (progenitor o progenitora no existente) ha generado un profundo, riguroso e interesante debate tanto en el ámbito jurisdiccional como en el doctrinal ([Andrade Santana, 2023](#)).

A este respecto, puede señalarse un conjunto de pronunciamientos judiciales –existen muchos más– que se han posicionado a favor de la ampliación del permiso sobre la interpretación del marco jurídico integrado por los artículos 2, 3, 18 y 19 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#); artículos 2 y 3.2 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#); artículos 21 y 23 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#); artículos 9.2 y 14 de la Constitución española (CE)¹. Siendo común la controversia jurídica que afrontan, no lo es la eventual solución que plantean al poder diferenciar dos grandes corrientes interpretativas: aquellas que reconocen la acumulación total del permiso (16 semanas), frente a los reconocimientos de una parte (10 semanas), por una interpretación teleológica y finalista del permiso en las primeras semanas del parto y las siguientes.

De otro lado, existe también un conjunto de pronunciamientos que se han posicionado férreamente a favor de la desestimación de la ampliación del permiso a este colectivo de familias monoparentales². Entre las razones, puede señalarse *grosso modo*, dos argumentos como estima la [STSJ de Madrid 552/2022, de 29 de septiembre](#).

Por un lado, por la condición de familia monoparental: el criterio seguido por el poder legislativo ha sido considerar un único y clásico modelo de familias sin distinción, lejos de tratarse de «un olvido [...] [es] una decisión deliberada» ([Aragón Gómez, 2023, p. 7](#)). En el caso de preverse otros tipos o modelos e incumplir los mandatos legislativos podría incurrirse en una «causa ilícita de discriminación». Sin embargo, en estos momentos, una cuestión cierta y no debatida es que la desigualdad se encuentra patente en la situación social del colectivo y no en la ley. Por tales razones, la raíz del problema radica en una «indiferenciación» que no es lo mismo que diferenciación legal.

¹ Entre otros ejemplos, interesa destacar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) del País Vasco 608/2022, de 24 de marzo, de Galicia 2173/2022, de 9 de mayo, de Castilla y León 361/2022, de 24 de mayo, de Cataluña 6389/2022, de 29 de noviembre, así como la propia STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre, que ha llegado en casación a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

² Pueden señalarse las SSTSJ de Asturias 48/2022, de 25 de enero, de la Comunidad Valenciana 3020/2021, de 19 de octubre, de Galicia 639/2022, de 9 de febrero, de Madrid 629/2022, de 22 de junio, de Navarra 163/2022, de 11 de mayo, y de Canarias/Las Palmas 105/2023, de 24 de enero.

No obstante, la [STSJ de Madrid 552/2022, de 29 de septiembre](#), concreta que una cuestión distinta es el mandato previsto en el [artículo 9.2 de la CE](#) por el cual los poderes públicos podrían dispensar un trato diferenciado a ciertos colectivos –las familias monoparentales– promoviendo las actuaciones que fueran necesarias y removiendo aquellos obstáculos que dificulten su plena integración social. Sin embargo, en tanto en cuanto no se adopte dicha previsión, no es posible invocar un trato desigual favorable en virtud el [artículo 14 de la CE](#).

Por otro lado, por razón de género: tomando en consideración el supuesto de hecho (la familia monoparental) y partiendo de una situación neutra, ya que puede afectar tanto a varones como a mujeres, pese a que afecta mayoritariamente a estas últimas, la ley no prevé nada al respecto. Por lo que entiendo que bien podría justificarse «la discriminación por indiferenciación», ante una situación a la que se ofrece objetivamente el mismo trato (la no acumulación del periodo de descanso atribuido a la otra persona progenitora tal y como sucede en otros supuestos prácticos posibles). Así, la cuestión controvertida ha pivotado sobre la previsión del [artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) de un modelo familiar clásico y arraigado (personas de distinto sexo), sin consideración, por el contrario, de una estructura familiar monoparental que ha crecido exponencialmente en los últimos años. Puntualizando, además, que el mayor porcentaje de este tipo de familias está liderado por mujeres (80%)³. Una circunstancia, la elección del modelo familiar monoparental, que podría provocar un mayor índice de vulnerabilidad al aflorar, nuevamente, mayores dificultades de conciliación de la vida laboral y familiar. Unos datos que, analizados de forma conjunta con la interpretación del ordenamiento jurídico interno, artículos [177-179](#) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) en relación con el [artículo 48.4 del ET](#), permiten evidenciar una falta de tutela expresa ex [artículo 39 de la CE](#).

Sin embargo, la contradicción de las salas de lo social ha sido solventada por la respuesta tajante en la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [169/2023, de 2 de marzo](#), siendo tan discutida como debatida por un amplio sector doctrinal laboralista. El Tribunal Supremo (TS) ha concluido, resumidamente, que no es posible la acumulación en una única persona progenitora, que integra una familia monoparental, de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido a la otra, de existir, puesto que no existe ninguna previsión al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Y, acabado el recorrido judicial en nuestro país, el objeto de análisis radica, precisamente, en el planteamiento por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla de dos cuestiones prejudiciales a las que ha dado respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su [Sentencia de 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22](#).

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

En cuanto a los hechos probados, la demandante, trabajadora por cuenta ajena y afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, dio a luz a su hijo el 5 de noviembre de 2021, constituyendo una familia monoparental. El Instituto Nacional de la Seguridad Social

³ [121/000011 Proyecto de Ley de Familias. Publicado en el BOCG el 8 de marzo de 2024. Núm. 11-1.](#)

(INSS) le concedió la prestación por maternidad con una duración que abarcaría entre el 5 de noviembre de 2021 y el 24 de febrero de 2022. No obstante, el 22 de febrero de 2022 la demandante solicitó al INSS la ampliación del permiso con una duración de 16 semanas adicionales por su condición de familia monoparental. Ante tal solicitud, el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), concluyeron negativamente para sus intereses, en virtud del [artículo 177 de la LGSS](#); por un lado, en cuanto a las familias biparentales, el reconocimiento del derecho a un permiso parental no es automático ya que deben cumplirse, a título individual, los requisitos legales para su reconocimiento. Por otro, en las familias monoparentales, la concesión a la progenitora biológica de la ampliación del permiso parental por obra de la acumulación que podrían disponer las personas progenitoras en una familia biparental podría suponer una discriminación de dichas familias ya que no opera la automaticidad alegada.

Ante esta negativa, la demandante acudió a la jurisdicción social y presentó demanda contra el INSS y la TSGS ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla, que plantea las cuestiones prejudiciales objeto de estudio. A este respecto, dicho juzgado se plantea si, tomando en consideración el artículo 5 de la [Directiva 2019/1158](#) en relación con el considerando 37 de esta, se permite la adaptación del acceso al permiso parental y sus modalidades a las necesidades específicas de progenitor y progenitora. Además, si de conformidad con el derecho de la Unión aplicable a los Estados miembros se incluye la obligación de configurar, en relación con la conciliación de la vida familiar y profesional, un marco legal ajustado a las necesidades de las familias monoparentales.

De este modo, y en cuanto a la primera cuestión prejudicial, se plantea lo siguiente:

Si la omisión por el legislador español en el art. 48.[4] del [Estatuto de los Trabajadores] y en los arts. 177, 178 y 179 [de la LGSS] de una normativa que implique una valoración de las necesidades específicas de la familia monoparental, en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar con repercusión en el periodo de prestación de cuidados al hijo/a recién nacido/a, en comparación con el menor nacido en una familia biparental en la que los dos progenitores tienen una expectativa de acceso al descanso retribuido, en el caso de reunir ambos las condiciones de acceso a la prestación de la Seguridad Social, es respetuosa con la Directiva, que impone una particular valoración, entre otras, del nacimiento del hijo/a en el seno de una familia monoparental, en orden a determinar las condiciones de acceso al permiso parental y las modalidades detalladas del mismo.

Por otro, y en cuanto a la segunda se pregunta:

Si los requisitos del disfrute del descanso laboral por nacimiento de un hijo/a, las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social y el régimen de disfrute del permiso parental y, en particular, la posible ampliación de la duración del mismo por ausencia de otro/a progenitor/a distinto/a de la madre biológica que dispense cuidados al menor, deben interpretarse, ante la ausencia de específica previsión normativa por el legislador español, de una forma flexible bajo el amparo de la norma comunitaria.

3. Aspectos clave determinantes del fallo

En cuanto a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, el TJUE es muy clarificador y deja constancia de ello en la [sentencia comentada](#), sobre las responsabilidades que asume el juzgado nacional; la necesidad de una decisión prejudicial como la pertinencia de las cuestiones que plantea ex artículo 94 del [Reglamento de Procedimiento del TJUE](#). A este respecto, en el análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE se pueden diferenciar dos vías por las que se fundamenta su decisión.

La primera, en la valoración sobre la necesidad (*ratione materiae*) del artículo 5 de la [Directiva 2019/1158](#). Sobre esta cuestión, el TJUE señala que existe una falta de conexión entre el supuesto de hecho planteado por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla (ampliación del permiso de maternidad) y la interpretación del artículo 5 de la [Directiva 2019/1158](#), así como la relación con la normativa nacional referida al permiso de maternidad o paternidad. Por tales razones, se solicitó al Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla que aclararse el supuesto de hecho del litigio principal y, en virtud de ello, el papel y la naturaleza de la intervención del INSS, así como que razonara el porqué de la interpretación del citado artículo 5 de la [Directiva 2019/1158](#).

Ante la respuesta del Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla, el TJUE vuelve nuevamente a subrayar que no se ha dado respuesta por el juzgado nacional sobre la relación entre el litigio principal y la interpretación del artículo 5 de la [Directiva 2019/1158](#). Todo ello, reconociendo que:

No desvirtúan esta conclusión las similitudes alegadas entre el permiso parental y el permiso de maternidad ni el riesgo de que se realice una aplicación estricta de la normativa española que pudiera no tener en cuenta la situación particular de las familias monoparentales.

Por tales motivos, el TJUE considera innecesaria la interpretación de esta norma para que el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla pueda resolver el litigio en origen planteado.

La segunda cuestión y sobre la oportunidad (*ratione temporis*) de la [Directiva 2019/1158](#), en concreto ex artículo 20.1, el TJUE remarca que la solicitud de ampliación del permiso de maternidad precede al propio límite de trasposición por los Estados miembros. En pocas palabras, no procede interpretar las disposiciones de la [Directiva 2019/1158](#) puesto que no se había efectuado la trasposición al derecho nacional español en las fechas del supuesto de hecho que conforma el litigio principal.

En definitiva, y por cuestiones procesales, el TJUE concluye que:

[...] las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita no son aplicables ni *ratione materiae* ni *ratione temporis* a las circunstancias del litigio principal y, por tanto, que las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto tienen carácter hipotético.

Por lo que es más que evidente que la respuesta nos devuelve a la casilla de partida en la controversia jurídica planteada.

4. Un apunte final a la controversia jurídica planteada

La respuesta emitida por el TJUE ha resultado insatisfactoria por el alcance que podrían haber tenido sus consecuencias para el colectivo afectado, es decir, las familias monoparentales. Pese a ello, igualmente puede llevarse a cabo una valoración conjunta y crítica del itinerario jurisprudencial abordado.

Desde una primera perspectiva, el incorrecto planteamiento de las cuestiones prejudiciales por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla ha provocado que el TJUE no pudiera pronunciarse ex artículo 94 del [Reglamento de Funcionamiento](#). Por tales motivos, no se ha conocido una de las posibles respuestas, es decir, un llamamiento al poder legislativo español a modo de *lege ferenda* para adoptar una previsión específica para las familias monoparentales en el sistema de protección social o, en su caso, mantener el criterio actual tal y como ha asentado la [STS 169/2023, de 2 de marzo](#).

De otra, y en referencia a la [STS 169/2023, de 2 de marzo](#), puede compartirse el criterio referente a la línea divisoria de nuestro sistema constitucional sobre la función legislativa y función interpretativa, es decir, a la imposibilidad de atribuirse y ejercer una función subsidiaria (la legislativa) por los tribunales frente al mutismo del poder legislativo. Una actuación que conllevaría resultados poco deseados, es decir, quebrantar y sobrepasar la función interpretativa, máxime en este tipo de situaciones, cuando se puede llegar a alterar el equilibrio económico-financiero del conjunto del sistema contributivo de protección social ex artículos 41 y 50 de la CE ([Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1993, de 31 de mayo](#)).

Sin embargo, mayores dudas despierta que la propia Sala Cuarta no haya adoptado una decisión distinta, basada en una interpretación integradora de las normas laborales y de Seguridad Social, como ha hecho en ocasiones anteriores tal y como se expone acertadamente el voto particular de la sentencia. Del mismo modo, respecto a la perspectiva de género, una herramienta aceptada, aplicada y con amplio reconocimiento en la práctica judicial que actúa como «un método de impartición de justicia equitativa a través del derecho con dos finalidades sustanciales: franquear los estereotipos en las actuaciones judiciales y detectar las asimetrías de género del ordenamiento jurídico» ([Poyatos Matas, 2022, p. 364](#)).

Una actuación, por ende, que nos despierta dudas evidentes y razonables sobre por qué ahora no y antes sí, cuando lo previsible era seguir la misma línea que en los casos anteriores adoptando una posición rígida y estricta en la «interpretación y aplicación del derecho». Sobre lo anterior, y en la búsqueda de las respuestas posibles, resulta factible señalar –como han identificado voces *iuslaboralistas* muy solventes– si la tesis del TS se corresponde con alguno de los siguientes titulares: «¿miedo escénico o precaución jurídica en el TS?» ([Rojo Torrecilla, 2023](#)) o «la extralimitación de funciones judiciales» ([Beltrán de Heredia Ruiz, 2023](#)).

No obstante, también es posible examinar otra posición, quizás poco explorada y ensombrecida. En pocas palabras, porque el debate se ha focalizado en ampliar o no el permiso, es decir, en el reconocimiento y no en las consecuencias que pudiera generar para la maternidad en la práctica. A este respecto, un sector doctrinal, pese a reconocer que pudiera darse respuesta legislativa a esta situación jurídica con la ampliación del permiso por nacimiento a las familias monoparentales, manifiesta que esta opción no es la solución práctica esperada a fin de corregir la problemática examinada. Así, se comparte como un argumento sólido que el resultado que pudiera provocar en la práctica la ampliación del permiso sería contraproducente, es decir, en tanto en cuanto existen riesgos implícitos de «penalización laboral» en el desarrollo profesional de las familias monoparentales, puntualizando aquellas encabezadas por mujeres (Blasco Jover, 2020, p. 142). Por tales motivos, en estos momentos sería interesante reorientar el debate a las repercusiones que en la práctica pudiera tener la ampliación de dicho permiso y, además, si no existiera otra medida alternativa igualmente positiva para el colectivo. A este respecto, se comparte con un sector doctrinal que sería más beneficioso para ambas partes, persona que ejerce la labor de cuidados y persona cuidada, que en aras de alcanzar un modelo de conciliación fructífero se optase por desarrollar otro modelo flexible de la jornada de trabajo ex artículo 34.8 del ET (Molina Navarrete, 2021, p. 178). De este modo, la persona trabajadora con un modelo de familia monoparental no tendría que verse abocada a un periodo extenso de desconexión con su empresa o, en el peor de los casos, del mercado de trabajo. Con ello, se estaría evitando, a toda costa, el conocido efecto expulsión que la regulación de las ausencias, en lugar de la presencia, ha tenido hasta el momento.

En aras de ofrecer alternativas a esta situación, pueden plantearse diferentes escenarios, como pueden ser el desarrollo de baremos de sistemas especiales de conciliación (STSJ de Galicia 407/2024, de 24 de enero), adoptar o reformular el arduo procedimiento de negociación previsto ex artículo 34.8 del ET potenciando los sistemas alternativos de resolución de conflictos o, siendo más progresistas, de reducción de jornada (cuantificada diariamente) sin reducción de salario (Blasco Jover, 2020, p. 134).

En conclusión, a la sugerente pregunta, ¿queda cerrada la posibilidad de ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor para las familias monoparentales? (Chabannes, 2024), la respuesta debe ser tajante y rotunda: es evidente que no. De hecho, se plantean varios escenarios posibles ya señalados por la doctrina (Arenas, 2023). Todo ello, entre medias, en tanto el poder legislativo pueda aprobar y solventar, en parte, la problemática con una ley que defina y clarifique un ámbito de protección diferenciado y propio para cada una de las unidades familiares que legítimamente decidan constituirse.

Por el momento y hasta que dicha situación se produzca, aún debemos seguir esperando los futuros acontecimientos legislativos que auguran una concreción con mayor fuerza e intensidad del *status* de los derechos sociales de las familias monoparentales (STS 169/2023, de 2 de marzo).

Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Diego Lozano Torres (autor de contacto)

Eva Doblás Sestafe

Alba Melero Gil

Personal funcionario en prácticas del Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social (España)

Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado del supuesto que se planteó como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social, efectuada por la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de 11 de abril de 2023 (BOE de 18 de abril). En el mismo se lleva a cabo un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de las respuestas a tales cuestiones, siguiendo la legislación vigente en la fecha de la realización del examen, que tuvo lugar el 27 de octubre de 2023.

Palabras clave: caso práctico; encuadramiento; alzada; jubilación; incapacidad permanente; ingreso mínimo vital.

Recibido: 14-07-2024 / Aceptado: 19-07-2024 / Publicado: 06-09-2024

Cómo citar: Lozano Torres, D., Doblás Sestafe, E. y Melero Gil, A. (2024). Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 193-207. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22469>

Senior Corps of Technicians of Social Security Administration

Diego Lozano Torres (contributing author)

Eva Doblas Sestafe

Alba Melero Gil

*Civil servant trainees in the Senior Technical Corps
Social Security Administration (Spain)*

Abstract

This practical case study reproduces the statement of the case that was presented as the third exercise in the competitive examination for entry into the Senior Technical Corps of the Social Security Administration, carried out by the Resolution of the Undersecretariat of the Ministry of Inclusion, Social Security and Migration of 11 April 2023 (BOE of 18 April). It analyses the questions arising from the questionnaire, incorporating the legal grounds for the answers to these questions, in accordance with the legislation in force on the date of the examination, which took place on 27 October 2023.

Keywords: case study; framing; appeal; retirement; permanent incapacity; minimum vital income.

Received: 14-07-2024 / Accepted: 19-07-2024 / Published: 06-09-2024

Citation: Lozano Torres, D., Doblas Sestafe, E. y Melero Gil, A. (2024). Senior Corps of Technicians of Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 482, 193-207. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22469>

Enunciado

Félix García, nacido en 1980, ingeniero industrial, empezó a trabajar por cuenta ajena, en la empresa Reparaciones Atenea, SL el 1 de enero de 2004. Posteriormente adquirió el 5 % del capital de la sociedad, desempeñando, además, desde 2018, el puesto de director gerente. En 2022 percibió, por ello, una retribución mensual, en concepto de sueldo y complemento por especial disponibilidad horaria, de 2.500 euros mensuales, más un plus de transporte de 115 euros al mes, y otro de 600 euros por estudios de hijos del empleado. La empresa, además, realiza aportaciones a un fondo de pensiones de empleo consistente en una cantidad lineal de 300 euros mensuales por cada uno de sus trabajadores. Finalmente, tiene derecho a dos pagas extraordinarias por año, equivalentes cada una de ellas a una mensualidad de sueldo y complemento de especial disponibilidad. El 1 de enero de 2023 pasa a ser propietario del 60 % del capital de la sociedad, sin que nadie comunicase nada al respecto a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Respecto de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la empresa, que tiene el riesgo cubierto con una mutua colaboradora de la Seguridad Social, está acogida al código CNAE 33 (reparación e instalación de maquinaria y equipo), si bien para 4 de sus 30 empleados escogió la ocupación «A». Estos 4 empleados realizan habitualmente trabajos de oficina en la sede social de la empresa, aunque una o dos veces por semana se desplazan al taller de esta y/o domicilio de los clientes para consensuar detalles técnicos que pueden influir en la facturación final a los mismos.

El 15 de enero de 2023 la empresa recibe, sin previa notificación de ninguna naturaleza, una providencia de apremio por unas bonificaciones indebidamente practicadas durante parte del ejercicio 2022. Tras diversas consultas, decide impugnarlas, presentado el oportuno recurso el 28 de febrero de 2023.

En marzo de 2023, la empresa recibe la visita de un inspector de Trabajo y Seguridad Social.

En otro orden de cosas, Margarita López, informática de la empresa Reparaciones Atenea, causa derecho el 3 de enero de 2022 a una jubilación parcial, con 63 años de edad. Para ello, suscribió un contrato a tiempo parcial con la empresa, con una reducción de jornada del 50 %, que empezó a desarrollar a partir del 4 de enero de 2022, realizando las mismas funciones como informática que cuando trabajaba a tiempo completo. Como ya quedó dicho, la empresa tiene cubiertas las contingencias comunes y profesionales con una mutua colaboradora de la Seguridad Social.

Margarita, a partir de mediados del mes de abril de 2022, comienza con unas molestias de espalda y, tras varias pruebas, su médico de atención primaria le expide la baja con fecha 3 de mayo de 2022 por enfermedad común. Tras varias intervenciones quirúrgicas, su médico de atención primaria expide con fecha de 1 de diciembre de 2022 un alta con propuesta de incapacidad.

Por parte de la Dirección Provincial del INSS, se inicia el procedimiento para, en su caso, declarar la situación de incapacidad permanente, que se impulsará de oficio en todas sus fases (art. 4 del RD 1300/95 y art. 6 de la OM de 18 de enero 1996). El procedimiento finaliza con resolución de fecha de 3 de enero de 2023 del director/a provincial en la que se reconoce a Margarita una incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual. Margarita recibe el 15 de enero de 2023 la resolución. A partir de esa fecha, Margarita decide no volver a trabajar.

Margarita López tiene un hijo, Francisco, nacido el 1 de mayo de 1992, y forman una familia monoparental. Francisco los fines de semana realiza un voluntariado en un banco de alimentos y allí conoce a una pareja de jóvenes, Carmen Martínez y Manuel Juanes, que todas las semanas acuden a recoger una ayuda alimentaria, y les facilita un tríptico informativo del INSS sobre como solicitar el ingreso mínimo vital (IMV).

Carmen Martínez nació el 16 de julio de 2003 y Manuel Juanes, el 18 de marzo de 2002; tienen un hijo en común, Raúl, nacido el 13 de enero de 2022. Viven en una infravivienda de la calle Gumersindo, número 20, y están empadronados en dicha vivienda desde el 11 de noviembre de 2021, con la excepción de su hijo, que figura empadronado en dicho domicilio en la misma fecha de su nacimiento.

Carmen Martínez y Manuel Juanes se personan en un CAISS el 2 de enero de 2023 y presentan solicitud de IMV con esa misma fecha. En la citada solicitud declaran que son españoles (aportando el DNI y libro de familia), solteros, no son administradores de sociedades, no trabajan, están inscritos como demandantes de empleo, en el año anterior no han tenido ingresos por ningún concepto, no poseen bienes muebles o inmuebles a su nombre y tienen un hijo en común.

La entidad gestora, a través de los distintos cruces que tiene con las distintas Administraciones (Agencia Tributaria, INE, SEPE, etc.), confirma que los datos declarados son ciertos.

Preguntas

1. Examine la situación de alta de Félix García en 2022 y 2023, determinando cuál sería el régimen de Seguridad Social aplicable y los conceptos cotizables, según las circunstancias del caso.

2. Calcule la base de cotización y las cuotas a ingresar por Seguridad Social y, en su caso, por concepto de recaudación conjunta, de Félix García en el mes de noviembre de 2022.

3. Examine y razone los motivos que, en el presente caso, podrían justificar plausiblemente la impugnación presentada por Reparaciones Atenea, y la resolución que ante ellos debería adoptar la Tesorería General de la Seguridad Social.

4. Explique y razone qué consecuencias podrían derivarse de la visita del inspector de Trabajo y Seguridad Social.

5. Razone y justifique jurídicamente si durante la percepción de la jubilación parcial:

- a) ¿Margarita tendría derecho al complemento para la reducción de la brecha de género? ¿Margarita podría ser considerada pensionista a efectos de asistencia sanitaria y gasto farmacéutico?
- b) Incidencia de la baja médica y la posterior alta del servicio público de salud con propuesta de incapacidad permanente en la prestación de jubilación parcial, así como en la dinámica del derecho y abono de la prestación de incapacidad temporal de Margarita.

6. Una vez declarada y reconocida la incapacidad permanente total para su profesión habitual de Margarita:

- a) Razone y justifique jurídicamente la incidencia del reconocimiento de la incapacidad permanente total sobre la prestación de jubilación parcial.
- b) Razone y justifique jurídicamente si se podría incrementar o complementar la prestación de incapacidad permanente de Margarita.
- c) ¿Qué ocurriría si Margarita, en el momento de causar derecho a la prestación de incapacidad permanente, hubiera cumplido su edad ordinaria de jubilación?

7. En relación con la solicitud del IMV efectuada por Carmen Martínez y Manuel Juanes, razone jurídicamente si cumplen los requisitos de acceso a la prestación (unidad de convivencia, residencia, vulnerabilidad económica, etc. Determine cuál debería ser el sentido de la resolución de esta entidad gestora e importe de la prestación en su caso.

Solución

1. Examine la situación de alta de Félix García en 2022 y 2023, determinando cuál sería el régimen de Seguridad Social aplicable y los conceptos cotizables, según las circunstancias del caso.

En primer lugar, Félix García en el año 2022, aun teniendo un 5 % del capital de la sociedad en la que desempeña su trabajo, es un trabajador por cuenta ajena, ya que con base en el artículo 136.2 c) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (de aquí en adelante, TRLGSS), lo será siempre que no posea su control en los términos previstos en el artículo 305.2 b) de esa misma ley, y a pesar de realizar funciones de dirección y gerencia, como venía ocupando Félix desde 2018, aunque esta condición le hace ser asimilado a cuenta ajena, por lo que estaría excluido de desempleo y del Fondo de Garantía Salarial; tal y como se dice en el propio enunciado. Por lo tanto, su régimen de Seguridad Social aplicable sería el régimen general.

No obstante, en 2023, el 1 de enero, Félix García ya es propietario del 60 % del capital de la sociedad a la que estaba prestando sus servicios, por lo que según el artículo 305.2 b) del TRLGSS mantiene el control efectivo de la empresa y además continúa desempeñando funciones de dirección y gerencia, al ser director gerente. Es decir, ha de encuadrarse en el régimen especial de trabajadores autónomos o por cuenta propia (RETA).

Por otra parte, si nos referimos ya a los conceptos cotizables, nos hemos de fijar en los artículos 147 del TRLGSS y 23 del Reglamento general de cotización y liquidación de otros derechos, aprobado por el Real Decreto 2064/1995 (en adelante, RGCL). Con base en ello podemos observar, al menos para el régimen general, que la base de cotización está constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena sin otras exclusiones que los conceptos retributivos no computables determinados expresamente que se apuntan en los puntos segundos de sendos artículos citados más arriba. Así pues, en el año 2022 los conceptos por los que tendría que cotizar serían:

- Sueldo y complemento especial de disponibilidad horaria de 2.500 euros.
- Plus de transporte: 115 euros.
- Plus estudios de hijos: 600 euros.
- Fondo de pensiones de empleo: 300 euros.
- Pagas extraordinarias: 5.000 euros/12.

En 2023, cuando ya pasa a ser autónomo, según los artículos 308 y 309 del TRLGSS en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2022, de 26 de julio (BOE de 27 de julio), y el artículo 44 del RGCL, la base de cotización en el RETA está constituida por todos los rendimientos netos obtenidos por el trabajador durante cada año natural, por sus distintas actividades profesionales o económicas, aunque el desempeño de algunas de ellas no determine su inclusión en este sistema de la Seguridad Social y con independencia de las que realice a título individual.

2. Calcule la base de cotización y las cuotas a ingresar por Seguridad Social y, en su caso, por concepto de recaudación conjunta, de Félix García en el mes de noviembre de 2022.

La base de cotización se encuentra constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, sin otras exclusiones que los conceptos retributivos no computables determinados expresamente.

En noviembre de 2022, Félix realizaba una actividad laboral como trabajador por cuenta ajena asimilada según el artículo 136 c) del TRLGSS.

La base de cotización del mes de noviembre se encuentra integrada por los 2.500 euros de sueldo en virtud del artículo 147 del TRLGSS, cantidad a la que hay que sumar:

- Los 115 euros de plus de transporte, ya que no se trata de uno de los supuestos de gastos excluidos de cotización, contemplados en el apartado segundo del artículo 147 del TRLGSS y el artículo 23.2 del RGCL.
- Los 600 euros por estudios de hijos del empleado, en virtud del artículo 23.1 c) del RGCL.
- Los 300 euros de las aportaciones a un fondo de pensiones de empleo, valoradas por la totalidad de su importe de acuerdo con el artículo 23.1 a) del RGCL.
- Y, además, la cuantía de las 2 pagas extraordinarias formadas por el sueldo y el complemento especial de disponibilidad $[(2.500 \times 2) / 12 = 416,66 \text{ €}]$, en virtud del artículo 147.1 del TRLGSS.

Siendo una suma total de $2.500 + 115 + 600 + 300 + 416,66 = 3.931,66$ euros.

Los tipos de cotización aplicables, conforme al artículo 4 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, y las cuotas resultantes son:

- Para las contingencias comunes, el 28,30 %, del que el 23,60 % será a cargo de la empresa y el 4,70 %, a cargo del trabajador.

$3.931,66 \times 23,60 \% = 927,87$ a cargo de la empresa y $3.931,66 \times 4,70 \% = 184,78$ euros a cargo del trabajador.

- Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.

Por IT 2 % y por IMS 1,85 %; total 3,85 %: $3.931,66 \times 3,85 \% = 151,36$ euros.

- Para el mecanismo de equidad intergeneracional, el 0,6 % aplicable sobre la base de cotización por contingencias comunes, del que el 0,5 % será a cargo de la empresa y el 0,1 %, a cargo del trabajador.

$3.931,66 \times 0,5 \% = 19,65$ a cargo de la empresa y $3.931,66 \times 0,01 \% = 3,93$ a cargo del trabajador.

- Para formación profesional, el 0,70 %, del que el 0,60 % corre a cargo de la empresa y el 0,10 %, a cargo del trabajador.

$3.931,66 \times 0,60 \% = 23,58$ a cargo del empresario y $3.931,66 \times 0,1 \% = 3,93$ a cargo del trabajador.

No cotiza por desempleo ni FOGASA, ya que durante noviembre de 2022 Félix es trabajador por cuenta ajena asimilado y se encuentra excluido de estas.

3. Examine y razone los motivos que, en el presente caso, podrían justificar plausiblemente la impugnación presentada por Reparaciones Atenea, y la resolución que ante ellos debería adoptar la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el caso analizado, se trata una impugnación de una providencia de apremio por bonificación indebidamente practicada, la cual se recibió sin previa notificación alguna, motivo por el cual puede considerarse que se trata de una providencia de apremio directa.

Conforme al artículo 85 del Reglamento generación de recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (en adelante, RGRSS), podemos encontrar supuestos en los cuales procede la expedición de una providencia de apremio, como se recoge en el señalado precepto:

Artículo 85. *Providencia de apremio: casos en que procede.*

1. Se dictará providencia de apremio, sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación, en los siguientes casos:

[...]

b) Falta de ingreso de las cuotas relativas a trabajadores cuya cotización se determine mediante el sistema de liquidación simplificada, con arreglo a lo previsto en los artículos 19.1 c) y 26.4 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y en los artículos 15 y siguientes del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

Sin embargo, conforme a las previsiones del artículo 86 del RGRSS conviene tener presentes la fecha de la notificación de la mencionada providencia de apremio (circunstancia que acaece el 15 de enero de 2023) y, a su vez, la fecha de presentación de la impugnación (producida el 28 de febrero de 2023):

Artículo 86. Impugnación de la providencia de apremio.

1. Contra la providencia de apremio solamente será admisible recurso de alzada basado en los motivos, debidamente justificados, que a continuación se especifican:

[...]

e) Falta de notificación de la reclamación de deuda, cuando esta proceda, del acta de liquidación o de las resoluciones que estas o las autoliquidaciones de cuotas originen.

Indicándose dicho plazo en el artículo 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

Artículo 122. Plazos.

1. El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

Del contenido del supuesto analizado, la presentación de la impugnación se habría producido transcurrido el mes desde la notificación de la providencia de apremio, por lo que el recurso sería extemporáneo.

4. Explique y razone qué consecuencias podrían derivarse de la visita del inspector de Trabajo y Seguridad Social.

De la visita del inspector de Trabajo y Seguridad Social se derivará la consecuencia de la determinación como incorrecta de la inclusión de los 4 trabajadores en la ocupación A (recogida en el cuadro II de la Tarifa para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), ya que para ello los trabajadores deben desarrollar su actividad laboral únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa, y tal y como dispone

el enunciado, los 4 trabajadores de la empresa se desplazan una o dos veces por semana al taller y/o domicilio de los clientes. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 4.^a de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, y el artículo 6.5 de la OM PCM/74/2023.

Por tanto, deriva de esta situación una infracotización por parte de la empresa por estos trabajadores, y procede entonces un procedimiento recaudatorio, ya sea reclamación de deuda o acta de liquidación en función de si se realizase valoración jurídica.

Por otro lado, no se ha procedido por la empresa a la comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el cambio de Félix, que estaba encuadrado en el régimen general, al RETA desde el 1 de enero de 2023.

Con base en el artículo 60.2 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (en adelante, RIA), el alta indebida en un régimen del sistema de la Seguridad Social de personas incluidas en el campo de aplicación de otro régimen distinto será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación.

Las cotizaciones efectuadas conforme a las normas del régimen en el que el alta se declare indebida serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las del régimen de inclusión precedente.

Por ello puede la ITSS expedir la correspondiente acta de infracción, con la sanción que corresponda, motivada por la falta de comunicación de esta situación, según lo estipulado en el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social.

5. Razone y justifique jurídicamente si durante la percepción de la jubilación parcial.

a) ¿Margarita tendría derecho al complemento para la reducción de la brecha de género? ¿Margarita podría ser considerada pensionista a efectos de asistencia sanitaria y gasto farmacéutico?

En cuanto a la primera de las cuestiones, bien es cierto que, conforme al apartado 1 del artículo 60 del TRLGSS, serán beneficiarias aquellas mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad. No obstante, se excluye expresamente en los casos de jubilación parcial, pero se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena; por tanto, de momento no tendrá derecho alguno hasta que acceda a esta última, tal y como se expone en el apartado 4 de ese mismo artículo citado anteriormente.

Por otra parte, Margarita deberá ser considerada pensionista a efectos de asistencia sanitaria y gasto farmacéutico, ya que según el artículo 17 del Real Decreto 1131/2002, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, «el jubilado parcial tendrá la condición de pensionista a efectos del reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales».

b) Incidencia de la baja médica y la posterior alta del servicio público de salud con propuesta de incapacidad permanente en la prestación de jubilación parcial, así como en la dinámica del derecho y abono de la prestación de incapacidad temporal de Margarita.

Para poder determinar la incidencia de la situación de incapacidad temporal con la jubilación parcial es preciso acudir al Real Decreto 1131/2002, en concreto a su artículo 14, en el que se determina la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación de jubilación parcial.

1. La pensión de jubilación parcial será compatible:

[...]

b) Con la pensión de viudedad, la prestación de desempleo, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial [...].

Se entiende entonces que la incapacidad temporal se constituye como una prestación sustitutoria de las retribuciones y es así compatible con la jubilación parcial.

En cuanto al abono de la misma, debemos acudir a la disposición adicional segunda de la Orden ministerial ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, donde se establece que el subsidio de IT de los jubilados parciales, con independencia de la contingencia generadora, se abona en régimen de pago directo por la entidad gestora o colaboradora pertinente, que ha de informar a la empresa del inicio del abono del subsidio, así como de su finalización.

6. Una vez declarada y reconocida la incapacidad permanente total para su profesión habitual de Margarita:

a) Razone y justifique jurídicamente la incidencia del reconocimiento de la incapacidad permanente total sobre la prestación de jubilación parcial.

Según el artículo 14 apartado 2 letra c) del Real Decreto 1131/2002, la jubilación parcial es incompatible con la pensión de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste

en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial. Por tanto, cuando se reconozca la incapacidad permanente total, se procederá a extinguir la jubilación parcial inmediatamente.

b) Razone y justifique jurídicamente si se podría incrementar o complementar la prestación de incapacidad permanente de Margarita.

Podría complementarse con el complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 del TRLGSS; dispone este que las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas (y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad) tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres.

El importe del complemento de brecha de género sería de 30,40 euros por hijo, conforme a lo establecido en la disposición adicional de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, desarrollada por la disposición adicional sexta del Real Decreto 1058/2022, de 27 de enero, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para el ejercicio 2023.

El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor, y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

También debe destacarse la posibilidad de complementos por mínimos, regulado en el artículo 59 y la disposición transitoria 27.^a del TRLGSS y en el artículo 10.1 del Real Decreto 1716/2012.

En virtud del artículo 59 del TRLGSS se dispone que los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social que no perciban rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas, de régimen de atribución de rentas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Dada la fecha en que se reconoce la pensión de incapacidad permanente a Margarita, para la determinación de los correspondientes complementos a mínimos de la prestación habría que estarse a las previsiones del artículo 43 de la Ley 31/2022, de 27 de diciembre, y artículos 6 y 7 del Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre.

c) ¿Qué ocurriría si Margarita, en el momento de causar derecho a la prestación de incapacidad permanente, hubiera cumplido su edad ordinaria de jubilación?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 195.1 párrafo segundo del TRLGSS, no se reconocerá el derecho a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, cuando, en la fecha del hecho causante, se tenga la edad prevista en el artículo 205.1 a), y siempre y cuando se reúnan los demás requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación.

7. En relación con la solicitud del IMV efectuada por Carmen Martínez y Manuel Juanes, razone jurídicamente si cumplen los requisitos de acceso a la prestación (unidad de convivencia, residencia, vulnerabilidad económica, etc.). Determine cuál debería ser el sentido de la resolución de esta entidad gestora e importe de la prestación en su caso.

Para poder determinar jurídicamente si se tiene derecho al IMV por parte de Carmen y/o Manuel, son varias las situaciones a analizar al amparo de lo establecido en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (en adelante, LIMV).

Primeramente, a efectos de determinar el posible beneficiario o los posibles beneficiarios de la prestación, debemos valorar los artículos 4 y 6 de la LIMV:

Artículo 4. Personas beneficiarias.

1. Podrán ser beneficiarias del ingreso mínimo vital:

a) Las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos en esta ley.

b) Las personas de al menos 23 años que no se integren en una unidad de convivencia en los términos establecidos en esta ley, siempre que no estén unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente.

Artículo 6. Unidad de convivencia.

1. Se considera unidad de convivencia la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente.

En vista de lo expuesto en dichos artículos, debe reflejarse que no se cumplen los requisitos oportunos para poder ser determinados como una unidad de convivencia a ambos progenitores junto con el menor, dado que, pese a residir en un mismo domicilio, no se encuentran unidos por vínculo matrimonial ni podrán ser considerados como pareja de hecho.

Ante esto debemos considerarles unidad de convivencia de forma individual a uno solo de los progenitores para con el hijo, al amparo de lo establecido en el artículo 5:

Artículo 5. Titulares del ingreso mínimo vital.

[...]

2. Las personas titulares, cuando estén integradas en una unidad de convivencia, deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayores de edad o menores emancipados en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente o huérfanos absolutos cuando sean los únicos miembros de la unidad de convivencia y ninguno de ellos alcance la edad de 23 años.

Sin embargo, podría acudir al artículo 9, con base en el riesgo de exclusión, y determinarse que, pese a no cumplirse los requisitos del artículo 6, ambos podrán ser titulares:

Artículo 9. Convivientes sin vínculo de parentesco.

Quando convivan en el mismo domicilio personas entre las que no concurren los vínculos previstos en el artículo 6, podrán ser titulares del ingreso mínimo vital aquella o aquellas que se encuentren en riesgo de exclusión de conformidad con lo previsto en el artículo 21.10.

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos que se deben cumplir:

Artículo 10. Requisitos de acceso.

1. Todas las personas beneficiarias, estén o no integradas en una unidad de convivencia, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. [...]

b) Encontrarse en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas, ingresos o patrimonio suficientes, en los términos establecidos en el artículo 11.

Además, dada la edad, debe tenerse en cuenta también el siguiente requisito:

2. Las personas beneficiarias a las que se refiere el artículo 4.1 b) que sean menores de 30 años en la fecha de la solicitud del ingreso mínimo vital, deberán acreditar haber vivido de forma independiente en España, durante al menos los 2 años inmediatamente anteriores a la indicada fecha. Este requisito no se exigirá a las personas de entre 18 y 22 años que provengan de centros residenciales de protección de menores de las diferentes comunidades autónomas.

Y en relación con la unidad de convivencia:

3. Cuando las personas beneficiarias formen parte de una unidad de convivencia, se exigirá que la misma esté constituida, en los términos de los artículos 6, 7 y 8, durante al menos los 6 meses anteriores a la presentación de la solicitud, de forma continuada.

Este requisito no se exigirá en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente de menores, reagrupación familiar de hijas e hijos menores de edad, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, o en otros supuestos justificados que puedan determinarse reglamentariamente.

Debe tenerse en cuenta a su vez:

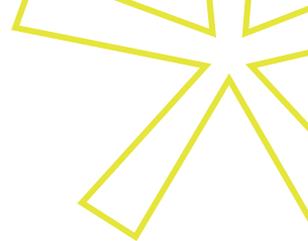
4. Los requisitos relacionados en los apartados anteriores deberán cumplirse en el momento de presentación de la solicitud o al tiempo de solicitar su revisión, y mantenerse al dictarse la resolución y durante el tiempo de percepción del ingreso mínimo vital.

Y por último, en cuanto a la cuantía a percibir, conforme al artículo 12:

El ingreso mínimo vital consistirá en una prestación económica que se fijará y se hará efectiva mensualmente en los términos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo.

Se establece en el artículo siguiente (art. 13) que la cuantía vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada, según lo establecido en el apartado siguiente, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen esa unidad de convivencia del ejercicio anterior, en los términos establecidos en los artículos 11, 16 y 19, siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales.

A su vez, dada la existencia de un hijo menor de 3 años, debería sumarse a la cuantía determinada un complemento de ayuda para la infancia de 100 euros, conforme al artículo 11.6 de la LIMV.



Grados oficiales

- ★ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**
Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería Informática
- ★ **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**
Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)
- ★ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**
Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing
- ★ **Facultad de Ciencias Jurídicas**
Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho
- ★ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Historia • Filosofía, Política y Economía

Títulos propios y doctorados

- ★ *Consultar en la web*

Másteres oficiales

- ★ **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**
Energías Renovables y Eficiencia Energética
- ★ **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**
Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Neuropsicología • Psicopedagogía • Psicología General Sanitaria • Tecnología Educativa
- ★ **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**
Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales
- ★ **Facultad de Ciencias Jurídicas**
Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Práctica de la Abogacía y la Procura • Prevención de Riesgos Laborales
- ★ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

*Juntos hacia
tu objetivo*

Más información en:
www.udima.es



AHORA ES EL MEJOR MOMENTO PARA OPOSITAR

Administración General

- Administradores Civiles del Estado
- Gestión de la Administración Civil del Estado
- Administrativos de la Administración del Estado

Administración Local

- Interventores-Tesorereros
- Secretarios (de Entrada)
- Secretarios-Interventores

Banco de España

- Técnicos (Banco de España)
- Inspectores del Banco de España

Seguridad Social Empleo

- Inspectores de Trabajo y Seguridad Social
- Interventores y Auditores de la Seguridad Social
- Técnicos de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social (Especialidad Auditoría y Contabilidad)
- Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social)
- Administrativos de la Seguridad Social

Asesoramiento personalizado:

91 44 44 920

www.cef.es

Hacienda / Tribunal Cuentas

- Inspectores de Hacienda del Estado
- Inspectores de Seguros del Estado
- Interventores y Auditores del Estado
- Técnicos de Auditoría y Contabilidad
- Técnicos de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas
- Técnicos de Hacienda
- Agentes de la Hacienda Pública

Justicia

- Jueces y Fiscales
- Letrados de la Administración de Justicia
- Gestión Procesal y Administrativa
- Tramitación Procesal y Administrativa

Comunidades Autónomas

- Comunidad Valenciana
- Comunidad de Madrid
- Cataluña

