

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 468 | Mayo-Junio 2022

ISSN: 2792-8314

Nuevas normas de contingencia ante el éxodo de personas ucranianas

Margarita Miñarro Yanini

Nuevas leyes de emergencia: aluvión legal, laberintos interpretativos

Cristóbal Molina Navarrete

Ley 20/2021 y estabilización del personal de empleo público-empresarial

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

El desencuentro entre las rentas mínimas y el ingreso mínimo vital

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda el género?

Isabel María Villar Cañada

El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar

María Gema Quintero Lima



CURSOS

MAYO/JUNIO 2022

MODALIDADES: PRESENCIAL Y TELEPRESENCIAL

CONTABILIDAD Y FINANZAS

- Análisis de estados financieros
- Contabilidad de instrumentos financieros
- Contabilidad práctica
- Due diligence financiera en la adquisición de empresas
- Excel aplicado a la gestión empresarial y financiera
- Gestión de costes y control del resultado interno
- Inversión inteligente en criptomonedas
- Perfeccionamiento profesional para el controller
- Planificación financiera y control Presupuestario

LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

- Avanzado en gestión de nóminas
- Derecho laboral
- Despidos
- Diseño y gestión de modelos de empresa saludable
- Excel para recursos humanos
- Gestión de nóminas y seguros sociales
- Gestión de políticas retributivas
- Valoración de puestos, registro y auditoría retributiva

JURÍDICA

- Due diligence legal en la adquisición de empresas

TRIBUTACIÓN

- Consolidación fiscal
- Experto en el impuesto sobre sociedades
- Gestión fiscal de patrimonios
- Impuesto sobre la renta de no residentes
- IVA: 100 preguntas para conocer el impuesto
- IVA experto (aspectos avanzados y problemáticos)
- La prorrata general, especial y la regularización de los bienes de inversión en el IVA
- Nueva normativa del IVA del comercio electrónico y las ventas por internet
- Suministro inmediato de información (SII) y facturación

MARKETING Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

- Analítica web y redes sociales
- Excel para profesionales y directivos
- Gestión de redes sociales en la empresa (community manager)
- Lanza tu propio comercio electrónico desde 0
- Power BI
- Robótica y digitalización para perfiles no tecnológicos
- SEO y SEM: marketing en buscadores

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 468 | Mayo-Junio 2022

Directora editorial

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

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

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

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

Comité científico

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

María Lourdes Arastey Sahún. Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo)

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

Laura Calafá. 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)

Carmen Castro Casal. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Santiago de Compostela (España)

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

Rocío Gallego Losada. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Antonia Mercedes García Cabrera. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

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)

Ana María Lucía Casademunt. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Málaga (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 (Brasil)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Miguel Ángel Purcalla Bonilla. Magistrado titular del Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa. Barcelona (España)

Alfredo Rodríguez Muñoz. Profesor titular de Psicología de las Organizaciones. Universidad Complutense de Madrid (España)

Miguel Rodríguez-Piñero Royo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Aránzazu Roldán Martínez. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid (España)

María Luisa Salanova Soria. Catedrática de Psicología Organizacional Positiva. Universidad Jaume I (España)

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

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

Evaluación externa

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. Universidad de Sevilla (España) (jubilado)

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)

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

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

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

Suscripción anual (2022) (6 números) **115 €** en papel y digital / **70 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **20 €**

No suscriptores/as **25 €**

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

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



Imprime

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

Indexada en



Acuerdos de colaboración

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

© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

© Centro de Estudios Financieros (07-05-2021)

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

Sumario

Editorial

- «Ideología» y «lenguaje» en las leyes de la emergencia continua: aluvión legal, (deliberados) laberintos interpretativos 5-18
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público 19-45
Law 20/2021 and stabilization public companies, public business entities, public sector foundations and public sector consortia
Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
- El desencuentro entre las rentas mínimas de las comunidades autónomas y el ingreso mínimo vital: decreciente protección y regulación confusa 47-95
The mismatch between the minimum income of the autonomous communities and the minimum vital income: decreasing protection and confusing regulation
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado
- La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda –una vez más– la dimensión de género? 97-128
The reform of the pension system. Where is the gender dimension?
Isabel María Villar Cañada
- (In)compatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica como autónoma «clásica» o societaria. A propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo 129-151
(In)compatibilities between work and retirement of the self-employed worker according to their legal nature as "classical" or corporate self-employed. Regarding to recent doctrine of the Supreme Court
Isabel María Pérez Gázquez

Análisis de actualidad

- Nuevas normas de contingencia ante el éxodo de personas ucranianas causado por la guerra 153-168
New contingency rules for the war-induced exodus of Ukrainian people
Margarita Miñarro Yanini

La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

169-186

The widow's pension of common law partners after the reform of Law 21/2021, of December 28

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Diálogos con la jurisprudencia

El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)

187-194

The discriminatory treatment of the –absence of– unemployment protection in the special home employment system. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 24 February 2022 (case C-389/20)

María Gema Quintero Lima

El orden social como garante del cumplimiento de prevención (y reparación) de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 50/2022, de 19 de enero, y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022 (rec. 1016/2021)

195-205

The social order as guarantor of compliance with risk prevention (and reparation): vis atractiva, post-pandemic incessant conflictivity. Regarding the Ruling of the Supreme Court 50/2022, 19 January, and the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas of 20 January 2022 (rec. 1016/2021)

José María Moreno Pérez

Caso práctico

Inspección de Trabajo y Seguridad Social

207-227

Inspection of Labour and Social Security

Andrea Ioana Pop Cioca, Jorge Trapero Trapero, Félix Antonio Borreguero Téllez y Lidia Salmador Domínguez

Recursos humanos

Diversidad de género en el consejo de administración y endeudamiento

229-253

Gender diversity on the board of directors and leverage

María Encarnación Lucas Pérez, Antonio Mínguez Vera y María de la Paz Ortín Tomás

Normas de publicación

255-256

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

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF mantiene un firme compromiso con el lenguaje inclusivo de género como vía para avanzar, siempre respetando la corrección y economía del lenguaje, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En coherencia, recomienda a las autoras y autores su utilización, reflejándose así en las normas de publicación. En consecuencia, el nivel de su utilización es una responsabilidad exclusivamente suya, en el ejercicio de su libertad científica.

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>.

«Ideología» y «lenguaje» en las leyes de la emergencia continua: aluvión legal, (deliberados) laberintos interpretativos

Cristóbal Molina Navarrete

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Primero hay que localizar lo que [...] está pasando, y luego [quizás] puedes evitar que te afecte.

Y. Berrocal (*Curling*)

1. En el «código genético» de toda ley laboral hallaremos, además de una función socioeconómica (preservación del sistema económico frente al conflicto social, actual o potencial), una motivación política y su base ideológica. Desde la «legislación obrera» (recordada por la ministra de Trabajo, en relación con la jornada de 8 horas, en su satírica respuesta a la grotesca reivindicación de la Asociación Andaluza de Hostelería de Feria contra la reforma laboral y cuya convocatoria de «paro» amenazaba la celebración de la célebre y pingüe Feria de Sevilla), antesala del moderno derecho del trabajo, no hay ni una ley laboral, de emergencia o no, que no sirva a análoga función socioeconómica, no obedezca a determinados motivos políticos y no tenga una –más o menos velada– inspiración ideológica (la ley como producto político). No escapan ni la reforma laboral de 2012, por no remontarnos lejos, ni la de 2021, en parte confirmadora de aquella (relegitimación social), en parte correctora (crítica socioeconómica y político-cultural). Tampoco lo hará la –inacabada, quizás inacabable– pléyade de «leyes de excepción» (para el maestro José Vida Soria, este rasgo –que explicaba la técnica de legislación aluvional– es inherente al derecho del trabajo en una economía capitalista de mercado adaptada en cada momento a la etapa por la que atraviesa), primero pandémica, luego por la crisis de inflación en escenario de una anacrónica guerra, y mañana...

No hay ni una ley laboral que no sirva a análoga función socioeconómica y no tenga una inspiración ideológica

Bajo una motivación política (socioeconómica, ideológico-cultural) u otra, con un «lenguaje jurídico-funcionalista» (fórmulas lingüísticas) u otro, con un tipo de medidas u otras, todas convergen en ofrecer una respuesta integradora al conflicto socioeconómico estructural entre el trabajo asalariado, aunque también el autónomo [al margen de la sombría «(no) huelga» del sector del transporte, las sucesivas emergencias prueban su análoga fragilidad, exigiendo garantías laborales y de seguridad social equivalentes¹], en condiciones de estricta compatibilidad con la preservación (conservación) rentable del sistema económico (capitalista). Al servicio de tal funcionamiento productivo (función de mercado), se pondrá el sistema normativo de protección de condiciones de empleo y de trabajo «decentes» (y/o no abusivas) de las personas en el mercado de relaciones sociales de producción (función distributiva) (Palomeque López, 2011; Casas Baamonde, 2021). Por supuesto, en atención al contexto (circunstancias coyunturales: políticas, económicas, culturales, sociales), el «lenguaje» usado (léxico y semántica –la utilidad del primero la recordaba Simeone, permítanme la licencia, para responder irónicamente a Guardiola: «[quien maneja un rico léxico es inteligente, porque le permite alabarte, pese al aparente desprecio](#)»–) variará, para hacer llegar a las heterogéneas personas destinatarias de forma «más maquillada» los mensajes de acción (comunicaciones) que quiere transmitir.

2. La inflación, «impuesto a la pobreza» que amenaza también a la «clase media»: ¿por qué lo llamarán «política de rentas» si quieren decir «moderación salarial»? Entre esos mensajes retorna todo un clásico: como en tiempos de los Pactos de la Moncloa y de la edad dorada de la concertación social, coetáneos con una galopante inflación, vuelve a la más acerada actualidad el «pacto de rentas». Insiste el Gobierno en el «acuerdo de país» (nueva fórmula para identificar los viejos «pactos sociales») para una distribución equitativa de los «sacrificios» que requeriría la inflación (desbocada antes de, pero intensificada con, la guerra de Ucrania), entre las rentas salariales y los beneficios empresariales (lo que antiguo se llamaban «rentas del capital»). Por supuesto, el [Banco de España](#) pone toda su fe en él sobre la vieja ortodoxia científica económica (neoclásica, la mayoritaria, claro, pero no la única, porque hay otra [institucionalista y crítica](#), a la que se consulta menos). Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y sindicatos, sin embargo, no están por la labor, bastante tienen –dicen– con tratar de alcanzar un –atascado por la inflación– «pacto salarial» en el marco de su competencia: un nuevo Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Los sindicatos piden «cláusulas de revisión salarial» en

Como en tiempos de los Pactos de la Moncloa, vuelve a la más acerada actualidad el «pacto de rentas»

¹ Así lo pide la [Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo](#), el [Proyecto de Directrices sobre la aplicación de la legislación de la competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados](#) o la [Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa \(CEDS\) de 12 de septiembre de 2018](#).

los convenios indexadas a la inflación (hoy minoría), abominando de ellas el Banco de España. A su juicio alimentan una espiral inflacionista «de segunda ronda» que no solo agravaría el problema, sino que destruiría empleo.

Además de su resistencia –no científica, sino ideológica– a toda subida retributiva (como afirma para el salario mínimo interprofesional que, por si acaso, el Tribunal Supremo –TS– viene acotando de forma estricta, avalando la absorción de todo plus para evitar su efecto multiplicador, salvo que sea extrasalarial, diluyendo el aumento si no lo remedia una norma convencional –*vid.* Sentencia del TS [STS] 192/2022, de 7 de marzo–), hay que dejar constancia de una lección histórica: los pactos de rentas nunca afectan a las «rentas del capital», solo implican moderación salarial. La fórmula lingüística encubre pérdida de poder adquisitivo para quienes más sufren la inflación, que actúa como «impuesto a la pobreza» y su reducción pasaría, además, por trasladarles la mayor carga del esfuerzo. Poco alivio es, en una valoración global de impacto real, extender el bono social eléctrico a más personas (elevando el umbral de ingreso máximo), aumentar un 15 % el ingreso mínimo vital (art. 45 RDL 6/2022, de 29 de marzo, de medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania) o bonificar (de una forma indiscriminada) 20 céntimos la adquisición de combustible. Otra cosa sería la limitación prevista de los (abusivos) costes eléctricos, aunque quede pendiente –cómo no– de la Unión Europea y tampoco quede claro quién terminará pagando ese nuevo «déficit de tarifa» (si los beneficios de las eléctricas, las personas consumidoras –esto último es lo que ha pasado históricamente– o el conjunto de la ciudadanía –precios más impuestos–).

Cierto, corresponde al Gobierno el control de rentas públicas, salarios públicos –este año ligado al embrollo privado– y pensiones, estas hoy otra vez en el ojo del huracán, por el retorno a su indexación al índice de precios al consumo (IPC) promedio ex artículo 58 de la Ley general de la Seguridad Social

Corresponde al Gobierno el control de rentas públicas, salarios públicos y pensiones. Para las rentas privadas, su poder sería más limitado

(LGSS). Su gran sobre coste (10.000 millones de €: cada punto de IPC aumenta la nómina de pensiones entre 1.500-1.800 millones de €) ha levantado las voces de alarma económica, pidiendo que se suspenda la norma este año. El Gobierno dice que la respetará, cueste lo que cueste (*sic*). Para las rentas privadas, su poder sería más limitado. No obstante, una vez más con técnica ambigua, para las «rentas de alquiler», sí intenta su directa «limitación extraordinaria» y temporal (art. 46 RDL 6/2022). Pero solo para grandes «tenedores», fórmula lingüística actual para llamar a los «grandes propietarios» de pisos en alquiler (en tal caso se fijará automáticamente según el índice de garantía de competitividad –IGC– ex Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española: 2,02 %), pues en otro caso (la mayoría) regirá el pacto (entre desiguales), solo en su defecto se aplicará el IGC.

La ministra de Trabajo advierte de que el tope lanza sendos mensajes a personas propietarias e inquilinas: la vivienda es «un derecho fundamental» (aunque para la Constitución sea

un principio rector de la política económica y social) y su mercantilización («pagar la renta») a menudo lo «imposibilita». El Gobierno puede y debe intervenir. Cómo no, el Banco de España, así como la CEOE, han criticado esta medida, entre otras cosas porque temen –conociendo que la vicepresidenta segunda del Gobierno no da puntadas sin hilo– que pueda dejar de ser extraordinaria, para mutar en norma en el proyecto de Ley sobre el derecho a la vivienda que en este momento se tramita. Una ley, por cierto, comprometida con la Comisión en el [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#) (PRTR); condición para recibir los fondos europeos.

3. Condicionalidad comunitaria de las políticas nacionales de reforma laboral y su gusto por los giros de lenguaje dentro de su permanente ambivalencia reguladora. Tal condicionalidad comunitaria está presente en –si no es que ha determinado– la reforma laboral, aunque no guste visualizarlo. Lo estuvo en la de 2012 y lo está en la de 2021 (tiene más de relegitimación social de aquella que de corrección), pendiendo siempre de los «euro-millones».

En la primera, dominada por la estabilidad financiera y sus «leyes de austeridad», la reforma laboral venía exigida para recibir los «créditos del (no) rescate financiero», y la filosofía dominante era el «valor de la flexiguridad» (fórmula mágica: flexibilidad, incluso de salida, facilitando la protección social de las personas en su transición hacia un nuevo empleo). En la segunda, marcada por el mecanismo de recuperación y resiliencia –[Reglamento \(UE\) 2021/241](#)–, la reforma venía condicionada para recibir los fondos Next Generation conforme al citado PRTR. Ya no se habla de flexiguridad, la fórmula ahora es el «valor de la resiliencia». El mercado y las relaciones de trabajo deben ser –como todo– «resilientes» para abordar equilibradamente las transiciones (digital y verde) privilegiando la flexibilidad incluyente.

En esta dirección transicional –dice el preámbulo de la [ley de reforma laboral](#)– hacia regulaciones justas, los mecanismos «estrella» desplazan las expresiones «viejas», por sus connotaciones político-sociales negativas, como «reconversiones industriales». Ahora se busca una imagen más positiva y equilibrada. Sería el caso del «Mecanismo RED» ([art. 47 bis Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–), llamado de flexibilidad y estabilización (RED-FE). Concebidos para desplazar la técnica del «ERTE-COVID», su «herencia virtuosa», la nueva emergencia inflacionaria (crisis energética, crisis bélica) impulsaría una (enésima) regulación urgente en espera de desarrollo reglamentario normalizado. Así lo prevé la [disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 4/2022, de 15 de marzo](#), por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía (su [disp. adic. quinta](#) prevé la constitución del Fondo para el sistema RED-FE; y su [disp. trans. cuarta](#), el régimen provisional hasta que se dote; la [disp. trans. tercera](#) establece el régimen provisional para la protección de las personas trabajadoras en esta situación). Ha sido activado solo, por ahora, para el sector de las agencias de viajes ([Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo](#)), si bien son más los sectores que anhelan su aplicación, más allá de las situaciones de emergencia, ante los efectos disruptivos en el empleo de las transiciones digital y verde (por ejemplo, electrificación del sector del automóvil).

Algo similar cabría decir de una figura de léxico tradicional, pero semántica tan ampliada que pareciera otra (icono objeto del deseo, cuando antes entraba en la cadena de precariedad): fijeza (estabilidad), pero –recuerda la [STS 951/2020, de 28 de octubre](#)– discontinua (flexibilidad). El efecto estadístico ha emergido: la contratación indefinida crece exponencial-

El efecto estadístico ha emergido: la contratación indefinida crece exponencialmente. Pero ¿fijeza equivale a estabilidad y/o no precariedad?

mente y en sectores tradicionalmente refractarios (construcción, hostelería, agricultura), unos (los más) indefinidos parciales, otros (algo menos de momento) discontinuos. Pero ¿fijeza equivale a estabilidad y/o no precariedad? Otros datos lo cuestionan ([los contratos indefinidos tuvieron, hasta 2019, una media de duración de 1 año](#)). Tampoco debe tener claro el Gobierno este «efecto milagro jurídico-laboral», cuando, en vez de confiar en la duración suficiente de este contrato para generar una protección contributiva, mejora su protección asistencial (y la compatibilidad con el subsidio para las personas mayores de 52 años)². Ni los sindicatos, cuando, sabedores de la jurisprudencia ([STS 730/2020, de 30 de julio](#): la indemnización de despido se calcula conforme al tiempo de servicios efectivos), buscan ahora en la negociación colectiva una mejora difusa en la ley, un [derecho indemnizatorio atendiendo a la antigüedad del vínculo, no al trabajo efectivo](#) (por cierto, la [STS 216/2022, de 9 de marzo](#), excluye los salarios de tramitación en periodos de inactividad entre cursos escolares para una trabajadora fija discontinua indefinida no fija).

4. De la flexiguridad a la «resiliencia laboral» para afrontar continuas transiciones: ¿cambio léxico o semántico? En el escenario apenas brevemente descrito ¿ha quedado atrás esa política normativa de «flexiguridad laboral», que terminó desviada hacia la precariedad y/o a la protección asistencial, en favor de otra de garantías de «resiliencia laboral», que reconduce la flexibilidad interna a condiciones de seguridad (estabilidad contractual, protección social suficiente)? Ya se apuntó el peso de la condicionalidad (monetaria) comunitaria en el «espíritu de concertación» social para el acuerdo, hasta hacer perder toda esperanza de contrarreforma laboral, también de inmovilismo, ante las tasas inaceptables de precariedad que acumulaba nuestro «mercado de trabajo», que exigía reequilibrar la flexibilidad de gestión empresarial con la seguridad (ocupacional y económica) laboral (y de protección social). ¿Cómo hacerlo?

La técnica seguida es clara –las reglas resultantes menos–: lo que se veía imposible de conciliar se descartó (por ejemplo, despido; aspectos estructurales de la negociación

² En aplicación de la [disposición final sexta del Real Decreto-Ley 32/2021](#), y efectos desde el 2 de marzo de este año, el [Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo](#), les garantiza el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y derechos que el resto de personas asalariadas ([disp. final sexta RDL 32/2021, de 28 de diciembre](#); arts. 277 y 280 LGSS; y [disp. trans. cuarta RDL 3/2022, de 1 de marzo](#)).

colectiva); aquello en que se coincidía en la necesidad de reformar, pero no en el modo, se dejaba abierto, a través de formulaciones textuales deliberadamente ambiguas, para que los desarrollos aplicativos posteriores concretaran la regla, incierta e imprevisible. De ahí que el texto pudiera ser aceptado por todas las partes, porque cada una lee en él lo

que quería entender. Ya dirán los tribunales y/o la negociación colectiva. Este funcionalismo lingüístico, en ocasiones incluso «neolenguaje funcionalista», en la construcción de los textos normativos, de reforma laboral y de emergencia, está muy presente, como se esbozó en el [editorial del número anterior](#), en la construcción de los textos jurídicos del [Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre](#), de medidas urgentes para la reforma laboral, la «garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo».

Sin duda, junto a su técnica de producción legislativa aluvional, serán (ya lo están siendo) fuente de numerosos problemas aplicativos, ante los laberínticos dilemas de interpretación que crean. Un ejemplo de gran interés es la [STS 56/2022, de 20 de enero](#). Esta sentencia (confirma la [STS 564/2021, de 21 de mayo](#)) revoca el fundado criterio de la Audiencia Nacional (AN), según el cual el plazo para recurrir en alzada la resolución administrativa que rechaza autorizar un ERTE/COVID-19 por causa de fuerza mayor no se vio afectado por la suspensión prevista en la [disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo](#). A juicio del Alto Tribunal, esa interpretación resultaría la correcta, incluso la más coherente con la regla especial de la [disposición adicional novena del Real Decreto-Ley 8/2020](#). Pero, a su entender, esta regla está afectada por aquella disposición adicional octava, aunque ni la AN ni las partes la invocaron, por lo que el día inicial del cómputo de plazo general de 1 mes ([art. 122.1 Ley 39/2015](#)) para interponer aquel recurso debe situarse en el día hábil siguiente a la finalización del estado de alarma. Para el TS, esta omisión ilustra los laberintos interpretativos a los que aboca la técnica aluvional de la emergencia.

Estos usos de funcionalismo léxico jurídico-laboral y sus dilemas interpretativos se agudizan en la larga secuencia de «leyes de urgencia», ahora a raíz de la emergencia por la altísima inflación y la guerra de Ucrania (invasión de Rusia). Aunque, a juzgar por ciertas medidas laborales (además de la propia denominación) del citado [Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo](#), parece que esta nueva emergencia reaviva el gusto gubernamental por esta senda de (inquietantes) juegos lingüísticos, perpetuando técnicas legales que dicen fijar una regla (por ejemplo, prohibitiva), pero realmente funciona de otro modo (elevación de su coste como efecto disuasorio –incentivo negativo–), con la consiguiente pérdida de certeza jurídica. Sería el caso, por ejemplo, de su [artículo 44](#), que lleva el melifluido título de «Medidas en el ámbito laboral», bajo el que se prevén dos conocidas «garantías de mantenimiento de empleo»:

Este funcionalismo lingüístico, junto a su técnica aluvional, serán fuente de numerosos problemas aplicativos, ante los laberínticos dilemas de interpretación que crean

- En las empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. De incumplirlo, deberán reintegrarlas.
- Las empresas que se acojan a las medidas de regulación temporal de empleo [ex artículo 47 del ET](#) por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se benefician de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

5. ¿Por qué anunciar prohibiciones de despedir que luego el texto legal renuncia a formular sin ambages, prefiriendo fórmulas elípticas? Ni el descomunal aumento de costes energéticos ni las dificultades generadas a las empresas por la invasión de Ucrania, en este caso si se opta por los mecanismos de regulación temporal de empleo (ERTE), podrán tenerse como causas para realizar despidos objetivos. La CEOE denuncia que se trata de un auténtico «[veto a la potestad de despedir](#)» que desequilibra las reglas del juego pactadas en la reforma laboral, que abre opciones, no limita la libertad empresarial de despedir ([STS 330/2021, de 17 de marzo](#)).

Ni el descomunal aumento de costes energéticos ni las dificultades por la invasión de Ucrania podrán tenerse como causas para realizar despidos objetivos

Pero ¿es realmente así? ¿Son garantías temporales de empleo que prohíben el despido atendiendo a nuevas causas «coyunturales» con la consecuencia de la nulidad? Dejando de lado, en el primer caso, las vías elusivas de esta eventual prohibición para despedir, compatibilizando las dos medidas (ayudas y despido), como la exigencia de que se trate de ayudas «directas» (por ejemplo, [art. 25](#)), o que la causa se vincule al sobrecoste energético, lo más llamativo es que se fije como única consecuencia el reintegro de las ayudas (en línea con la [disp. adic. cuatragésima cuarta.10 LGSS](#)), sin referencia a la calificación del despido.

Pero ¿es realmente así? ¿Son garantías temporales de empleo que prohíben el despido atendiendo a nuevas causas «coyunturales» con la consecuencia de la nulidad?

Desde luego, la desvinculación normativa entre este tipo de garantías de empleo y la calificación del despido, limitando las consecuencias a la devolución de los beneficios recibidos, aunque discutida y discutible, es, para la [disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020](#), la asumida por la doctrina administrativa (Dirección General de Trabajo) y doctrina jurisprudencial, siendo la más extendida en la doctrina judicial (entre otras: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de [Madrid 716/2021, de 18 de noviembre](#); de [Castilla y León/Valladolid de 30 de noviembre de 2021, rec. 2000/2021](#); y de [Navarra 206/2021, de 24 de junio](#)). En consecuencia, es difícil entender (salvo opción meramente política o prejuicio) que se esté ante auténticas prohibiciones de despedir, cuando se trata de garantías que no afectan a la calificación del despido, siendo medidas

de incentivo de una determinada opción de gestión empresarial (el favor por la gestión de flexibilidad interna) y desincentivación (ni siquiera auténtica penalización, por cuanto implica devolución de lo percibido de forma indebida, por insolidaria) de la alternativa (libre ejercicio de la flexibilidad externa).

Más incierta y difusa es incluso la segunda garantía de empleo basada en una pretendida prohibición de despido (veto legal). A las todavía mayores incógnitas interpretativas que acumula (no se fija plazo de vigencia de la medida –se entiende que se vincula a la duración incierta de la guerra de Ucrania–, difuso es el concepto de «apoyo público» que se agrega como una condición para que juegue la obligación de no utilizar el despido objetivo, incierta es la propia causa relativa a la «guerra de Ucrania», etc.), suma otra fuente de inseguridad, la omisión del efecto del incumplimiento. Pareciera que, si se hace coincidir con las reglas comunes de despedir pese a beneficiarse de un ERTE *ex artículo 47 del ET* con beneficios públicos, poco o nada añadiría la previsión legal, que no tendría más valor que el pedagógico o simbólico, por lo que habría que pensar que algo distinto ha querido decir. ¿Subyace tácita la regla prohibitiva de despedir en sentido propio?

Desde luego da aliento al sector doctrinal favorable a defender en todo este tipo de garantías una neta prohibición-veto de despido, con la consecuencia de la nulidad, a intensificar los argumentos en tal orientación, pues sería la única garantía de «efecto útil» para «proteger el empleo de manera suficiente», reza la exposición de motivos. Pero, si así fuese, como parece razonable, ¿por qué silencia la (disfuncional) experiencia arrastrada con el –análogo– *artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020* y vuelve a una expresión elíptica («no podrán utilizar»), evitando la directa, generadora de certeza, prefiriendo la duda? En este caso, la deliberada ambigüedad de la norma no procede de la necesidad de mantener la dualidad de calificaciones (improcedencia, nulidad) para hacer factible el acuerdo, porque esta norma de urgencia ha prescindido del diálogo social. Pero no solo al Gobierno le «quema» afrontar de forma directa, sin ambages, tan crucial cuestión.

En efecto, también al TS, a juzgar por la «larga cambiada» que ha seguido en la *STS 168/2022, de 22 de febrero*. El recurso de casación ordinaria por parte de la empresa fue directo en relación con un despido colectivo declarado nulo por la sala vasca, porque habría vulnerado el *artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020* (recuérdese que el TSJ del País Vasco, junto con el de Asturias, es el único que defiende tal nulidad, frente a la improcedencia de la práctica totalidad). Pues bien, el TS elude la pretensión principal, asumiendo la subsidiaria de nulidad por la violación de la garantía de indemnidad *ex artículo 24 de la Constitución española* (CE), hasta el punto de considerar «irrelevante» la principal (FJ 7.º). Difícil entender esta visión del TS, ante la enorme inseguridad que pesa sobre esta materia y la desigual solución que reciben decisiones análogas en los diferentes territorios bajo un mismo derecho.

6. Ley del péndulo: del despido objetivo como técnica de gestión normalizada a «palabra tabú» en las «leyes de urgencia» pos-COVID-19. Que la regulación del momento (siempre delicado y que exige una regulación especialmente cuidada y equilibrada) de terminación de las relaciones de trabajo, incluso indefinidas, «quema» en las leyes laborales tras la pandemia es una evidencia y encuentra numerosas manifestaciones en los textos legales. Por supuesto no aludimos a las referidas garantías de mantenimiento del empleo, sin perjuicio de las comentadas ambigüedades (deliberadas, para conseguir que sea posible el pacto entre posiciones contrarias) de sus textos y que vienen repitiéndose desde los Reales Decretos-Leyes 8 y 9/2020 (incluido el [RDL 2/2022, de 22 de febrero](#)). Ahora se trata de traer de nuevo el dictado del [artículo 16.6 del ET](#).

La regulación del momento de terminación de las relaciones de trabajo «quema» en las leyes laborales tras la pandemia

te cuidada y equilibrada) de terminación de las relaciones de trabajo, incluso indefinidas, «quema» en las leyes laborales tras la pandemia es una evidencia y encuentra numerosas manifestaciones en los textos legales. Por supuesto no aludimos a las referidas garantías de mantenimiento del empleo, sin perjuicio de las comentadas ambigüedades (deliberadas, para conseguir que sea posible el pacto entre posiciones contrarias) de sus textos y que vienen repitiéndose desde los Reales Decretos-Leyes 8 y 9/2020 (incluido el [RDL 2/2022, de 22 de febrero](#)). Ahora se trata de traer de nuevo el dictado del [artículo 16.6 del ET](#).

Su enunciado normativo abre una expectativa de derecho indemnizatorio muy mejorado respecto del derecho actual para el eventual despido objetivo de la persona fija discontinua («tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados»). Pero, de inmediato, el propio texto legal diluye esa esperanza, o la ensombrece. Para lo cual se elige una fórmula elíptica, a sabiendas de que la jurisprudencia social mantiene esa exclusión, lanzando un mensaje de rectificación una parte, la sindical, y un mensaje de conservación la empresarial: «con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza» proporcional (con objetividad y transparencia).

No es una opción de técnica legislativa aislada. No tan mediática, ni absurda, como sí fue en el caso de los «caseteros de la Feria de Abril» de Sevilla, las universidades se movilizaron para reivindicar también un «régimen contractual especial», un «traje a medida», que permitiera «escapar» de la (pretendida) rigidez contractual de la reforma, al prohibir el contrato más usual (y abusado, dígase sin tapujos): el contrato de obra o servicio determinado. Ni el contrato indefinido ordinario ni el contrato fijo discontinuo, ni siquiera alguna modalidad indefinida *ad hoc*, les servía para transitar por la senda de la estabilidad pretendida por la reforma laboral, no por inadecuación contractual, sino por dos grupos de razones.

El primero administrativo-presupuestario (límites de la masa salarial, necesidades de autorización para superar las tasas de reposición, etc.). El segundo típicamente contractual: no disponían (ni disponen) de causa objetiva fiable o cierta para el cese si, pese a la indefinición, fuese necesaria su extinción (despido no disciplinario). Pues bien, ¿qué respuesta han recibido?

Anticipando una modalidad de contrato de trabajo investigador indefinido *ad hoc* que se recogerá en la reforma de la «Ley de la ciencia», en trámite parlamentario, y una vez liberada del primer grupo de obstáculos indicado (estos contratos de actividades científico-técnicas ni forman parte de la oferta de empleo público ex [art. 70 Estatuto Básico del](#)

Empleado Público –EBEP–, ni su convocatoria, pública –aún menos polémica que la triple vía ahora abierta por el [RD 270/2022, de 12 de abril](#)–, estará limitada por la masa salarial del personal laboral, ni los procesos selectivos requieren autorización previa de Hacienda), el [apartado 4 de su nuevo artículo 23 bis](#) introducido por el Real Decreto-Ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, trata de resolver el segundo. A tal fin, dice lo siguiente, una vez ha remitido como derecho supletorio (en lo no previsto en el artículo) tanto al EBEP como al ET para determinar sus derechos y obligaciones: «correspondiendo al personal contratado la indemnización [...] procedente tras la finalización de la relación laboral».

Después de 30 años de afanado estudio del derecho del trabajo, no debería ser difícil saber cuál es esa indemnización «correspondiente a la finalización de la relación de trabajo» indefinida del personal investigador contratado por las universidades y otros centros de investigación pública. Cierto, pero reconozco mis dificultades (así como las de otros/as colegas mucho más autorizados/as que yo en este ámbito) para hacerlo; quizás quien ha incluido esta cláusula genérica (la típica remisión a las «generales de la ley») tampoco lo tiene claro, por eso ha preferido una fórmula tan elíptica, dejando la concreción, una vez más, a la conflictividad judicial. La diferencia es que la ley sí es competente para dar una solución cierta, que es lo que se espera de ella ex [artículo 9.1 de la CE](#). ¿Por qué hay dudas?

En primer lugar, porque la causa objetiva extintiva más apropiada a su objeto, el fin de la financiación extrapresupuestaria (convocatoria pública externa o financiación *ad hoc* interna) que permite la celebración del contrato (la investigación es actividad continua, permanente, pero la financiación es discontinua, inestable), está prevista en el [artículo 52 e\) del ET](#), sí. Pero de su ámbito de aplicación solo se incluyen las entidades sin ánimo de lucro, sin que las Administraciones públicas puedan tenerse propiamente como tales, pues se excluyeron expresamente en la reforma de 2001, tras haber estado incluidas. Entonces, cabría reconducir la situación por la vía de los despidos objetivos ex [artículo 52 c\) del ET](#) (causa económica) y, en su caso, colectivos, según el número. Sin embargo, como ya se explicó en el [anterior editorial](#), la [disposición adicional decimosexta del ET](#) que autorizaba tal posibilidad fue expresamente derogada por la reforma laboral. ¿Significa eso que una vez derogado el régimen especial queda expedito el régimen común o la voluntad de la ley es excluir a las Administraciones públicas del recurso al despido por causas de interés empresarial, no ya solo los colectivos, sino también los despidos objetivos, garantizando –como modelo de regulación ejemplar del nuevo mercado de trabajo estable alentado por la reforma– la estabilidad a toda costa, pese a que no existe en nuestro derecho una obligación legal de recolocación en casos de ceses objetivos –[STS 247/2022, de 22 de marzo](#)–? Finalmente, siempre quedaría la vía de la condición resolutoria expresa (no tácita) ex [artículo 49.1 b\) del ET](#), siempre que no sean «manifiestamente abusivas» por parte de la entidad empleadora, tal y como preconiza un autorizado sector doctrinal, fijando la indemnización en cuantía idéntica a un despido objetivo.

No comparto esta última tesis, a mi juicio muy peligrosa e incierta en general, más en un ámbito de empleo público, con limitaciones adicionales en el establecimiento de condiciones resolutorias. Pero, en todo caso, ¿no hubiera sido más sencillo y cierto llamar a las cosas por su nombre y fijar con seguridad el derecho que se quiere atribuir –o, al contrario,

¿No hubiera sido más sencillo y cierto llamar a las cosas por su nombre y fijar con seguridad el derecho que se quiere atribuir –o, al contrario, excepcionar–?

excepcionar–? Incluso en el único caso en el que la regulación de una «nueva modalidad de contrato indefinido» (o al menos en apariencia), el «contrato indefinido adscrito a obra» ([disp. adic. tercera Ley 32/2006, de 18 de octubre](#), reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción), articula su particularidad principal prácticamente solo atendiendo a las causas de extinción, agrupadas en su heterogeneidad bajo la etiqueta unitaria de «motivos inherentes a la persona trabajadora», las cosas reales (semántica del lenguaje jurídico) son lo que parecen léxicamente. Así, como ya expuse en el [editorial precedente](#), ni todas las causas extintivas son «inherentes a la persona», incluye también razones de empresa (exceso de personal cualificado –esta parece poco probable ante la escasez de personal cualificado–, inexistencia de nueva obra en la misma provincia acorde a la cualificación), ni está adscrito a una obra, sino a varias, ni, en última instancia, el término indefinido es muy confiable, porque responde más bien a una construcción artificial (lingüística) que salvara, más estética y estadística que realmente, la espada de Damocles comunitaria que pesaba (y ahora aún pesa más) sobre él ([Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19](#)), en lo que coincide prácticamente toda la doctrina.

7. ¿Los términos «plazas de toros» y «artista taurino» dejan de existir para la relación laboral especial de personas artistas y técnicas auxiliares?

Me gustaría, pero no puedo seguir profundizando en tan llamativa relación de las leyes de urgencia con cuestiones lingüísticas que, no hay duda, esconden opciones políticas e ideológico-culturales muy determinadas –no se trata solo de un goteo de casos episódicos y aislados, sino que, a mi juicio, construyen categoría general–. Sí mencionaré, aunque brevemente, uno de los conflictos interpretativos abiertos por el [Real Decreto-Ley 5/2022, de 22 de marzo](#), por el que se adapta el régimen de la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector. Me refiero a la polémica abierta en torno al borrado normativo del término «plazas de toros», ahora «plazas», a secas, y de «personal taurino», que deja de nominarse como «personal artista».

Por supuesto, soy consciente que ni es el único ni es el más relevante. Claro, enjundia mayor tiene la (velada) nueva revisión legal (cronológicamente la primera, la segunda sería la citada del contrato de investigación;

Polémica abierta en torno al borrado normativo del término «plazas de toros», ahora «plazas», a secas

seguramente para la patronal el [art. 44 RDL 6/2022](#) también lo sería –no para el Gobierno, que sería continuidad del [art. 47 ET](#)–) de la reforma laboral que suponen las ventanas de temporalidad que se abren con esta norma de urgencia a través del nuevo contrato temporal del modificado [artículo 5 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto](#). Este contrato se desvincula de las causas del [artículo 15 del ET](#), no de sus reglas de encadenamiento de contratos (sigue así la doctrina jurisprudencial: [STS 870/2021, de 8 de septiembre](#)), exigiendo también la modificación de su [artículo 10](#) (extinción), en la medida en que la nueva causa de temporalidad asociada generosamente a la duración real de la obra artística y sus eventuales prórrogas (incluso por periodos superiores a 18 meses) exige adecuar el indemnizatorio por cese de contrato temporal (12 días por año –20 en caso de duración superior a 18 meses–), y con la inclusión del personal auxiliar y técnico también «por el tiempo que duren las distintas fases de la producción» y, en consecuencia, sin una limitación temporal determinada (sí determinable) del contrato (es evidente que recuerda mucho a los contratos de obra o servicio).

Una vez más, como en el caso del llamado «contrato indefinido adscrito a obra», no van a ser pacíficas sus relaciones con la –orillada– [Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio](#), por más que los contratos artísticos temporales superiores a 18 meses («imposibles» bajo el nuevo régimen común ex [art. 15 ET](#)) vean equiparada la indemnización de cese al despido objetivo. Pero, decía, no pretendo hablar de todo esto (tampoco de las diversas cuestiones que suscita el régimen especial de cotización –[art. 32 Reglamento general de cotización](#)–, la exclusión del régimen de penalización de los contratos inferiores a 1 mes ex [art. 151.3 LGSS](#), ni de los anuncios de mejora del sistema de cotización de artistas que ejercen por cuenta propia y quedan incluidos en el ámbito del régimen especial de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, pendientes de una reforma mayor). Lo que me resulta atractivo, desde la lógica general que alienta este editorial, es que, en un escenario de delimitación más amplia que antes, el nuevo régimen haya silenciado, en cambio, como apuntaba *ut supra*, una de las más viejas señas de identidad «cultural» española, guste o no (confieso que yo nunca he visto una corrida de toros ni tengo interés): el mundo del toro de lidia y sus «profesionales».

Llueve sobre mojado. Las corridas de toros están vetadas en diversas comunidades autónomas (pese al aval de la [Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016](#), que considera esa cuestión competencia estatal) y han sido excluidos –con buen criterio– los espectáculos taurinos del «bono cultural juvenil» ([RD 210/2022, de 22 de marzo](#)), pese a tener reconocida la condición de «patrimonio cultural» (por ejemplo, [Ley 18/2013, de 12 de noviembre](#)), de ahí que el sector denuncie censura cultural y «discriminación ideológica». En tanto, crece el «nuevo espíritu del tiempo de protección animalista». En este crítico escenario, ¿ha tocado el turno de su exclusión del ámbito de aplicación del régimen laboral especial, una vez que las plazas de toros pierden su calificativo en la norma? ¿Es la lógica

¿Es la lógica continuidad del «desamparo de protección social extraordinaria» que sufrió en tiempos de pandemia?

continuidad del «[desamparo](#) de protección social extraordinaria» que sufrió en tiempos de pandemia, quedando ahora en un «limbo jurídico» o privado de régimen especial para caer en el régimen común? A mi juicio, descartando que haya limbos jurídicos y reconociendo una vez más el efecto incertidumbre jurídico-laboral creado por un «juego lingüístico» que esconde una opción ideológico-cultural, también política, no hay cambio real, la norma permite incluirlos en conceptos definidos ampliamente (plazas, espectáculos públicos, artes escénicas, inclusión en convenios colectivos –la tauromaquia sigue teniendo un [convenio colectivo nacional taurino](#)–), ni creo fuese la voluntad real del Gobierno. Ese se conforma, de momento, con borrar el nombre de la norma, [dejando que sean –una vez más– los tribunales los que decidan el fondo](#).

8. Ser (persona trabajadora indefinida) y/o no ser (precaria) al mismo tiempo, esa es la genuina misión pendiente de la reforma laboral, más allá del efecto estadístico. «Ser» persona trabajadora indefinida, aunque sea a efectos estadísticos, pero «no ser» realmente «estable» y libre de precariedad (e inestabilidad, o discontinuidad). «Ser» persona en una situación legal de desempleo, pero «no ser» desempleada, a efectos estadísticos, por mandato legal; «ser» persona investigadora con contratación indefinida, pero «no saber» por qué causa se extinguirá ni cuál es su indemnización; «ser» profesional taurino, pero «no ser artista», porque la ley de urgencia ya no se siente a gusto con el nombre, etc. Como vemos, muchos, demasiados dilemas de la reforma laboral, sus precedentes de emergencia y sus secuelas y revisiones (aún veladas). Dicen que [«el mundo se ha vuelto más oscuro»](#), yo diría que también laberíntico, lamentablemente las normas laborales y sociales contribuyen cada vez más a ambos vicios, en vez de ahuyentarlos.

Dicen que «el mundo se ha vuelto más oscuro», yo diría que también laberíntico, lamentablemente las normas laborales y sociales contribuyen cada vez más a ambos vicios, en vez de ahuyentarlos

Termino (o casi) con una recomendación literaria para comprender mejor el mundo anti-nómico, más bien paradójico, en el que nos movemos. *Curling*, de Yaiza Berrocal Guevara, es una novela satírica y de costumbrismo lisérgico o alucinógeno que narra una distopía laboral, a través de las peripecias de Eusebio Morcillo en el Gran Teatro del Walhall. Este acaba de reabrir sus puertas y, con el objetivo de llevar a las personas espectadoras a cotas de placer nunca alcanzadas, hace que la dirección no escatime en medios, aliente formaciones laborales y absurdos neolenguajes, para garantizar el goce de sus clientes por encima de todo. Pues bien, en este lenguaje funcional, los salarios son solo «presen-tes monetarios», porque las retribuciones dependen de la felicidad de la clientela. También rechazan las propinas, porque, además de traslucir una relación mercantil que altera el disfrute de la persona espectadora (por cierto, para la [STS, Sala 3.ª, 692/2021, de 17 de mayo](#), el «tronco de propinas» en casinos integra la base de cotización, pues no es donación, y para la [STS 635/2021, de 17 de junio](#), una empresa de restauración no puede prohibir la aceptación de propinas de sus clientes al considerar que constituye una modificación

sustancial de condiciones de trabajo que debe seguir la vía del [art. 41 ET](#)), no debe haber más pago que ver disfrutar a la clientela. No se dice tampoco la palabra «empresa», porque prefieren ser como «una gran familia» (por ejemplo, paradigma de la película *El buen patrón*), y a las personas trabajadoras de espíritu reivindicativo (sindicalista) se las tilda de «personas tóxicas», porque convierten la energía en tristeza o rabia y hacen «pensar demasiado y perder el rumbo».

¿Ciencia jurídica laboral-ficción distópica? Si piensan en las peripecias (y dificultades) del sindicalismo y el mundo del trabajo en el buque insignia del nuevo mundo digitalizado, [Amazon](#), no parece tan alejado de la realidad, y no solo norteamericana. Y si reparan en algunas de las reformas alentadas en el sistema educativo, en las que el pensar crítico se diluye y la filosofía se difumina en el concepto de «buena persona ciudadana», difícil no coincidir con Fernando Savater al denunciar: «[Estos planes de estudios son *El florido pensil de esta generación*](#). La esperanza que tengo es que los alumnos acaben odiándolos, como cuando en nuestra época nos obligaron a estudiar el imperio y nos volvimos antifranquistas».

Veremos. En todo caso, la ideología y sus usos lingüísticos son constante del derecho en general y del derecho del trabajo en particular, pues, en última instancia, como institución cultural, convencionalmente creada, es un producto de la historia y no puede vivir al margen de su tiempo. Eso sí, tal constatación es compatible, por imperativo constitucional y racional, con una legislación que promueva, no entorpezca o agrave, la complejidad del mundo (aquí de la economía y del trabajo) y sus incertidumbres, cuando de las fuentes del derecho se debe esperar seguridad de las reglas (léxico jurídico) y previsibilidad de su significado (semántica de la palabra normativa).

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2022). «Ideología» y «lenguaje» en las leyes de la emergencia continua: aluvión legal, (deliberados) laberintos interpretativos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 5-18.

Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor agregado y TU acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat Oberta de Catalunya (UOC) (España)

ibeltran_de_heredia@uoc.edu | <https://orcid.org/0000-0002-4218-7569>

Extracto

El propósito de este trabajo es abordar la estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público, tomando como referencia el contenido de la disposición adicional séptima de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. La oportunidad del estudio radica en el elevado número de entidades y personas trabajadoras potencialmente afectadas y las dudas que suscita su aplicación. A partir de la extensión jurisprudencial de los principios de acceso al empleo público a estos entes, el estudio defiende que el personal contratado como «indefinido», sin seguir los citados principios, debe ser calificado como indefinido no fijo y, por consiguiente, junto con el resto de personal con contratos temporales e indefinidos no fijos –declarados o no–, debe someterse al proceso de estabilización que describe la citada ley. El estudio de las circunstancias que ya no motivan la condición de indefinido no fijo (como los casos de reversión *ex art. 44* Estatuto de los Trabajadores), así como la naturaleza jurídica de esta controvertida figura, también centran parte del análisis. Y en el segundo caso porque la existencia de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestionando esta respuesta jurisprudencial frente al abuso en la temporalidad puede condicionar los procesos de estabilización que eventualmente puedan estar en marcha. El trabajo también pone el foco de atención en el impacto de las reformas de 2021 (en el Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto de los Trabajadores) en estas entidades, así como en las reglas de estabilización comunes (para todos los entes) contenidas en el artículo 2 y las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021 y su posible adaptación a las entidades objeto de estudio.

Palabras clave: sociedades públicas empresariales; estabilización; empleo temporal; indefinidos no fijos; Directiva 1999/70; Ley 20/2021; Real Decreto-Ley 32/2021.

Recibido: 21-02-2022 / Aceptado: 14-03-2022

Cómo citar: Beltran de Heredia Ruiz, I. (2022). Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 19-45.



Law 20/2021 and stabilization public companies, public business entities, public sector foundations and public sector consortia

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Abstract

The purpose of this paper is to analyse the stabilization of the personnel of public companies, public business entities, public sector foundations and public sector consortia, based on the seventh additional disposition of Law 20/2021, on urgent measures for the reduction of temporality in public employment. The opportunity of the study lies in the high number of entities and workers potentially affected and the doubts raised by its application to these entities. Based on the jurisprudential extension of the principles of access to public employment to these entities, the study defends that a worker hired as «indefinite», without following the aforementioned principles, should be classified as non-permanent workers of indefinite duration and, therefore, along with the rest of temporary and indefinite non-permanent workers –declared or not–, must undergo the stabilization process described in the aforementioned law. The study of the circumstances that no longer motivate the condition of indefinite non-permanent worker (such as cases of resumption *ex art. 44* of the Workers' Statute), as well as the concept of this controversial figure also focuses part of the analysis. And in the second case, specially, because the existence of several preliminary rulings questioning this jurisprudential solution to temporary abuse might condition the stabilization processes underway. The work also analyses the impact of 2021 legal amendments on the Basic Statute of the Public Employee and the Workers' Statute and if the stabilization rules fixed by Law 20/2021 should be adapted in the case of these public corporations.

Keywords: public companies; stabilization; temporary employment; non-permanent workers of indefinite duration; Directive 1999/70; Law 20/2021; Royal Decree-Law 32/2021.

Citation: Beltran de Heredia Ruiz, I. (2022). Law 20/2021 and stabilization public companies, public business entities, public sector foundations and public sector consortia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 19-45.



Sumario

1. Presentación
 2. Entes no incluidos en el artículo 2 del EBEP y sujeción a los requisitos de acceso al empleo público
 - 2.1. La extensión temporal de la calificación de personal indefinido no fijo
 - 2.2. El reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo
 - 2.3. Circunstancias que precipitan la «fijeza» (y no la condición de indefinido no fijo): la reversión ex artículo 44 del ET y los «aprobados sin plaza»
 3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo?
 4. El proceso de estabilización de la Ley 20/2021
 5. La extinción del personal que no supere o no se presente al proceso de estabilización
 6. La condición de personal indefinido no fijo en sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público a partir de las reformas de 2021
 7. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Presentación

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, tiene por objeto reducir la tasa de temporalidad del sector público. Este proceso de estabilización es el cuarto desde el 2007, tras el establecido en el propio Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (disp. trans. cuarta –hoy todavía vigente–, Boltaina Bosch, 2021a, p. 13), los previstos en las leyes de presupuestos de 2017 y 2018 (respectivamente, art. 19.Uno.6 Ley 3/2017 y art. 19.Uno.9 Ley 6/2018).

El propósito de este trabajo es abordar el proceso de estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y fundaciones y consorcios del sector público. Especialmente porque, a través de la disposición adicional séptima de la Ley 20/2021, tales reglas de estabilización también se extienden a estos entes. Dado que su número es elevado (pues tiene una afectación estatal, autonómica y local), es obvio que las personas empleadas potencialmente afectadas también lo son. No obstante, la cuestión es particularmente compleja por varios factores. En primer lugar, por las dudas que suscita la aplicación de la propia Ley 20/2021. En segundo lugar, por la nula previsión de reglas específicas para estas entidades (y debe dilucidarse si ello es un obstáculo o no). Y, en tercer lugar, porque la Sala IV del Tribunal Supremo (TS) ha cambiado de criterio y ha extendido el régimen de acceso al empleo previsto en la disposición adicional primera del EBEP a todas estas entidades. Este giro interpretativo es trascendente en este campo, no solo porque amplía el «ámbito de juego» de la discutida figura de las personas indefinidas no fijas (INF), sino también (y, quizás, especialmente) porque suscita la cuestión de cómo debe ser calificado el personal que ha sido contratado como «indefinido», pero sin seguir los principios de acceso al empleo público. Es obvio que esta cuestión es determinante, pues, a los efectos de la estabilización, junto a las personas trabajadoras que tengan la condición de «temporales», debe dilucidarse cuántas son INF (declaradas o no) y, por consiguiente, del sumatorio resultante, cuántas personas deben ser efectivamente «estabilizadas». La alineación de la jurisprudencia a la doctrina del asunto Correia Moreira es otro de los vectores de la matriz, pues la plantilla subrogada a resultas de un proceso de reversión de acuerdo con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) desde el sector privado hacia alguna de las entidades descritas en la disposición adicional primera del EBEP ya no puede ser calificada como INF, sino como «fija». La particularidad del caso es que esta «fijeza» está condicionada y, por consiguiente, parece que, pese al cambio, la naturaleza INF permanece latente. En paralelo, la existencia, al cierre de este trabajo, de (4) cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuestionando la figura de los INF (como respuesta adecuada para combatir el abuso y, por ende, de su naturaleza

temporal o no) y la controversia sobre el reconocimiento formal de esta condición son factores que acrecientan, si cabe, la complejidad (y, por ende, describen la oportunidad de este estudio y la necesidad de aportar propuestas interpretativas para dar una salida al mandato legal). A su vez, la interpretación de las reglas de estabilización comunes (para todos los entes) contenidas en el artículo 2 y las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021 no están exentas de discusión y, por consiguiente, también merecen una especial atención. Y, en paralelo, debe valorarse si deben ser objeto de alguna adaptación cuando se extienden a las entidades a las que hace referencia la disposición adicional séptima de la misma ley. De forma análoga, el régimen extintivo previsto para quienes no se acaben estabilizando suscita no pocas dudas (y su adecuación a algunos mandatos comunitarios no está garantizada); y, finalmente, el escenario resultante de la reforma operada por el Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021 para estos entes también podría plantear un profundo debate a la luz de los principios de acceso al empleo público.

A la vista de todo lo anterior, el itinerario expositivo de este trabajo se divide en los siguientes estadios: primero, análisis del cambio de doctrina de la Sala IV extendiendo las reglas del EBEP a estas sociedades y sus efectos sobre las contrataciones «indefinidas» ya efectuadas; segundo, delimitación de la naturaleza jurídica de la controvertida calificación de INF; tercero, a partir de lo anterior, identificación de las reglas de estabilización que describe la Ley 20/2021 aplicables a estas sociedades y al personal temporal, INF e «indefinido» contratado con esta condición con anterioridad al cambio de doctrina jurisprudencial apuntado. Finalmente, el estudio del régimen extintivo de las personas trabajadoras que no participen en el proceso de estabilización o no lo superen y, por último, el marco normativo resultante para estos entes a partir de la entrada en vigor de las novedades introducidas por el RDL 32/2021 son los aspectos que (por este orden) cierran el itinerario de este trabajo.

2. Entes no incluidos en el artículo 2 del EBEP y sujeción a los requisitos de acceso al empleo público

El TS, a partir de las Sentencias (SSTS) (2) de 18 de junio de 2020 (rec. 2811/2018; rec. 1911/2018), corrigiendo su doctrina anterior, ha establecido que, en virtud de la disposición adicional primera del EBEP, los principios de acceso al empleo público también son extensibles a las entidades y sociedades mercantiles públicas no incluidas en el artículo 2 del EBEP. Hasta entonces (en apretada síntesis), la Sala IV condicionaba la aplicación del EBEP en función de las normas constitutivas de cada una de las entidades. Así, por ejemplo, según la STS de 6 de julio de 2016 (rec. 229/2015), se había declarado que Tragsa quedaba excluida de este marco normativo (y, por consiguiente, no le era de aplicación el régimen de acceso al empleo público). Así pues, a partir del cambio de criterio de 2020 apuntado, deben respetarse los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. O, dicho de otro modo (sin perjuicio de lo que se apuntará a continuación), si no se ha superado una prueba selectiva que respete estos principios, no puede adquirirse la «fijeza».

Antes de proseguir con las derivadas de este cambio doctrinal (que ya había sido apuntado prontamente por un sector de la doctrina –entre otros, Fondevila Antolín, 2010, p. 6; o Vivero Serrano, 2009, p. 54–), conviene hacer una primera acotación de carácter propedéutico. Debe advertirse que la citada disposición adicional primera se remite específicamente a determinados preceptos del EBEP y solo a esos (arts. 52, 53, 54, 55 y 59). Por consiguiente, en el ámbito de los entes a los que hace referencia la misma, en puridad, no podría barajarse la distinción de figuras que se describen en los artículos 8.2 c) y 11.1 (esto es, «fijo» e «indefinido»), debiéndose acudir a lo previsto para el sector privado. Lo que llevaría a hablar directamente de «indefinido» en términos de la legislación laboral «no pública» (o su equivalente «fijo»), sin la carga conceptual que atesora en el sector público. A pesar de lo anterior (y sin perjuicio de lo que se apuntará posteriormente a resultas de los cambios legislativos acaecidos por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo), en las páginas que siguen y a los efectos expositivos (y, probablemente, de forma impropia como acaba de apuntarse), se seguirá acudiendo a estos términos de forma diferenciada. Especialmente, porque son los parámetros conceptuales a los que está intrínsecamente anudada la condición de INF (y, de hecho, la discusión en el contexto judicial –de forma «imprecisa»– se ha movido en esta dicotomía).

Hecha esta acotación y volviendo al cambio de doctrina jurisprudencial de 2020 apuntado, el fundamento de este criterio es la literalidad de la disposición adicional primera del EBEP que amplía el ámbito de aplicación del artículo 55 del EBEP a todas «las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». En concreto, en virtud de esta consolidada doctrina (como ha recogido, recientemente, la STS de 2 de diciembre de 2021, rec. 1620/2019):

[...] el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1.^a en relación con el art. 55.1 del EBEP. Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. La mencionada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las «entidades del sector público estatal». Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP. El concepto jurídico «entidad del sector público estatal» incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP, integran el sector público institucional.

Este criterio se ha reiterado en numerosas resoluciones de la Sala IV en sociedades (estatales y autonómicas) y fundaciones públicas (entre otras, Aena, RTVE, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Canal Isabel II, Ibanat y Tragsa)¹.

¹ Por todas, SSTS de 18 de junio y 2 de julio de 2020 (reces. 2005/2018 y 1906/2018), para Aena.

Adviértase también que la aplicación de la disposición adicional primera está condicionada a dos requisitos: que tales entidades y empresas públicas no estén incluidas en el artículo 2 del EBEP y que lo estén en el sector público de ámbito estatal, autonómico o local de acuerdo con lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (art. 2 y disp. final decimocuarta). Y, para las sociedades empresariales locales, forman parte del sector público si cumplen con alguna de las circunstancias que se describen en el artículo 2.1 d) del Real Decreto (RD) 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de estabilidad presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales. Como expone la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2019 (rec. 43/2019):

[...] las entidades del sector público estatal, autonómico y local, no incluidas en el artículo 2 del EBEP, son las entidades de derecho privadas vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas que integran el sector público conforme al art. 2.2 de la Ley 40/2015. Con arreglo a esta disposición (que ya existía en el texto legal del EBEP de 2007), pese a la exclusión del art. 2 del EBEP, sí son de aplicación a las entidades del sector público los artículos citados, y entre ellos el 55.

En paralelo, la calificación como INF en respuesta a la contratación temporal ilícita o abusiva ha sido confirmada por la STS de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019), corrigiendo ciertos aspectos de su doctrina anterior a resultados del asunto IMIDRA (Sentencia del TJUE –STJUE– de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19). Adviértase que este criterio del TJUE, en contra del sostenido en Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez (STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), ha supuesto la ratificación de la calificación de la condición de INF como respuesta a la contratación temporal abusiva. Pero no solo, pues, desde hace tiempo (y con la reciente excepción de los casos de reversión sometidos al art. 44 ET), se ha convertido en un cajón de sastre (o categoría «multiusos»), extendiéndose a aquellos supuestos en los que la estabilidad en el empleo (manifestada en la calificación de la relación como «indefinida») no ha podido desplegarse en su plenitud al impedirlo los principios de acceso al empleo público².

La aplicación de esta doctrina a las entidades a las que se refiere la disposición adicional primera del EBEP, además de afectar a las relaciones laborales temporales de carácter irregular y/o abusivo impidiendo el reconocimiento de la «fijeza», también impacta en las contrataciones «indefinidas» formalizadas sin tener en cuenta los principios de acceso al empleo público, pues todo apunta a que también deben ser calificadas como «indefinidas no fijas» (en estos términos también, Boltaina Bosch, 2021b, p. 85). Del mismo modo que

² Por ejemplo, entre otros, en casos de cesión ilegal (entre otras, SSTS de 21 de febrero de 2017, rec. 2720/2015; 23 de noviembre de 2016, rec. 91/2016), o contratación administrativa o mercantil ilícita y falsos autónomos (entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Murcia de 27 de octubre de 2020, rec. 192/2020, y de Madrid de 14 de mayo de 2020, rec. 961/2019).

se ha hecho con otras heterogéneas situaciones, el carácter «multiusos» de esta ambivalente categoría conceptual sería el más apropiado para estas situaciones (ciertamente, no parece existir otro al alcance).

2.1. La extensión temporal de la calificación de personal indefinido no fijo

Si, como se acaba de exponer, se acepta que la contratación «indefinida» debe ser calificada como INF, debe dilucidarse si este criterio es también aplicable a las contrataciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 7/2007 (cuya disp. adic. primera es idéntica a la vigente). En la determinación de este lapso temporal (y sin perjuicio de lo que se apuntará posteriormente), en términos generales, podría entenderse que el origen jurisprudencial de la figura de INF (STS de 7 de octubre de 1996, rec. 3307/1995, posteriormente confirmado en Pleno en la Sentencia de 20 de enero de 1998, rec. 317/1997) estaría estableciendo un marco temporal, en virtud del cual las contrataciones «indefinidas» en estas entidades formalizadas con anterioridad a este hito doctrinal deben ser calificadas como «fijas», a pesar de no cumplir con los requisitos de acceso (siempre que fueran exigibles).

La cuestión, por consiguiente, es cómo deben calificarse las formalizadas entre 1996 y 2007. Aspecto particularmente relevante, pues podría afectar a un número nada despreciable de personas trabajadoras. Y, para tratar de esclarecerlo, con carácter previo, debe determinarse si estas entidades estaban sujetas a los tan reiterados principios de acceso o no. Cuestión que está estrechamente vinculada a la discusión más amplia sobre la sujeción (o no) del personal laboral de la Administración a los mismos (si se entendiera que no es así, obviamente, la entrada en vigor de la disp. adic. primera Ley 7/2007 marcaría un límite infranqueable y el punto de origen para el cambio de doctrina jurisprudencial acaecido en 2020).

La doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y de la Sala IV del TS ha experimentado una evolución oscilante. En relación con el primero y confirmando lo que indirectamente se derivaba de los Autos del TC (AATC) 100/1988, 858/1988 y 273/1990, la Sentencia del TC (STC) 161/1991, relativa al Instituto Catalán de Salud (dependiente del Departament de Salut), establece que:

En efecto, mientras que en la STC 34/1984 el problema se planteaba en el ámbito de las relaciones entre particulares, en el presente caso no es así, ya que el empleador o empresario es la Administración pública, que en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE) con una interdicción expresa de arbitrariedad (art. 9.3 CE). Así pues, como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales (ATC 233/1983).

Aunque, posteriormente, la STC 281/1993 «matizó» este criterio (que reiterará en la STC 86/2004) al afirmar que:

[...] el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas, de manera que el trato discriminatorio denunciado solo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución, del que el art. 23.2 CE no es sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este tribunal, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicos (y que reiterará en la STC 86/2004).

No obstante (Limón Luque, 1990, p. 96), esto no debería llevar a la conclusión de que el personal laboral dejara de estar sujeto automáticamente a todo principio de acceso, pues, con esta reformulación, quedaría englobado en el marco del citado artículo 14 de la Constitución española (CE) (cuya *vis atractiva* ha acabado reduciendo sustancialmente el ámbito de aplicación del art. 23.2 CE) y también del artículo 103.3 de la CE.

Durante este marco temporal, la doctrina de la Sala Social del TS, por ejemplo, en el marco de la discusión sobre la contratación «irregular» en las Administraciones públicas, en una primera fase acudió a la «aplicación "extensiva" de los principios de igualdad en el acceso al empleo público y en el buen funcionamiento de la Administración» (Sala Franco, 1986 –acudiendo a la STS de 21 de diciembre de 1984, no localizada–). Posteriormente, en diversas resoluciones hasta 1989, exigió la sujeción de la contratación de los principios de acceso al empleo público (por todas, STS de 27 de noviembre de 1989, núm. 1246)³. E, incluso, lo mantuvo cuando, desde 1991 hasta 1996 (por todas, STS de 18 de marzo de 1991, núm. 233), era partidaria de sancionar la temporalidad irregular con la «fijeza»:

³ «Es reiterada la doctrina de esta sala referida a la contratación de personal y concretamente de médicos por las diversas Administraciones públicas contenida, entre otras, en Sentencias de 9 de octubre de 1985, 21 de febrero, 24 de abril, 4 de junio, 4 y 5 de julio de 1986 y 2 de marzo, 9 de abril y 13 de julio de 1987, y 7 de julio de 1988 en el sentido de que, salvo supuestos de incumplimientos especialmente cualificados, las irregularidades en que puedan incurrir las Administraciones públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.3.º de la Constitución en relación con el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, debe proveerse con arreglo a un sistema basado en los principios de mérito y capacidad como garantía del derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, según establece el art. 23.2.º del propio texto constitucional; preceptos que resultarían infringidos si, en base de las aludidas irregularidades, se atribuyese con carácter definitivo y sin aplicación de criterios de publicidad y objetividad puestos de trabajo en la Administración pública con la consiguiente lesión del derecho de quienes podían aspirar a ellos a través de un proceso reglado de selección».

La repercusión del citado art. 19 de la Ley para la reforma de la función pública [Ley 30/1984], en la relación individual de trabajo, se limita, por tanto, al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración.

Posteriormente (STS de 18 de marzo de 1998, rec. 317/1997), a partir del mismo artículo 19 de la Ley 30/1984, reajustó el criterio afirmando que de su literalidad se impone:

[...] la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución), entendida aquella en sentido amplio –como empleo público– y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución).

Y, desde el punto de vista de la doctrina académica, aunque no era unánime, un sector, como, por ejemplo, Limón Luque (1990, p. 97), entendió que, salvo en el caso de las funciones puramente funcionariales, para el resto, el interés público protegible era idéntico y no había motivo para diferenciar entre las funciones realizadas por funcionarios de las efectuadas por el personal laboral. Y otro sector, como Fondevila Antolín (2010, p. 7), ha defendido que «existen argumentos suficientes para reclamar la ampliación del ámbito subjetivo del artículo 23.2 de la CE a toda clase de empleados públicos».

En definitiva, el efecto «combinado» del artículo 14 de la CE (en términos de garantizar una igualdad de oportunidades) y del artículo 103.3 de la CE habilitaría constitucionalmente la extensión (con un mínimo de intensidad) de los principios a las entidades y sociedades empresariales públicas antes de la Ley 7/2007. Y adviértase que su particular configuración jurídica no ha sido un obstáculo, pues, en el marco del régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles estatales, al interpretar la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), la Sala de lo Social del TS ha entendido que las cuestiones relativas a la «contratación», incluida la «contratación laboral»⁴, quedaban excluidas del régimen jurídico

⁴ «[...] se trata, en definitiva de entidades que, a pesar de su condición jurídica de SA pertenecen al sector público estatal [...] y por lo tanto, como se ha dicho, se rigen para la contratación, y por lo tanto también para la contratación de sus trabajadores por el régimen de contratación de los entes públicos recogidos en los arts. 23 y 103 de la Constitución y desarrollados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto [...] o sea por los criterios de "igualdad, mérito y capacidad" acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos». Por todas, STS de 22 de febrero de 2007 (rec. 3353/2005), Correos y Telégrafos; y STS de 24 de julio de 2008 (rec. 3964/2007), RTVE.

privado⁵. Criterio extensible a las sociedades empresariales locales previstas (desde la Ley 57/2003) en el artículo 85 ter de la Ley de bases del régimen local (LBRL), al emplear una redacción prácticamente idéntica⁶. Aunque la STS de 6 de julio de 2016 (rec. 229/2015), con cita de la STC 8/2015, entendió que «[l]a "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios». No obstante, a pesar de esta interpretación (cuya doctrina de fondo, como se ha apuntado, ha sido corregida en 2020 a la luz de la disp. adic. primera EBEP), es controvertido que el citado efecto «combinado» de los artículos 14 y 103.3 de la CE no pueda penetrar en el proceso de selección del personal (temporal e «indefinido») de estos entes. De hecho, la legislación autonómica ha recogido de forma explícita la sujeción a tales principios⁷; y un sector numeroso de la doctrina contemporánea hasta 2007 también ha sido partidario de esta extensión (López Gandía, 1986, p. 158; Mella Méndez, 1999; o Sala Franco, 1986, p. 162).

En definitiva, si se acepta la sujeción de las entidades y sociedades empresariales que tienen un régimen jurídico privado a los principios de acceso al empleo público, debe colegirse que las relaciones contractuales «indefinidas» llevadas a cabo en ellos deben ser calificadas como INF, como mínimo, hasta 1996.

Llegados a este punto, no parece que esta conclusión pueda extenderse a fechas más tempranas, pues, teniendo en cuenta el origen primigenio de la figura de INF, la doctrina jurisprudencial, al menos, desde 1991 (como se acaba de apuntar), era partidaria de sancionar la temporalidad irregular con la «fijeza». Entre 1990 y 1991 (SSTS de 7 de febrero de 1990, núm. 152; 24 de abril de 1990, núm. 632; y 18 de julio de 1990, núm. 1127), mantuvo la idea de la interinidad de hecho; y, con anterioridad a 1990, sin cuestionar (como se ha descrito) la sujeción del personal laboral a los principios de acceso al empleo público (arts. 23.2 y 103.3 CE), se limitaba a rechazar el reconocimiento de la condición de «indefinido» (por todas, STS de 27 de noviembre de 1989, núm. 1246)⁸.

⁵ Esta disposición adicional duodécima de la LOFAGE ha tenido tres redacciones: la original; la derivada de la modificación por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (en vigor a partir del 4 de febrero de 2004); y la derivada de la Ley 17/2006, de 5 de junio (en vigor a partir del 7 de junio de 2006). En todas ellas se establece una sumisión al régimen privado, «salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación». Y en términos similares, para las sociedades mercantiles estatales, lo establece el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas. La disposición adicional duodécima fue derogada, con efectos desde el 2 de octubre de 2016, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

⁶ La doctrina es unánime al declarar la similitud entre la disposición adicional duodécima de la LOFAGE y el artículo 85 ter de la LBRL. Por todos, Matilla Mahiques (2018, p. 450).

⁷ Por ejemplo (sin ánimo de exhaustividad), el artículo 222 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales que desarrolla la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña; o el artículo 2 de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, por la que se dictan normas de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación.

⁸ *Vid.* nota 3.

En definitiva, aunque los principios de acceso que se destilan de los artículos 14 y 103.3 de la CE son exigibles a estos entes, la «volatilidad» interpretativa anterior a 1996 (y que, como se verá, no se ha disipado con posterioridad) dificulta que pueda defenderse categóricamente que, a consecuencia de su incumplimiento, los contratos «indefinidos» deban recibir un tratamiento similar al que se deriva de la eclosión de la figura de INF.

Una vez delimitadas las personas integrantes de la plantilla que deben ser calificadas como INF (incluido el personal «indefinido»), se suscita la cuestión sobre las posibilidades del empresario de su reconocimiento. Extremo que se analizará en el epígrafe que sigue.

2.2. El reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo

El reconocimiento de la condición de INF también está sujeto a controversia. Cuando proviene de una relación temporal, no puede ser reconocida por la Administración ni por las entidades que conforman el sector público instrumental (incluidas, por tanto, las entidades a las que hace referencia la disp. adic. primera EBEP), pues así lo prohíbe la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 (reiterada en la disp. adic. cuadragésima tercera. Dos Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018, con efecto indefinido):

Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental [...] no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal [...], salvo cuando ello se derive de una resolución judicial⁹.

Regla que debe complementarse con el siguiente criterio de la STSJ de Illes Balears de 23 de octubre de 2019 (rec. 183/2019):

[...] conviene advertir que la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público puede ser denunciada por quien haya sido injustamente preterido o por los representantes de los trabajadores, pero es más que dudoso que pueda invocarse por la propia fundación de titularidad pública que

⁹ Para Boltaina Bosch (2021b, p. 85):

[...] debería superarse la previsión de la ley de presupuestos del 2017 y 2018 –que continúa vigente– que solo es indefinido no fijo el que ha sido declarado así por sentencia judicial firme. Debe ampliarse la posibilidad a la Inspección de Trabajo y, también, de manera excepcional, a la propia Administración causante del nacimiento de tal figura, si se cumplen escrupulosamente las reglas que la jurisprudencia ha fijado para estos supuestos.

habría propiciado tal vulneración, cuando la finalidad perseguida no es la restauración de los derechos vulnerados sino el mantenimiento del fraude de ley en la contratación temporal mediante la figura del indefinido no fijo.

En todo caso, la aplicación de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 (esto es, la imposibilidad de reconocer la condición de INF en los contratos temporales) suscita la duda de si también es extensible a las contrataciones «indefinidas» formalizadas sin seguir los principios de acceso al empleo público. Aunque podría ser discutible, puede entenderse que, en la medida en que estos contratos no son en su origen «temporales», podrían quedar eximidos de esta regla (del mismo modo que en otras situaciones, como en los casos de reversión antes de la STS de 28 de enero de 2022, rec. 3781/2020¹⁰). Los supuestos vinculados, por ejemplo, a una cesión ilegal o un contrato administrativo fraudulento, aunque tampoco están incluidos en la citada disposición adicional, están estrechamente vinculados a una actuación judicial y, por consiguiente (*a priori*), no deberían suscitar duda alguna. Si se aceptara este planteamiento, la calificación de INF podría ser llevada a cabo por el propio empresario (lo que, ciertamente, podría no estar exento de controversia, si la persona trabajadora, dadas las repercusiones anudadas, estima que su relación no puede ser calificada como tal).

Lo que no sería admisible es que se pretendiera un reconocimiento de la condición de INF que tenga su origen en una contratación temporal irregular previa a través de un acuerdo o pacto con la representación de las personas trabajadoras ni tampoco mediante la negociación colectiva. Especialmente porque al menos una de las partes está explícitamente inhabilitada para hacerlo. Y, obviamente, si lo anterior no es posible, tampoco puede admitirse el reconocimiento de la «fijeza» a través de alguna de dichas manifestaciones de la autonomía colectiva.

2.3. Circunstancias que precipitan la «fijeza» (y no la condición de indefinido no fijo): la reversión ex artículo 44 del ET y los «aprobados sin plaza»

La condición de INF, como se expondrá en el epígrafe que sigue (especialmente, en lo que concierne a su naturaleza jurídica), está sometida a una volatilidad interpretativa extrema. Su particular configuración (difícilmente comprensible: ¿indefinido? ¿no fijo?) la ha convertido, como se ha apuntado, en una especie de «cajón de sastre», aplicable a

¹⁰ En este sentido, no tendría efecto alguno que la STC 122/2018 haya declarado la inconstitucionalidad del siguiente fragmento de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017 (y no a la disp. adic. cuadragésima tercera.Dos Ley 6/2018): «ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva».

cualquier situación en la que, en aplicación de la legislación laboral, el carácter «no temporal» de la relación de trabajo entre en conflicto con los principios de acceso al empleo público. Recientemente, no obstante, algunos supuestos (dos) han escapado de esta calificación, alcanzando la «fijeza».

Uno de ellos se refiere a la reversión sujeta al artículo 44 del ET. En estos casos, los tribunales internos (por todas, STS, Pleno, de 20 de enero de 1998, rec. 317/1997), contrarios a reconocer la «fijeza» al personal subrogado, acudían a la condición de INF. No obstante, a resultas del asunto Correia Moreira (STJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18), este rechazo entraba en contradicción con el contenido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23. Finalmente (tras una primera omisión de esta problemática, STS de 10 de junio de 2021, rec. 4926/2018) y con una doctrina judicial particularmente contraria (por entender que implicaba un conflicto constitucional –entre otras, STSJ de Navarra de 1 de octubre de 2020, rec. 184/2020; o, incluso, que la propia condición de INF se ajustaba al mandato de la citada directiva –STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2021, rec. 2277/2020), la STS de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020) ha acabado admitiendo el carácter «fijo» del personal subrogado, pero «funcionalmente [limitado] al objeto de la transmisión». Es decir, una «fijeza condicionada», pues se perderá en el instante que acaezca una «vicisitud» que precipite un desarrollo de las funciones más allá de la unidad productiva que se transmitió (debiéndose incluir a los que eventualmente hayan podido producirse con anterioridad al cambio de doctrina jurisprudencial). De modo que esta calificación, en realidad, está encubriendo una relación INF subyacente o «aletargada» (en definitiva, una nueva muestra de la «plasticidad» de la que se hablará con posterioridad). Sin perjuicio del posible incumplimiento de la Directiva 2001/23 que esta interpretación suscita (pues, aunque no exige la equiparación de condiciones con el personal de la cesionaria, sí implica una equiparación devaluada), es claro que esta doctrina es extensible a los entes a los que hace referencia la disposición adicional primera del EBEP. En tales casos, por consiguiente (y mientras no acaezca una «vicisitud» de la naturaleza descrita), no deberá acudir al proceso de estabilización que describe la Ley 20/2021. Ni tampoco para el caso de que esta unidad productiva fuera, de nuevo, traspasada a una Administración pública. En todo caso, a la luz de lo expuesto al inicio de este trabajo, si se acepta que para el personal laboral (incluyendo el perteneciente a los entes subsumibles en la disp. adic. primera EBEP) los principios de acceso son una derivada del efecto combinado de los artículos 14 y 103.3 de la CE, no debería descartarse el posible conflicto constitucional con la Directiva 2001/23.

El segundo de los supuestos que han quedado fuera de la órbita de la calificación de INF está referido a unos procesos de selección específicos. Debe partirse de la base de que el TS (Sentencia de 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020) ha ratificado que la superación de un proceso de selección para la contratación temporal no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador/a adquiera la condición de «fijo». No obstante (en un caso que afecta a Aena, pero que sería extensible también a las Administraciones públicas), si se ha superado un proceso selectivo fijo sin plaza («aprobados sin plaza») y,

posteriormente, se ha producido una ilicitud en la temporalidad (a resultas de las contrataciones efectuadas en el marco de la incorporación posterior a una bolsa de candidatos/as con reserva), permite que la relación sea calificada como «fija» (y no INF)¹¹.

Finalmente, la extensión de las reglas de acceso al empleo público a sociedades empresariales públicas tiene otra consecuencia que podría tener incidencia a la hora de calificar una relación como INF. En concreto, la STS de 28 de abril de 2021 (rec. 618/2020) entiende que el plazo de 3 meses previsto en el artículo 4.2 d) del RD 2720/1998 no es aplicable a un contrato de interinidad por vacante con una sociedad mercantil autónoma. En particular, afirma:

[...] las sociedades mercantiles públicas deben realizar procesos de selección de personal que respeten los principios citados de acceso al empleo público. Ello excluye que sea aplicable a esas sociedades mercantiles públicas el plazo máximo de 3 meses fijado para las empresas privadas. La sujeción a dicho plazo en la práctica imposibilitaría que pudieran realizar los procesos de selección con las necesarias garantías¹².

Por consiguiente, debe entenderse que están sujetas al plazo de 3 años previsto en el artículo 70.1 del EBEP (término cuya superación –de acuerdo con la STS de 28 de junio de 2021, rec. 3263/2019– provocará la automática calificación de INF¹³). Extremo que, en virtud del párrafo tercero de la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, se mantiene inalterado con la reciente reforma laboral.

3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo?

La naturaleza jurídica del contrato INF está sujeta a una controversia extrema y, potencialmente, podría condicionar de forma determinante los procesos de estabilización en curso. El criterio de la doctrina jurisprudencial actual, tras un proceso particularmente tortuoso (Beltran de Heredia Ruiz, 2021, pp. 40-55), es que los INF son personas trabajadoras

¹¹ La Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona de 24 de noviembre de 2021 (rec. 294/2021) también declara la fijeza en una sucesión de contratos administrativos para cobertura temporal de vacante abusiva si (tras declaración de relación laboral), previamente, se ha superado proceso selectivo a plaza fija.

¹² Criterio que se reitera, para Aena, en la STS de 14 de mayo de 2021 (rec. 3283/2018); y para el Canal Isabel II, en la STS de 5 de julio de 2021 (rec. 1492/2020).

¹³ Criterio sostenido en decenas de resoluciones: entre otras, SSTs de 2 y 3 de diciembre de 2021 (recs. 4621/2019 y 1689/2019).

«temporales» (STS de 2 de abril de 2018, rec. 27/2017). De hecho, este enfoque coincide con el criterio del TJUE dentro del marco binario en el que se mueve (Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, Huétor Vega, y Sentencia de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17, Vernaza Ayovi).

Ahora bien, en contradicción con este carácter temporal, la Sala IV también ha admitido que los INF pueden ser «fijos-discontinuos». En efecto, en la STS de 11 de abril de 2018 (rec. 2581/2016) alcanza esta conclusión a resultas de una sucesión de contratos temporales ilegales de interinos por vacante (sin que se haya roto la unidad del vínculo)¹⁴. En el marco de esta doctrina, también se han formulado algunas afirmaciones que podrían cuestionar la naturaleza temporal de los INF (aunque también podría entenderse que estaban referidas estrictamente a los contratos INF fijos-discontinuos objeto de la controversia). En efecto, en estas resoluciones –SSTS de 20 de septiembre de 2018 (rec. 2494/2016) y (2) de 2 de julio de 2021 (recs. 73/2020 y 1325/2020)– citadas se afirma:

Decimos al respecto que aquella persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice.

Esta ambivalencia (o la anteriormente avanzada «plasticidad») en la naturaleza jurídica de los «INF fijos-discontinuos», pues, recordando «particularidades cuánticas» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021, p. 14), al ser y no ser a la vez, no parece que sea suficiente para que la Sala IV los excluya de su condición de «temporales». En efecto, del mismo modo que el resto de INF que no son fijos-discontinuos, la cobertura reglamentaria de la plaza provoca la ineficacia contractual (y esta «nota» común sugiere que la temporalidad, «de base», también es extensible a los «INF fijos-discontinuos»). De hecho, la aplicación por parte del Alto Tribunal de la doctrina IMIDRA en la extinción del contrato de un «INF fijo-discontinuo»¹⁵ ratifica plenamente esta naturaleza temporal «prevalente» (si no fueran temporales, quedarían automáticamente excluidos de la Directiva 1999/70 y de la aplicación de esta interpretación).

¹⁴ Criterio que ha sido confirmado, entre otras, por las SSTS de 20 de septiembre de 2018 (rec. 2494/2016) y 16 de noviembre de 2021 (rec. 3657/2020). Y, reconociendo esta naturaleza, en una sociedad empresarial autónoma, la STS de 2 de julio de 2020 (rec. 4195/2017).

¹⁵ Aunque, de forma controvertida, la Sala IV ha admitido que, en el caso de los «INF fijos-discontinuos», la falta de llamamiento tras un proceso selectivo temporal provocada por la mejor puntuación de otro candidato/a describe un motivo de cese ajustado a derecho (sin perjuicio del reconocimiento de la indemnización de 20 días con un máximo de 12 meses). STS de 27 de octubre de 2021 (rec. 3658/2018).

En paralelo, la condición de INF en respuesta a una situación de abuso en la temporalidad es controvertida, pues, si bien es cierto que el TJUE en el asunto IMIDRA, corrigiendo lo sostenido en Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, ha dado validez a esta solución, en estos momentos hay cuatro cuestiones prejudiciales que la rebaten frontalmente¹⁶. De modo que, a resultas de las mismas, podría colegirse que la reacción, al menos, frente a la contratación temporal abusiva debe ser la «fijeza» y no la condición de INF.

Obviamente, es difícil anticipar qué puede resolver el TJUE al respecto (en definitiva, si modificará su criterio y, si lo hace, en qué sentido). Especialmente porque estas tres últimas cuestiones prejudiciales están formuladas con «precisión quirúrgica» y se esfuerzan por evidenciar las incoherencias que la aceptación de la figura de INF como respuesta al abuso plantea a los ojos de la Directiva 1999/70. Repárese que (al cierre de este trabajo) en la última sentencia dictada por el TJUE sobre la cláusula 5.^a, en el marco de la sucesión de contratos temporales de profesores de religión católica italianos (STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, MIUR), ha sido explícito a la hora de «sugerir» la «fijeza» en aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico no propone una respuesta efectiva para combatir el abuso. En concreto, afirma (apdo. 119):

En el presente asunto, dado que la normativa nacional de que se trata en el litigio principal contiene normas de régimen general aplicables a los contratos de trabajo que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, previendo su recalificación automática en contratos de duración indefinida cuando la relación laboral sobrepase una determinada duración, la aplicación de tales normas en el asunto principal podría constituir una medida preventiva de tal abuso, en el sentido de la cláusula 5 del acuerdo marco.

En el supuesto de que, efectivamente, en las cuatro cuestiones pendientes el TJUE entendiera que la condición de INF no es una respuesta adecuada para combatir el abuso (y optara por la «fijeza»), esta calificación dejaría de ser posible únicamente para las relaciones temporales que fueran abusivas. O, al menos, el mandato comunitario solo podría predicarse de forma indiscutida en estos casos. La «fijeza» que (reitero) eventualmente pudiera derivarse de estas futuras resoluciones del TJUE no podría extenderse al personal «indefinido» que no hubiera seguido los procedimientos de acceso al empleo público y que todavía no tuviera la condición de INF (como tampoco lo sería a los INF declarados judicialmente).

Finalmente, para acabar de complicar la situación, téngase en cuenta que la derogación de la disposición adicional decimosexta del ET y de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimoquinta del ET a través del RDL 32/2021, «potencialmente», describe un nuevo

¹⁶ Auto del Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona de 27 de julio de 2021 (proc. 308/2019); y Autos del TSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2021 (rec. 753/2021) y de 22 de diciembre de 2021 (rec. 830/2021) y de 3 de febrero de 2022 (rec. 797/2021).

escenario (sujeto, otra vez, a la interpretación judicial –y, por ende, a incertidumbre–). En primer lugar, porque, como se recordará, la disposición adicional decimosexta del ET fue uno de los argumentos centrales del TS para rechazar la naturaleza «condicional» de los contratos INF (y de los interinos por vacante)¹⁷. De modo que, al desaparecer este elemento normativo, podría cuestionarse si debe retomarse la naturaleza original «condicional» (lo que, probablemente, sería lo más deseable). Y, en segundo lugar, porque al derogarse los citados apartados de la disposición adicional decimoquinta del ET también se elimina uno de los principales argumentos empleados por la jurisprudencia para poder calificar una relación temporal abusiva o ilícita como INF (como, por ejemplo, se recoge en la STS de 28 de enero de 2022, rec. 3781/2020). Lo que (sin perjuicio de lo que se apuntará posteriormente) implicaría que, a partir de la entrada en vigor del RDL 32/2021, *a priori*, la literalidad de la norma llevaría a calificarlos como «fijos» y, por consiguiente, ajenos al proceso de estabilización de la Ley 20/2021.

4. El proceso de estabilización de la Ley 20/2021

La disposición adicional séptima de la Ley 20/2021, como se ha apuntado al inicio de este trabajo, bajo la rúbrica «Extensión del ámbito de aplicación de los procesos de estabilización», establece que:

Los preceptos contenidos en esta norma relativos a los procesos de estabilización serán de aplicación a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público, sin perjuicio de la adecuación, en su caso, a su normativa específica.

No cabe duda de que la apelación a la «adecuación, en su caso, a su normativa específica» describe un mandato de una imprecisión superlativa (especialmente, cuando se está refiriendo un número de entes de tan variada naturaleza). No obstante, la disposición adicional primera del EBEP, probablemente, sea el denominador común de todos ellos. O, dicho de otro modo, en la medida en que ninguno de ellos queda integrado en el listado del artículo 2 del EBEP¹⁸, por consiguiente, están (como mínimo) sujetos a las reglas descritas en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP; siendo el artículo 55 el más determinante a estos efectos.

En términos generales (esto es, al margen del proceso de estabilización), la aplicación de este precepto a estos entes permite sostener que, a partir de los principios constitucionales

¹⁷ SSTS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) y de 8 de julio de 2014 (rec. 2693/2013).

¹⁸ La Administración General del Estado; las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las entidades locales; los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas; y las universidades públicas.

de igualdad, mérito y capacidad enumerados en el artículo 55.1 del EBEP, deben articularse respetando (Fondevila Antolín, 2010, p. 8) las garantías de los sistemas selectivos y la composición y actuación de los órganos de selección, descritos en el artículo 55.2 del EBEP. Desde este punto de vista procedimental, el proceso de selección puede diseñarse y ejecutarse con un margen de discrecionalidad elevado (aunque debe respetarse que el medio de difusión de la convocatoria no sea restringido, que el proceso de selección sea transparente y la imparcialidad y profesionalidad del órgano de selección, actuando con independencia y discrecionalidad técnica). Finalmente, nada se especifica en el EBEP sobre cómo deben ser los sistemas selectivos que deben emplear estos entes (de modo que, de nuevo, el margen de discrecionalidad es amplio –siempre que haya garantías de objetividad y respeto de los propios principios de acceso al empleo público–)¹⁹.

Estas reglas (brevemente expuestas) siguen siendo aplicables al proceso descrito en el artículo 2 de la Ley 20/2021. Sin pretender hacer un análisis pormenorizado de las reglas que disciplinan este proceso de estabilización, pues excede del objeto de este estudio (y, obviamente, sin perjuicio de los procesos establecidos en las leyes de presupuestos del 2017 y 2018 conforme a las reglas y marcos temporales que los disciplinan), los entes descritos en la disposición adicional séptima de la Ley 20/2021 están sometidos a las siguientes opciones de estabilización que prevé la propia Ley 20/2021²⁰:

Primera. La prevista en el artículo 2.1 referida a:

[...] [las] plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2020 [esto es, desde el 1 de enero de 2018].

Son diversos los conceptos susceptibles de controversia en esta disposición. En primer lugar, el sentido del concepto de plaza de «estructura». En este sentido (siguiendo la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 17 de Barcelona de 5 de noviembre de 2021, rec. 362/2020), podrían definirse como tal las dirigidas a «cubrir necesidades ordinarias estables y permanentes». La ocupación «temporal e ininterrumpida» también plantea algunas dudas; aunque parece que hay cierto consenso para entender (según el Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2018, p. 3) que no suponen una interrupción:

¹⁹ Una pormenorizada exposición de las implicaciones del artículo 55.2 del EBEP en el contexto de la disposición adicional primera del EBEP, entre otros, en Fondevila Antolín (2010, pp. 8-13).

²⁰ Exigiéndose que las ofertas de empleo se aprueben y publiquen en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022, y las respectivas convocatorias antes del 31 de diciembre de 2022, debiendo finalizar los procesos antes del 31 de diciembre de 2024.

[...] los periodos menores de tiempo en los que la plaza haya estado vacante como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo los trámites administrativos correspondientes, como puede ser el nombramiento de un nuevo funcionario o laboral tras el cese del anterior.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el contenido del apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 20/2021 que exime a los entes locales de la aplicación de los «artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local». Esta medida, calificada como una verdadera «distorsión» (Boltaina Bosch, 2021a, p. 16), está prevista exclusivamente para este proceso de estabilización (y no, en cambio, para los previstos en 2017 y 2018, ni tampoco para las ofertas de empleo público de 2021 ni las futuras). No obstante, no parece que esta exención sea aplicable a los entes locales subsumibles en la disposición adicional primera del EBEP, especialmente, porque el artículo 1 del RD 896/1991 circunscribe su ámbito de aplicación a «los funcionarios al servicio de las entidades locales no comprendidos en el número 3 del artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local».

Segunda. La prevista en la disposición adicional sexta de la Ley 20/2021. En concreto, se establece que:

Las Administraciones públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

La propia exposición de motivos, a partir de la doctrina constitucional (STC 12/1999), justifica este concurso dirigido a la interinidad de larga duración (superior a 5 años, contados desde el 31 de diciembre de 2020) por la excepcionalidad de la situación, su carácter no repetible (o único en el tiempo) y su habilitación en una norma legal²¹. El propósito (según la exposición de motivos) es incluir:

[...] [todas] las plazas de carácter estructural ocupadas de forma temporal e ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016 a consecuencia de las tasas de reposición cero de los ejercicios 2012 al 2015, que provocaron la imposibilidad de incorporar, a las correspondientes ofertas de empleo público, las plazas que en esos momentos se estaban ocupando en régimen de interinidad²².

²¹ Lo que no ha impedido que se cuestione su constitucionalidad (López Viña, 2022) y se afirme que, además, «introduce una cláusula de perdón para los infractores anteriores».

²² Algunos autores (Chaves García, 2021) han defendido el carácter insuficiente de este plazo de 5 años, apostando por uno superior que llegara a los 10.

No obstante, esta regla debe complementarse con el contenido de la disposición adicional octava, pues estos procesos de estabilización deben incluir en sus convocatorias «las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016». Disposición que (siendo particularmente controvertida) parece estar referida a personas cuya relación de temporalidad a 31 de diciembre de 2020 sea superior a 5 años, aunque la plaza que ocupa no los acumule²³.

5. La extinción del personal que no supere o no se presente al proceso de estabilización

El personal que no supere el proceso de estabilización tiene derecho a percibir la compensación económica prevista en el artículo 2.6 de la Ley 20/2021. Es importante advertir que al emplear el término «compensación» se ha querido diferenciarla de las posibles «indemnizaciones» previstas en la legislación laboral en caso de extinción del contrato (para facilitar la exposición que sigue a continuación, se resaltarán una y otra).

En concreto, el importe al que se refiere el citado apartado 6 es el «equivalente a 20 días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, hasta un máximo de 12 mensualidades». No obstante, en el caso del personal laboral temporal (debiéndose entender que los INF también están incluidos en esta categoría):

[...] [la] compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

Finalmente, el párrafo 3.º del artículo 2.6 de la Ley 20/2021 dispone que «[l]a no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso».

²³ Así parece ser el propósito de quienes negociaron la Ley 20/2021, recogido por el diputado Pedro A. Honrubia Hurtado (GCUP-EC-GC) en la sesión plenaria (núm. 138) del Congreso de los Diputados de 2 de diciembre de 2021. Lo que, a su vez, podría plantear la dificultad, por ejemplo, de valorar los méritos acumulados en una plaza diferenciada a la que se está ocupando.

A la luz de este contenido normativo, cabe hacer las siguientes valoraciones (críticas):

Primera: a diferencia de lo previsto en el apartado 5 de la disposición adicional decimoséptima del EBEP, el artículo 2 de la Ley 20/2021 no se refiere a la «indemnización» por «vulneración de la normativa laboral específica». Por consiguiente, es claro que, *a priori*, la «compensación» del artículo 2 es compatible con cualquier «indemnización» (aunque es probable que el legislador tuviera en mente algunas específicas): la prevista para la terminación del contrato temporal, las reconocidas por despido objetivo procedente e improcedente, las que eventualmente se deriven en una declaración de nulidad y/o de la aplicación de la Carta Social Europea revisada. Otra cosa es que, efectivamente, a consecuencia del proceso de estabilización, se den las circunstancias que posibiliten su devengo. De hecho, salvo en los casos que se apuntarán a continuación, lo más probable (o lo más frecuente) es que se devenguen las reguladas en el artículo 49.1 c) del ET y las previstas para los INF en el caso de cobertura reglamentaria de la plaza (*ex* STS de 28 de junio de 2021, rec. 3263/2019). Y también debe reseñarse que el artículo 2 de la Ley 20/2021 (a diferencia también del apdo. 5.2.º disp. adic. decimoséptima EBEP) no impide que pueda acudir a la teoría de la unidad esencial del vínculo.

Segunda: en el caso del personal cuya relación temporal no esté vinculada a la cobertura de una vacante, el proceso de estabilización difícilmente puede describir una causa de ineficacia contractual válida. Por consiguiente, aunque no se acabe participando, debe entenderse que la extinción describiría una extinción injustificada y, por consiguiente, tendría derecho a la indemnización por despido improcedente (salvo que se siga el cauce del despido objetivo para estas personas trabajadoras).

Tercera: debe hacerse una distinción entre el personal laboral temporal que tenga reconocida la «indemnización» prevista en el artículo 49.1 c) del ET (a) del resto de casos (b): esto es, personal con derecho a la indemnización por despido improcedente y personal INF al que la jurisprudencia viene reconociendo una «indemnización» de 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades (STS de 28 de junio de 2021, rec. 3263/2019). En el primer caso (a), el método de cálculo de la «compensación» impide su acumulación con la «indemnización» (y lo más probable es que el sumatorio final nunca supere los 20 días de salario fijo, con un máximo de 12 mensualidades). En el resto de casos (b), la cuantía de la «indemnización» probablemente hará que el importe resultante de la «compensación» sea 0 euros (pues el restante es mayor); y, por consiguiente, solo se perciba el importe de la «indemnización» (debe entenderse que debe procederse a la compensación aunque no haya intervención judicial).

Cuarta: la compensación debe ser calificada como una «condición de trabajo» *ex* Directiva 1999/70 (por todas, STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego Porras I). Pues bien, en la medida en que se calcula sobre la base del «salario fijo» (y no sobre la totalidad del salario), el apartado 6 del artículo 2 de la Ley 20/2021 podría plantear dudas de compatibilidad con la cláusula 4.ª de la Directiva 1999/70, pues establece una diferencia de trato con respecto al personal indefinido cuya razón objetiva justificativa es muy controvertida (salvo que se entienda que se trata de una «compensación» y no de una «indemnización» –lo que sería un argumento particularmente débil–).

Quinta: en los casos en los que, a resultas del método de cálculo, se abone únicamente la «indemnización» prevista por la STS de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019), podría estar vulnerándose la cláusula 5.ª de la Directiva 1999/70. Debe tenerse en cuenta que, en la medida en que se abona este importe con independencia de la circunstancia que ha originado la calificación de INF, tampoco se estaría dando respuesta al mandato del TJUE (por todas, STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, De Diego Porras II).

Sexta: el hecho de que no se prevea «compensación» alguna si no se participa en el proceso de estabilización también suscita dudas de compatibilidad con la cláusula 5.ª de la Directiva 1999/70, especialmente, en los casos en los que se provenga de una temporalidad abusiva (y, obviamente, también para el caso en que finalmente se consiga la plaza). Con la salvedad apuntada en la valoración anterior, es claro que, como mínimo, en los casos de abuso, debería poderse reclamar la «indemnización» prevista por la STS de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019). En este sentido, a partir del hecho de que la superación del periodo de 3 años descrito en el artículo 70.1 del EBEP precipita la condición de INF, podría ser contrario al principio de efectividad (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés y Castrejana López) que se exigiera su reclamación judicialmente.

Y séptima: debe valorarse si la extinción provocada por la no participación en el proceso de estabilización o de su no superación podría subsumirse en el concepto de «despido» o de «extinción asimilada al despido» de la Directiva 98/59. Es obvio que las entidades a las que hace referencia la disposición adicional primera del EBEP no se ven afectadas por la controversia derivada de la derogación de la disposición adicional decimosexta del ET²⁴ y también que están sometidas a las reglas de la Directiva 98/59. En definitiva, no se verían afectadas por la controvertida jurisprudencia que, a la luz del artículo 1.2 b) de la citada directiva, entiende no es de aplicación a las Administraciones públicas (y, por consiguiente, ninguna de las interpretaciones llevadas a cabo por el TJUE sería extrapolable –por todas, STS, Pleno, de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013–). Así pues, aunque la definición de «despido» derivada de la Directiva 98/59 tiene unos perfiles difusos, recuerden que el TJUE (Sentencia de 12 de octubre de 2004, asunto C-55/02, Comisión/Portugal) ha afirmado que: «debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento». Este concepto debe complementarse con el de «extinción del contrato de trabajo asimilable a tal despido» (que, como saben, también se emplea en la Directiva 98/59). Y, al respecto, dado que, en el citado asunto, el TJUE cita explícitamente la opinión del abogado general (apdos. 46 y 47), debe entenderse que se refiere a «los supuestos en los que la relación laboral se extingue a iniciativa del empresario, pero con el consentimiento del trabajador, cuando se incentiva a este último a prestar dicho

²⁴ Dicho sea de paso, esta derogación no debería impedir que los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público puedan seguir acudiendo a la resolución ex artículos 51 o 52 c) del ET (pues con anterioridad a la reforma de 2012 era una opción pacíficamente admitida por los tribunales y, además, no existe una regla prohibitiva como la descrita, para los expedientes de regulación de empleo temporal, en la disp. adic. decimoséptima ET).

consentimiento». Por consiguiente, en función de los umbrales descriptores del despido colectivo (recuérdese interpretados de acuerdo con la doctrina del TJUE), no debería descartarse la posibilidad de que las extinciones acaecidas a resultas del proceso de estabilización puedan ser calificadas como nulas al no seguir el procedimiento adecuado.

6. La condición de personal indefinido no fijo en sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público a partir de las reformas de 2021

El impacto de las reformas de 2021 (cambios en el EBEP ex Ley 20/2021 y en el ET ex RDL 32/2021) en el objeto de este estudio es desigual. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la remisión de la disposición adicional primera del EBEP a específicos preceptos del EBEP (y solo a esos) implica que la nueva disposición adicional decimoséptima del EBEP no sea de aplicación en este ámbito. Por consiguiente, la superación del conocido (e incierto) como «plazo máximo de permanencia» escapa de la (controvertida) discusión sobre el sentido que debe atribuirse a la «nulidad de pleno derecho» que proclama el apartado 3 de la disposición adicional decimoséptima citada²⁵. Por el mismo motivo, quedan eximidos de las responsabilidades que se describan en virtud del mandato del apartado 2 de la misma; pero no así de la que se deriva de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 (que, aunque no ha sido derogada, su inconcreción la hace difícilmente aplicable).

Por otra parte, esta sumisión al régimen privado previsto en el ET que se deriva de la disposición adicional primera del EBEP tiene un importante impacto, pues los nuevos apartados 4 y 5 del artículo 15 del ET explícitamente declaran la «fijeza». De modo que, según el primero, el incumplimiento del contenido del artículo 15 del ET (incluyendo la ausencia de alta en la Seguridad Social durante un tiempo superior al periodo de prueba) y, para el segundo, la sucesión de contratos (medidos en función de la persona o del puesto de trabajo) no pueden precipitar la condición de INF como antaño. Afirmación que queda corroborada con la derogación de las principales palancas normativas para la calificación de INF que ha empleado la jurisprudencia (esto es, como se ha apuntado, los apdos. 1 y 2 disp. adic. decimoquinta ET). Aunque la literalidad del nuevo artículo 15 del ET apunta a que deberá acudir a la «fijeza», es obvio que este efecto plantea una fricción con el contenido del artículo 55 del EBEP y del mandato constitucional al que se ha hecho referencia anteriormente y, muy probablemente, exigirá algún tipo de modulación interpretativa (sin descartarse que deba acudir nuevamente a la figura de INF o a una fórmula derivada). Debe recordarse que la jurisprudencia, conforme al marco normativo anterior al RDL 32/2021, ha rechazado

²⁵ Aunque en este caso, lejos de provocar la nulidad del contrato, parece que sería más ajustado entender que se trata de un supuesto de ineficacia contractual sobrevinida *ex lege* y automática.

que la superación de un proceso selectivo a una plaza temporal sea suficiente para adquirir la «fijeza». Y todo ello sin olvidar que, en el caso de los entes a los que hace referencia la disposición adicional primera del EBEP, en puridad, no cabe acudir a la distinción entre «fijo» e «indefinido» que describen los artículos 8.2 c) y 11.1 del EBEP (lo que, por ejemplo, para los casos de abuso en la temporalidad, impide que, como alternativa a la dicotomía entre la «fijeza» e INF, pueda optarse por la «indefinición» –como ha dictaminado la STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2021, rec. 3818/2021–).

Por otro lado, teniendo en cuenta el carácter acotado de los supuestos de hecho que precipitan la declaración de «fijeza» según los nuevos apartados 4 y 5 del artículo 15 del ET, se plantea la duda con respecto a la calificación que deberá atribuirse a otras circunstancias que no están incluidas en los mismos: por ejemplo, los casos de cesión ilegal, la contratación con falsos autónomos, la sucesión de contratos temporales «combinada» (al margen de lo previsto en el art. 15.5 ET), contratos con una duración inusualmente larga ex apartado 64 del asunto Montero Mateos o personal subrogado «fijo» que pierde tal condición al acaecer una vicisitud que precipite un desarrollo de las funciones más allá de la unidad productiva que se transmitió. Salvo que se entienda que para estos supuestos debe «recuperarse» la calificación de INF (para el caso de que se entienda que ha quedado «desactivada» por la derogación de los apdos. 1 y 2 disp. adic. decimoquinta ET), repárese que los principios de acceso al empleo público volverán a plantear la necesidad de hallar una nueva categoría conceptual para describir el «limbo» en el que se encontrarán las personas trabajadoras en estas circunstancias (al no haber accedido según el mandato –en el mejor de los casos, completamente cumplimentado– del art. 55 EBEP). De nuevo, en un contexto tan volátil, aunque es difícil hacer pronósticos (mínimamente certeros), parece que lo más probable es que se acabará acudiendo a la conocida figura de INF. No obstante, como en muchas de las cuestiones descritas en este trabajo, habrá que esperar a la opinión de los tribunales.

7. A modo de conclusión

El efecto combinado de los principios de acceso al empleo público y las reglas que promueven el carácter indefinido de las relaciones laborales describe un escenario particularmente inestable y movido, y, obviamente, irradia a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que (de acuerdo con la disp. adic. primera EBEP) no estén incluidas en el artículo 2 del EBEP.

A la luz de todo lo expuesto, puede entenderse que el personal «indefinido» contratado sin cumplir los principios de acceso al empleo público a partir de octubre de 1996 debe ser calificado como INF y puede ser reconocido por el empresario (pues hay argumentos para entender que no se vería afectado por la prohibición de las leyes de presupuestos de los años 2017 y 2018). El hecho de que el artículo 2 y la disposición adicional sexta de la Ley 20/2021 se refieran a «plazas» disiparía la duda de si la conversión a INF con carácter reciente es un

impedimento para la sujeción a los procesos de estabilización que regulan (al describir unos umbrales temporales específicos). En cambio, esto podría no ser extensible a los casos recogidos en la disposición adicional octava si se acaba entendiendo que se refiere a personas (y no a plazas).

El personal «INF fijo-discontinuo», a pesar de su ambigua naturaleza, también parece que estaría sujeto a las citadas reglas de estabilización, pues (como se ha expuesto) prevalece su carácter temporal. Y lo mismo cabría decir del personal que tuviera una relación temporal (siempre que, en ambos casos, se cumplan los requisitos fijados en la Ley 20/2021).

Finalmente, aunque el marco temporal para el desarrollo de este proceso de estabilización debe finalizar en un plazo relativamente corto (como máximo el 31 de diciembre de 2024), es probable que, para entonces, el TJUE se haya pronunciado sobre alguna, o todas, las cuestiones prejudiciales pendientes. Entonces, si acaba dictaminando que la condición de INF no es una respuesta adecuada para las situaciones de temporalidad abusiva y concluye que debe optarse por la «fijeza», el «desajuste» resultante sería particularmente «perturbador» (con efectos difícilmente anticipables).

Tratando de proyectar escenarios a futuro a partir del marco normativo resultante de las nuevas reglas recogidas en el ET por el RDL 32/2021, tampoco permite mantener un planteamiento optimista en términos de estabilidad hermenéutica de los nuevos mandatos y, por ende, de seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas

Beltran de Heredia Ruiz, I. (2021). *Indefinidos no fijos. Anatomía de una encrucijada*. Bomarzo.

Boltaina Bosch, X. (2021a). El Real Decreto Ley 14/2021 sobre el personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración local. *Revista Digital CEMCI*, 51, 1-30.

Boltaina Bosch, X. (2021b). Personal temporal en la Administración pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación Administrativa*, 8, 66-91. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11025>

Chaves García, J. R. (12 de noviembre de 2021). Doce consideraciones de urgencia

sobre la estabilización de interinos con cinco años de servicios. *delajusticia.com*. *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*. <https://delajusticia.com/2021/11/12/doce-consideraciones-de-urgencia-sobre-la-estabilizacion-de-interinos-con-cinco-anos-de-servicios/>

Fondevila Antolín, J. (2010). La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la Ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación. *CEMICAL-DIBA*, 1-51. https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/J_Fondevila_seleccion_empleados_3_EBEP.pdf?noredirect=1

- Limón Luque, M. A. (1990). La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública. *Revista de Trabajo*, 99, 81-112.
- López Gandía, J. (1986). Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del derecho del trabajo en la contratación temporal de la Administración pública. *Poder Judicial*, 3, 153-158.
- López Viña, J. (7 de enero de 2022). Luces y sombras de la Ley de reducción de la temporalidad en el sector público. (II). Las sombras de la Ley 20/2021. *tuayuntamientoaqui.com*. *La Administración Cercana, Transparente, Fácil. El Blog de José López Viña*. <https://blogdejoselopezvinyaaldia.com/2022/01/07/luces-y-sombras-de-la-ley-de-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-sector-publico-ii-las-sombras-de-la-ley-20-2021/>
- Matilla Mahiques, L. (2018). *La estructura organizativa y el régimen jurídico de las sociedades públicas*. Tirant lo Blanch.
- Mella Méndez, L. (1999). Periodo de prueba y contrato de trabajo en empresa pública (TSJ Galicia 26 marzo 1999, AS 1999, 451). *Aranzadi Social*, 1, 2.641-2.645.
- Ministerio de Hacienda y Función Pública. (2018). *Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de presupuestos generales del Estado para 2017*. <http://femp.femp.es/files/566-2279-archivo/Criterios%20Acuerdo%20Estabilizacion%20definitivo.pdf>
- Sala Franco, T. (1986). La contratación temporal en la Administración pública. *Poder Judicial*, 3, 159-167.
- Vivero Serrano, J. B. (2009). *Acceso al empleo público en régimen laboral*. Tirant lo Blanch.

El desencuentro entre las rentas mínimas de las comunidades autónomas y el ingreso mínimo vital: decreciente protección y regulación confusa

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

*Profesora titular acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de Barcelona (España)*

pepaburriel@ub.edu | <https://orcid.org/0000-0002-5426-3493>

Extracto

La entrada en escena de la prestación estatal del ingreso mínimo vital (IMV) a través del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, suponía la aparición de una prestación estatal para cubrir no solamente el riesgo de pobreza y exclusión social, sino otros riesgos nuevos asociados a la precariedad laboral o al llamado «desempleo tecnológico», según su propia exposición de motivos. Asimismo, la finalidad era dotar de cierta heterogeneidad a la protección de estos riesgos que se llevaba a cabo, al menos, a través de las rentas mínimas de las comunidades autónomas. Pero el IMV ha actuado como un tsunami en la protección dispensada en estas, al no tener en cuenta las diversidades normativas existentes, y ha provocado modificaciones que conllevan una reducción del ámbito de protección y gasto social, tan necesario si se atiende a las cifras de pobreza y exclusión social de nuestro país. El análisis que se realizará abarcará algunos de los aspectos más significativos de las prestaciones autonómicas versus la prestación estatal, poniendo el acento en las problemáticas más acusadas, tanto pasadas como presentes, y en un olvido clásico en esta materia, esto es, la obligatoriedad del cumplimiento de la Carta Social Europea.

Palabras clave: ingreso mínimo vital; rentas mínimas de las comunidades autónomas; complementariedad; Carta Social Europea; pobreza; beneficio temporal; políticas activas de empleo.

Recibido: 22-11-2021 / Aceptado: 29-11-2021 / Revisado: 26-01-2022

Cómo citar: Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2022). El desencuentro entre las rentas mínimas de las comunidades autónomas y el ingreso mínimo vital: decreciente protección y regulación confusa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 47-95.



The mismatch between the minimum income of the autonomous communities and the minimum vital income: decreasing protection and confusing regulation

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Abstract

The entry into the scene of the minimum vital income (IMV) through Royal Decree-Law 20/2020, of May 29, meant the appearance of a state social benefit to cover the risk of poverty and social exclusion; but, it is also aimed at covering other new risks related to job insecurity or the so-called "technological unemployment", as indicated by statement of the motives of the law. Also, the purpose of the rule was to provide a certain heterogeneity to the protection of these risks that was carried out, at least, through the minimum income of the autonomous communities. But the IMV has acted like a tsunami in the protection provided in these, by not taking into account the existing regulatory diversities; the IMV has caused modifications in the autonomic regulations that entail a reduction in the sphere of protection and social spending, when they are necessary due to the figures of poverty and social exclusion in our country. The analysis of this text will cover some of the most significant aspects of the autonomous benefits versus the state benefit, emphasizing the most pronounced problems, both past and present, and in a classic forgetfulness in this matter, that is, the obligatory nature of the compliance with the European Social Charter.

Keywords: minimum vital income; minimum income of the autonomous communities; false complementarity; European Social Charter; poverty; temporary benefit; active employment policies.

Citation: Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2022). The mismatch between the minimum income of the autonomous communities and the minimum vital income: decreasing protection and confusing regulation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 47-95.

Sumario

1. Planteamiento
2. Características de las rentas mínimas de las CC. AA.: entre la falsa complementariedad y la real subsidiariedad
 - 2.1. Prestación aragonesa complementaria del ingreso mínimo vital
 - 2.2. La renta mínima de inserción social de Andalucía
 - 2.3. Salario básico social de Asturias
 - 2.4. Prestación canaria de inserción
 - 2.5. La renta social básica de Cantabria
 - 2.6. Renta garantizada de la ciudadanía de Cataluña
 - 2.7. Renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid
 - 2.8. Renta de inclusión social de Galicia
 - 2.9. Renta extremeña garantizada
 - 2.10. Renta garantizada de la ciudadanía de Castilla y León
 - 2.11. El ingreso mínimo de solidaridad de Castilla-La Mancha
 - 2.12. Renta valenciana de inclusión
 - 2.13. Renta de la ciudadanía de La Rioja
 - 2.14. Renta social garantizada de las Illes Balears
 - 2.15. Renta básica de inserción de Murcia
 - 2.16. Renta garantizada navarra
 - 2.17. Renta de garantía de ingresos del País Vasco
3. Requisitos de acceso al IMV y a las rentas mínimas: la residencia y la edad
 - 3.1. Empadronamiento y residencia, ¿legal?
 - 3.2. Edad mínima y edad máxima
4. ¿Establecen las rentas mínimas de las CC. AA. la compatibilidad de su percepción con ingresos del trabajo e incentivos para la incorporación laboral?
 - 4.1. Rentas que condicionan su percepción a la búsqueda de empleo
 - 4.2. Rentas mínimas no condicionadas a la «activación» para el empleo
5. La duración de las rentas mínimas de las CC. AA.
 - 5.1. Rentas ¿indefinidas?
 - 5.2. Rentas con duración determinada

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento

El ingreso mínimo vital (IMV) se enmarca en el ámbito protector de la Seguridad Social (art. 42.1 c) RDleg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social –LGSS–), mientras que las rentas mínimas lo hacen en el ámbito de las comunidades autónomas (CC. AA.), con base en la competencia otorgada por la Constitución española (CE) sobre asistencia social (art. 148.1.20.^a CE), algo en lo que insisten todas ellas en las exposiciones de motivos de las normas que lo regulan.

Los objetivos del IMV pretenden cubrir lo que denominamos «multirriesgo», al abarcar no solo la inclusión (laboral, social, educativa, etc.) y evitar la «trampa de la pobreza», sino también la protección frente a los «nuevos retos» de nuestras sociedades o la creación de una prestación que cubra el riesgo de la pobreza y de exclusión social, inexistente hasta el momento en nuestro país. Por su parte, las diferentes normas de las rentas mínimas de las CC. AA., desde las más recientes hasta las más antiguas, parten de la necesidad de actuar sobre la pobreza, la exclusión social e, incluso, en algunos casos, la precariedad laboral generada por las crisis precedentes.

Pero existen convergencias entre las rentas mínimas de las CC. AA. y el IMV dado el carácter subsidiario de todas ellas, donde la cuestión competencial está muy presente. El apartado 13 de la disposición transitoria primera del derogado Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo –cuya redacción se mantiene en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, de regulación de la prestación–, establecía que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) podía, hasta el 31 de diciembre de 2020, reconocer la prestación del IMV a aquellas personas que fueran beneficiarias de algunas de las prestaciones o rentas mínimas de las CC. AA. Y, en este sentido, la primera polémica vino de la mano del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña¹, admitido a trámite el 23 de abril de 2021 y resuelto, sin pena ni gloria, a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2021, de 16 de septiembre, de la que se recomienda encarecidamente la lectura de su voto particular. La segunda polémica destacable en este aspecto es la provocada en el País Vasco y el Gobierno a propósito del acuerdo o «encomienda de gestión» del IMV hasta que se produjera la asunción por el primero de las funciones y servicios

¹ El recurso fue interpuesto por una cuestión competencial, fundamentalmente, contra los artículos 17.1, 22.1 y 2, 24.1, 25.1 y 2, 26.1 y 2; disposiciones adicionales primera y cuarta; disposición transitoria primera.1, 5, 8, 9 y 10; y la disposición final novena del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

del IMV en los territorios forales, sustituyendo la competencia del INSS, en los términos de la norma –actualmente, disp. adic. quinta Ley 19/2021–; la controversia está generando reuniones a finales de enero de 2022 entre ambos Gobiernos debido a los términos del traspaso, dado que el Gobierno de País Vasco entiende que la norma habla de una cesión sin limitación temporal en la gestión y, sin embargo, el Gobierno español ha planteado una cesión temporal de 10 años, renovables. De los términos legales no se deduce ninguna temporalidad –habiendo provocado también el recelo de las demás CC. AA., por lo que se considera que, donde la ley no restringe, el/la intérprete no debe hacerlo–.

La percepción del IMV no está condicionada a la solicitud previa de las rentas autonómicas y no las tiene en cuenta, normativamente, a la hora de establecer los requisitos de las personas solicitantes (art. 20 Ley 19/2021). A su vez, ha desaparecido de la regulación actual la exigencia, como requisito de acceso, de haber solicitado las pensiones y prestaciones públicas a las que las personas solicitantes pudieran tener derecho –donde no se incluían ya en la redacción originaria las rentas mínimas–.

Es por ello por lo que la interacción con las rentas autonómicas, todas como última red de protección social, con identidad subjetiva, funcional y teleológica, ha provocado algunas modificaciones en las CC. AA., que tienden hacia un IMV sustitutivo de la renta mínima si esta no se ha solicitado o a la complementariedad del IMV sobre la renta autonómica, generando algunas problemáticas que serán destacadas, como los requisitos de edad y de residencia, o la duración de las prestaciones. Es cierto que existen otras divergencias entre rentas autonómicas e IMV que no serán abordadas en este estudio, como son las diferentes consideraciones y terminologías de unidad familiar, unidad de convivencia o, entre otras, unidad de percepción, donde en algunos casos nos encontramos con la inclusión hasta un cuarto grado de consanguinidad y en otros solo hasta el segundo grado. Tampoco ha pasado desapercibida la determinación de la situación de vulnerabilidad y las rentas o ingresos computables, o, incluso, las cuantías y los parámetros para establecerlas, donde en algunos casos la referencia es el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) o el salario mínimo interprofesional (SMI), y en otros una cuantía determinada.

Por último, es curioso que, salvo error u omisión por nuestra parte, en ninguna de las exposiciones de motivos de las prestaciones autonómicas y estatal se enuncie que la lucha contra la pobreza y la mejora de los sistemas de protección social se encuentran dentro de las obligaciones adquiridas por España a través de la firma de la Carta Social Europea (CSE) y de la vinculación a las decisiones e informes del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)². Sí se detienen algunas normas en nuestra propia CE, en la Unión Europea y en el Pilar europeo de derechos sociales, pero no en los artículos 12 –derecho a la

² España ratificó la CSE de 1961 a través del instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980. Y la CSE revisada de 1996 a través del instrumento de 11 de junio de 2021 y con entrada en vigor el 1 de julio de 2021.

seguridad social–, 13 –derecho a la asistencia social y médica–, 14 –derecho a los beneficios de los servicios sociales–, que estaban vigentes y eran aplicados en nuestro país; y, más recientemente, las últimas normas y modificaciones podrían haber tenido en cuenta el artículo 30 de la CSE revisada, en vigor desde el 1 de julio de 2021, que, reconociendo el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, es el instrumento idóneo para la lucha contra la misma y, fundamentalmente, para su exigibilidad jurídica (Jimena Quesada, 2020, p. 363).

2. Características de las rentas mínimas de las CC. AA.: entre la falsa complementariedad y la real subsidiariedad

A continuación, se examinan las características de todas las rentas mínimas autonómicas, para comprobar cuál es la interacción real con la prestación estatal.

2.1. Prestación aragonesa complementaria del ingreso mínimo vital

En el ámbito de las rentas mínimas de las CC. AA., la norma más reciente es la del Gobierno de Aragón (Ley 3/2021, de 20 de mayo, y Decreto 161/2021, de 13 de octubre), denominada «prestación aragonesa complementaria del ingreso mínimo vital» –ya anuncia el carácter de esta prestación–, que viene a sustituir al ingreso aragonés de inserción, como garantía de renta básica, que venía funcionando con la Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón. Derecho subjetivo, con carácter personal e intransferible para las personas que carezcan de ingresos suficientes para afrontar sus necesidades básicas y cumplan los requisitos establecidos en la norma.

Las características de la prestación tienen en cuenta directamente la influencia del IMV, de tal manera que se configura un derecho subjetivo a una prestación periódica económica y social, de carácter subsidiario y, en su caso, complementario de cualquier otro ingreso, prestación o recurso. Hasta el punto de que el artículo 2.2 del Decreto 161/2021 enuncia que este ingreso «queda condicionado a la solicitud del IMV o de cualquier otra prestación o pensión a las que tenga derecho la unidad de convivencia con carácter previo».

A pesar de lo indicado, en materia de personas beneficiarias de la prestación aragonesa complementaria, el artículo 3.1 del Decreto 161/2021 establece una distinción entre aquellas que no cumplan los requisitos para ser titulares del IMV y las que sí lo sean o lo puedan ser, que recibirán del Gobierno de Aragón un complemento a aquella prestación, hasta la cuantía que resulte en función de la situación de vulnerabilidad económica (art. 2.3 Decreto 161/2021).

2.2. La renta mínima de inserción social de Andalucía

El Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la renta mínima de inserción social en Andalucía, viene a sustituir el denominado «ingreso mínimo de solidaridad», mejorando algunas de las cuestiones establecidas en este y reduciendo la dispersión de las ayudas existentes.

Su artículo 5 la define como una prestación garantizada bajo el cumplimiento de requisitos, de carácter personal (o grupal) e intransferible, complementaria con cualquier otro recurso de la unidad familiar, incluyendo prestaciones a las que tengan derecho, de carácter subsidiario con respecto a cualquier prestación contributiva, no contributiva y cualquier régimen de protección social que se conceda a la persona titular.

Entre las mejoras que se incluyen, la exposición de motivos de la norma destaca la característica principal de esta nueva renta mínima como es que sea una prestación garantizada, con todo lo que jurídicamente implica. Pero, además, se amplía la cobertura en varios sentidos; entre ellos, por una parte, se rebajan los requisitos de acceso para situaciones de urgencia o emergencia social³; por otra, se establece como requisito la vecindad administrativa y se hace especial hincapié en la protección de la pobreza femenina, atendiendo a las cifras, incorporando la perspectiva de género en todo el proceso desde la solicitud hasta la concesión y el seguimiento posterior, sin dejar de lado la atención a las familias con hijos e hijas, en especial a las monomarentales y monoparentales⁴.

³ El concepto de situación de urgencia social del artículo 4.5 del decreto de la prestación andaluza ha sido modificado recientemente para incluir las situaciones derivadas de violencia de género y de explotación sexual o laboral. Se entiende que la situación de urgencia es excepcional, extraordinaria y puntual, pero exige una actuación inmediata para evitar consecuencias mayores de deterioro, agravamiento y desprotección. En el mismo orden de cosas, la emergencia social, según el artículo 35 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, se contempla como aquella necesidad constatada de atención inmediata a personas o grupos de personas por situaciones de crisis social, catástrofes, accidentes u otras circunstancias similares. Circunstancias que deben ser constatadas por los servicios sociales comunitarios o instancias de las Administraciones públicas competentes. Este decreto identifica una lista breve, que consideramos ejemplificativa, y que puede ampliarse igualmente por medio de la vía reglamentaria, a saber: pérdida de vivienda habitual por incendio, derrumbe u otra catástrofe que obligue al desalojo de esta por la unidad familiar; accidente grave de alguna de las personas miembros de la unidad laboral que impida el desarrollo de la vida cotidiana y la inserción laboral; en el mismo sentido que en el caso anterior de urgencia social se incluía la enfermedad. Lo que no se entiende es por qué la enfermedad y el accidente, si son igual de limitativos, se engloban en conceptos diferentes, de emergencia o urgencia.

⁴ El punto de partida de esta prestación es contribuir, de manera multidimensional, al reparto equitativo de la riqueza para favorecer la igualdad de oportunidades, la cohesión social, y corregir el fuerte impacto económico y social de la crisis generada en el 2008 que ha traído consigo una mayor precariedad laboral y un empobrecimiento de la clase trabajadora y de las personas más vulnerables. Afirman que se evidenció la necesidad de establecer un sistema de garantía de rentas para permitir el desarrollo de una vida digna de las capas de población más afectadas, pues la exclusión social conlleva la incapacidad de

2.3. Salario básico social de Asturias

Hasta el 12 de julio de 2022 estará vigente el salario social básico de Asturias, cuyo concepto recogido en el artículo 3.2 de la Ley 4/2005, de 28 de octubre, expresa que se trata de una prestación económica diferencial⁵, complementaria y subsidiaria no solo de cualquier otra pensión o prestación social, sino de cualquier recurso, derecho o rendimiento de bienes a los que pudiera tener derecho cualquier persona integrante de la unidad económica de convivencia independiente. Recogiéndose, además, la obligación de reclamar lo que corresponda en este sentido, con carácter previo, y, por tanto, condicionando la prestación del salario social básico a ello. Salvo error u omisión por nuestra parte, no ha habido modificación que contemple la existencia del IMV.

Pero es interesante cómo el artículo 9.1 d) de la Ley 4/2005 establece que, de manera previa, no solo hay que solicitar las pensiones y prestaciones vigentes que pudieran corresponder, sino también accionar o llevar a cabo las acciones legales derivadas del impago de derecho de alimentos.

2.4. Prestación canaria de inserción

Por su parte, la prestación canaria de inserción, en el artículo 6 de la Ley 1/2007, de 17 de enero (modificado por el art. Único.1 DL 16/2020, de 24 de septiembre, y, por tanto, teniendo en cuenta la aparición en escena del IMV), establece, en primer lugar, que estamos ante una prestación de carácter subsidiario frente a cualquier otra pensión, condicionando su concesión a la acreditación por parte de la persona titular de haber solicitado el IMV u otra prestación, y haberlas obtenido si fuese el caso.

Si se tratara del IMV (art. 6.4), bastará con acreditar tanto en la solicitud como en las posibles renovaciones de la prestación canaria que se ha solicitado aquel; eso sí, la persona titular adquiere la obligación de aportar la resolución de concesión o denegación cuando le sea notificada. Además, el artículo 6.5 establece que el hecho de no obtener la concesión en plazo del IMV no será obstáculo para la petición de la prestación de inserción autonómica, pero, eso sí, una vez obtenida la resolución, se debe aportar para que se proceda a realizar la revisión, modificación, deducción o reintegro económico. Esta situación otorga

ejercer derechos sociales. Tampoco deja de lado la revolución tecnológica y sus efectos estructurales en la tecnificación del sector productivo, que conlleva desajustes entre la oferta y la demanda, por la falta de perfiles profesionales que se ajusten, y produce excedentes de mano de obra. Asimismo, se destaca que se trata de una norma del diálogo social en el marco de Andalucía.

⁵ Es interesante cómo el artículo 3.3 de la Ley 4/2005 establece como un aspecto efectivamente diferencial del salario social básico asturiano que va dirigido a «fines alimenticios» de conformidad con el artículo 142 del Código Civil y otros preceptos concordantes.

cierta seguridad jurídica, dada la demora en las respuestas a las solicitudes del IMV, pues no obtener respuesta en plazo no puede ser óbice para dejar en una situación todavía más vulnerable a las personas que solicitan la prestación autonómica.

La prestación canaria de inserción también se define como complementaria, tanto con otras prestaciones como con los recursos de las personas integrantes de la unidad de convivencia (art. 6.3), de tal manera que se tendrá derecho, al menos, en una parte proporcional a la cuantía que corresponda una vez realizadas las deducciones correspondientes.

En cuanto a la determinación de los recursos de la unidad familiar, el artículo 8 f) de la Ley 1/2007 prevé algo interesante: no se computarán las pensiones derivadas del pago de alimentos reconocidas por sentencia judicial, hasta el límite de la cuantía mensual de la ayuda económica básica que le correspondiera por unidad de convivencia. Asimismo, el artículo 8 g) prevé que tampoco se tendrán en cuenta las pensiones compensatorias reconocidas por sentencia judicial y que se abonen de forma efectiva hasta el límite de la cuantía mensual de la ayuda económica básica que le correspondiera por unidad de convivencia⁶. Y, en relación también con el IMV, el artículo 8 k) indica que no se computarán el resto de las pensiones del sistema de la Seguridad Social o de cualquier otro régimen de protección social, hasta el límite de la cuantía de ayuda económica básica que correspondería a la unidad de convivencia, exceptuando las cuantías derivadas del IMV que se computarán en su totalidad.

2.5. La renta social básica de Cantabria

La renta social básica de Cantabria, intransferible, también se define con carácter subsidiario y complementario tanto de la acción protectora de la Seguridad Social, contributiva o no contributiva, como de cualquier otro régimen público de protección social. El carácter de subsidiariedad implica la obligación por parte de las personas solicitantes de la renta social básica de aportar la resolución denegatoria de la concesión de otras prestaciones (art. 28.2 Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales). Por su parte, la complementariedad implica que se tendrán en cuenta todos los ingresos económicos que pudieran corresponder a las personas miembros de la unidad de convivencia a efectos del cálculo de la cuantía de la renta social básica que corresponda⁷.

Al no haberse introducido ninguna modificación tras la publicación y regulación del IMV no se especifica qué sucederá en caso de demora en la resolución denegatoria de este.

⁶ Este inciso ha sido introducido con posterioridad a la entrada en vigor del IMV por el Decreto-Ley 16/2020, de 24 de septiembre.

⁷ Con respecto a la cuantía, el artículo 32 de la Ley 2/2007 simplemente establece que la renta social básica será la necesaria para garantizar unos ingresos del 80 % del IPREM y se incrementará en un 25 % en caso de que la unidad convivencial la integre una sola persona y un 10 % sobre la cantidad resultante en el tramo inmediatamente anterior por cada persona a partir de la tercera.

Tampoco se especifica si para solicitar la renta social básica cántabra es necesario esperar a la resolución denegatoria de cualquier otra prestación como el IMV o será suficiente con la presentación de la solicitud de todas aquellas pensiones o recursos económicos que pudieran corresponder a la unidad de convivencia.

2.6. Renta garantizada de la ciudadanía de Cataluña

La renta garantizada de la ciudadanía en Cataluña también surge con carácter subsidiario con respecto a cualquier tipo de ingresos, ayudas, subsidios, prestaciones o pensiones de cualquier Administración pública, incidiendo la norma en que esta constituye la «última red de protección social» (art. 6 Decreto 55/2020, de 28 de abril, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2017, de 20 de julio). Atendiendo al régimen establecido en el artículo 7, vemos que el IMV no entraría dentro de las excepciones de rentas que no se computarían a efectos de comprobación del derecho a la renta garantizada y al cómputo de esta.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 55/2020, la renta garantizada de la ciudadanía es compatible, pero también complementaria, con las rentas de trabajo que se deriven de contratos a tiempo parcial. Se establecen, asimismo, dos obligaciones directamente relacionadas en el artículo 16.2 b) y c) del Decreto 55/2020, esto es: primero, solicitar cualquier otra prestación económica, contributiva o no contributiva, a la que tenga derecho cualquiera de las personas beneficiarias de la renta catalana durante la percepción de esta; y, segundo, se impide –jurídicamente, se entiende– a las personas beneficiarias renunciar con carácter voluntario a otra prestación o ayuda que estuvieran percibiendo en el momento de solicitar el derecho a la renta garantizada.

La entrada en vigor del IMV supone la imposibilidad de que las personas beneficiarias, en caso de cumplir los requisitos de ambas prestaciones, optaran entre una u otra, una vez concedida «la otra». Se garantiza así la complementariedad de la cuantía más elevada correspondiente a la renta garantizada de Cataluña.

2.7. Renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid

Las características básicas que se enuncian en el artículo 4 de la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, son el carácter subsidiario y complementario de la prestación.

Subsidiaria con respecto a cualquier otra pensión del sistema de Seguridad Social u otro régimen público⁸. Hasta el punto de la obligatoriedad de solicitar con carácter previo a la renta

⁸ El artículo 4 del Decreto 126/2014 contiene una relación íntegra de las prestaciones con respecto a las que la renta mínima de la Comunidad de Madrid posee carácter subsidiario; no se incluye el IMV, pero se deduce de las genéricas fórmulas incluidas.

mínima de inserción de la Comunidad de Madrid aquellas otras prestaciones a las que se pueda tener derecho (art. 6.1 e) Decreto 126/2014, de 20 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la renta mínima de inserción en la Comunidad de Madrid) y solo en caso de denegación se podrá conceder la prestación de la renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid (art. 4.2 Ley 15/2001). Pese a que la redacción de la norma no había tenido en cuenta el IMV, es perfectamente adaptable al momento de la aparición y condiciona el otorgamiento de la renta mínima madrileña a la denegación, expresa o no, del IMV, lo que, como veremos a continuación, genera graves problemas en la práctica.

La renta mínima de inserción tendrá carácter complementario, hasta el importe que corresponda percibir a la persona beneficiaria de la renta mínima, respecto de los recursos de que disponga y de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho (art. 4.3 Ley 15/2001). En este caso, en el reglamento de desarrollo, ya se especifica que los rendimientos procedentes de pensiones y prestaciones de la Seguridad Social o cualquier otro régimen público se tendrán en cuenta íntegramente prorrateados en su caso a 12 mensualidades (art. 21 Decreto 126/2014).

Además, el artículo 14 del Decreto 126/2014 establece el reconocimiento excepcional de la prestación de la renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid con respecto a situaciones como ser víctima de violencia familiar y violencia de género, o situaciones graves de exclusión y dificultades. Hubiera sido preferible que se incluyeran con carácter general y no como situaciones excepcionales que pueden generar discrecionalidad en su concesión.

2.8. Renta de inclusión social de Galicia

Esta se define como un derecho subjetivo, una prestación económica de carácter alimenticio personal y no transmisible. E, igualmente, como subsidiaria e incompatible con las prestaciones no contributivas o con cualquier otra pensión de cuantía igual o superior a la de dichas pensiones no contributivas (art. 6 Ley 10/2013, de 27 de noviembre). Esta subsidiariedad implica, también, una complementariedad de la renta de inclusión social gallega según el propio artículo 6.4, al establecer que cualquier ingreso, independientemente de si procede de prestaciones o no que se reciban (tanto por parte de la persona solicitante como de otras personas que integren la unidad de convivencia), no supondrá la imposibilidad de acceder a la prestación gallega; se procederá, si son inferiores al importe de la prestación gallega, a descontar del importe de la renta que se garantiza con la prestación autonómica⁹. No ha habido modificaciones recientes desde la aparición del IMV, pero, tal

⁹ Dentro de la renta de inclusión social de Galicia existen diferentes tramos, el que nos interesa, regulado en el artículo 21, es el tramo personal y familiar, que será equivalente en su cuantía al 75 % del IPREM. Existirá la posibilidad de complementarlo en función de las diferentes circunstancias a través de un complemento familiar –art. 21.2– por convivientes adicionales.

y como está definido, el encaje de esta prestación estatal es claro; la objeción viene de la mano de la práctica, es decir, legalmente no se condiciona el acceso a la prestación gallega a la solicitud del IMV, pero tampoco se solicita la denegación de esta última. En definitiva, problemas de inseguridad jurídica y de libre albedrío de la práctica.

2.9. Renta extremeña garantizada

El artículo 3, segundo párrafo, de la Ley 5/2019, de 20 de febrero, de renta extremeña garantizada, insiste, igualmente, en el carácter complementario y subsidiario de esta renta, con respecto a cualquiera de los ingresos o prestaciones de las personas solicitantes que deberán constar íntegramente en la solicitud. Y debemos destacar el apartado e) del artículo 51 en el que se establece como un requisito básico haber solicitado previamente, a cualquier Administración pública que fuera competente, todas aquellas pensiones o subsidios que pudieran corresponder, incluyendo realizar las acciones legales para el establecimiento y el pago de pensiones por alimentos y pensiones compensatorias.

Y, pese al carácter de renta intransferible, se exceptúa en el artículo 4, incidiéndose en que sí podrá ser objeto de cesión, embargo o retención en caso de deudas derivadas de pensiones alimenticias reconocidas judicialmente y en el caso de indemnizaciones a favor de mujeres víctimas de violencia de género. Algo que nos parece novedoso con respecto al resto de rentas mínimas.

2.10. Renta garantizada de la ciudadanía de Castilla y León

Por su parte, la renta garantizada de la ciudadanía de Castilla y León también goza de ese carácter subsidiario con respecto a cualquier prestación o sistema de protección social (art. 4.2 Dleg. 1/2019, de 10 de enero), utilizando también la expresión de «última red de protección». Se contempla, no obstante, como excepción según indica la propia norma, como complementaria (art. 4.3) con respecto a los ingresos y prestaciones económicas a las que tuvieran derecho las personas integrantes de la unidad familiar o de convivencia; y se exceptúan, considerándose incompatibles con esta renta garantizada, las prestaciones a las que pudiera tener derecho la persona titular (solicitante) de la renta mínima, provengan de la acción protectora de la Seguridad Social, contributiva o no, o de cualquier otro régimen o sistema público. Y de esta misma declaración-excepción se exceptúan, a su vez, una serie de prestaciones que permitirán compatibilizar la renta garantizada, destacando esa característica de complementariedad anunciada. La norma se refiere a las siguientes (art. 4.4 y 4.5):

Primero, prestaciones derivadas de la suspensión de contrato de trabajo por maternidad o paternidad –hoy en día, diríamos, por cuidado del menor–; riesgo durante el embarazo; prestaciones de incapacidad temporal (IT) durante el desarrollo

de la actividad laboral –¿se referirá a incurrir en IT mientras se está trabajando o a IT profesional?–; prestaciones por hijo/a a cargo, en los que el sujeto causante sea el hijo.

Segundo, con el límite del 80 % del IPREM, será compatible, también, con la percepción de las siguientes prestaciones: desempleo¹⁰, subsidio de desempleo, programa de renta activa de inserción (RAI), programa de activación para el empleo (PAE), programa personal de integración y empleo (PIE) o programa de recualificación profesional (PREPARA). Se deja abierta la posibilidad a incluir cualquier otra, siempre con el límite del 80 % del IPREM, y siempre que se cumplan el resto de los requisitos, por lo que, aparentemente, es compatible con la percepción del IMV.

Tampoco podrá la renta garantizada de la ciudadanía de Castilla y León ser objeto de cesión, embargo o retención (art. 4.6).

2.11. El ingreso mínimo de solidaridad de Castilla-La Mancha

La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de solidaridad en Castilla-La Mancha, y la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, dieron lugar al ingreso mínimo de solidaridad, como una prestación económica periódica y temporal. El objeto de esta era la inserción social de aquellas personas y unidades familiares que, por carecer de recursos económicos suficientes, no pueden atender sus necesidades básicas, pero, en un sentido más amplio, promover la igualdad de oportunidades de ciudadanas y ciudadanos en desventaja social (art. 51 Ley 5/1995). A través de la Resolución de 30 de diciembre de 2020 se han convocado las últimas ayudas, para el año 2021, del ingreso mínimo de solidaridad.

Se define en el artículo 52 de la Ley 5/1995 como prestación personal, intransferible, complementaria y subsidiaria de cualquier otro tipo de prestación, siendo obligatorio que se soliciten con carácter previo para el acceso a esta prestación. El propio artículo 52 de la Ley 5/1995 indica que no podrá recaer en una misma persona la titularidad del ingreso mínimo de solidaridad y las prestaciones o pensiones contributivas no contributivas y asistenciales, por invalidez o jubilación del sistema público de pensiones (art. 52.3). Por su parte, la regulación del Decreto 179/2002, de 17 de diciembre, de desarrollo del ingreso mínimo de solidaridad, ayudas de emergencia social y prestaciones económicas en favor de colectivos desfavorecidos y de la colaboración y cooperación en materia de servicios sociales, establece en el artículo 3 que se computarán todas aquellas rentas personales o patrimoniales,

¹⁰ En este caso se llega a indicar que incluso para la persona beneficiaria titular será posible complementar la renta garantizada hasta el 80 % del IPREM con la prestación o subsidio de desempleo generado tras la finalización de una actividad laboral, aunque tenga un importe igual a la cuantía básica de la renta garantizada de la ciudadanía.

pensiones o ingresos que procedan de cualquier título que perciba la persona o personas de la unidad familiar. Las excepciones contempladas en el artículo 35 indican que quedarán exentas del cómputo de rentas, entre otras cuantías, los ingresos procedentes de ayudas no periódicas para situaciones de necesidad de finalidad específica, por lo que el IMV no entraría dentro de las mismas.

La Resolución del 30 de diciembre de 2020 establecía en su artículo primero que podrían concurrir a esta convocatoria las personas físicas que tuvieran reconocida la ayuda de ingreso mínimo de solidaridad con anterioridad y que cumplieran los requisitos para la renovación o renovación excepcional con base en lo establecido reglamentariamente. Lo que implica que no hay nuevas solicitudes de personas beneficiarias y que estas están siendo absorbidas por el IMV, por el momento.

2.12. Renta valenciana de inclusión

La renta valenciana de inclusión, aprobada por la Ley 19/2017, de 20 de diciembre, ha sufrido modificaciones con posterioridad a la entrada en vigor del IMV¹¹. Se considera un derecho subjetivo que se materializa a través de una prestación económica y profesional (art. 6), enfocada a garantizar las necesidades básicas de las personas, en atención a evitar la exclusión y la vulnerabilidad social. Tal y como recoge ahora la Ley 19/2017, tras la modificación operada tras el IMV, no solo va dirigida a una garantía de ingresos mínimos, sino que la inclusión puede necesitar otras actuaciones para evitar la exclusión social, como son la educación, el empleo, la vivienda, la promoción de la salud y de la autonomía personal o el uso de otras herramientas para la autodeterminación de la cultura, el acceso y formación en nuevas tecnologías, por ejemplo.

En concreto, si nos referimos a las características de la renta valenciana de inclusión (art. 7), se considera complementaria hasta el importe que se trata de garantizar, tanto con respecto a los recursos económicos de que se disponga en la unidad familiar, como al propio IMV o cualquier otra renta o garantía de ingresos mínimos estatal que se apruebe. El artículo 16.2 de la Ley 19/2017 establece que para determinar la cuantía garantizada no se tendrá en cuenta la prestación del IMV o cualquier otra de ingresos mínimos de carácter estatal que pueda sustituirla. Complementariedad que se reafirma al insistir en que esta prestación económica es incompatible tanto con la renuncia como con la falta de solicitud de otras prestaciones económicas a las que se tenga derecho; se condiciona, por tanto, su concesión, lo que manifiesta también su carácter subsidiario con respecto a cualquier otro ingreso o pensión.

¹¹ Modificaciones de las características que vienen de la mano del artículo 8 del Decreto-Ley 7/2020, de 26 de junio.

Tal y como se configuran otras rentas mínimas de CC. AA., la renta valenciana de inclusión es intransferible, sin que parezca que quepan excepciones contempladas en la norma (art. 7 c) Ley 19/2017).

2.13. Renta de la ciudadanía de La Rioja

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 4/2017, de 28 de abril, reconoce la renta de la ciudadanía riojana como un derecho subjetivo, pero, también, como una renta subsidiaria respecto a cualquier prestación o régimen público de protección. Establece, asimismo, en el apartado cuarto, como situación excepcional la complementariedad con respecto a los ingresos y prestaciones económicas a los que pudiera tener derecho cualquiera de las personas miembros de la unidad familiar o de convivencia, exceptuando los ingresos que pueda percibir la persona titular de la acción protectora de la Seguridad Social, tanto contributiva como no contributiva; esto, a su vez, contempla una serie de excepciones que se encuentran en el artículo 9.1 a) y que incluyen: la pensión de orfandad; la pensión en favor de familiares; una prestación o subsidio por desempleo inferior a la cuantía básica de la renta de la ciudadanía; la pensión de viudedad en favor de menores de 65 años también inferior; la pensión de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, contributiva o no contributiva, también inferior; la renta activa de inserción percibida por mujeres víctimas de violencia de género; y cualquier otra prestación de naturaleza asistencial de importe inferior.

El apartado b) de este artículo 9.1 establece aquellas prestaciones de la Seguridad Social o de cualquier otro sistema público de protección con las que la renta a la ciudadanía será incompatible: jubilación contributiva o no contributiva; incapacidad permanente superior a la cuantía básica de la renta de la ciudadanía; viudedad en favor de mayores de 65 años; renta activa de inserción, salvo para mujeres víctimas de violencia de género; prestaciones del sistema de empleo con importe igual o superior a la cuantía básica de la renta a la ciudadanía; y prestación o subsidio por desempleo de importe igual o superior a la cuantía básica de la renta de la ciudadanía. Aunque este artículo no se haya modificado desde la entrada en vigor del IMV, queda claro por la descripción y régimen del artículo 9 que ambas prestaciones serían compatibles hasta el límite máximo de la renta de la ciudadanía que pretende garantizarse.

2.14. Renta social garantizada de las Illes Balears

De conformidad con el Decreto-Ley 10/2020, de 12 de junio, de prestaciones sociales de carácter económico de las Illes Balears, son tres tipos de prestaciones las que se otorgan con diferentes características (art. 5): primero, como derecho subjetivo cuando se reúnan los requisitos; segundo, como derecho de concurrencia cuando la concesión de la prestación esté sujeta a limitaciones presupuestarias y, por tanto, se priorice en favor de la mayor necesidad; y, tercero, como derecho de urgencia social, para atender a situaciones puntuales, urgentes y básicas de subsistencia.

La primera de ellas sería nuestra renta mínima, la renta social garantizada entendida como una prestación periódica, intransferible, enfocada en evitar las situaciones de vulnerabilidad social provocadas por la carencia de recursos (art. 15 DL 10/2020)¹², de carácter finalista, entendida como un derecho subjetivo y subsidiaria del IMV y de cualquier otra prestación cuya financiación provenga de la Administración General del Estado (art. 16 DL 10/2020). Esta subsidiariedad se enuncia también en términos de complementariedad por cuanto existe un nivel mínimo de renta que pretende garantizarse y, en caso de existencia de rentas o recursos, la renta social balear que se otorgue será la diferencia entre los recursos económicos de la unidad y la cuantía de la renta social garantizada.

Para dar lugar al derecho a la renta social garantizada balear se establecen una serie de requisitos y, entre ellos, nos parece significativo el relativo a haber solicitado el IMV y tener una resolución desestimatoria por motivos de ingresos durante el ejercicio anterior (art. 20.1 a).

2.15. Renta básica de inserción de Murcia

Aprobada por la Ley 3/2007, de 16 de marzo, que en su artículo 3 ya la define como intransferible y en el artículo 4 nos indica que la renta básica de inserción murciana se otorgará cuando no existan otras prestaciones del sistema de Seguridad Social o cualquier otro régimen público que le correspondan tanto a la persona titular como a los miembros de la unidad de convivencia. Hasta tal punto se prevé la subsidiariedad que el apartado 2 del artículo 4 establece la condición con carácter obligatorio de solicitar ante el organismo correspondiente y con carácter previo a la renta básica de inserción el resto de prestaciones a las que se pudiera tener derecho. Esto incluye, por tanto, la obligatoriedad de pedir el IMV antes de la renta básica de inserción de Murcia. Y como viene sucediendo en las rentas anteriores, también, que se pruebe la complementariedad hasta el importe que se corresponda con la renta máxima que se pretende garantizar a través de esta prestación.

El artículo 10 de la Ley 3/2007 establece que la renta básica de inserción murciana estará formada por una prestación mensual básica y un complemento mensual variable en función de las personas que integren la unidad de convivencia. Se medirá con base en el IPREM. Pero destacamos el artículo 10.6, porque incorpora que las personas titulares de la renta básica de inserción de Murcia que tengan menores a su cargo en edad escolar percibirán al inicio de cada curso una ayuda económica para material escolar, y también aquellas personas

¹² En este sentido es interesante cómo el artículo 12 del Decreto-Ley 10/2020 determina que, según esta norma, las necesidades básicas de una persona o de una unidad de convivencia van referidas a las propias de mantenimiento, vestimenta y aquellas derivadas del uso del hogar, así como las relacionadas con el apoyo para la integración escolar, laboral y en la comunidad.

beneficiarias mayores de edad que asistan a cursos de formación podrán recibir un complemento de asistencia en concepto de transporte tal y como se determina reglamentariamente.

2.16. Renta garantizada navarra

El artículo 1.3 de la Ley foral 15/2016, de 11 de noviembre, la define como una renta intransferible, prestación básica económica y periódica con carácter complementario y de naturaleza subsidiaria de cualquier otro tipo de recursos y prestaciones económicas que estén previstos en la legislación vigente. Hasta el punto de que se obliga a solicitar todas estas prestaciones o pensiones de manera previa a la renta garantizada navarra; por lo que, aunque no ha sufrido modificación alguna con la aprobación y entrada en funcionamiento del IMV, es claro que también será necesario solicitar esta prestación. Incluso, el artículo 5 establece, como uno de los requisitos para poder solicitar esta renta básica, haber solicitado y haber ejercido todas aquellas acciones legales para el establecimiento y el pago de pensiones por alimentos o pensiones compensatorias.

2.17. Renta de garantía de ingresos del País Vasco

Dentro del sistema vasco de garantía de ingresos e inclusión social nos encontramos, con base en el artículo 6 de la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, con diferentes tipos de prestaciones económicas.

Las prestaciones económicas de derecho integradas en este sistema son las que nos interesan: una renta de garantía de ingresos que incluirá una renta básica para la inclusión y la protección social y una renta complementaria de ingresos de trabajo (art. 14), y también se incluye una prestación complementaria de vivienda (art. 6.2).

Al igual que sucede con otras rentas, la renta de garantía de ingresos del País Vasco se configura como un derecho subjetivo para las personas que cumplan los requisitos específicos (art. 12), como una renta intransferible, de carácter subsidiario y complementario¹³ con todo tipo de recursos y prestaciones previstos para cualquiera de las personas miembros de la unidad de convivencia incluyendo la persona titular (art. 13)¹⁴.

¹³ En este sentido cabe tener en cuenta que el artículo 21.2 también considera que, dado el carácter subsidiario y complementario de la prestación, las cuantías no pueden ser complementadas con otras ayudas o prestaciones del mismo tipo, porque, si así fuera, tendrían que considerarse como ingresos a efectos del cómputo de la cuantía de la prestación.

¹⁴ Aunque no es objeto de este trabajo, se ha de tener en cuenta que también se contemplan en el artículo 6.3 ayudas económicas de emergencia social.

En el momento en que el IMV estaba encima de la mesa y cuando conocíamos algunos de los posibles detalles de la prestación estatal, a golpe de tuit algunos autores se manifestaban sobre la relación que debería existir con las rentas mínimas de las CC. AA. En este sentido, Laparra Navarro (2020) afirmaba que «los ingresos de los hogares por una renta mínima de las comunidades autónomas no deberían nunca ser computados a la hora de establecer la cuantía del ingreso mínimo vital para cada familia», en el bien entendido que no tiene sentido que una prestación estatal de la Seguridad Social sea subsidiaria de una autonómica de asistencia social.

Y, efectivamente, la regulación del IMV a efectos de considerar la existencia o no de la vulnerabilidad económica no tiene en cuenta los salarios sociales, rentas de inserción o ayudas análogas de asistencia social de las CC. AA. (arts. 11, 20 y 21 RDL 20/2020). Pero, al parecer, solo sobre el papel, porque en la práctica algunas de las reclamaciones que han llegado al Defensor del Pueblo son precisamente haber tenido en cuenta en el cómputo del patrimonio de las unidades las rentas mínimas de las CC. AA. Es por ello por lo que, como hemos podido comprobar, algunas normas de las CC. AA. han sufrido modificaciones dirigidas a la reducción del gasto social en prestaciones al considerar que con su renta mínima solo debían completar lo percibido en su caso a través del IMV; y solo en aquellos casos en los que la renta garantizada de cada comunidad autónoma es superior a la cuantía del IMV, lo que, desde nuestro punto de vista, es una falsa complementariedad o complementariedad «a la baja».

Los informes más recientes –25 de enero de 2022– publicados al respecto hablan del «desmantelamiento» de las rentas mínimas autonómicas, basándose en la reducción del número de personas beneficiarias y el presupuesto autonómico. Algunas CC. AA. –Aragón, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Galicia, Illes Balears, La Rioja y Madrid– no han empleado el recorte en prestaciones que ha supuesto la irrupción del IMV en otros gastos sociales absolutamente necesarios, teniendo en cuenta los niveles de pobreza, desigualdad y vulnerabilidad de una gran parte de la población¹⁵.

Además, como también se ha puesto de manifiesto en múltiples ámbitos, la inadmisión a trámite del IMV (art. 25.1 RDL 20/2020) y el tiempo de espera en las respuestas a la solicitud de la prestación a 6 meses (art. 25.3 RDL 20/2020) han dejado en el limbo a muchas personas; si la renta mínima de la comunidad autónoma exige la denegación del IMV y la petición de cualquier prestación pública a la que se pudiera tener derecho, ¿cuáles son las opciones si no hay respuesta en ese plazo o la respuesta es la «inadmisión a trámite» sin motivación? La respuesta es descorazonadora, es la debilitación todavía mayor de una parte de nuestra sociedad que más necesita una respuesta inmediata.

¹⁵ En este sentido se expresa el análisis estadístico comparativo realizado por la Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales de España. <https://directoressociales.com/solo-el-9-de-la-poblacion795-861-personas-que-vive-bajo-el-umbral-de-la-pobreza-en-espana-se-beneficia-de-las-rentas-minimas-de-insercion/>.

La coexistencia del IMV y la renta mínima de cada comunidad autónoma debería haber sido enfocada hacia el reforzamiento de la lucha contra la pobreza, que no ha sido eficiente en nuestro país en las últimas décadas. En este sentido, la importancia de las rentas mínimas ha sido manifiesta, al tratar de cubrir la insuficiencia del sistema de protección social central, de tal manera que el informe de la Fundación FOESSA (Fomento de Estudios Sociales y Sociología Aplicada) en el 2019 ya explicitaba que, en este contexto de insuficiencia de las prestaciones generales de la Seguridad Social, el desarrollo de los sistemas de rentas mínimas autonómicas era imprescindible para tener una estrategia efectiva de prevención y superación de la pobreza (Sanzo González, 2019, p. 24). Es una lástima que la tendencia no haya sido la de elevar las cuantías sumando rentas mínimas e IMV, para ser realmente un instrumento de garantía contra la pobreza y la exclusión en todos los ámbitos.

3. Requisitos de acceso al IMV y a las rentas mínimas: la residencia y la edad

3.1. Empadronamiento y residencia, ¿legal?

Por lo que se refiere al IMV, para el acceso a la prestación se exige la residencia legal y efectiva de forma continuada durante 1 año inmediatamente anterior a la solicitud. Este requisito se entiende tanto para la persona solicitante individual¹⁶ como para todos los miembros de la unidad familiar en caso de solicitud colectiva.

Sin embargo, desde el punto de vista de la que suscribe estas líneas, una vez concedida la prestación, para su mantenimiento se exige la residencia habitual¹⁷, algo que, como veremos, no aparece claramente identificado en las rentas mínimas de las CC. AA., aunque lo podamos inferir de las revisiones para la actualización o renovación de algunas de las prestaciones.

Las excepciones reseñables¹⁸ al requisito general de 1 año de residencia legal y efectiva (art. 10.1 a) Ley 19/2021) se refieren a las siguientes personas: a) víctimas de trata de seres

¹⁶ En este sentido, alguna autora como Sánchez-Rodas Navarro (2020, p. 11) manifiesta que puede suponer un deterioro de las prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social.

¹⁷ En este sentido, para la determinación de la residencia habitual se utiliza el criterio de estancias de las pensiones no contributivas (art. 271.1 f) LGSS); es decir, no se tendrán en cuenta las estancias en el extranjero no superiores a 90 días –lo que tiene su reflejo en el sistema de obligaciones y sanciones contempladas en la norma–, o cuando la ausencia –aunque pueda tener una duración mayor de 90 días– esté motivada por causas de enfermedad justificadas.

¹⁸ Decimos reseñables porque se recoge otra excepción que realmente no es constitutiva, porque estas personas no formaban parte de la unidad de convivencia con carácter previo, a saber: no se exigirá el

humanos y de explotación sexual, cuyas situaciones deberán ser acreditadas por informe de los servicios públicos o sociales que se hayan encargado de su atención; b) mujeres víctimas de violencia de género.

Junto con lo indicado, el artículo 10.2 de la Ley 19/2021 introduce exigencias temporales de residencia más duras para las personas menores de 30 años que soliciten como personas beneficiarias individuales la prestación del IMV (art. 4.1 b) Ley 19/2021), salvo que se trate de víctimas de violencia de género que hayan abandonado su domicilio habitual y las personas que se encuentren en trámites para la separación o divorcio, las personas entre 18 y 22 años provenientes de centros residenciales de protección de menores, las personas sin hogar y las que dejen de vivir con sus progenitores/as, tutores/as o acogedores/as por el fallecimiento de estos, pudiendo incorporarse más colectivos por la vía reglamentaria, cuando la haya (art. 10.2, párrs. 1 y 4, Ley 19/2021).

El requisito extra exigido para las personas menores de 30 años implica haber vivido, de manera previa a la solicitud, 2 años de manera independiente¹⁹ y en alta en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social²⁰ durante, al menos, 12 meses, continuados o no; esto implica que a las personas menores de 30 años que soliciten de manera individual el IMV se les exige, en definitiva, haber residido de manera previa, legal y efectiva, en el territorio español durante 2 años.

Esta exigencia no responde a ninguna razón objetiva y limita –todavía más– el acceso a una prestación concedida para la erradicación de la pobreza y la lucha contra la vulnerabilidad, pese a las mejoras introducidas en la ley con respecto al real decreto-ley²¹.

En cuanto a las rentas mínimas de las CC. AA., nos encontramos con diferentes formulaciones que procedemos a analizar.

Comenzando con el salario social básico de Asturias, se exige el empadronamiento en el Principado de Asturias y una residencia efectiva ininterrumpida en el tiempo no inferior a 2 años, inmediatamente anteriores a la formulación de la solicitud de la renta mínima

año de residencia cuando se trate de menores incorporados/as a la unidad de convivencia por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento permanente.

¹⁹ El Real Decreto-Ley 20/2020 establecía con mayor dureza 3 años de vida independiente. De conformidad con el propio artículo 10.2, párrafo segundo, de la Ley 19/2021: «[...] se entenderá que una persona ha vivido de forma independiente siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores».

²⁰ Se consideran incluidos el régimen de clases pasivas del Estado o una mutualidad de previsión social alternativa al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

²¹ Una crítica más extensa en este sentido puede leerse en Burriel Rodríguez-Diosdado (2021a, pp. 164-165).

(art. 9 Ley 4/2005). Pero no se especifica que esa residencia deba ser legal, por lo que, en una amplia interpretación, podríamos entender que las personas que se encuentren en situación administrativa irregular, residiendo, pero no «legalmente», podrían acceder, bajo el cumplimiento del resto de requisitos, a la prestación asturiana.

El artículo 4 del Decreto-Ley 10/2020 de las Illes Balears, al definir a las personas beneficiarias en su apartado 2, establece que se requerirá la residencia en las Islas Baleares durante los últimos 12 meses antes de la solicitud de la ayuda, al igual que el IMV, salvo que se trate de prestaciones económicas de urgencia social. Pero, de nuevo, solo hace mención de la residencia y no de que esta deba ser «legal» en los términos de la normativa de extranjería.

El mismo sentido se desprende de la prestación aragonesa, en los artículos 4 e) y f) y 5.2 c) del Decreto 161/2021, al manifestar la necesidad de residencia efectiva y de empadronamiento tanto en el momento de la solicitud como con 1 año de antelación a esta.

Y más flexible parece también la renta extremeña garantizada, siendo, en este caso, interesante cómo el artículo 5 de la Ley 5/2019, al definir los requisitos de las personas titulares del derecho, establece el empadronamiento y la residencia efectiva durante una suma mínima de solo 6 meses de manera continuada; requisito, también, exceptuado en caso de circunstancias excepcionales como el supuesto de personas refugiadas, solicitantes de asilo, víctimas de violencia de género o explotación sexual y de trata.

También en esta línea situamos la renta valenciana, al determinar, en el artículo 13.1 de la Ley 19/2017, como requisito de acceso el empadronamiento o residencia efectiva los 12 meses anteriores a la solicitud de la renta; pero, en caso de imposibilidad de cumplimiento, se entenderá satisfecho cuando se haya residido 5 años continuados en los últimos 10 años, anteriores a la presentación de la solicitud. Se incorporarán, asimismo, facilidades de empadronamiento de las personas sin hogar y no se exigirá un tiempo mínimo de residencia para las personas asiladas, solicitantes de asilo, refugiadas, extranjeras exiliadas o apátridas, así como las personas prostituidas, víctimas de explotación sexual o trata y las víctimas de violencia de género o intrafamiliar.

Muy similar la renta mínima del País Vasco al contemplar en el artículo 16 de la Ley 18/2008 el empadronamiento y la residencia efectiva de, al menos, 1 año con carácter previo a la solicitud; pero estableciendo como excepción la demostración de residencia durante 5 años continuados en los últimos 10, en cualquier municipio del territorio español.

Pareciera que el ámbito subjetivo más amplio en este caso fuera el de la renta garantizada navarra, por cuanto el artículo 2 de la Ley foral 15/2016, cuando se refiere a quienes son titulares del derecho, incluye a todas las personas que residan en Navarra y que se

encuentren en situación de exclusión social²²; sin embargo, se exigen 2 años con carácter general de residencia en la comunidad foral o 1 año en el caso de una unidad familiar en la que haya menores o personas dependientes o con discapacidad igual o superior al 65 %. Pero, de nuevo, no se hace referencia a la residencia legal.

También 2 años en el ingreso de solidaridad de Castilla-La Mancha de residencia efectiva y continuada –nada dice de que sea legal– y empadronamiento (art. 53 a) Ley 5/1995), salvo que se trate de emigrantes retornados.

Por su parte, el artículo 7.1 del Decreto-Ley 3/2017, de la renta mínima de inserción social de Andalucía, exige la vecindad administrativa y el empadronamiento, de forma estable de la unidad familiar, con 1 año de antelación. Estos requisitos deberán mantenerse durante toda la percepción de la renta, pero nótese que, en ningún momento, se exige la residencia legal. Sin embargo, a partir de esta norma general, se generan las siguientes excepciones, ampliamente descritas, en las que no se exigirán estos requisitos a la unidad, a saber:

- En los casos de fallecimiento, matrimonio, pareja de hecho debidamente inscrita, nacimiento de hija o hijo, tutela, acogimiento familiar o adopción y ruptura familiar suficientemente acreditada. Como vemos, un *totum revolutum* de supuestos, algunos constitutivos y otros no, como en el caso del nacimiento o la tutela.
- En los casos de víctimas de violencia de género, de trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, acreditable en el momento de la solicitud.
- En caso de ostentar la condición de persona emigrante andaluza retornada en el año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud.
- En el caso de tener la condición de persona apátrida o refugiada, o, en su caso, estar en trámite para su reconocimiento.
- En caso de personas sin hogar.
- En caso de personas que en el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía.
- Otras personas que residan temporalmente en alojamientos alternativos.
- Por fuerza mayor, debidamente acreditada por los servicios sociales comunitarios mediante informe social.

²² El artículo 2.2 de la Ley 15/2016 define exclusión social como aquella situación consecuencia de un proceso dinámico de acumulación o combinación de diversos déficits o carencias personales, relacionales, laborales o socioambientales que persisten en el tiempo y que impiden o limitan el ejercicio y disfrute efectivo de los derechos de las personas.

Por su parte, la Ley 4/2017 de La Rioja determina claramente el ámbito subjetivo de aplicación de su renta de la ciudadanía estableciendo, como requisitos iniciales, que podrán ser beneficiarias tanto las personas que ostenten la condición de ciudadanas de La Rioja como aquellas personas extranjeras con vecindad administrativa en su territorio (art. 2). Podría parecer una amplia formulación que permitiría el acceso a la renta mínima tanto a las personas en situación administrativa regular como a las que no, puesto que la vecindad administrativa, determinada por el régimen local, se otorga por encontrarse empadronadas en el municipio en el que se resida habitualmente, sin que eso implique ninguna otra situación administrativa. Sin embargo, el artículo 7 de la Ley 4/2017 impone una residencia de forma ininterrumpida de 1 año como mínimo, previa a la solicitud, incluso sumando periodos de residencia en diferentes municipios de la comunidad, y a las personas solicitantes extranjeras, expresamente la residencia legal de 1 año con antelación a la solicitud²³. Las excepciones contempladas a la residencia mínima de las personas de la unidad incluyen los siguientes supuestos:

- Personas emigrantes riojanas retornadas de otros países.
- Personas refugiadas o beneficiarias de protección internacional.
- Mujeres víctimas de violencia de género.
- Personas que hayan sido objeto de tutela o guarda por parte del Gobierno de La Rioja hasta su mayoría de edad.
- Personas que, por resolución administrativa o judicial, hayan permanecido durante su minoría de edad bajo la guarda de quienes no fueran titulares de su patria potestad, con medidas de protección de apoyo a la guarda por parte del Gobierno de La Rioja, siempre que no hayan transcurrido 5 años desde el cese o extinción de las medidas de protección.

Entre los requisitos para la renta de inserción canaria que se exigen en el artículo 7 de la Ley 1/2007, nos referimos al empadronamiento y a la residencia legal con una antelación mínima de 1 año con carácter general, que se encuentra exceptuado en algunos casos como ser una persona emigrante canaria retornada, una persona sin hogar o, entre otros, una víctima de violencia de género. Pero la excepción es de tiempo, no de la «legalidad» que se exige a la residencia.

Tanto el empadronamiento como la residencia legal, con al menos 1 año de antelación, se exigen también en el artículo 10 de la renta garantizada de la ciudadanía en Castilla y León (art. 10 Dleg. 1/2019); y se exceptúan, por ejemplo, en el caso de las personas emigrantes

²³ Se establece que la residencia de 1 año no se pierde por haber permanecido fuera de La Rioja periodos inferiores a 30 días por motivos laborales o de enfermedad de la persona solicitante o de cualquiera de las personas integrantes de la unidad.

castellano-leonesas que han retornado de otros países o las mujeres víctimas de violencia de género que hayan tenido que cambiar de residencia desde otra comunidad autónoma o, por ejemplo, el de aquellas personas en situación de extrema necesidad sobrevenida o extranjeras refugiadas o con solicitud de asilo en trámite.

El artículo 29.1 b) de la Ley 2/2007 establece que para la renta social básica de Cantabria será necesario tener la residencia legal en España, el empadronamiento y la residencia efectiva en la comunidad durante los 12 meses ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha de su solicitud. La ausencia del territorio de la comunidad autónoma de Cantabria por tiempo superior a 90 días implica la pérdida de la residencia efectiva. Sin embargo, se considera que no se pierde esa residencia ininterrumpida en los siguientes casos: el tiempo de residencia en otra comunidad autónoma, cuando se trate de personas que vinieran percibiendo una prestación de similar naturaleza en aquella; el tiempo transcurrido en España en establecimientos o centros de régimen cerrado, ya sean penitenciarios o de tratamiento terapéutico o rehabilitador, y las personas emigrantes cántabras.

La renta mínima de la Comunidad de Madrid ya anuncia como potenciales personas beneficiarias de esta a aquellas personas que acrediten tener la residencia legal en el territorio (art. 2 Ley 15/2001) y en los requisitos de acceso (contemplados en el art. 6 de la misma norma) se vuelve a dejar claro que se exige la residencia permanente y el empadronamiento que no podrá ser inferior al año. ¿Realmente la norma está exigiendo una residencia de larga duración? El artículo 7 del Decreto 126/2014 parece volver sobre esa misma idea de residencia permanente en el territorio español y empadronamiento en la comunidad durante un mínimo de 1 año²⁴.

Y, en esta misma línea, los requisitos de las personas titulares que se encuentran comprendidos en el artículo 7 de la Ley 3/2007 para la renta básica de inserción murciana, donde se pide residir legalmente en territorio español y haberlo hecho en un tiempo que no será inferior a 5 años.

Por el momento, las rentas mínimas de Madrid y Murcia se alzan como las que restringen más el ámbito subjetivo en una prestación económica de último recurso. Pero, además, curiosamente el artículo 2 de la Ley 3/2007 de la renta básica de inserción en Murcia

²⁴ El artículo 7.3 del Decreto 126/2014 contempla circunstancias excepcionales para la consideración de lo que denomina «residencia efectiva», teniendo en cuenta: el tiempo transcurrido en España en establecimientos penitenciarios o en centros de tratamiento terapéutico o rehabilitador, y cuando la persona solicitante o, en su caso, las personas familiares a su cargo hayan tenido que trasladar su residencia a territorio de la Comunidad de Madrid por ser alguna de ellas víctima de violencia en el ámbito familiar o de violencia de género. Pero, en ningún caso, exceptúa la residencia que denomina permanente, que sería la residencia de larga duración regulada en el artículo 32 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

establece una distinción entre las ayudas que se otorgan en la ley: primero, si se trata de la prestación económica, esta va dirigida a todas las personas que residan legalmente en la comunidad; y, segundo, cuando se trata de apoyos y acciones personalizadas, se exige no solo la residencia legal, sino también la habitual en la comunidad. Pero ¿diferencia ambas en algún sitio? No.

Más flexible parece la Ley 10/2013 de Galicia, pues, con respecto a los requisitos generales de acceso, su artículo 12 incide en el hecho de la residencia efectiva y constatada por lo menos durante 6 meses anteriores a la presentación de la solicitud y, asimismo, se trata de una residencia legal; el artículo 13 de esa misma Ley 10/2013 exime tanto de la residencia como del empadronamiento algunas circunstancias que se consideran de excepcional vulnerabilidad, en el mismo sentido que otras rentas mínimas y sin mayores novedades.

Como se ha podido comprobar, algunas CC. AA. no exigen en ningún momento que la residencia sea legal, como son Andalucía, Aragón, Asturias, Extremadura, Illes Balears, Navarra, País Vasco o Valencia, pese a que algunas de las normativas de regulación de sus rentas mínimas son menos recientes al IMV. Las excepciones a la residencia mínima que se contemplan, tanto en la regulación del IMV como en las rentas mínimas, van dirigidas a las que se denominan «situaciones de mayor vulnerabilidad», con un especial enfoque hacia las víctimas de violencia de género, de trata o de explotación sexual; pero algunas CC. AA. contemplan excepciones más amplias que la propia prestación estatal, por ejemplo, las personas sin hogar en la renta de inserción canaria, entre otras.

Relacionándolo con el cumplimiento de la CSE, debemos realizar las siguientes manifestaciones.

En primer lugar, hay que destacar que las Conclusiones del CEDS de 2017 con respecto al artículo 13.1 de la CSE ya indicaban que el requisito de residencia o vecindad de 12 meses se encontraba en disconformidad con la Carta²⁵; algo que, como hemos visto, no ha sido corregido, por ejemplo, en normativas más recientes como la de la renta garantizada de la ciudadanía de Cataluña. Es por ello por lo que el Comité recordaba a España que la asistencia social debía proporcionarse en tanto persistiera la situación de necesidad, sin condiciones o plazos, y exclusivamente limitada a criterio de necesidad y disponibilidad de recursos por parte en este caso de las CC. AA. Pero, como se ha podido comprobar, los requisitos exigidos en algunas comunidades no solo implican la residencia efectiva durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, sino, además, la residencia legal o, incluso, en el caso de Murcia y Madrid, permanente; y esto no solo limita el acceso a prestaciones

²⁵ Conclusiones XXI-2 del 8 de diciembre de 2017, artículo 13.1, periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

de último recurso a la población más vulnerable, sino que implica en sí mismo una situación de discriminación de las personas que habitan en nuestros territorios.

El derecho a algunas rentas mínimas de las CC. AA. está sujeto a un requisito de duración de la residencia excesivo, lo que implica la no conformidad con el artículo 13.1 de la CSE.

En segundo lugar, además, de conformidad con las Conclusiones del CEDS de 2017 sobre el artículo 13.2 de la CSE, era necesario erradicar toda discriminación contra las personas que reciben la asistencia social; cuestión sobre la que España en su momento no había informado apropiadamente, por lo que, en tanto que se produzca la siguiente decisión al respecto (se dictarán en enero de 2022, pero serán publicadas en marzo), el Comité concluía que estábamos de conformidad con el artículo 13.2 de la Carta²⁶. Una conformidad relativa como hemos podido comprobar con el análisis de las rentas mínimas de las CC. AA. y del propio IMV.

En tercer lugar, de acuerdo también con las últimas Conclusiones del CEDS al respecto (2017), el artículo 13.3 de la CSE no debería pasar desapercibido, porque obliga a promover los servicios adecuados, tanto públicos como privados, para que las personas puedan obtener el asesoramiento y la ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. Si bien tanto el IMV como las rentas mínimas de las CC. AA. tienen como objetivo atender a situaciones de necesidad, la información sobre las mismas sigue sin ser clara, concisa y accesible para las potenciales personas beneficiarias. Es cierto que el Comité indicaba en estas últimas conclusiones que, a nivel autonómico, se había avanzado mucho con el establecimiento de cartera o catálogo de servicios sociales en las comunidades²⁷, pero, como hemos podido comprobar desde su irrupción en escena, el IMV adolece de una serie de defectos graves²⁸ que, aunque no han sido todavía examinados por el CEDS, es probable que sean objeto de su atención para comprobar el grado de cumplimiento de nuestro país con respecto a la CSE en su próximo informe.

3.2. Edad mínima y edad máxima

Todas las rentas mínimas, salvo error u omisión por nuestra parte, requieren una edad para el acceso. El IMV establece una edad mínima, habiendo desaparecido en la Ley 19/2021 la edad máxima que se correspondía con el acceso a la prestación de jubilación.

²⁶ Conclusiones XXI-2 del 8 de diciembre de 2017, artículo 13.2, periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

²⁷ Conclusiones XXI-2 del 8 de diciembre de 2017, artículo 13.3, periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

²⁸ Algunos de estos problemas han sido puestos de manifiesto con anterioridad, por ejemplo, en Burriel Rodríguez-Diosdado (2021b).

En el caso del IMV, simplificando tras las numerosas reformas, se establece que serán personas beneficiarias las personas de 23 años (arts. 4.1 b) y 5.2 Ley 19/2021). Se admiten las siguientes excepciones de edad mínima, ampliadas con respecto al real decreto-ley, esto es: a) personas entre 16-18 años, emancipadas y con hijos/as o menores a cargo; b) personas mayores de 18 años o menores emancipadas, con independencia de su estado civil (por matrimonio o pareja de hecho), si son mujeres víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos y explotación sexual; c) personas huérfanas absolutas que formen una unidad de convivencia cuando ninguna de ellas alcance la edad de 23 años; y d) personas entre 18-22 años si provienen de centros residenciales de protección de menores, donde hayan permanecido bajo tutela pública los 3 años inmediatamente anteriores a la mayoría de edad, es decir, desde los 15 años.

En el artículo 3.2 del Decreto 3/2017 se establece la edad de las personas titulares de la renta mínima de inserción en Andalucía, estableciendo una norma general y tres excepciones a la misma. La norma general engloba la franja de edad entre 25 y 64 años. Pero, primero, entre 18 y 24 años podrán ser titulares si existe alguna de las circunstancias contempladas, que, en general, son más amplias que lo visto ahora²⁹. Segundo, entre 16 y 17 años también podrán ser titulares si se encuentran emancipadas –no especifica si de hecho o de derecho, por lo que entendemos que las dos serían válidas– y, además, concurre alguna de las circunstancias consideradas de extrema vulnerabilidad como son: tener menores o personas con discapacidad a su cargo; que hayan sido víctimas de violencia de género, acreditable; o, igual que en el caso anterior, que se encuentren en una situación de urgencia o emergencia social. Y, tercero, las personas de 65 años o más podrán ser titulares cuando acrediten tener a su cargo personas menores de edad, sin que exista otra persona en la unidad familiar que cumpla los requisitos para ser solicitante. Evidentemente, como el propio precepto indica, se trata de una medida para mayor protección de los derechos de la infancia, pero para ser realmente efectiva se debería concretar en no computar,

²⁹ Se especifican las que siguen: tienen menores de edad o personas con discapacidad a su cargo (incluyendo tutela o acogimiento familiar); que sea huérfano/a de ambos progenitores/as, por lo que su situación de vulnerabilidad es patente con independencia de la edad; que haya sido víctima de violencia de género, situación acreditada. Entendemos no solo que «haya sido», en pasado, sino que sea víctima en el momento actual siempre que pueda acreditarlo por cualquiera de los medios admitidos; que el año anterior a la mayoría de edad, como mínimo, haya estado bajo la tutela de un sistema de protección de menores; que tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 %; que, sin menores a su cargo, constituya una unidad familiar pluripersonal, pero pueda demostrar que ha vivido de forma independiente a sus progenitores/as –podríamos incluir también tutores/as– al menos durante los 2 años inmediatamente anteriores. No solo se exigirá la demostración de la vida independiente en cuanto al domicilio, sino también que ha sido «independiente», dice la norma, por cuanto entendemos sin dependencia económica ni sustentado por sus padres, madres o tutores/as; que se encuentre en una situación de urgencia o emergencia social, delimitada en el artículo 4.5 y 6 del propio decreto, en los términos que luego desarrollaremos.

como ingreso de la unidad, la pensión que pudiera recibir la persona titular en este caso, o no computarla en su totalidad; sin embargo, de la lectura del artículo 13 del decreto, que desarrollaremos posteriormente, no parece entenderse lo indicado.

El artículo 7.2 de la Ley 1/2007 sitúa las edades para la renta de inserción canaria entre 25 y 65 años, aunque, ante determinadas circunstancias excepcionales, tendrá lugar la disminución de la edad hasta 16 o a más de 65, siempre que la persona solicitante no tenga derecho a pensión pública; aunque no se especifica, entendemos que se refiere a cualquier prestación nacional o internacional.

En el caso de Castilla y León, la edad mínima de referencia vuelve a ser la misma, 25 años, indicándose la franja de edad hasta la edad de jubilación de una manera un poco críptica, hasta «la que permita el acceso a prestaciones contributivas o no contributivas a cargo de cualquiera de las Administraciones públicas» (art. 10 b) Dleg. 1/2019). Las personas menores de 25 años y mayores de 16 años que se encuentren emancipadas podrán acceder ante circunstancias excepcionales, esto es: haber vivido durante 3 años de manera independiente a su familia; tener familiares a su cargo o ser huérfanas de padre y madre sin derecho a pensión, entre otras. Con respecto al primer requisito nos planteamos, al igual que en el IMV, lo estricto del mismo y, fundamentalmente, cómo habrá podido vivir la persona menor de 16 años de manera independiente a su familia durante 3 años. O, lo que es peor, cómo se acredita si no es a través de los servicios sociales y centros tutelados.

En Castilla-La Mancha, la edad mínima se fija en 25 años y la máxima en 64 (art. 53 Ley 5/1995), teniendo en cuenta, además, que según el Decreto 179/2002 se tienen en cuenta todos los ingresos procedentes de pensiones de jubilación y esto hace muy complicado para los mayores de 64 el cumplimiento de los requisitos de vulnerabilidad económica. Solo se exceptúa la edad mínima de acceso a la prestación cuando se tengan a cargo menores o personas con discapacidad.

La renta mínima de Madrid especifica también el límite de edad entre 25 y 65 años (art. 6.1 Ley 15/2001), estableciendo algunas excepciones en ambos sentidos cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, que han sido desarrolladas reglamentariamente (art. 8 Decreto 126/2014): tener menores o personas con discapacidad, de un grado igual o superior al 45 %, a su cargo; tener una edad comprendida entre 18 y 25 años; y tener una edad superior a 35 años y no ser titular de pensión u otra prestación análoga de ingresos mínimos. Pero en ningún caso se reconoce la posibilidad de establecer el derecho a la renta mínima de inserción de la comunidad a personas menores de edad, salvo que se encuentren emancipadas o dispongan del beneficio de la mayor edad.

La renta de inclusión social de Galicia establece una edad mínima de 25 años (art. 12 Ley 10/2013), exceptuable también ante situaciones de especial vulnerabilidad (art. 15 Ley 10/2013). Por lo que se refiere a la edad máxima, en el artículo 6.4 establece que no podrán acceder a la renta de inclusión social de Galicia aquellas personas que tengan la edad mínima para poder solicitar una pensión no contributiva de jubilación.

El salario básico asturiano contempla, exactamente igual, una edad general de 25 años (art. 7 Ley 4/2005), disminuible a 18 años ante determinadas circunstancias³⁰, pero no a 16 años, aunque se encuentren emancipados/as. Por otra parte, no parece limitar la edad máxima de acceso, pero con el resto de los requisitos a cumplir, como, por ejemplo, la búsqueda activa de empleo (art. 9.1 e) Ley 4/2005), indirectamente está impidiendo el acceso a las personas de más edad.

Muy similar la renta extremeña garantizada, tanto en la edad mínima de 25 años, como en las excepciones que reducen la edad de acceso hasta 18 años (art. 5.1 c) Ley 5/2019), y aunque no haga referencia a un tope de edad máxima para solicitarla, los compromisos de actividad limitan en sí misma esta posibilidad.

Como norma general para acceder a la renta básica de inserción murciana habrá que tener entre 25 y 65 años (art. 7 Ley 3/2007). Las excepciones que se contemplan son ser mayor de 65 o menor de 25 años y tener menores o personas con discapacidad a su cargo; ser mayor de 65 años y no tener derecho a ninguna pensión o prestación; y, en el caso de mayores de 18 y menores de 25 años, haber estado tutelado/a por la comunidad autónoma antes de alcanzar la mayoría de edad, encontrarse en situaciones de orfandad absoluta o grave exclusión social participando en un programa de integración.

El marco de edad cambia con la renta social cántabra al rebajar el requisito de edad mínima, con carácter general, a los 23 años, pero manteniendo el tope máximo en 65 años (art. 29 Ley 2/2007). Como hasta ahora, las excepciones recogidas son, por ejemplo, ser mayor de 65 y mayor de 18 (pero menor de 23 años) y tener a cargo personas menores de edad o personas en situación de dependencia reconocida y, también, en el último caso, la orfandad absoluta.

La Rioja también rebaja la edad de acceso general a los 23 años (art. 7 b) Ley 4/2017), exceptuándolo hasta los mayores de 16 años ante determinadas circunstancias³¹. Aunque

³⁰ En concreto, el artículo 7.2 de la Ley 4/2005 dispone que: constituyan unidad económica de convivencia independiente en situación de orfandad absoluta, discapacidad en grado reconocido igual o superior al 45 %, tengan menores o personas dependientes a su cargo, acrediten relación matrimonial o afectiva análoga y permanente, sean víctimas de violencia doméstica o concluyan su estancia en instituciones tutelares de menores por límite de edad, en instituciones de reforma de menores o en instituciones penitenciarias.

³¹ El artículo 7 b), segundo párrafo, de la Ley 4/2017 expresa que:

[...] podrán ser titulares las personas menores de dicha edad y mayores de 16 años que tengan cargas familiares, sean huérfanos de padre y madre o hayan sido objeto de tutela o guarda por parte del Gobierno de La Rioja, así como los que, en virtud de resolución administrativa o judicial, hayan permanecido durante su minoría de edad bajo la guarda de quienes no fueran titulares de su patria potestad y hayan sido objeto de medidas de protección de apoyo a la guarda por parte del Gobierno de La Rioja, siempre que no hayan transcurrido 5 años desde el cese o extinción de las medidas de protección.

aparentemente no hay una edad máxima determinada en los requisitos, al considerarse la prestación riojana como incompatible con las prestaciones de jubilación, contributiva y no contributiva, y con la de viudedad a favor de mayores de 65 años (art. 9.2 Ley 4/2017), indirectamente está impidiendo el acceso a dicha prestación a las personas que alcancen esa edad.

El artículo 18 del Decreto-Ley 10/2020, de la renta mínima de las Illes Balears, de una manera bastante sencilla establece quiénes son las personas que pueden ser destinatarias, y, con carácter general, se sitúa en la franja de edad de 23 años a 65 años; excepcionalmente, primero, menores de 23 años, pero mayores de 18 con menores o personas con discapacidad a su cargo, y, segundo, mayores de 65 que no tengan derecho a ninguna pensión contributiva o no contributiva, ya sea de manera individual o como miembros de una unidad de convivencia.

Por su parte, con una redacción algo más confusa, la renta valenciana establece una edad genérica y mínima de 25 años, fijando posteriormente la necesidad de cumplimiento de una serie de requisitos extras para las personas menores de 25 años y mayores de 16 que accedan a la renta mínima (art. 13 Ley 19/2017)³². Más excepciones en el artículo 13.3 para personas entre 18 y 65 años, con un grado de diversidad funcional igual o superior al 65 %, pudiendo acceder las personas de 65 años o más solo a la renta complementaria de ingresos, salvo que, como titular individual o titular de una unidad familiar con menores de edad a su cargo, no tuvieran derecho a cualquier otra prestación y sí cumplan el resto de requisitos de la renta de inclusión valenciana.

En la renta o prestación aragonesa, se utiliza la fórmula general de la mayoría de edad y se establece que para ser titular individual o representante de la unidad familiar podrán

³² De conformidad con el artículo 13, tendrán que cumplir alguno de estos requisitos:

- a) Ser mayor de 18 años y haber permanecido en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social entre 1 y 2 años antes de la solicitud de la renta valenciana de inclusión, y siempre que se acredite haber tenido anteriormente a la solicitud un hogar independiente de la familia de origen.
- b) Ser mayor de 18 años y haber estado sujeto, en algún periodo de los 3 años anteriores a la mayoría de edad, a una medida administrativa de protección de menores, o del sistema judicial de reeducación, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.
- c) Ser mayor de 18 años y encontrarse en situación de dependencia o diversidad funcional.
- d) Ser mayor de 16 años y tener a su cargo hijas o hijos, personas con diversidad funcional o en situación de dependencia; así como ser persona prostituida, víctima de explotación sexual o trata o víctima de violencia de género o intrafamiliar.
- e) Ser mayor de 16 años y participar en programas de preparación para la vida independiente de los menores, de acuerdo con el artículo 22 bis de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de medidas de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.
- f) Tener entre 18 y 25 años y estar en situación de orfandad.

acceder las personas menores emancipadas en caso de que tengan a su cargo personas con discapacidad o en situación de dependencia; pero no se incluye el caso de que tengan menores a su cargo (art. 5.2 en relación con art. 3.3 c) Decreto 161/2021). Eso sí, también limita la edad de acceso a la prestación, aparentemente sin excepciones, a los mayores de 65 años.

La renta mínima del País Vasco establece la edad mínima de acceso en 23 años, no limitando, aparentemente, a los mayores de 65 años. Con carácter excepcional, las personas menores de 23 y mayores de 18 podrán ser titulares si se encuentran en una situación de especial necesidad y, en todo caso, aquellas que sean huérfanas de padre y madre, víctimas de maltrato o que tengan personas a su cargo menores o mayores (art. 16 Ley 18/2008).

La renta garantizada navarra establece, en el artículo 5 de su Ley 15/2016, quiénes son las futuras o potenciales personas titulares. Y, efectivamente, dentro de los requisitos incluye la edad, limitándola a los 18 años con carácter general, siempre y cuando entre 18 y 24 hayan vivido 2 años de manera independiente en el mismo sentido que se establece en el IMV para menores de 30 años. Se rebaja a 16 años en el caso de estar emancipadas y con menores a su cargo. En principio, no parece topar el acceso a la renta garantizada por encima de 65 años, salvo por los condicionantes e incompatibilidades como sucedía en otras rentas mínimas.

En este sentido es interesante volver a relacionar el grado de cumplimiento de España de la CSE.

Las Conclusiones del CEDS de 2017 con respecto al objetivo del artículo 4 del Protocolo adicional de la CSE de 1961 (art. 23 CSE revisada de 1995)³³ relegan la decisión al próximo informe sobre el grado de cumplimiento de nuestro país al respecto. Nos estamos refiriendo al derecho de las personas de edad avanzada a la protección social, que implica que las partes firmantes de la CSE deben adoptar medidas apropiadas orientadas a permitir que estas personas sigan siendo miembros plenos de la sociedad y puedan libremente elegir su estilo de vida y una vida independiente en su entorno habitual, mientras deseen hacerlo. El CEDS, en su examen, revisa las pensiones contributivas o no contributivas del sistema de Seguridad Social, las prestaciones complementarias disponibles para las personas de edad avanzada y todas aquellas medidas de protección social destinadas al mantenimiento de un nivel de ingresos que permita mantener una vida digna y activa. Pero se consideró que España no había proporcionado la información suficiente al respecto y deberemos esperar a la decisión de 2022.

³³ Conclusiones XXI-2 del 8 de diciembre de 2017, artículo 23, periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

Ahora bien, tras la lectura de lo que significa el artículo 4 de la CSE debemos señalar que la mayoría de las CC. AA. topan el acceso a las prestaciones a las personas mayores de 65 años, por lo que no se encuentra en conformidad con lo establecido en el tratado internacional. Las rentas mínimas de Castilla-La Mancha, Valencia, País Vasco, Navarra y el IMV tras las modificaciones introducidas por la Ley 19/2021 no establecen una edad máxima de acceso a dichas prestaciones; sin embargo, sí tendrán en cuenta las cuantías recibidas como ingresos y, por tanto, para determinar el cálculo de la renta garantizada a la que se tenga derecho³⁴.

También, las últimas conclusiones del CEDS sobre el derecho a la Seguridad Social de todas las personas trabajadoras y las personas a su cargo³⁵ (art. 12.1 CSE) afirmaban que España no se ajustaba al tratado debido a que el nivel de las prestaciones de desempleo para las personas desempleadas sin responsabilidades familiares era insuficiente. Y, al mismo tiempo, el artículo 12.3 de la CSE exige que se produzca una mejora progresiva del nivel de Seguridad Social, algo que el Comité no pudo valorar ante la falta de la información solicitada a nuestro país y que nos hace esperar hasta el informe de 2022 para comprobar la conformidad real de nuestro país; eso sí, le interesaba al CEDS especialmente en aquel momento conocer de cara al futuro informe el alcance personal de los cambios producidos en la LGSS y el nivel mínimo de prestaciones de reemplazo de ingresos. Dada la configuración del IMV como una prestación subsidiaria y todas las interacciones que se están dando con las rentas mínimas de las CC. AA. donde hay una peligrosa disminución de la protección real, pareciera que nuestro nivel de Seguridad Social no ha progresado significativamente.

4. ¿Establecen las rentas mínimas de las CC. AA. la compatibilidad de su percepción con ingresos del trabajo e incentivos para la incorporación laboral?

4.1. Rentas que condicionan su percepción a la búsqueda de empleo

A continuación, establecemos un análisis y desarrollo de aquellas rentas de las CC. AA. que sí condicionan su acceso a la búsqueda activa de empleo y a la inscripción como demandante de empleo de la persona solicitante o personas que integran las unidades familiares. A

³⁴ Los artículos 13.6 y 20.1 de la Ley 19/2021 han mejorado su protección al no incluir como ingresos computables de las personas solicitantes las prestaciones en materia de dependencia, remitiéndose al artículo 7 x) de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

³⁵ Conclusiones XXI-2 del 8 de diciembre de 2017, artículo 12.1, periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

su vez, analizaremos si existe correlativamente algún incentivo para la incorporación al mal llamado «mercado de trabajo» mientras se recibe la renta mínima. Como podrá comprobarse, suponen mayor número las rentas que sí se encuentran condicionadas.

En primer lugar, el artículo 9.1 e) de la Ley 4/2005, del salario básico asturiano, establece como condicionante a la percepción de la renta mínima que las personas integrantes de la unidad de convivencia que se encuentren en condiciones por edad, salud y situación familiar se inscriban en la búsqueda activa de empleo. Y además el apartado f) de ese mismo artículo establece la obligación de suscribir el compromiso en un plazo no superior a 1 mes en el programa personalizado de incorporación social, previsto en el artículo 30 de la ley³⁶.

Asimismo, el artículo 16 de la Ley 4/2005 contempla la posibilidad de suspender la protección del salario social básico asturiano por un plazo no superior a 3 meses en caso de que la persona beneficiaria se haya negado de manera injustificada a acordar suscribir o cumplir el programa personalizado de incorporación social. Suspensión que se considera más grave cuando la negativa es reiterada, de conformidad con el artículo 17, y, por tanto, puede dar lugar a una suspensión de entre 3 y 6 meses; y a la suspensión por plazo no superior a 12 meses en caso de realización de un trabajo de duración inferior a 12 meses por el que se haya percibido una retribución igual o superior a la de la prestación económica del salario social básico (art. 18). Se añade como posible causa de extinción la realización de un trabajo de duración superior a 12 meses por el que se perciba una retribución igual o superior a la de la prestación económica (art. 21).

En segundo lugar, para la titularidad del derecho de la renta social básica cántabra, el artículo 29 de la Ley 2/2007, entre otras cuestiones, establece que las personas solicitantes y beneficiarias deben encontrarse inscritas como demandantes de empleo si se encuentran en edad laboral, salvo las perceptoras de pensiones públicas por invalidez o aquellas que no pudieran tener la condición de demandantes de empleo. Por tanto, es una forma de condicionar la concesión de la prestación a la búsqueda de empleo, aunque no se regulan incentivos al empleo como tal³⁷, y de nuevo nos encontramos con que pueda ser una causa de suspensión recibir nuevos ingresos derivados de la actividad laboral de duración inferior a 6 meses si estos son iguales o superiores a la renta básica, pudiéndose,

³⁶ Por su parte, el artículo 11 de la Ley 4/2005 también incluye, dentro de las obligaciones de las personas beneficiarias de salario social básico de Asturias, la participación activa en la ejecución de las medidas contenidas dentro de ese programa personalizado de incorporación social.

³⁷ Si nos fijamos en incentivos para el empleo, el artículo 45.1 de la Ley 2/2007 parece dar a entender que los rendimientos procedentes del trabajo, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, se tienen en cuenta íntegros para la determinación de los recursos de la unidad perceptora; pero, en el caso de personas trabajadoras por cuenta propia, se computará en todo caso como ingreso mínimo la cuantía correspondiente a la cuota mensual de cotización satisfecha a la Seguridad Social en el caso de que los rendimientos declarados no alcancen esa cuantía.

también, acordar la suspensión cuando la actividad laboral sea superior a 1 mes o el cómputo de los días trabajados efectivamente sumen un total de 30 días durante un periodo de 3 meses³⁸.

En tercer lugar, claramente, el artículo 11 c) del Decreto legislativo 1/2019 establece como requisitos para la renta mínima de Castilla y León que las personas miembros de la unidad familiar que se encuentren en edad de trabajar deben estar inscritas como demandantes de empleo, en la fecha de presentación de la solicitud. Se exceptúan los supuestos de quienes realizan actividades formativas regladas o cuando sean personas cuidadoras familiares de personas dependientes –beneficiarias de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar–, o incluso si el informe social en atención a las circunstancias concurrentes determina la imposibilidad o la improcedencia de esta inscripción. También en las obligaciones de las personas destinatarias (art. 13) se insiste en que todas deberán cumplir el compromiso genérico de participación activa³⁹, no rechazar oferta de trabajo y, entre otros, mantener la inscripción como demandante de empleo.

Como incentivo al empleo nos situamos en el artículo 12 del Decreto legislativo 1/2019, que analiza la situación de carencia de medios económicos y cuáles serán las rentas e ingresos que se tendrán en cuenta. Destacamos el apartado a), donde se contempla que no van a computar las actividades que se desarrollen a nivel laboral dentro de un plazo de 6 meses, siempre y cuando las retribuciones totales sean inferiores a la cuantía básica de la renta. Esta exclusión se va a mantener durante un periodo máximo de 24 meses desde que se inicia la actividad laboral retribuida y se puede prorrogar por una anualidad más, siempre y cuando el informe técnico así lo considere. También se anuncia la compatibilidad con rendimientos de trabajo por cuenta propia⁴⁰.

En cuarto lugar, en Castilla-La Mancha se exige estar inscrito como demandante de empleo (art. 53 Ley 5/1995) para percibir el ingreso mínimo de solidaridad y se prevén, asimismo, una serie de medidas de obligado cumplimiento, como son: no rechazar una oferta de empleo o una oferta de formación y realizar actividades específicas de búsqueda de empleo. Es por ello por lo que se prevé la suscripción de un acuerdo de inserción (art. 55) por parte de la persona beneficiaria o de las personas integrantes de la unidad familiar que estén en condiciones de la búsqueda del trabajo. Solo se exceptúa el requisito

³⁸ La suspensión será por los días equivalentes a la duración de la actividad laboral, según el artículo 36, pero, incluso, puede dar lugar a la extinción del derecho de conformidad con el artículo 38.1 d) y e) de la Ley 2/2007.

³⁹ Es el artículo 14 del Decreto legislativo 1/2019 el que desarrolla el proyecto individualizado de inserción.

⁴⁰ Cuando los rendimientos del trabajo por cuenta propia determinados conforme a las reglas de valoración que resulten de aplicación para el cálculo de estos ingresos fueran inferiores al 50 % del importe de la base de cotización a la Seguridad Social en el mes de la solicitud, se computará como ingreso una cantidad igual a dicho importe.

de inscripción como demandante de empleo en el caso de mujeres víctimas de violencia doméstica (art. 8.2 Decreto 179/2002). Eso sí, no existe ningún tipo de incentivo para la incorporación al mal llamado «mercado laboral».

En quinto lugar, para recibir la renta garantizada de la ciudadanía en Cataluña se requiere inscripción en el Servicio Público de Empleo de Cataluña y no rechazar una oferta de trabajo adecuada, según la normativa reguladora de la prestación por desempleo (art. 16.2 f) Decreto 55/2020)⁴¹.

El artículo 5 del Decreto 55/2020 dispone la compatibilidad de la prestación catalana con las rentas del trabajo a tiempo parcial. La regulación de la compatibilidad entre las rentas derivadas del trabajo y la renta garantizada de la ciudadanía en Cataluña parte de la siguiente distinción fundamental: primero, supuestos en los que la prestación será compatible, pero complementaria con las rentas de un trabajo a tiempo parcial; y, segundo, supuestos en los que la prestación será compatible sin más con las rentas de un trabajo a tiempo parcial.

La diferencia principal radicará en que, en el primer caso, la prestación se reducirá proporcionalmente de conformidad con las normas establecidas, mientras que, en el segundo caso, no se produce una disminución de la protección otorgada por la renta garantizada. Esta última, contemplada en el artículo 5.6 del Decreto 55/2020, establece una serie de supuestos, ampliables por acuerdo gubernamental, donde no habrá disminución en la cuantía, esto es: familias monoparentales con hijos/as a cargo y familias numerosas; personas que eran beneficiarias de la renta mínima de inserción previa y ya se encontraran compatibilizando; perceptoras de esta renta cuyo contrato a tiempo parcial genere ingresos inferiores a la renta garantizada, durante 6 meses, prorrogables a 1 año, previo informe del órgano técnico; y unidades familiares en las que la persona en alta laboral sea mayor de 55 años y obtenga su primer contrato de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de 24 meses o más, o bien que provengan de situaciones de crisis empresarial debidamente acreditada.

En sexto lugar, dentro del artículo 12 f) de la Ley 15/2001, de las obligaciones de las personas titulares y beneficiarias de la renta mínima de inserción de la Comunidad Madrid, se incluye la de suscribir un programa individual de inserción⁴² y participar activamente en

⁴¹ En el artículo 18 del Decreto 55/2020 se incluyen las obligaciones adicionales para las personas destinatarias de la prestación complementaria de activación e inserción, de manera significativa «firmar el compromiso de seguir el acuerdo de inserción laboral o de inclusión social y, cuando sea ofrecido, acordarlo, suscribirlo y cumplirlo», y estar disponibles para trabajar, a excepción de los colectivos incluidos. Este compromiso se encuentra desarrollado en el artículo 19 de la misma norma, donde se destaca su carácter individual y cómo debe incluir, según el caso particular, medidas sociales, formativas, laborales, educativas, de salud o, entre otras, de vivienda.

⁴² El contenido específico del programa y sus diferentes criterios se encuentran en los artículos 30 a 32 del Decreto 126/2014. Por su parte, el artículo 56.3 del Decreto 126/2014 establece que cuando una

las medidas contenidas en el mismo. Pero, además, también el apartado h) establece la búsqueda activa de empleo cuando se trate de personas que se encuentren en situación de incorporarse al mal llamado «mercado laboral», y el apartado j) habla de no causar baja voluntaria en un trabajo, ni rechazar oferta de empleo adecuada a sus capacidades y habilidades para mantener la prestación.

El artículo 13 de la Ley 15/2001 establece como causa de suspensión de la renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid desarrollar un trabajo de duración inferior a 12 meses por el que se perciba una retribución igual o superior a la de la prestación económica. Igualmente, el artículo 12 h) lo establece como causa de extinción cuando la compatibilidad del trabajo y la percepción de la renta supera los 12 meses. No se contempla ningún tipo de incentivo o beneficio para el trabajo⁴³. Sin embargo, es interesante cómo el artículo 13 del Decreto 126/2014 obliga a mantener, como requisito para la percepción de la renta, a las personas menores escolarizadas, lo cual tiene que acreditarse mediante declaración responsable de quien ejerza la patria potestad o la tutela de las personas menores y la comprobación de oficio al respecto.

En séptimo lugar, entre las obligaciones de las personas beneficiarias de la renta extremeña garantizada, el artículo 9 de la Ley 5/2019 indica que deben participar en las actuaciones de empleo y formación que se determinen en el programa de acompañamiento que les corresponda, al igual que no rechazar oferta adecuada de empleo, ni cesar voluntariamente en una relación laboral en los 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la renta, ni durante el periodo de percepción de esta.

En el artículo 15.1 e) de la Ley 5/2019, se establece que rechazar una oferta adecuada de empleo o cesar voluntariamente en una relación laboral puede ser una causa de extinción; y en el apartado g) de este mismo artículo se establece que también la realización de trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a 6 meses, siempre que se perciban retribuciones mensuales superiores al importe de la renta extremeña, puede dar lugar a la extinción del derecho. ¿Eso significa que la realización de un trabajo con ingresos inferiores es posible? Sí; sin embargo, el artículo 10 de la Ley 5/2019, al establecer cómo se calculará

persona haya percibido la renta mínima de inserción de la comunidad autónoma de Madrid durante un plazo de 2 años deberá elaborarse necesariamente un nuevo programa en el que se hagan constar de forma expresa las razones que justifican la capacitación a largo plazo y la recepción simultánea de esta prestación económica y, evidentemente, un pronóstico de las posibilidades de superación de la situación y de las propuestas de acciones a medio y a largo plazo adecuadas. Como vemos, una vez más, la constatación de que no se recibe la renta mínima durante todo el tiempo en que es necesaria, obligando a justificar el porqué de más de 24 meses de situación de vulnerabilidad y «no trabajo», lo que, en definitiva, podríamos considerar impregnado de un cierto estigma social.

⁴³ De hecho, si comprobamos los artículos 17, 18, 19 y 20 del Decreto 126/2014 con respecto a cómo se valoran los rendimientos de trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia o en cooperativas de trabajo asociado, se constata que no existe ningún beneficio, sino que se computan a nivel global.

la prestación, no impone ningún tipo de incentivo al empleo ni de consideración reducida de los ingresos del trabajo, por lo que no parece que sea beneficioso percibir la renta extremeña y la búsqueda de empleo simultánea. Eso sí, no podemos olvidar, si acudimos al artículo 23, que se considera infracción leve no renovar la demanda de empleo en un periodo inferior a 10 días hábiles y esta infracción leve conlleva, según el artículo 26.1, una sanción que puede ir desde un apercibimiento hasta la imposibilidad de acceder a la prestación de la renta extremeña por un periodo de 1 a 3 meses; lo cual nos parece excesivo dada la finalidad de la norma –prevenir situaciones de riesgo de exclusión social, entre otras– y sin que exista ningún incentivo al trabajo.

En octavo lugar, las obligaciones de las personas destinatarias recogidas en el artículo 22 del Decreto 10/2020, para la renta mínima de las Illes Balears, están muy relacionadas con la inclusión laboral; por ejemplo, con carácter general, se establece que las personas beneficiarias deberán estar inscritas como demandantes de empleo, no rechazar una oferta de trabajo adecuada, no causar baja voluntaria y seguir con aprovechamiento el plan de activación laboral de acuerdo con lo que establezcan los servicios de ocupación de las islas. De estos requisitos estarán exentas las personas que acrediten trastornos de salud mental o presenten problemas de adicciones. También dentro de las obligaciones, el artículo 22.13 establece que en el plazo de 30 días hay que comunicar las modificaciones que se hayan producido en la situación de la unidad, entre ellas la existencia de un contrato laboral superior a 30 días de jornada completa de cualquiera de las personas miembros de la unidad y la obtención de ingresos superiores –no dicen de qué fuente– al 150 % de la renta social garantizada de la unidad de convivencia. Lo que, indirectamente, implica que sí puede compatibilizarse con el trabajo; ahora bien, ¿hay algún tipo de incentivo? El artículo 58.2 dispone que se puede percibir la cuantía íntegra de la renta siempre y cuando los ingresos procedentes de la actividad laboral remunerada o de las prestaciones económicas complementarias no igualen o superen el valor de 1,5 veces la renta social garantizada; no se limita temporalmente y durará mientras se perciba la prestación.

En noveno lugar, el artículo 15 de la Ley 18/2008 establece claramente la necesidad de realizar un convenio de inclusión para la concesión de la renta básica del País Vasco; se establece la excepción de las unidades de convivencia que estén compuestas por pensionistas, pero el resto de las personas sí que estarán en disposición de recibir apoyos específicos de inclusión social y, en su caso, laboral⁴⁴.

Por lo que se refiere a la renta complementaria de ingresos de trabajo, según el artículo 15.2 también quedará vinculada al establecimiento de un convenio de inclusión que

⁴⁴ La importancia del condicionante trabajo para la obtención de la renta de garantía de ingresos del País Vasco se ve reflejada en el artículo 26, en el que una de las posibles causas de suspensión es no cumplir los compromisos que se hayan asumido en el convenio de inclusión, no estar disponible para el empleo, no permanecer inscrito/a como demandante de empleo o rechazar un empleo.

vaya orientado específicamente a mejorar la situación laboral de la persona titular y a la inclusión social o laboral de cualquiera de las personas miembros de la unidad de convivencia, si así se estima.

Esta incentivación del trabajo se ve reflejada en el artículo 20.2 de la Ley 18/2008 cuando se refiere a la renta complementaria de ingresos del trabajo, especificando en el apartado b), sexto párrafo, que con carácter temporal quedarán excluidos del cómputo de rentas determinados porcentajes de ingresos procedentes del trabajo por cuenta ajena o propia de cualquiera de las personas miembros de la unidad. Igualmente, el apartado c) del artículo 20.2 indica literalmente que:

[...] se establece un subsidio económico complementario de la renta complementaria de rentas de trabajo destinado a las unidades de convivencia monoparentales, cuya cuantía se fijará reglamentariamente; a tal efecto, tendrán la consideración de unidades monoparentales las constituidas por la madre o el padre con uno o varios hijos o hijas a su cargo y sin relación conyugal o análoga en el momento de solicitud de la presentación.

En décimo lugar, el propio artículo 7 d) de la Ley 19/2017, de la renta valenciana, expresa que, dependiendo de la modalidad, tanto la prestación económica como la profesional podrán estar condicionadas a la obligación de participación en actividades de inclusión social o inclusión laboral. Y, efectivamente, así se contempla; el artículo 11, con respecto a los derechos y obligaciones de las personas destinatarias de la renta valenciana de inclusión, determina que las personas titulares de la renta complementaria de ingresos del trabajo están obligadas, por una parte, a ser demandantes de mejora de empleo, tanto desde la solicitud como durante todo el periodo de percibo de la prestación; pero, por otra, están obligadas las personas receptoras a participar en todas las acciones de orientación, formación y mejora de empleabilidad que se determinen por parte de los organismos públicos competentes⁴⁵.

Dentro de la compatibilidad de esta prestación con el trabajo se prevé, como un incentivo, en el artículo 16, cómo se calcula el importe económico de la prestación en caso de realización de trabajo. Partiendo de la obligación de las personas integrantes de la unidad de la comunicación del inicio y fin de la actividad laboral –en el plazo máximo de 20 días

⁴⁵ A lo largo de todo el articulado de la norma podemos encontrar claramente indicada la obligatoriedad de suscribir el acuerdo de inclusión (art. 22 Ley 19/2017), como un compromiso tanto para la persona solicitante como para el resto de las personas integrantes de la unidad para recibir prestación profesional orientada a la inclusión social, en los términos que se determine. Se considera obligatorio este acuerdo para las personas titulares y beneficiarias, en las modalidades de renta de garantía de inclusión social y en la renta complementaria de trabajo. E, igualmente, se prevé en el artículo 24 el desarrollo de un itinerario de inclusión.

hábiles desde el inicio o fin de la misma–, no se computarán como ingresos las cantidades que cualquiera de las personas integrantes reciba como ingresos del trabajo, en un plazo de 3 meses, siempre que sean inferiores en cómputo mensual al SMI o a la cuantía mensual que estuvieran percibiendo o tuvieran derecho a percibir, si esta es superior al SMI (art. 16.4 Ley 19/2017).

4.2. Rentas mínimas no condicionadas a la «activación» para el empleo

Sin embargo, no estaría condicionada la percepción de la renta mínima a la inscripción como demandante de empleo y a la búsqueda activa en las CC. AA. de Galicia, La Rioja, Murcia o Navarra, pese a la indudable relación existente con la incorporación laboral.

En primer lugar, el artículo 7 de la Ley 10/2013 estructura la renta de inclusión social de Galicia en tres tramos: un tramo personal y familiar; un tramo denominado «de inserción»; y un tramo de transición al empleo.

De conformidad con el artículo 9.3, se promoverá que las personas que son beneficiarias del tramo personal y familiar, que son aquellas que tendrán derecho a la renta de inclusión social económica por encontrarse en situación o riesgo de exclusión social, se benefician también del tramo de inserción para que se vinculen a un itinerario de inserción en el mercado de trabajo mediante un convenio de inclusión de duración determinada con contenido formativo o laboral. De la misma manera, es interesante la regulación del tramo de transición al empleo (art. 10 Ley 10/2013), del que podrán beneficiarse las personas que ya se benefician de alguno de los tramos anteriores y el objetivo de este tramo es facilitar el acceso al empleo mediante el complemento económico de transición que se pagará por un periodo máximo de 6 meses y que irá disminuyéndose de manera gradual y progresiva a medida que se accede a un empleo⁴⁶.

Por tanto, sí que podemos afirmar que, aunque no está condicionada a la búsqueda de empleo la concesión de la renta de inclusión social gallega, la cuantía será mayor cuando se continúe con un itinerario de inclusión y los incentivos al empleo los encontramos en estos complementos graduales que acabamos de describir.

⁴⁶ Podríamos hablar de los registros específicos del tramo de inserción del artículo 24 de la Ley 10/2013, que implican efectivamente la obligación de incorporación a un itinerario de formación y empleo y la suscripción de un convenio al respecto. Y es interesante, a su vez, el artículo 28, relativo al contenido económico del tramo de inserción, que podrá alcanzar un máximo del 50 % del IPREM y una duración de 12 meses prorrogables por 6 meses más en función del cumplimiento de los objetivos.

En segundo lugar, la persona titular de la renta de la ciudadanía de La Rioja tendrá el derecho y la obligación de participar en un proyecto individualizado de inserción (art. 11 Ley 4/2017), aunque nada se dice sobre el resto de personas que puedan integrar la unidad familiar si alcanzan la mayoría de edad.

Asimismo, se contempla la compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena, tanto de la persona solicitante como de alguna de las perceptoras hasta el límite de las rentas que se pretenden garantizar (art. 9.2 en relación con art. 7 d) Ley 4/2017). Eso sí, en este caso, no existe posibilidad de compatibilidad de la renta ni con un trabajo por cuenta propia, ni con la titularidad de cualquier establecimiento abierto al público independientemente del título (propietario/a, arrendatario/a, usufructuario/a, etc.), explotación agrícola o ganadera.

Esta compatibilidad se ve reflejada en materia de cuantías, puesto que el artículo 13.3 de la Ley 4/2017 establece que, para el cálculo de la cuantía a percibir cuando se compatibilice con trabajo por cuenta ajena, no se tendrá en cuenta el 50 % de los rendimientos del trabajo durante el primer año, ni durante el periodo de percepción de aquellos que sean inferiores a la cuantía mínima de la prestación. Es una forma clara de no desincentivar el trabajo remunerado –aunque sea poco remunerado– durante la percepción de la renta riojana.

En tercer lugar, por lo que se refiere al estudio de la compatibilidad o no con el trabajo, en la renta básica de inserción murciana, dentro de las obligaciones de las personas titulares, el artículo 12 de la Ley 3/2007 ya establece que habrá que participar activamente en la ejecución de las medidas que se contengan en el proyecto individual de inserción⁴⁷. Pero la concesión de esta prestación económica no está condicionada a la búsqueda de empleo o a la participación en proyectos de inserción.

Dentro de los posibles incentivos para el trabajo, el artículo 10.3 de la Ley 3/2007, cuando se refiere al importe, establece que no se deducirán los ingresos que procedan de la actividad laboral de la persona titular de la renta básica de inserción que no igualen o superen el importe de esta, al igual que los de las otras personas integrantes de la unidad de convivencia en estos mismos supuestos. Como vemos, se trata de un incentivo para el empleo, al no descontar los ingresos del trabajo de la renta que se garantiza.

También hay que tener en cuenta que, entre las causas de extinción que contempla el artículo 16 de la Ley 3/2007, se recogen, en el apartado f), realizar un trabajo de duración superior a 6 meses por el que se perciba una retribución igual o superior a la de la

⁴⁷ El artículo 34.2 de la Ley 3/2007 establece cómo las medidas de inserción podrán llevarse a cabo a través de proyectos individuales de inserción, de integración social, laboral, medidas complementarias de carácter económico y, en su caso, planes para la inclusión social. A su vez, el proyecto individual de inserción, de conformidad con el artículo 37 de la misma ley, podrá contener medidas de actuación social, laboral –si hay suscripción de un contrato de trabajo–, sanitaria, formativa, educativa, promoción personal y vivienda. Por tanto, no solo son medidas dirigidas a la inserción laboral.

prestación económica⁴⁸ y, en el apartado g), rechazar una oferta de empleo adecuada. Por lo que, si bien la obtención de la renta no está condicionada a la participación en el mal llamado «mercado laboral», su mantenimiento sí depende de esta, considerando que ya no será suficiente si a través del trabajo se obtiene una renta igual o superior.

En cuarto lugar, el artículo 25 de la Ley foral 15/2016, de la renta garantizada de Navarra, prevé la extinción del derecho a la prestación por haber causado baja voluntaria o excedencia laboral o, incluso, por haber rechazado una oferta de empleo adecuada durante el periodo de percepción de la prestación. Es así como vemos, de nuevo, que, aunque no esté condicionada su concesión a la búsqueda de empleo, sí que existen una serie de obligaciones al respecto, de actividades de inserción sociolaboral o la suscripción de un compromiso o convenio de inclusión social.

Dentro de lo que podríamos considerar como estímulos al empleo, la disposición transitoria segunda de la Ley foral 15/2016 prevé que las personas perceptoras de la renta garantizada que accedan a un empleo por cuenta propia o por cuenta ajena o que aumenten sus ingresos no verán estos computados si el empleo es inferior a 30 días; y, en caso contrario, se computarán con carácter progresivo una parte de las cuantías de ingresos iguales o superiores al 50 % de la renta garantizada para una sola persona, estableciendo de inicio un factor corrector a partir de más de una persona miembro de la unidad mientras no se desarrollara reglamentariamente el artículo 14.1 y 2. Al no tener en cuenta el 100 % de los ingresos procedentes del trabajo, podríamos considerar que no se produce la desincentivación de la incorporación laboral.

Tras el análisis realizado, podemos establecer como conclusión principal que, realmente, sea o no sea obligatoria la inscripción como demandante de empleo y la búsqueda activa de empleo en todas y cada una de las rentas mínimas de las CC. AA., existe una importante relación entre la percepción de la renta y la inserción laboral, como aparente objetivo principal de las prestaciones. Pero el problema deviene en que, pese a esta intrínseca relación, solamente se contemplan incentivos para el trabajo mientras se percibe la prestación en ocho CC. AA.: Castilla y León, Cataluña, Galicia, Illes Balears, La Rioja, Murcia, País Vasco o Valencia.

En algunos casos, los incentivos los consideramos insuficientes por dos motivos: por una parte, porque están limitados en el tiempo excesivamente, como, por ejemplo, en Valencia, solamente 3 meses en los que no se computarán los ingresos derivados del trabajo; y, por otra parte, por cuanto solamente se descontará una parte de los ingresos

⁴⁸ También el artículo 14.1 b) de la Ley 3/2007 lo contempla como una causa de suspensión posible.

precedentes del trabajo a efectos de determinar la cuantía de la prestación, como en La Rioja, donde se tendrá en cuenta el 50 % de lo percibido.

¿Qué sucede con el IMV en este aspecto? Pues bien, en este punto se produce lo que vengo denominando «esperando a Godot». Me explico. La compatibilidad del trabajo y el IMV es una cuestión que se enuncia brevemente en la Ley 19/2021, como se analizará a continuación, encomendándose a un futuro reglamento los detalles; reglamento que más de 1 año y medio después de la creación de la prestación –29 de mayo de 2020– no ha aparecido –y debiera hacerlo, en el marco del diálogo social–, generando una gran inseguridad jurídica y, fundamentalmente, de manera preocupante, planea una sombra de sospecha sobre las solicitudes de IMV denegadas por exceder del umbral de rentas establecido. Pero no se condiciona el acceso a la prestación, con carácter general, a la inscripción como demandantes de empleo o a la búsqueda activa de empleo.

Dicho lo cual, el artículo 11.4 de la Ley 19/2021 establece que la prestación será compatible con el trabajo por cuenta ajena, pero también con el que se realice por cuenta propia; algo que, como hemos visto, solo se contempla en algunas rentas mínimas de las CC. AA. Se establece que existirán algunos supuestos de compatibilidad, fijando la participación obligatoria en las estrategias de inclusión, so pena de sanciones, tanto de suspensión como de extinción de la prestación, pero solo para aquellas personas que se encuentren trabajando; algo que, pese a la falta de efectividad reiterada de las medidas de inserción a través de estas políticas de empleo, no deja sino de ser una diferencia entre personas perceptoras de la prestación muy criticable por carencia de justificación objetiva (Burriel Rodríguez-Diosdado, 2020, pp. 102-104).

En este futurible reglamento del IMV se prevé que se tengan en cuenta la complementariedad y subsidiariedad del IMV con los ingresos de trabajo, prestando especial atención a las personas con discapacidad y a las familias monoparentales y –añado yo– monomarentales, aminorando cuantías de la prestación y otras situaciones excepcionales de complementariedad sin disminución de la prestación. En este sentido, en septiembre de 2021, se anunciaba que en la ciudad de Barcelona se implantaría el primer modelo de inserción sociolaboral para personas beneficiarias del IMV, en forma de prueba piloto. Hasta el momento solo ha trascendido la duración de este proyecto, 2 años –18 meses de ejecución y 6 de evaluación–, con un mínimo de 1.000 personas, un presupuesto de 10 millones de euros, y que se establecerá un itinerario de inserción no exclusivamente laboral.

En este sentido deberíamos plantearnos que no se trata solo de una inserción laboral, sino que el problema de la pobreza y de la exclusión social en nuestro país es mucho más amplio. 6 de cada 10 hogares en situación de pobreza severa que necesitan una prestación social presentan también indicadores de exclusión social en otros ámbitos, como la vivienda, la educación, la salud o las relaciones sociales; por lo que la protección social de estas familias debería ser más amplia en todos y cada uno de los territorios, más homogénea y afectar tanto a las rentas mínimas como al IMV, pero, limitando al máximo

las restricciones de acceso que se han impuesto⁴⁹ que no son acordes con el carácter finalista de las rentas, garantizar un mínimo de subsistencia a las personas en situación más vulnerable.

5. La duración de las rentas mínimas de las CC. AA.

Tras el análisis de las diferentes normativas al respecto, podemos establecer dos tipos de duraciones de las rentas mínimas de cada comunidad autónoma, esto es: a) rentas que declaran que se otorgarán indefinidamente, mientras persistan los requisitos de acceso; y b) rentas con duración determinada, que abarcan desde los 36 meses máximo hasta los 12 meses.

5.1. Rentas ¿indefinidas?

Dentro del primer grupo se encuentran Aragón, Asturias, Castilla y León, Madrid, Illes Balears y La Rioja. Todas ellas coinciden en que la prestación se mantendrá mientras subsistan los requisitos que dieron lugar a su concesión. Ahora bien, ¿es realmente una duración indefinida lo que están regulando?

En el caso de la prestación aragonesa complementaria (art. 9 Decreto 161/2021), anualmente se revisarán los requisitos que dieron lugar a su concesión, modificando las cuantías e incluso el propio derecho si las circunstancias han variado. Exactamente igual se prevé para el salario social básico asturiano, incluyendo la denominada «evaluación del proceso de incorporación social» (art. 6 Ley 4/2005). El artículo 4.5 del Decreto legislativo 1/2019 de la renta garantizada de Castilla y León no varía lo establecido hasta ahora, persistiendo la prestación mientras se mantengan los requisitos y condiciones, entre ellos el proyecto individualizado de inserción (art. 4.4); pero, aunque no se impone legalmente una evaluación anual, es la práctica recogida reglamentariamente (art. 26).

En un sentido similar, la Ley 15/2001 de la Comunidad de Madrid establece que la duración será mientras persista la situación, pero con obligación de acreditación de los requisitos con carácter anual o cuando lo solicite la Administración (art. 11.2)⁵⁰; se prevé que

⁴⁹ En este sentido podemos destacar cómo en el VIII Informe FOESSA de 2019 ya se resaltaba que todos los condicionantes de activación deberían aplicarse de manera prudente y no discrecional, recordando que «la dimensión obligacionista de la activación tiene un fuerte componente socio-político» (Sanzo González, 2019, pp. 29-30).

⁵⁰ En términos similares, el artículo 34 del Reglamento de la renta mínima de inserción en la Comunidad de Madrid que insiste en que subsistirá mientras existan los requisitos y no concurran las causas de suspensión o extinción de la prestación.

reglamentariamente pueden establecerse periodos mayores de comprobación del mantenimiento de los requisitos en aquellas personas y familiares que por sus circunstancias excepcionales sea difícil la variación en un plazo tan breve⁵¹. De hecho, en el Decreto 126/2014 (Reglamento de la renta mínima de inserción en la Comunidad de Madrid) se contemplan algunas peculiaridades al respecto. Su artículo 56 prevé que la duración de los programas individuales de inserción será semestral y, una vez evaluados, renovados por periodos sucesivos de 6 meses hasta alcanzar 2 años; es ahí cuando la revisión será anual.

En la duración de la renta social garantizada de Illes Balears se deja sentir el IMV. Por una parte, se afirma que persistirá la misma mientras lo hagan los requisitos que dieron lugar a su duración; pero, por otra parte, se establece una revisión anual donde se debe valorar el posible derecho de las personas destinatarias de la renta mínima al IMV estatal (art. 25 en relación con art. 22 j) DL 10/2020).

A su vez, la propia norma contempla un plan anual de revisiones, en el que la revisión de la prestación balear se podrá realizar de oficio, en cualquier momento (art. 32.1 DL 10/2020), pero, también, al año de la concesión las personas perceptoras deberán realizar entre el 1 de abril y el 30 de septiembre una declaración responsable de que las condiciones declaradas en la solicitud de la renta garantizada persisten (art. 32.2 DL 10/2020). Esta carga que deben soportar las personas beneficiarias de la renta mínima implicará, en caso de no realizarse, antes del mes de octubre, la suspensión de la prestación económica, de 3 meses como máximo hasta la presentación de la declaración⁵².

Y, por su parte, la renta de ciudadanía de La Rioja (art. 3.1 Ley 4/2017) se mantendrá mientras la situación que dio lugar a su concesión siga existiendo y se cumplan las obligaciones y compromisos determinados en el proyecto individualizado de inserción (art. 3.6 Ley 4/2017). Se prevé la revisión «en cualquier momento» por la consejería competente en servicios sociales (art. 22.1 Ley 4/2017), sin mayor concreción.

5.2. Rentas con duración determinada

En el segundo grupo de rentas de duración determinada analizamos desde la máxima duración hasta la mínima, de 6 meses.

⁵¹ En su caso, el artículo 35 del Reglamento de la renta mínima de inserción en la Comunidad de Madrid, de 2014, solo insiste en que podrá comprobarse en cualquier momento de oficio el mantenimiento de los requisitos, tanto a través de petición de documentación como obligando a comparecer personalmente a las personas titulares.

⁵² Es interesante cómo la obligación de reintegro de la prestación balear en caso de cambio de circunstancias de ingresos en la unidad se concreta en más del 150 %; es decir que la obligación de reintegro por prestación indebida surge solo cuando los ingresos anuales de la unidad de convivencia superen el 150 % con respecto a la prestación balear que les correspondería (art. 32.5 DL 10/2020).

La renta de inclusión valenciana se encontraría en la más alta posición, en cuanto a duración se refiere. Se define como prestación periódica y de duración indefinida, pero, eso sí, mientras persistan los requisitos y condiciones de vulnerabilidad de la norma (art. 7 e) Ley 19/2017). Sin embargo, en el articulado de la norma se prevé que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, tendrá una duración de 3 años, transcurridos los cuales deberá procederse a su renovación (art. 33.4 Ley 19/2017). Y la renovación se desarrollará sin interrumpir en ningún momento el abono de la prestación económica (art. 39.1 Ley 19/2017), pero deberá ser instada por la persona titular de esta, debiéndose evaluar el cumplimiento de los requisitos en los 6 meses previos al fin de la vigencia de los 3 años, o, en su caso, el trimestre inmediatamente anterior en el registro del ayuntamiento donde se encuentre empadronada. También con carácter obligatorio se tendrá en cuenta para la renovación la evaluación del plan personalizado de intervención de la persona destinataria –y las personas beneficiarias de la unidad– o la formulación de uno nuevo, en caso de que se considere necesario (art. 39.3 en relación con art. 23 Ley 19/2017).

Una duración inicial de 24 meses es lo que las rentas de Cantabria, Cataluña y País Vasco establecen, aunque con diferencias significativas.

En el caso de la renta social básica de Cantabria, el artículo 34 de la Ley 2/2007 establece 24 meses, transcurridos los cuales deberá efectuarse una nueva solicitud de concesión, salvo que se haya extinguido la prestación por los motivos contemplados en el artículo 38.1 e), g), i) y j), de conformidad con el artículo 38.2⁵³; al mismo tiempo, pese a que la duración se establezca en 24 meses y no durante todo el tiempo que persista la situación de vulnerabilidad, se prevé que, al menos, anualmente, existirá una revisión para comprobar que se siguen cumpliendo los requisitos.

La renta garantizada de la ciudadanía en Cataluña también se enuncia como existente mientras persistan las condiciones que dieron lugar a su concesión, contemplándose dos situaciones que no responden a su duración indefinida: la primera, la obligatoriedad de renovarla cada 2 años (art. 10.2 Ley 14/2017 y art. 50.2 Decreto 55/2020), obteniendo una prórroga; y, la segunda, que, en caso de prestación complementaria de actividad e inserción, esta se revisará cada 12 meses (art. 10.3 Ley 14/2017 y art. 50.3 Decreto 55/2020). Con esto queremos afirmar que no hay tal carácter indefinido de concesión de la prestación si se debe renovar obligatoriamente cada 2 años, porque su misma regulación contempla el carácter bianual (art. 50.2 Decreto 55/2020). Pero esa renovación no parece referirse a una nueva solicitud como tal, como sucede en el caso de Cantabria.

⁵³ Se está refiriendo a extinción de la prestación porque se hayan mantenido las causas de suspensión de esta por un periodo superior a 6 meses; por la resolución de un procedimiento sancionador por haber realizado un trabajo durante más de 6 meses recibiendo un importe igual o superior a la prestación económica; por incumplimiento de las obligaciones de la persona titular (art. 30); y por incumplimiento del convenio de incorporación social que establece la propia norma en su artículo 31.

En el mismo sentido de renovación bianual, el artículo 23 de la Ley 18/2008 de la renta de garantía de ingresos del País Vasco. El apartado 2 del artículo 23 indica que la renovación de la solicitud del derecho a la renta de garantía deberá iniciarse 3 meses antes de la fecha de la extinción bianual, pero para evitar una carga excesiva a la persona solicitante se prevé que las diputaciones forales deberán comunicar a las personas titulares en la fecha que corresponda la necesidad de iniciar tales trámites. No obstante, el artículo 24 prevé que las Administraciones públicas realicen de oficio y de manera anual la revisión del cumplimiento de los requisitos destacando la labor de los ayuntamientos en esa función de seguimiento continuado, dentro del programa de intervención diseñado por los convenios de inclusión.

Con carácter excepcional, el artículo 23.3 prevé que a través de desarrollo reglamentario se puedan determinar colectivos que no necesiten instalar la renovación, sino que la misma se prorrogue automáticamente en función de las populares características como ser pensionistas o personas en situación de alta exclusión social.

Y, por último, la duración de 12 meses es la que establecen las rentas de Andalucía, Canarias, Extremadura, Galicia, Murcia y Navarra.

El artículo 16 del Decreto-Ley 3/2017, de la renta mínima de inserción social de Andalucía, establece una duración inicial de 12 meses y la ampliación por periodos sucesivos de 12 meses siempre que las circunstancias se mantengan; el problema en este caso es que obliga a la persona titular de la unidad familiar a solicitar esa renovación 3 meses antes de que finalice el plazo de los 12 meses (art. 16.3) y, en caso de no hacerlo, deberán volver a realizar una nueva solicitud de la prestación.

Similar en su caso, la renta extremeña garantizada (art. 11 Ley 5/2019) establece una duración de 12 meses, renovables por el mismo periodo, siempre que las circunstancias no varíen y se cumplan las obligaciones establecidas en la norma para las personas titulares y beneficiarias.

No difiere en exceso el redactado del artículo 22 de la Ley 10/2013 para la renta de inclusión social de Galicia; en concreto, el tramo personal y familiar, que se otorga por unidades de convivencia, será anual y prorrogable por el mismo periodo si subsisten las circunstancias que la justifican. El apartado 2 del artículo 22 insiste en que puede estar sujeta a revisión anual para verificar los requisitos de acceso y la vinculación efectiva con los servicios sociales en los términos que se hayan establecido en los diferentes compromisos de integración social y en los programas de integración socioeducativa de las personas menores.

El artículo 16 de la Ley foral 15/2016 establece que se percibirá durante 12 meses renovables por periodos de igual duración mientras continúe la necesidad. Eso sí, al igual que sucede en otras rentas mínimas, el artículo 17 establece que podrá revisarse y controlarse en cualquier momento del periodo de concesión.

De nuevo para la renta básica de inserción murciana se establece un periodo máximo de 12 meses (art. 11 Ley 3/2007), siempre y cuando se mantengan los requisitos establecidos en la ley y no se produzca una suspensión o una extinción del derecho. Estos requisitos deberán acreditarse transcurridos 6 meses desde que se notifique que se ha concedido la renta básica de inserción murciana o cuando sean requeridos por la Administración para ello (art. 11.4), lo que impone una obligación excesiva de acreditación de una situación de vulnerabilidad que no se corresponde con la finalidad de esta prestación. Eso sí, se prevé la posibilidad de prórroga de la percepción de esta renta básica cuando exista una limitación funcional que impida o dificulte la incorporación laboral de la persona interesada o cuando dejar de percibir la prestación pudiera afectar negativamente al desarrollo y la evolución del proyecto individual de inserción; estas dos excepciones son excesivamente limitadas teniendo en cuenta, además, que el artículo 11.3 indica que una vez que se extinga la renta básica de inserción no podrá concederse nuevamente hasta que no transcurran 6 meses desde que se produjo la extinción.

En el caso de la prestación canaria de inserción, se incluyen tres supuestos de duración (art. 16 Ley 1/2007): por una parte, una duración de 12 meses con carácter general; y, por otra parte, se contemplan dos circunstancias excepcionales, sin duración determinada, tanto para las familias beneficiarias con menores a cargo que no posean rentas o que estas sean inferiores al IPREM, siempre que cumplan con los requisitos de la norma, como para las personas perceptoras que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad y que no hayan finalizado sus itinerarios de inserción sociolaboral. Nos parece, en todo caso, que es una de las previsiones más interesantes.

El artículo 58.1 de la Ley 5/1995 prevé para el ingreso mínimo de solidaridad de Castilla-La Mancha una duración máxima de 6 meses, con posibilidad de renovación o prórroga por un plazo igual de 6 meses, mientras subsistan las causas. Pero sigue sin ser una duración indefinida, porque el artículo 58.2 prevé que el ingreso mínimo de solidaridad no podrá percibirse sumando todas las prórrogas por un periodo superior a 2 años, contemplándose una sola excepción de renovación indeterminada, esto es: cuando la persona beneficiaria tenga una imposibilidad de cumplir los objetivos de integración por causas que no sean imputables a la misma; algo de una gran discrecionalidad y que provoca inseguridad jurídica.

La pregunta que habría que contestar tras el análisis de este apartado es si las rentas se perciben durante todo el tiempo que se necesitan. Prácticamente se responde sola: no.

Las rentas que se definen como indefinidas no lo son realmente, obligando a las personas beneficiarias a la demostración del mantenimiento de los requisitos anualmente o cuando la Administración lo requiera; incluso en las rentas de duración determinada antes de los 12 meses de concesión, por ejemplo en Andalucía, o se impone la finalización del

derecho y la obligación de una nueva solicitud como en Cantabria, sin determinar qué sucede en ese periodo entre que finaliza una prestación y se concede otra; evidentemente, se agrava la situación de vulnerabilidad.

Si establecemos la comparación de las rentas, *grosso modo*, con el IMV, nos encontramos con que una de las características principales de la prestación estatal es el carácter indefinido –no vitalicio– mientras persistan los requisitos de acceso (art. 3 c) Ley 19/2021); lo cual es reforzado en su artículo 15 al regular la duración de la prestación y la actualización de esta con efectos del 1 de enero de cada año (art. 16.3).

Evidentemente, las personas beneficiarias tienen una serie de obligaciones de comunicación de la variación de las situaciones, en el caso del IMV en un plazo relativamente corto –30 días naturales (art. 15.2)–, pero podríamos afirmar que –si el esperado reglamento no lo estropea– la previsión de la duración del IMV es más favorable que la de la mayoría de las rentas mínimas de las CC. AA., encontrándose más acorde con las conclusiones que el CEDS emitía sobre el cumplimiento del artículo 13.1 de la CSE⁵⁴.

⁵⁴ En este sentido nos referimos a las Conclusiones XXI-2 del 8 de diciembre de 2017, artículo 13.1, periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

Referencias bibliográficas

- Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2020). Las obligaciones de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la Seguridad Social a nivel europeo. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 5(2), 94-114. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.06>
- Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2021a). La renta garantizada de la ciudadanía en Cataluña y el ingreso mínimo vital: una nueva «pareja de hecho» condenada a entenderse. En I. M. Villar Cañada y F. Vila Tierno (Dirs.), *Renta mínima y democracia sustantiva: de los «derechos de pobreza» a los de «ciudadanía social»*. Universidad de Jaén.
- Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2021b). Problemas externos e internos del ingreso mínimo vital. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 224. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/07/Revista-Social-Julio-n%C2%BA224.pdf>
- Jimena Quesada, L. (2020). El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales. *Lex Social*, 10(2), 361-423. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5073>
- Laparra Navarro, M. (15 de mayo de 2020). Complementariedad o desmantelamiento de las rentas mínimas autonómicas. *Agenda Pública. El País*. <https://agenda publica.elpais.com/noticia/17038/complementariedad-desmantelamiento-rentas-minimas-autonomicas>
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2020). La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 5(1), 5-14. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.01>
- Sanzo González, L. (2019). *Las rentas mínimas en España*. VIII Informe FOESSA. Documento de trabajo 6.2. <https://www.foessa.es/main-files/uploads/sites/16/2019/05/6.2.pdf>

La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda –una vez más– la dimensión de género?

Isabel María Villar Cañada

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

Universidad de Jaén (España)

imvillar@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0002-3539-8173>

Extracto

La reciente reforma del sistema de pensiones vuelve a poner de relieve que el enfoque de género sigue quedando en un segundo plano. Pese a la incuestionable brecha de género existente en nuestra Seguridad Social, reflejo, entre otras causas, de la desigualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, las reformas que se vienen acometiendo en los últimos tiempos se orientan hacia el reforzamiento del carácter contributivo del sistema, como medio para intentar garantizar su sostenibilidad económica. Un reforzamiento este que no hace sino acentuar las diferencias por razón de género, generando efectos particularmente perniciosos para las mujeres a la hora de acceder a una protección suficiente y adecuada.

Las medidas adoptadas hasta el momento para intentar compensar la posición de desigualdad de las mujeres en el sistema de pensiones tienen un alcance limitado y resultan insuficientes. La última, por el momento, reforma de pensiones pone de relieve esta realidad. Y es que nos encontramos ante una nueva oportunidad perdida para acometer el diseño y puesta en marcha de medidas que contribuyan de manera eficaz a la adecuada implementación del principio de igualdad por razón de género y den una respuesta eficaz a la brecha de género de nuestro sistema público de pensiones.

Palabras clave: Seguridad Social; reforma de pensiones; igualdad; sexo; género; brecha de pensiones; viudedad.

Recibido: 07-03-2022 / Aceptado: 10-03-2022

Cómo citar: Villar Cañada, I. M. (2022). La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda –una vez más– la dimensión de género? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 97-128.



The reform of the pension system. Where is the gender dimension?

Isabel María Villar Cañada

Abstract

The recent reform of the pension system highlights once again that the gender approach is still in the background. Despite the unquestionable gender gap in our Social Security, which reflects, among other causes, the inequality between women and men in the labor market, the recent reforms are aimed at strengthening the contributory nature of the system as a means of seeking to ensure its economic sustainability. A reinforcement that only accentuates gender-based differences, generating particularly pernicious effects for women in accessing adequate and adequate protection.

The measures taken to date to try to compensate for the unequal situation of women in the pension system are limited and insufficient. The latest pension reform highlights this reality. And we are facing a new missed opportunity to undertake the design and implementation of measures that effectively contribute to the correct implementation of the principle of gender equality and provide an effective response to the gender gap in our public pension system.

Keywords: Social Security; pensions reform; equality; sex; gender; pension gap; widowhood.

Citation: Villar Cañada, I. M. (2022). The reform of the pension system. Where is the gender dimension? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 97-128.



Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
 2. La dimensión de género en el sistema de Seguridad Social español. Principales ámbitos de actuación y medidas adoptadas
 3. Las reformas más recientes del sistema de pensiones y la perspectiva de género
 - 3.1. Las reformas de 2011 y 2013: una breve visión de conjunto
 - 3.2. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género
 - 3.3. La última –por el momento– reforma de pensiones. 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
 - 3.4. ¿Y para cuándo la necesaria –y pospuesta, una vez más– reforma integral de la pensión de viudedad?
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Planteamiento de la cuestión

Debiera resultar innecesario, a estas alturas, seguir reivindicando la necesaria interpretación del sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La igualdad entre mujeres y hombres, la necesidad de que esa igualdad sea real y efectiva, trascendiendo un punto de vista meramente formal, y la transversalidad del principio de igualdad por razón de género son pilares esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de transversalidad de género, enunciado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas (Pekín, 1995), impone que «toda la ciudadanía participe y esté representada de forma igualitaria en la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil», para lo cual resulta necesario que «en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, se tengan en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres» (Pérez del Río, 2007, p. 226). Del mismo deriva, pues, que tanto en la adopción como en la aplicación de las normas se hayan de tomar en consideración en el mismo nivel de prioridad los intereses de mujeres y hombres y se asuma como objetivo esencial la eliminación de la desigualdad entre ambos (Lousada Arochena, 2008).

La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), vino a consagrar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico que ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4) y, con carácter transversal, debe informar la actuación de todos los poderes públicos, debiendo ser integrado de forma activa por las Administraciones públicas «en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades» (art. 15)¹.

La Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025) afirma también de manera expresa la trascendencia de este principio de transversalidad por razón de género, al establecer que todos los grandes retos que afronta hoy la Unión Europea (UE) –incluidas las transiciones verde y digital y el cambio demográfico– tienen una dimensión de género, por lo que la consecución del objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres

¹ La integración de la perspectiva de género en el proceso de elaboración normativa aparece recogida de manera expresa en la Ley 30/2003, de 30 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

requiere necesariamente de la inclusión de la perspectiva de género en todas las políticas y procesos de la UE, como medio para «maximizar el potencial de toda la ciudadanía»².

Y el último *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, de 2020, incide asimismo en la necesidad de hacer efectivo el principio de transversalidad en la elaboración de cualquier normativa o en la adopción de cualquier política, de modo que el impacto de género sea objeto de un análisis específico y destacado.

Pues bien, pese a este reconocimiento formal, la realidad dista mucho aún de situarnos ante un panorama de igualdad real y efectiva, realidad esta que se refleja también en nuestro sistema de Seguridad Social. Y es que las desigualdades por razón de género existentes en el mercado de trabajo (brecha salarial, mayores niveles de parcialidad y temporalidad, segregación ocupacional, segmentación vertical...), reflejo del modelo tradicional de familia, sustentado sobre el clásico reparto de roles entre el varón –trabajador y sustentador económico de la unidad familiar– y la mujer –responsable de las tareas de cuidado y del trabajo doméstico no remunerado–, trascienden la vida laboral activa para perpetuarse y acentuarse en el momento de la jubilación³.

La Seguridad Social se construyó «sobre el patrón del trabajador industrial masculino, que es un trabajador a tiempo completo» (Lousada Arochena, 2010), dedicado de manera exclusiva a sus responsabilidades profesionales y ajeno, por tanto, a los problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares (Pérez del Río, 2006, p. 223). Y en la actualidad, nuestro sistema de Seguridad Social, en su bloque contributivo, continúa sustentándose y desarrollándose sobre ese modelo tradicional de relaciones laborales, un modelo masculinizado con un prototipo de relaciones de trabajo de carácter indefinido y a tiempo completo, en el que, por tanto, se siguen primando las carreras de cotización estables a la hora de reconocer el derecho a las prestaciones y de determinar la cuantía de las mismas. Y es que el avance que en materia de igualdad de género ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico no ha implicado un cambio en profundidad de las fórmulas en las que se asienta nuestro sistema de Seguridad Social (Benito Benítez, 2016, p. 127), encontrándonos, como decimos, aún lejos de alcanzar una adecuada implementación del principio de igualdad por razón de género en este ámbito.

² En esta misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)), incide también en esa trascendencia de la transversalidad de género al afirmar que «la integración de la perspectiva de género, la presupuestación con perspectiva de género y las evaluaciones del impacto por razón de género son herramientas esenciales para lograr la igualdad de género en todos los ámbitos políticos de la Unión», y destaca la necesidad de garantizar una recopilación y un análisis adecuados y fiables de datos desglosados por sexo para que sirvan de base en la toma de decisiones.

³ La disposición adicional trigésima séptima de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) (introducida por el RDL 3/2021) incorpora por primera vez el concepto de brecha de género de las pensiones de jubilación entendiéndose por tal «el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres».

La Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025) deja constancia de las desigualdades por razón de género que persisten en la actualidad en el mercado de trabajo –que se ven incrementadas por el proceso de digitalización, debido a la aún escasa presencia femenina en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación– y en la elevada proporción de mujeres en situación de pobreza, situación que se agrava especialmente en la tercera edad, al tiempo que pone de relieve que las políticas sociales y económicas, la fiscalidad y los sistemas de protección social no deben perpetuar las desigualdades de género estructurales basadas en los roles tradicionales de género en los ámbitos del trabajo y la vida privada. Como señala la Comisión Europea, las brechas laboral y salarial acumuladas a lo largo de toda la vida dan lugar a una brecha de pensiones aún mayor, por lo que las mujeres de mayor edad corren más riesgo que los hombres de caer en la pobreza. Resulta necesario poner en marcha mecanismos para corregir esta realidad, que han de orientarse tanto al ámbito preventivo, actuando en el mercado de trabajo, como al ámbito reparador, mediante la articulación de medidas específicas en el sistema de Seguridad Social.

Y el Parlamento Europeo, en la citada Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género, parte también de que las consecuencias de las diferencias de género en el mercado de trabajo y las ramificaciones de la brecha salarial incluyen una brecha de género del 37 % en los ingresos por pensiones y un nivel desigual de independencia económica, de pobreza y de exclusión social entre mujeres y hombres, una situación que va a persistir durante décadas. Y exhorta a los Estados miembros a aplicar medidas específicas para combatir el riesgo de pobreza en la vejez y la jubilación, considerando imprescindible la eliminación de las desigualdades entre los ingresos que perciben los hombres y las mujeres en la jubilación, lo que:

[...] exige que se revaloricen las pensiones y se refuercen y mantengan unos sistemas de seguridad social públicos, universales y solidarios, con carácter redistributivo, que aseguren una remuneración justa y digna tras una vida de trabajo y cuya sostenibilidad quede garantizada mediante la creación de empleo con derechos y la revalorización de los salarios.

Pues bien, como apuntábamos con anterioridad, pese a este reconocimiento expreso desde instancias internacionales, comunitarias y nacionales, la realidad es que la mujer continúa desempeñando un papel secundario en nuestro sistema de Seguridad Social en general y particularmente en el de pensiones. Y es que la evolución experimentada en las últimas décadas por el principio de igualdad por razón de género se ha mantenido en constante pugna con la línea de actuación que ha venido caracterizando el desarrollo del sistema desde los años ochenta (Benito Benítez, 2016, p. 127). Esta afirmación se constata de manera evidente en el reforzamiento del carácter contributivo del sistema, consecuencia de las últimas reformas operadas en el mismo con el objetivo común de intentar garantizar su sostenibilidad futura; un reforzamiento que no ha hecho sino acentuar las diferencias

por razón de género, generando efectos particularmente perniciosos para las mujeres (Cebrián López y Moreno Raymundo, 2015, p. 312), quienes, en la mayoría de los casos, se enfrentan a una dificultad aún mayor para acceder a una pensión contributiva suficiente y adecuada, debido a sus carreras de cotización más cortas e inestables, influidas en la mayoría de los casos por la necesidad de conciliarlas con las responsabilidades familiares⁴. Así, como veremos, el principio contributivo de la mayoría de los sistemas legales creados para atender las demandas de protección social en muchos casos se vuelve en contra de la igualdad por razón de sexo, por la mayor vulnerabilidad y la profunda desigualdad existente en el mercado de trabajo (Molina Navarrete, 2020b, p. 22).

2. La dimensión de género en el sistema de Seguridad Social español. Principales ámbitos de actuación y medidas adoptadas

Conscientes de esta situación, es evidente el esfuerzo que desde el sistema de Seguridad Social se viene haciendo en los últimos años para intentar corregir la brecha de género, adoptando distintas medidas de acción positiva orientadas a intentar compensar, al menos parcialmente, las consecuencias que para la carrera de seguro de las mujeres derivan de su posición de desventaja en el ámbito laboral, de la asunción mayoritaria de los «trabajos de cuidar» (a este respecto, Alaminos, 2018; Rivas Vallejo, 2017) o de su condición de víctimas de violencia de género. Entre los ámbitos de actuación más destacados, a grandes rasgos pueden señalarse:

a) La adopción de medidas relacionadas con la protección de la familia, mediante el reconocimiento como «periodos de cotización presuntos» de tiempos de suspensión de la relación de trabajo por motivos derivados de la asunción de responsabilidades familiares (periodos cotizados por parto, beneficios por cuidado de hijos/as, periodos de excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares, periodo de suspensión del contrato a víctimas de violencia de género...). Medidas estas expresamente avaladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por su finalidad compensatoria de las desventajas sufridas en el desarrollo de su carrera «por todos los trabajadores, independientemente de su sexo, que la hayan interrumpido [...] para dedicarse a sus hijos» (Sentencia del TJUE –STJUE– de 17 de julio de 2014, asunto C-173/13, Leone)⁵.

⁴ Según datos de la Seguridad Social, a enero de 2022, mientras la pensión media de las mujeres se situó en 873,56 euros/mes, la de los hombres ascendió a 1.424,55 euros/mes. En el caso concreto de la pensión de jubilación, las pensionistas mujeres cobraron de media en torno a un 33 % menos que los hombres (964,01 €/mes de las mujeres frente a 1.432,09 €/mes de los hombres).

⁵ El tribunal legitima también las medidas dirigidas solo a las mujeres, pero únicamente cuando resulten proporcionadas y coherentes, constituyendo, en otro caso, discriminaciones indirectas por razón de sexo de los hombres.

b) La equiparación temporal de los permisos de maternidad y paternidad por el Real Decreto-Ley (RDL) 6/2019, imprescindible desde el punto de vista del fomento de la responsabilidad.

c) El reconocimiento de los servicios prestados, cuando uno de los cónyuges –en la práctica las mujeres de forma mayoritaria– haya desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos en un negocio familiar sin que se hubiese producido su alta en la Seguridad Social, correspondiendo la obligación de cotizar por los mismos a la persona titular del negocio (disp. adic. vigésima sexta LGSS). La limitación del reconocimiento de estos periodos solamente en los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial limita de forma importante el alcance de la medida, a lo que se añade la dificultad real de acreditar la realización de servicios pasados cuando ya no está vigente el vínculo matrimonial.

d) La –todavía incompleta– integración del tradicional –y a todas luces discriminatorio– régimen especial de empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social, a través de la figura del «sistema especial» (arts. 250 y 251 LGSS). Una integración que, como es sabido, no ha supuesto una plena equiparación con el resto de personas trabajadoras por cuenta ajena y no ha solucionado los problemas que plantean las relaciones de trabajo de servicio doméstico (Villar Cañada, 2011). Además de la exclusión de la protección por desempleo de la acción protectora de este sistema especial –recientemente declarada por el TJUE como discriminatoria por razón de género y contraria al derecho de la Unión⁶– o la inaplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, el mantenimiento de los altos niveles de empleo sumergido pone de relieve la existencia también en este ámbito de un foco de importante discriminación indirecta dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

e) La consideración de la jubilación anticipada por voluntad de las víctimas de violencia de género como supuesto de cese en el trabajo involuntario, con la consiguiente rebaja tanto de los requisitos como de porcentajes reductores «penalizadores» de la cuantía de la pensión respecto a los supuestos de cese voluntario (art. 207 LGSS). Pese al tratamiento más beneficioso para el acceso a la correspondiente pensión de jubilación que supone esta medida, con una indudable dimensión de género, no puede obviarse la importante limitación que en la práctica puede presentar la misma, derivada de la necesidad de que la víctima acredite el periodo mínimo de carencia de 33 años, lo que puede dar lugar a la exclusión de su ámbito de aplicación de un amplio colectivo de mujeres trabajadoras en cuyas carreras de seguro han influido, además de los obstáculos derivados del papel de la mujer en el mercado laboral, sin duda, los debidos a su condición de víctimas, con las consiguientes dificultades para cumplir con este requisito de carencia. Y esto teniendo en cuenta, además, que, pese a la rebaja en los porcentajes reductores de la cuantía de la pensión, la aplicación de los mismos supone una importante penalización en la cuantía final de la pensión que en muchos casos no podrá ser asumida por la trabajadora.

⁶ STJUE de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20. Este carácter discriminatorio ya había sido recogido en las conclusiones del abogado general del TJUE de 30 de septiembre de 2021 (al respecto, Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, 2022).

f) La fuerte feminización del trabajo a tiempo parcial y las importantes dificultades con las que estas personas trabajadoras se encuentran a la hora de acceder a una pensión contributiva de jubilación, lo que nos sitúa ante un destacado ámbito de discriminación indirecta en nuestro sistema de pensiones, puesto de relieve por los tribunales, tanto a nivel comunitario como nacional. La disposición adicional vigésima novena de la Ley 27/2011 ya dirigía al Gobierno el mandato de elaborar un proyecto de ley para mejorar la protección de este colectivo. Cometido que no fue abordado sino a raíz de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/11, Elbal Moreno) y la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/2013, de 14 de marzo.

La reforma operada por el RDL 11/2013, de 2 de agosto –posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero–, «para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social», si bien supuso una mejora respecto a la situación anterior, no resultó suficiente al no terminar con los problemas de discriminación indirecta y las dificultades para acceder a una pensión contributiva suficiente (STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láiz, y STC 91/2019, de 3 de julio). Según nuestro Alto Tribunal, la fórmula legalmente establecida para computar el periodo de cotización de estas personas trabajadoras vulnera –sigue vulnerando– el derecho a la igualdad, al no existir una «justificación objetiva y razonable» que la sustente, y provoca una discriminación por razón de sexo, al afectar predominantemente a las mujeres trabajadoras, «como revelan los datos estadísticos». Y, además, rompe también con la proporcionalidad exigida desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para la persona trabajadora a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, se añade la reducción adicional de la misma, derivada de la aplicación del coeficiente de parcialidad, que disminuye el número efectivo de días cotizados.

El Pacto de Toledo en su informe de 2020, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta, sigue apuntando a esa necesidad de «impulsar reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios», con las personas trabajadoras a tiempo parcial, principalmente mujeres, «en un alto porcentaje no por libre elección», con «particular atención al cálculo de los periodos de carencia y la eliminación de las reducciones proporcionales en las cuantías aseguradas de rentas mínimas» (recomendación 17). Le corresponde, pues, al legislador acometer esta nueva reforma que venga a corregir la tacha de discriminación presente en la normativa vigente. Y no debiera demorarse más.

3. Las reformas más recientes del sistema de pensiones y la perspectiva de género

3.1. Las reformas de 2011 y 2013: una breve visión de conjunto

Tras este sucinto análisis de las principales actuaciones llevadas a cabo en los últimos tiempos en el sistema de Seguridad Social bajo el prisma del principio de igualdad por

razón de género, y sin negar el esfuerzo realizado, no puede sino concluirse que, con carácter general, nos encontramos ante medidas puntuales, de alcance limitado y claramente insuficientes para alcanzar el objetivo de disminuir la desigualdad por razón de género en nuestro sistema de Seguridad Social, y, particularmente, en el de pensiones. Unas medidas cuya trascendencia queda más limitada aún al contextualizarlas en la línea principal que caracteriza las distintas reformas operadas en los últimos años en nuestro sistema de pensiones, enmarcadas en un contexto de crisis económica y de incertidumbre sobre la viabilidad financiera del sistema. Y es que es una realidad que, con carácter general, las crisis no afectan por igual a toda la ciudadanía (Gálvez Muñoz y Torres López, 2010), sino que sus efectos son sentidos más intensamente por aquellos colectivos que parten de una situación más desventajosa, realidad que se proyecta de manera particular desde la dimensión de género en el ámbito sociolaboral.

Ya en 2011, el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* planteaba la necesidad de valorar la dimensión de género en el sistema de pensiones:

[...] en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, mayores periodos de interrupción por cuidado de hijos o familiares en situación de dependencia o mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a mujeres [...].

En su último informe, de 2020, la recomendación 17, relativa a «Mujer y protección social», insiste en esa misma línea. Partiendo del mencionado carácter limitado de las actuaciones llevadas a cabo hasta ahora que «han tenido una dimensión más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural», y que han consistido principalmente en el establecimiento de medidas puntuales correctoras de las disfunciones del propio sistema, sin lograr una equiparación efectiva en la cobertura de mujeres y hombres, plantea la necesidad de impulsar medidas estructurales, tanto en materia laboral como en el ámbito específico de Seguridad Social, referidas a la propia configuración del sistema y a la forma de acceso a las prestaciones. Un objetivo este que debiera configurarse como una de las bases sobre la que orientar las reformas futuras encaminadas a garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones.

Sin embargo, como pone de relieve Molina Navarrete:

[...] reconocer la gravedad de una cuestión social estructural, tomando conciencia de su injusticia, y promover el compromiso político-legislativo, así como de política presupuestaria, necesarios para solucionarlo, no garantiza ni la voluntad o el interés real de llevarlas a cabo por los poderes públicos ni, con frecuencia, la capacidad para hacerlo de modo eficaz, ni aun con cierto consenso social (2020b, p. 3).

Esta es la conclusión a la que se llega al analizar desde la perspectiva de género las reformas más recientes (2011, 2013) operadas en nuestro sistema de pensiones. Y es que, a

pesar de que la óptica de género debiera estar presente en cualquier actuación que se plantee como objetivo ofrecer respuesta adecuada al reto de la sostenibilidad del sistema de pensiones, lo cierto es que ese enfoque de género no ha sido uno de los criterios tenidos en cuenta por el legislador en las distintas actuaciones llevadas a cabo con tal fin en los últimos años⁷.

Como ha quedado apuntado en páginas precedentes, las últimas reformas operadas se han orientado hacia el fortalecimiento del carácter contributivo del sistema, buscando la reducción de los gastos, a costa, en ocasiones, del sacrificio de buena parte de sus rasgos solidarios (Ballester Pastor, 2011, p. 76) y del alejamiento de dos principios básicos de nuestra Seguridad Social consagrados constitucionalmente, el de universalidad y el de suficiencia protectora. Y de ello se derivan, evidentemente, unas consecuencias desde la dimensión de género que no pueden ser obviadas, puesto que, lejos de contribuir a la reducción de las desigualdades por razón de género, han venido a agrandar esas diferencias⁸. Una realidad esta que resulta innegable, por mucho que el informe sobre impacto de género de la memoria del impacto normativo de las reformas operadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, realizando un análisis puramente formal y alejado de la realidad, afirmase que ni el aumento de la edad de jubilación ni el periodo de carencia para el cálculo de la pensión generarían diferencias por razón de género, porque «atañen por igual a hombres y mujeres puesto que establecen las mismas reglas de cálculo y condiciones para el acceso a la prestaciones».

Es incuestionable que aspectos como el establecimiento de una dualidad de edades de jubilación, manteniendo la posibilidad de jubilarse a los 65 años para quienes acrediten carreras de cotización largas y estables (38 años y medio mínimo), la ampliación de 15 a 25 años del periodo tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora, la necesidad de acreditar más periodo cotizado para poder generar derecho al 100 % de la base reguladora, las reglas aplicables para la integración de lagunas, la limitación de la cuantía máxima de los complementos a mínimos para las pensiones causadas a partir de 2013, etc., si bien dificultan, con carácter general, el acceso a la pensión contributiva y limitan la intensidad protectora a quienes acrediten trayectorias laborales cortas, afectan de manera particular a las mujeres, por los rasgos que identifican su presencia en el mercado de trabajo y las consecuencias en el desarrollo de sus carreras profesionales derivadas del desigual reparto del trabajo de cuidados. Nos encontramos, pues, ante medidas neutras desde la perspectiva de género que, no obstante, son una fuente de nuevas formas de discriminación indirecta que contribuyen a ampliar la brecha de pensiones entre hombres y mujeres.

⁷ El Comité Económico y Social de la UE, ya en su Dictamen sobre el plan de trabajo para la igualdad de mujeres y hombres (2006/2010) y estrategia de seguimiento establecía que las medidas anticrisis no pueden ser neutras al género y que las políticas de recuperación económica deberían tener en cuenta la distinta posición que ocupan en la sociedad mujeres y hombres.

⁸ En este sentido, el Consejo Económico y Social (CES) en su Dictamen 2/2011, de 23 de marzo, sobre el anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, puso de manifiesto que las reformas proyectadas suponían «un nuevo obstáculo a la igualdad de género».

Una realidad esta reforzada con las reformas (hoy por fortuna ya derogadas) llevadas a cabo por la Ley 23/2013, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Con la finalidad, una vez más, de reforzar el carácter contributivo del sistema, la regulación de una figura como el factor de sostenibilidad marcaba una nueva línea de actuación, cada vez más alejada del principio de solidaridad, esencial en cualquier sistema de Seguridad Social, apuntando en la dirección de integrar elementos propios de sistemas de capitalización (Monereo Pérez y Fernández Bernat, 2013, p. 215). Si bien es cierto que la Ley 23/2013 no diferenciaba, en principio, por razón de género a la hora del cálculo del factor de sostenibilidad⁹, la propia configuración del mismo (a más esperanza de vida, menor cuantía de la pensión) y la mayor esperanza de vida de las mujeres daban lugar a otro elemento más (vinculado al factor demográfico en este caso) de discriminación indirecta y de ampliación de la brecha de género en pensiones (Molina Navarrete, 2020b, p. 20), aumentando el riesgo de pobreza en la vejez de las mujeres.

3.2. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

Mención especial en el análisis de la dimensión de género en nuestro sistema de pensiones merece la figura del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS), que ha venido a sustituir al anterior complemento por maternidad por aportación demográfica, intentando superar las graves deficiencias que presentaba este, sustentado sobre el tradicional modelo sexista de reparto de roles y la atribución de las tareas de cuidados derivadas de la maternidad a las mujeres (y no a todas ellas, solo a las que hubiesen tenido dos o más hijos). Pese a la crítica de la mayoría de la doctrina (De la Flor Fernández, 2016, p. 127; Molina Navarrete, 2020b, p. 15), a la técnica legislativa utilizada y la, al menos aparente, «improvisación» en su diseño, el complemento por maternidad fue avalado por el TC al entender que el objetivo perseguido con el mismo era el de compensar las carreras de seguro de las mujeres, afectadas con carácter general por las consecuencias derivadas de la maternidad¹⁰.

Como es sabido, en un intento de dar respuesta al compromiso establecido en la recomendación XVIII del informe del Pacto de Toledo de 2011, que recogía la necesidad de valorar la dimensión de género en el sistema de pensiones, la disposición final segunda

⁹ Esta no diferenciación por razón de género fue vista por algunas opiniones como una medida de corrección por razón de género, dada la mayor esperanza de vida de las mujeres (García de Cortázar y Nebreda, 2014, p. 51). Nada más lejos, a nuestro juicio, de la realidad.

¹⁰ Auto del TC (ATC) 114/2018, de 16 de octubre. No obstante, se incluyen en el auto dos votos particulares en los cuales se reprueba a la mayoría la no aplicación de la perspectiva de género a la hora de avalar el complemento por maternidad de pensiones, sin tener en cuenta que en el mismo incluyen elementos que se sustentan sobre los tradicionales roles de género, al seguir asignado a las mujeres el rol de cuidadoras. En la misma línea, ATC 61/2018, de 5 de junio.

de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016, reguló el complemento por maternidad de pensiones contributivas, figura novedosa en nuestro sistema de Seguridad Social, con el objetivo de compensar, al menos parcialmente –aunque no se manifieste así de manera expresa–, el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos, mediante incentivos económicos que ayuden a reducir la brecha de género a la hora de generar pensiones (García Romero, 2016, p. 129). Para tal fin, a las mujeres titulares de una pensión contributiva, generada a partir del 1 de enero de 2016, que hubiesen tenido dos o más hijos, se les reconocía, por su contribución demográfica a la Seguridad Social, un complemento de su pensión, variable en función del número de hijos/as de la beneficiaria, oscilando entre el 5 % en el caso de haber tenido dos hijos/as, el 10 % si se han tenido tres y el 15 % cuando la mujer haya tenido cuatro hijos/as o más.

Más allá de los diversos aspectos cuestionables que presentaba su régimen jurídico, la exclusión de los hombres del derecho al complemento y la cuestión prejudicial planteada al TJUE por el Juzgado de lo Social número 3 de Gerona¹¹, determinó la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, WA). En ella, el tribunal lo declaró contrario a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, al constituir una discriminación directa para los hombres que, encontrándose en una situación comparable a la de las mujeres beneficiarias, no tienen derecho a él, desde el momento en que la aportación demográfica a la Seguridad Social –argumento empleado por el legislador nacional para justificar este complemento– es igual de necesaria en el caso de estas que de aquellos, en una apuesta clara por la corresponsabilidad (Molina Navarrete, 2020a, p. 194). Así, pese a que el tribunal considera que, debido a la asunción de las responsabilidades familiares de forma mayoritaria por parte de las mujeres, es una realidad que ellas encuentran mayores desventajas a lo largo de su vida profesional, que tienen reflejo en los importes de sus pensiones, esto no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos/as y que, por ese motivo, haya podido sufrir esas mismas desventajas¹².

Pues bien, a pesar de que el TJUE admite de manera expresa las acciones positivas por razón de género cuando la finalidad de las mismas sea priorizar el acceso al desarrollo de actividades profesionales al sexo menos representado o compensar desventajas en las carreras profesionales (STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-5/12, Betriu Montull) y a que el complemento por maternidad contribuía, al menos parcialmente, al objetivo de compensar la brecha de género existente en nuestro sistema de pensiones, reflejo de las dificultades

¹¹ Fueron varias más las cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Así, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 7 de diciembre de 2018 (rec. 850/2018); del Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona de 28 de octubre de 2019 (proc. 566/2017); o del Juzgado de lo Social número 1 de Barcelona de 8 de junio de 2020 (proc. 953/2019).

¹² La trascendencia de la resolución va más allá de esta declaración de la existencia de discriminación por razón de género y el necesario reconocimiento del mismo con independencia del sexo de la persona beneficiaria. Al respecto, Villar Cañada (2020, pp. 296 y ss.).

con las que se encuentran las mujeres en el mercado laboral, del reparto sexista del trabajo y de la mayor dedicación de ellas a las responsabilidades familiares, la improvisación en su diseño y su deficiente configuración legal contribuyeron de manera decisiva al fallo del tribunal en los términos expuestos¹³.

Consecuencia de ello, 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, en su artículo 1 (modificando el art. 60 LGSS) regula el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Sin pretender profundizar en el análisis de su régimen jurídico (detalladamente realizado por Gala Durán, 2021, pp. 125 y ss.), sí puede señalarse que cambia, lo primero, la finalidad establecida por el legislador como justificación de la medida, que de la «aportación demográfica» pasa a ser la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres¹⁴.

Siguiendo la misma línea del complemento por maternidad, se configura como un complemento económico que reconoce el cuidado de hijos/as, lo que introduce rasgos asistenciales en el ámbito contributivo de protección del sistema (Gallego Losada, 2016, p. 52). Pero cambia su contenido. De un porcentaje adicional sobre la pensión en función del número de hijos/as en que consistía el anterior complemento por maternidad, pasa ahora a configurarse como una cantidad fija por cada hijo/a, limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija¹⁵, que se abonará en catorce pagas junto a la pensión de la que nace el derecho al complemento¹⁶.

Y cambia también su ámbito subjetivo, en cuanto que el complemento se puede reconocer también a los hombres que hayan visto perjudicada su carrera de cotización por cuidar a sus hijos/as, intentando así salvar el reproche de colisión con la normativa comunitaria del

¹³ El tribunal apunta de manera expresa a que la necesidad de proceder a la redefinición del complemento:

[...] ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones [...] que constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas.

¹⁴ Junto a ella, también se hace referencia al objetivo de la fortaleza y viabilidad del sistema de pensiones, si bien no parece claro que una medida que supone un incremento de los gastos pueda contribuir a la viabilidad económica del sistema. Salvo que esa fortaleza y viabilidad se interprete desde una dimensión social.

¹⁵ La cuantía se incrementará al comienzo de cada año en el mismo porcentaje que se prevea en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado para las pensiones contributivas.

¹⁶ El complemento se aplica a las pensiones de jubilación (salvo en los supuestos de jubilación parcial), de incapacidad permanente y de viudedad (solo en el caso de pensión, no de prestación temporal). Son varias las dudas, no obstante, que genera el reconocimiento del complemento en el caso de las pensiones de viudedad, en cuanto en estos casos no se mejora la pensión propia, sino la de la persona causante fallecida. Esta misma idea ya fue puesta de relieve por Perán Quesada (2018, p. 350) y Ramos Quintana (2020, p. 131).

anterior. «Se combina una acción positiva en favor de las mujeres con la previsión de una "puerta abierta" para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable» (Gala Durán, 2021, p. 131). Y es que el reconocimiento a los hombres no implica una equiparación absoluta con las mujeres. Estas siguen siendo las beneficiarias preferentes del complemento (puesto que son quienes mayoritariamente sufren la brecha de género a la que se pretende hacer frente con él) que se les reconocerá o mantendrá siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor de la otra persona progenitora (art. 60.1, primer párr.)¹⁷. Así, mientras que a las mujeres se les presumen los efectos negativos derivados del cuidado de los hijos/as en su carrera profesional y de cotización, en el caso de los hombres será necesario acreditar esas consecuencias, procediendo en estos casos el reconocimiento cuando concurren los requisitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 60.1 de la LGSS¹⁸.

No obstante el avance –aunque sea limitado–, son varios los «reproches» que se le puede hacer al complemento para la reducción de la brecha de género (algunos de ellos en línea similar a los que ya se hacían a su antecesor). Así, puede contribuir a consolidar los roles de género, vinculando a las mujeres con las tareas de cuidado; intenta actuar contra la brecha de género derivada del cuidado de los hijos/as, sin tener en cuenta el resto de causas de carácter estructural que influyen en la misma (Grau Pineda, 2020, pp. 37 y ss.); su impacto es limitado, tanto por su escasa cuantía como por el hecho de que el mismo no tiene en cuenta las tareas de cuidado de otras personas (cónyuge, ascendientes, familiares enfermos/as o ancianos/as...), mayoritariamente asumidas por las mujeres y con efectos, evidentemente, en sus vidas laborales y sus carreras de seguro. Y, en definitiva, sigue sin dar respuesta ni a la mayoría de los hombres, porque, como hemos visto, no se produce una equiparación total respecto a las mujeres en el acceso al complemento, ni a una parte de las mujeres, como las beneficiarias de pensiones no contributivas que tienen hijos/as –biológicos o adoptivos–, cuando precisamente las responsabilidades derivadas de la maternidad y sus efectos sobre la carrera profesional pueden haber sido la causa de las dificultades para acceder a una pensión contributiva, o aquellas que han sido madres pero que han sufrido discriminación durante su vida laboral por su propia condición de mujer (Gala Durán, 2021, pp. 124 y ss.).

Y todo esto sin olvidar las dudas sobre su ajuste a la normativa comunitaria. Como ha quedado expuesto, el TJUE en la Sentencia de 12 de diciembre de 2019 avala de forma

¹⁷ Si esa otra persona progenitora también es mujer, el complemento se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. Igual ocurre en el supuesto de dos personas progenitoras hombres.

¹⁸ Por una parte, que se cause una pensión de viudedad por fallecimiento de la otra persona progenitora por los hijos/as en común, siempre que alguno/a de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad; y, por otra, que se cause una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y se haya interrumpido o se haya visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, lo que habrá de demostrarse a través de las dos vías previstas, en función de la fecha de nacimiento o adopción del hijo/a.

expresa la adopción por los Estados de medidas «que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales», siempre que las mismas tengan una justificación objetiva y razonable. Pero la doctrina emanada del tribunal en los últimos años en torno a medidas semejantes al complemento que analizamos se orienta claramente en el sentido de interpretar restrictivamente esta posibilidad, rechazando mayoritariamente aquellas que suponen la atribución en exclusiva a las madres de beneficios relacionados con el cuidado de los hijos/as¹⁹.

Atendiendo a esta doctrina, como se ha apuntado, son varios los aspectos del complemento para la reducción de la brecha de género que podrían ser cuestionables desde el punto de vista de su ajuste a la normativa comunitaria. Así, el hecho de que se trate de una medida que no se vincula a la maternidad en sí, sino al cuidado de los hijos/as, y que parece seguir sustentándose sobre un modelo tradicional de asunción de las responsabilidades familiares principalmente por las mujeres, al establecer su preferencia en el derecho al mismo; el momento en que se reconoce, cuando se accede a la pensión contributiva, sin actuar, pues, contra las causas estructurales de la brecha de género a las que se han tenido que enfrentar las mujeres durante su carrera profesional, lo que determina que nos hallemos ante una medida limitada que solo compensa simbólicamente las desventajas sufridas por las mujeres trabajadoras con hijos/as (Gala Durán, 2021, pp. 156-157); y la posibilidad de que nos volvamos a encontrar ante una medida discriminatoria hacia los hombres, desde el momento en que estos solo podrán acceder al mismo previo cumplimiento de una serie de requisitos, no exigidos en el caso de las mujeres, a las que se les presuponen los perjuicios en su carrera de cotización derivados de las labores de cuidado de los hijos/as. Una desigualdad esta respecto a la que, cuanto menos, surgen dudas sobre su justificación objetiva y que en la práctica puede suponer en muchos casos que los hombres queden excluidos del derecho al complemento.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que una actuación legislativa dirigida a hacer frente a la incuestionable brecha de género en pensiones debiera ir más allá de un simple «rediseño» del complemento por maternidad, acometiendo reformas que, con carácter general, contribuyan a hacer frente a las causas estructurales de las que deriva la desigualdad entre mujeres y hombres y a la consecución de una igualdad real y efectiva en el sistema de pensiones. Reformas que deben concretarse en medidas que realmente se dirijan a compensar las consecuencias que para las carreras de seguro derivan de la asunción mayoritaria de las responsabilidades familiares por parte de las mujeres, tal y como apunta el Pacto de Toledo (recomendación 17).

¹⁹ Así, *v. gr.*, SSTJUE de 29 de noviembre de 2001 (asunto C-366/99, Griesmar), de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09, Roca Álvarez), de 17 de julio de 2014 (asunto C-173/13, Leone) o de 16 de julio de 2015 (asunto C-222/14, Maistrellis).

3.3. La última –por el momento– reforma de pensiones. 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

Avalada por ser el resultado –casi en su totalidad– del diálogo y acuerdo social²⁰, la Ley 21/2021 recoge la que se anuncia como primera fase de la reforma de pensiones proyectada por el Gobierno. Son varios los aspectos que vienen a modificarse y, evidentemente, de esa reforma derivan una serie de consecuencias desde la dimensión de género que vuelve –una vez más– en gran medida a quedar en un segundo plano en los análisis llevados a cabo sobre las principales medidas aprobadas.

En la memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley se señalaba expresamente el impacto positivo de la norma que, salvo alguna excepción, «no contiene disposiciones diferenciadas para los trabajadores y las trabajadoras, ni normas específicas relacionadas con el género». Por su parte, el CES en el Dictamen 6/2021 aprecia el impacto positivo desde la perspectiva de género de algunas medidas que, como veremos, pueden contribuir a mejorar la posición de las mujeres respecto a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y mejorar su acceso al trabajo en igualdad efectiva con los hombres y reconoce algo que a estas alturas debería cuanto menos sorprender, como es «el esfuerzo realizado en el anteproyecto para utilizar una redacción no sexista e inclusiva», de modo que con ello se contribuya a avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de nuestra sociedad.

Pero, más allá de estas consideraciones, una adecuada valoración de la norma desde la perspectiva de género requiere, a nuestro juicio, de un análisis más profundo de distintos aspectos de la misma. Así, de manera expresa, la dimensión de género tiene reflejo en la ley en medidas como:

- La posibilidad de rebajar hasta la edad ordinaria de jubilación el tope de 68 años establecido con carácter general para las cláusulas convencionales de jubilación forzosa por razón de la edad cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena en alguna de las actividades incluidas en el ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 % sobre el total de personas trabajadoras en la fecha de la decisión extintiva. Esta posibilidad, incluida en la modificación que la disposición final primera de la Ley 21/2021 lleva a cabo de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET), se plantea como una medida de

²⁰ Culminado en el acuerdo suscrito entre el Gobierno y los agentes sociales el 1 de julio de 2021. Al margen del acuerdo queda el mecanismo de equidad intergeneracional.

acción positiva para alcanzar la igualdad real y efectiva por razón de género con el objetivo de contribuir a la superación de la segregación ocupacional presente en nuestro mercado de trabajo. Y su aplicación exige el cumplimiento de dos requisitos: por una parte, el previsto con carácter general para estas cláusulas convencionales de jubilación por el cumplimiento de una determinada edad por el trabajador/a de que la persona afectada por la extinción del contrato reúna los requisitos para tener derecho al 100 % de la pensión contributiva de jubilación; y, por otra, que la contratación indefinida y a tiempo completo que con carácter simultáneo a la extinción se exige para aplicar estas cláusulas sea de, al menos, una mujer. Así, al objetivo del relevo generacional se añade en estos casos el del fomento de la contratación indefinida de mujeres en sectores con escasa representación femenina.

Dejando a un lado las consideraciones que pudieran realizarse sobre las, tan traídas y llevadas, cláusulas convencionales de jubilación forzosa, nos hallamos ante una medida que merece una valoración positiva desde la perspectiva de género²¹, siempre, evidentemente, que la misma vaya acompañada de las garantías necesarias para la consecución del fin previsto.

- El reconocimiento de los periodos del servicio social femenino obligatorio²² como cotizados, con el límite máximo de 1 año, a efectos de acreditar el periodo de carencia necesario para acceder a las distintas modalidades de jubilación anticipada, condición que ya tenían reconocida de forma expresa los periodos del servicio militar o prestación social sustitutoria. El Tribunal Supremo (TS) en Sentencia 115/2020, de 6 de febrero, ya había reconocido como cotizados estos periodos, pese a la ausencia de previsión legal expresa, fundamentando dicho reconocimiento en el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres que ha de ser observado, pues, en la interpretación de las leyes (art. 4 LOIEMH)²³. Se reconocen ahora de manera expresa en la ley estos periodos de prestación del obligatorio «servicio social de la mujer»²⁴, poniendo fin a esa ausencia legislativa discriminatoria por razón de sexo que infravaloraba esas prestaciones consistentes en tareas típicamente femeninas (Benito Benítez, 2019, p. 97).

²¹ El CES defiende que este tipo de medidas continúen extendiéndose a la regulación de otros aspectos y modalidades de jubilación, a fin de coadyuvar a superar la segregación ocupacional y la brecha de género en pensiones (Dictamen 6/2021).

²² Decreto de 7 de octubre de 1937.

²³ La aplicación del criterio hermenéutico del artículo 4 de la LOIEMH ya había sido contemplada por el TS en pronunciamientos previos como las Sentencias de 21 de diciembre de 2009 (rec. 201/2009), de 26 de enero de 2011 (rec. 4587/2009) o de 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018).

²⁴ Artículo 1, apartados seis y siete, de la Ley 21/2021, que modifican los artículos 207.1 c) y 208.1 b) de la LGSS.

Pero, como decíamos, los efectos que de la reforma derivan para la brecha de género de nuestro sistema de pensiones trascienden estas actuaciones expresas. Unos efectos que, como viene siendo habitual, quedan «diluidos» a la hora de analizar y valorar el impacto que van a tener sobre el sistema las distintas medidas, en una clara manifestación –una más– de la prevalencia del enfoque puramente económico en la búsqueda de la garantía de la sostenibilidad del sistema y del «olvido» de la perspectiva de género.

Así, entre las medidas «estrella» de la reforma se encuentran la derogación del índice de revalorización, que vinculaba la subida anual de pensiones a la situación económico-financiera del sistema, volviendo a la evolución del índice de precios al consumo como criterio determinante de la revalorización, y la del factor de sostenibilidad, el cual, en caso de haber llegado a aplicarse, habría ligado la cuantía inicial de las pensiones a la evolución de la esperanza de vida, y que fue sustituido durante la tramitación parlamentaria de la ley por el mecanismo de solidaridad intergeneracional (disp. final cuarta).

Resulta incuestionable que la puesta en práctica de ambas medidas se traducían en el alejamiento del principio constitucional de suficiencia prestacional y la pérdida progresiva de poder adquisitivo de las pensiones²⁵. El propio Pacto de Toledo, consciente de ello, incluyó entre las recomendaciones de su último informe «el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por ley y su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro».

Pues bien, afectando con carácter general a todo el colectivo de pensionistas, la aplicación de las medidas expuestas analizada desde el impacto de género constituía un evidente factor de incremento del riesgo de pobreza en la vejez al que ya están expuestas las mujeres por su posición más débil en el mercado de trabajo y en el sistema de Seguridad Social, tal y como se pone de relieve desde instancias internacionales.

La valoración de la derogación de ambas medidas no puede, por tanto, sino ser positiva también desde un análisis de género.

La Ley 21/2021 lleva a cabo, por otro lado, una modificación de la jubilación anticipada. Como es sabido, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, endureció los requisitos para acceder a las dos modalidades de anticipo de la edad de jubilación, en otra clara apuesta por las carreras de cotización prolongadas y estables, estableciendo una carencia mínima de 35 años en el caso de las jubilaciones anticipadas voluntarias y de 33 cuando la causa del anticipo de la edad es ajena a persona trabajadora. Este

²⁵ La pérdida de poder adquisitivo de las personas pensionistas, derivada de la puesta en práctica del índice de revalorización, y el carácter irreversible de la misma fueron puestos de relieve por el CES (Dictamen 7/2013, de 26 de septiembre, sobre el anteproyecto de Ley reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social).

endurecimiento afecta, por tanto, de manera particularmente intensa a las mujeres, quienes, como ha quedado expuesto, encuentran más obstáculos para acreditar esas carreras profesionales prolongadas y, por tanto, para cumplir los estrictos requisitos de carencia establecidos, generando una discriminación indirecta por género. Y puede dar lugar en la práctica a situaciones de desprotección principalmente para aquellas mujeres que, de forma involuntaria, se vean expulsadas del mercado laboral y que encuentran cerrada la puerta para acceder al ámbito de la pensión de jubilación.

También se incorporó entre los requisitos para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada en su modalidad voluntaria la necesidad de que el importe de la pensión a percibir, una vez aplicados los porcentajes penalizadores por el anticipo de la edad, no sea inferior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a la persona interesada por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad (art. 208.1 c) LGSS). Una exigencia que, pese a haber sido legitimada por el TJUE en Sentencia de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19, en aras de contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, constituye una evidente discriminación indirecta por razón de género, en cuanto perjudica mayoritariamente a las mujeres, quienes, por las características de sus carreras profesionales, generan pensiones de jubilación de cuantía más limitada²⁶, susceptibles, pues, en mayor medida, de no alcanzar ese mínimo legal exigido.

Pues bien, ninguna de estas cuestiones es objeto de modificación en la reforma de 2021²⁷. Con el objetivo de aproximar la edad legal y la edad real, tratando de favorecer la prolongación de la vida laboral activa, se revisan los coeficientes reductores de ambas modalidades de jubilación anticipada, que, en lugar de por trimestres, pasan a determinarse por cada mes –o fracción de mes– de adelanto, en función del periodo de cotización acreditado y los meses de anticipación, aplicándose sobre la cuantía de la pensión²⁸.

Se amplían, además, las causas de jubilación anticipada involuntaria²⁹, permitiendo que más personas puedan acogerse a la misma y, por ende, a los coeficientes reductores menos gravosos que se contemplan para este caso; en los 2 años inmediatamente anteriores a la

²⁶ A enero de 2022, la cuantía media de la pensión de jubilación percibida por hombres se situó en 1.432,09 euros/mes, mientras que la de las mujeres fue de 964,01 euros/mes.

²⁷ Lo que sí se hace, como ya se ha expuesto, es reconocer, con el máximo de 1 año, el periodo del servicio social femenino obligatorio a efectos de acreditar el periodo de carencia necesario para acceder a las dos modalidades de jubilación anticipada.

²⁸ Con carácter general, la nueva regulación de estos coeficientes incentiva el retraso de la edad de jubilación al menos en 1 año, donde se alcanza el máximo beneficio respecto de la regulación precedente; son sensiblemente inferiores a medida que se tienen más años cotizados; y marcan unos máximos en los 2 meses de mayor anticipo de la edad de jubilación para desincentivar esta opción.

²⁹ A las ya establecidas se añaden el resto de causas de extinción por circunstancias objetivas y la extinción voluntaria por parte de la persona trabajadora en los supuestos previstos en los artículos 40.1, 41.3 y 50 del ET.

edad ordinaria de jubilación se aplican los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria, en los casos en los que el nuevo coeficiente sea más favorable que el vigente hasta ahora; y se rebaja el coeficiente reductor correspondiente a cada uno de los 6 meses previos a la edad de jubilación ordinaria, respecto de los establecidos para el caso de jubilación voluntaria. También se incorpora un apartado tercero en el artículo 208 de la LGSS que excluye de la aplicación de las penalizaciones previstas para la jubilación anticipada voluntaria a las personas trabajadoras que estén percibiendo el subsidio por desempleo durante al menos 3 meses, resultándoles de aplicación los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada por causas ajenas al trabajador/a. Se trata, en todos los casos, de medidas que pueden merecer una valoración positiva, también desde la dimensión de género, pero el problema, como decimos, se encuentra en la imposibilidad de anticipar la edad de jubilación por no cumplir el requisito de carencia o, pese a cumplirlo en el caso de la jubilación anticipada voluntaria, por no tener derecho a una pensión de cuantía superior a la mínima legal.

Otra medida contemplada en la reforma que va a producir un diferente impacto entre mujeres y hombres es el complemento económico para las pensiones de jubilación anticipada causadas entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021 en supuestos de largos periodos de cotización y, en su caso, baja cuantía de las prestaciones (disp. adic. primera). Una medida esta que se justifica en el preámbulo de la ley como instrumento para «mantener el equilibrio en las prestaciones y premiar las carreras largas de cotización». Así, las personas que hayan causado derecho a pensión de jubilación anticipada en el periodo temporal indicado tendrán derecho, con efectos de 1 de marzo de 2022, a un complemento de cuantía equivalente a la diferencia entre el importe resultante de aplicar a la pensión inicial los coeficientes reductores regulados por la ley y la pensión inicialmente reconocida³⁰. Para ello, será necesario, en primer lugar, acreditar, como regla general, una carrera de cotización de 44 años y 6 meses o más, periodo este que se rebaja a 40 años en los casos en que la cuantía de la pensión sea inferior a 900 euros a 1 de enero de 2022. Y, en segundo lugar, que la cuantía de la pensión inicial hubiera sido superior de habersele aplicado los coeficientes reductores vigentes a la entrada en vigor de la reforma. Cuando concurren ambos requisitos, el reconocimiento del complemento se realiza de oficio por la entidad gestora, de acuerdo con la información contenida en la base de datos de prestaciones (a efectos de acreditar la clase de jubilación anticipada causada) y en fichero general de afiliación (a efectos del periodo de cotización cumplido).

Se intentan compensar, pues, las posibles desventajas que a efectos de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada pudieran derivar de la modificación de los coeficientes penalizadores aplicados por el adelanto de la edad respecto a la legalmente establecida. De nuevo una medida positiva y aparentemente neutra desde la perspectiva de género,

³⁰ Se prevé que el complemento, con naturaleza de pensión de jubilación e integrado en la misma, se abone en catorce pagas.

pero que, en la práctica, vuelve a beneficiar a quienes acrediten carreras de cotización prolongadas, por tanto, mayoritariamente a los hombres, que serán quienes vean reconocido el complemento en gran cantidad de los casos, contribuyendo negativamente a la brecha de género pensional.

Y a estas cuestiones, pueden añadirse otras que, previsiblemente, están por venir. Como se ha indicado, la Ley 21/2021 acomete la primera fase del proceso de reforma del sistema de pensiones anunciada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. A lo largo del presente año está prevista la aprobación de la segunda fase. Y entre las cuestiones a abordar se encuentra sobre la mesa el debate sobre la ampliación del periodo a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación. Desde el 1 de enero de 2022, culminado el proceso de ampliación progresiva iniciado en 2013, se computan a esos efectos las bases de cotización de los 25 años anteriores al mes previo al del hecho causante. Pero parece probable que, con el objetivo de reforzar el carácter contributivo del sistema, la ampliación de ese periodo hasta los 35 años será una de las cuestiones que se abordarán en la segunda fase de reforma³¹.

Es incuestionable que la ampliación del periodo temporal de cómputo se va a traducir en la práctica, en la mayoría de los casos, en una rebaja de la cuantía de la pensión, al aumentar la posibilidad de que se incluyan periodos sin cotización por razones de desempleo o periodos de menor cotización en etapas más tempranas de su vida laboral. Y también lo es que, de nuevo, aquellos colectivos con una posición más débil en el mercado de trabajo, entre ellos las mujeres, van a ser quienes en mayor medida se vean afectados por esta ampliación, en cuanto encuentran mayor dificultad para acreditar carreras profesionales prolongadas y estables (Cebrián López y Moreno Raymundo, 2015)³². Este perjuicio puede verse atenuado si se materializan medidas como la mejora del procedimiento de integración de lagunas de cotización o la posibilidad de que la persona trabajadora pueda seleccionar los 35 años a tener en cuenta para el cómputo. Pero, en cualquier caso, parece evidente que nos hallamos ante otra medida que tampoco contribuirá a la reducción de la brecha de género, generando una nueva vía de discriminación indirecta entre mujeres y hombres.

³¹ El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, enviado por el Gobierno a la Comisión Europea en abril de 2021, apuntaba la «adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación» (componente 30 R2-C), proyectándose la entrada en vigor de la legislación para la ampliación del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación para el cuarto trimestre de 2022, según el calendario de reformas suscrito con la Comisión Europea.

³² El informe del Pacto de Toledo de 2020 ya contemplaba en su recomendación 5, en relación con la progresiva ampliación de 15 a 25 años del periodo utilizado para calcular la base reguladora, la necesidad de evaluar su impacto en función del tipo de carrera profesional de la persona trabajadora, poniendo «especial cuidado en contemplar y paliar las consecuencias negativas que dichas ampliaciones podrían tener para la brecha de género en materia de pensiones».

Así pues, si algo puede concluirse es que son varias las consecuencias –obviadas en la mayoría de los casos– que desde el enfoque de género derivan del actual proceso de reforma de pensiones. Pero también lo son –más aún– las derivadas de la nueva oportunidad perdida para acometer el diseño y puesta en marcha de medidas que den una respuesta eficaz a la brecha de género de nuestro sistema público de pensiones³³. Habrá que seguir esperando.

3.4. ¿Y para cuándo la necesaria –y pospuesta, una vez más– reforma integral de la pensión de viudedad?

Y tampoco se puede obviar, si pretende analizarse el sistema de pensiones desde un enfoque de género, una referencia, aunque sea breve, a la pensión de viudedad, desde el momento en que, como reflejo de la configuración tradicional de nuestro mercado de trabajo, más de un 92 % de las personas beneficiarias de la misma son mujeres³⁴. La cuantía de estas pensiones es significativamente más baja que la de las pensiones de jubilación, más aún cuando los perceptores son hombres, puesto que, en la mayor parte de los casos, perciben un porcentaje de los ingresos o de la pensión de jubilación de las mujeres, ya de por sí bajos. No obstante, mientras que para ellos, como regla general, se trata de pensiones que compatibilizan con otros ingresos procedentes del trabajo o con su propia pensión de jubilación, en el caso de las mujeres la mayoría de las veces suelen constituir su único ingreso económico. Es decir, la brecha de género en la cuantía de la pensión de jubilación «muta para la pensión de viudedad», como se ha apuntado, por la tradicional configuración del mercado de trabajo y los mejores historiales de cotización de los maridos (Molina Navarrete, 2020b, p. 17).

La pensión de viudedad viene siendo criticada en su configuración y régimen jurídico desde hace tiempo (Monereo Pérez *et al.*, 2013). Estas críticas se han acentuado en los últimos años, consecuencia de la actual situación financiera del sistema y de la necesidad de adoptar medidas tendentes a contribuir a la sostenibilidad futura del mismo y, además de cuestionar su incompatibilidad con el actual rol de la mujer en la sociedad, se centran principalmente en su insuficiencia protectora y en el hecho de suponer un gasto innecesario en el actual sistema de pensiones (Serrano Argüeso, 2017, p. 156).

Como es sabido, en el supuesto de matrimonio, el nacimiento del derecho a la pensión no se subordina a la existencia de un estado de necesidad o dependencia económica de la persona beneficiaria respecto del/de la causante (STC 35/1991), siendo este uno de los

³³ En esta línea se manifiestan de manera clara los firmantes del voto particular del Dictamen del CES 6/2021 (consejeros de ELA y CIG pertenecientes al grupo primero del CES) al poner de relieve que una vez más «los firmantes del acuerdo dejan de lado las medidas que deberían aplicarse para reducir la brecha de género que existe en las pensiones».

³⁴ Sobre la situación de la pensión de viudedad en España, *vid.* Fuster (2021).

aspectos más cuestionados por la doctrina, que critica, por una parte, la excesiva facilidad con que se genera dicho derecho, y, por otra, el hecho de que en ocasiones dé lugar a situaciones de desprotección, cuando el/la cónyuge supérstite depende económicamente de la pensión, y, por el contrario, en otros casos genere situaciones de sobreprotección, cuando la pensión se compatibiliza con otras rentas (Monereo Pérez, 2010).

Las propuestas de reforma en este ámbito son muy variadas: aumentar las cotizaciones; utilizar la edad de la persona beneficiaria como factor corrector de la cuantía de la pensión (Fernández Collados, 2016, pp. 45 y ss.); sustituir la actual pensión vitalicia por una prestación contributiva temporal que permita, durante un determinado periodo de tiempo, adaptar la economía de la unidad familiar a las nuevas circunstancias tras la muerte de la persona causante, complementándola posteriormente con una pensión vitalicia asistencial... (Ojeda Avilés, 2008, p. 335).

Hay voces que defienden, incluso, la eliminación de esta prestación para las nuevas uniones de convivencia al considerar que parte de una situación de dependencia económica de una de las personas integrantes de la unidad familiar respecto de la otra que no debería perpetuarse (Ballester Pastor, 2011, p. 83). Se trataría, pues, en estos casos, de reivindicar la promoción de las pensiones propias y no derivadas de la relación matrimonial o de pareja (Blázquez Agudo, 2016). Si bien puede compartirse la justificación mencionada, la materialización de esta propuesta habría de ir necesariamente acompañada del establecimiento de las condiciones de empleo de calidad y de corresponsabilidad necesarias para que todos los sujetos (hombres y mujeres) puedan desarrollar vidas laborales y carreras de cotización lo suficientemente estables para garantizarles el acceso a unas prestaciones suficientes, lo que en el momento actual se antoja lejos de conseguir.

El caso es que la propia consideración del carácter contributivo de la pensión de viudedad y su encaje con el objetivo de la sostenibilidad financiera del sistema se encuentran, como decimos, cuestionados desde hace tiempo. La revisión en profundidad que se demanda de este ámbito de la acción protectora del sistema se orienta principalmente en dos líneas de reforma: el condicionamiento del nacimiento y mantenimiento del derecho a la pensión a la existencia de una verdadera situación de necesidad del potencial beneficiario/a; y su traspaso al bloque no contributivo, su financiación con cargo a aportaciones estatales como medio para aliviar la carga financiera sobre el sistema de pensiones, en cuanto el Estado es el garante último de un sistema de Seguridad Social suficiente.

Según la interpretación literal –y correcta– del principio legal de separación de las fuentes de financiación de nuestra Seguridad Social –que, además, no hay que olvidar, se trata de un principio contable, no sustantivo–, no hay obstáculo para que prestaciones contributivas puedan ser financiadas también con cargo a aportaciones del Estado («las prestaciones contributivas [...] serán financiadas básicamente con las cuotas de los sujetos obligados» –art. 109.2 LGSS–). Por tanto, esta financiación vía impositiva de la pensión de viudedad no tiene por qué suponer la pérdida de su naturaleza contributiva. Pero lo que no

puede llevar consigo en ningún caso es la asistencialización de la protección (Fundación Francisco Largo Caballero, 2017). La reforma de este ámbito protector no puede dar lugar a una mayor vulnerabilidad del colectivo de beneficiarios/as, una situación que de manera mayoritaria afectaría a las mujeres.

Dejando a un lado estas consideraciones, lo cierto es que, a pesar de tratarse de una reforma a todas luces necesaria y demandada desde hace tiempo, una vez más se ha «dejado pasar» otra oportunidad de acometerla con carácter integral. Así, la Ley 21/2021 en este ámbito únicamente se limita a modificar el artículo 221 de la LGSS regulador de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, equiparando los requisitos para generar derecho a la pensión a los previstos para los supuestos de matrimonio³⁵. Se elimina, pues, la tradicional dependencia económica del miembro superviviente de la pareja respecto al fallecido que diferenciaba a estas uniones de hecho de los matrimonios, dando lugar a una situación de desigualdad en el acceso a la pensión a todas luces sin sentido en la sociedad actual.

En esta línea, se añade una nueva disposición adicional cuadragésima a la LGSS en la que se regula el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, con carácter excepcional, en aquellos casos en que habiéndose producido el fallecimiento de una de las personas integrantes de la pareja de hecho antes de su entrada en vigor, y siempre que se solicite en los 12 meses siguientes a la misma, concurren las siguientes circunstancias: a) que en el momento de la muerte de la persona causante, esta reuniera los requisitos de alta y cotización, pero no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad; b) que la persona beneficiaria pueda acreditar la existencia de pareja de hecho en el momento del fallecimiento; y c) que esta no tenga reconocido derecho a otra pensión contributiva³⁶.

Y, por otra parte, se encomienda al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en el plazo de 1 año, la determinación del alcance del concepto «pareja de hecho» en el sistema de Seguridad Social. Como es sabido, el artículo 221 de la LGSS regula qué se reconoce como pareja de hecho a efectos del acceso a la pensión de viudedad, condición que se acredita mediante certificación de inscripción en alguno de los registros específicos de las comunidades autónomas o de los ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja (art. 221.2 LGSS). Se pretende ahora elaborar un concepto común de estas uniones de hecho, válido para todo el sistema, con el objetivo de evitar las diferencias de trato, garantizando el principio de igualdad de trato en todo el territorio nacional (disp. adic. tercera Ley 21/2021).

³⁵ Esta equiparación ya aparecía recogida en el acuerdo de Gobierno PSOE-Unidas Podemos, contemplándose también de manera expresa en el acuerdo de reforma de las pensiones firmado con los agentes sociales.

³⁶ En estos supuestos, la pensión reconocida surtirá efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a la solicitud.

Avances, sí, pero muy discretos, en un ámbito en el que resulta imprescindible acometer una reforma integral con objeto de adaptarlo a la realidad actual tanto del mercado de trabajo como del sistema de Seguridad Social. Una reforma, esperemos que no muy lejana y definitiva, en la que, evidentemente, no debiera obviarse la dimensión de género en un ámbito protector claramente feminizado.

4. Conclusiones

En 2001, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la 89.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, ya puso de relieve de forma expresa la necesidad de atender a la relación entre Seguridad Social y desigualdad por razón de género. Entre sus conclusiones se planteó que un sistema justo de Seguridad Social requiere necesariamente su enfoque y reordenación atendiendo a los imperativos de la igualdad real entre los géneros (Aguirre y Scuro Somma, 2010, pp. 9 y ss.).

Desde entonces, como hemos visto, el Pacto de Toledo ha ido dejando constancia en sus distintos informes de la necesidad de tener presente la dimensión de género en materia de pensiones mediante la adopción de medidas encaminadas a reducir la desigualdad aún existente entre mujeres y hombres.

Pero, pese a esta declaración de intenciones, la realidad viene demostrando que el enfoque de género sigue quedando, de manera recurrente, en un segundo plano a la hora de acometer las distintas reformas sobre el sistema de pensiones; reformas presididas por la búsqueda de la sostenibilidad financiera y que con frecuencia «olvidan» la sostenibilidad social, imprescindible en un sistema de protección social (Suárez Corujo, 2015). Y si toda persona trabajadora padece la brecha de protección social derivada de las políticas impuestas por las leyes de la tiranía de la austeridad, en el caso de las mujeres se experimenta de manera más intensa (OIT, 2016).

Las brechas de género en pensiones se presentan como un «mal endémico» de la práctica totalidad de los sistemas (Parlamento Europeo, 2017) y su reducción se plantea más como una cuestión de horizonte jurídico que como una real conquista del presente (Molina Navarrete, 2020b, p. 4). Nos hallamos, sin duda, ante una cuestión compleja que requiere de una intensa reflexión y del tratamiento de los distintos factores que inciden en su perpetuación (políticas de mercado de trabajo, políticas de conciliación, la propia condición de maternidad y, derivada de ella, la asunción del trabajo de cuidar mayoritariamente por las mujeres...) (Molina Navarrete, 2020b, p. 7).

Resulta imprescindible, por tanto, seguir avanzando por el camino de la adecuada implementación del principio de igualdad por razón de género y de la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en nuestro sistema de Seguridad Social, reduciendo

las brechas de género. Y para ello es necesario una apuesta firme y decidida evidentemente por parte del legislador, principal responsable, pero también de nuestros tribunales, que han de asumir de manera generalizada la interpretación jurídica con perspectiva de género como criterio de enjuiciamiento. Debe dejarse atrás esa «contención» que tradicionalmente viene caracterizando, con carácter general, el tratamiento legislativo y la interpretación judicial de la cuestión social de la brecha de género en el ámbito de la protección social, sin duda motivada por la trascendencia económica de las decisiones que se adopten.

Y es que enjuiciar con perspectiva de género constituye «un mandato legal imperativo que emana tanto de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país como de la legislación nacional, erigiéndose en un parámetro resolutorio vinculante para el Poder Judicial en función de su sumisión al imperio de la ley» (Jiménez Hidalgo, 2019, p. 33). Y el Poder Judicial tiene un indudable potencial como motor de cambio para conseguir la plena efectividad de los derechos fundamentales de las mujeres (Cavas Martínez, 2021, pp. 30-31).

Entre los ejemplos más recientes de ese paso adelante, el TS, partiendo de que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un «criterio hermenéutico jurídico imprescindible» para la interpretación normativa (Sentencia del TS –STS– de 13 de noviembre de 2019, rec. 75/2018), lo incorpora en la STS 79/2020, de 29 de febrero. Así, rectificando doctrina anterior sustentada sobre una interpretación literal del artículo 217.1 c) de la LGSS, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias/Las Palmas 281/2016, de 2 de mayo de 2017, en la cual se reconocía el derecho a prestación en favor de familiares a la hija de una beneficiaria de pensión del extinto seguro obligatorio de vejez e invalidez. Lo contrario supondría, a juicio del tribunal, una discriminación indirecta por razón de género, dada la absoluta feminización de ese régimen protector. Y aplica también por primera vez el concepto de «discriminación por asociación», construcción jurisprudencial del TJUE³⁷, como aquella que afecta a personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable (Villar Cañada, 2021)³⁸. Por su parte, en la STS 580/2020, de 2 de julio, por primera vez se reconocen como accidente no laboral las lesiones producidas por una mujer trabajadora a consecuencia del parto, con la consiguiente mejora en la cuantía de la prestación de incapacidad permanente absoluta que se le había reconocido (Rojo Torrecilla, 2020). Y destaca también la STS 908/2020, de 14 de octubre, en la que se reconoce el

³⁷ SSTJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman, y de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14, CHEZ Razpredelne Bulgaria AD.

³⁸ Otro ejemplo de aplicación de la perspectiva de género en la interpretación normativa en materia de Seguridad Social lo encontramos en la, ya comentada, STS 115/2020, de 6 de febrero, sobre reconocimiento como cotizado del tiempo de prestación del servicio social femenino obligatorio.

derecho a pensión de viudedad por muerte de quien había sido su pareja de hecho a una mujer que no convivía ya con el causante en el momento del fallecimiento, al quedar acreditado que la cause de la ruptura de la convivencia había sido la situación de violencia de género que había sufrido la solicitante.

En esta línea jurisprudencial de integración de la dimensión de género, se insertan las SSTSJ de Aragón 611/2020, de 14 de diciembre, y de La Rioja 7/2019, de 10 de enero. En una interpretación integradora del principio de igualdad, flexibilizan los requisitos establecidos en el artículo 237 de la LGSS para poder acceder al subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes, y, mediante la aplicación de la doctrina del paréntesis, declaran su reconocimiento a sendas trabajadoras en situación de excedencia por cuidado de hijo, excluyendo para la acreditación del cumplimiento de la carencia requerida el periodo en el que permanecieron en situación de excedencia, habiendo acreditado cotizaciones suficientes en el periodo de los 5 años anteriores al inicio de dicha situación.

O la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2021 (rec. 250/2021), en la que se aborda el reconocimiento de una pensión no contributiva de jubilación, denegada a la recurrente por ser acreedora de una pensión compensatoria a la que fue condenado judicialmente su ex-cónyuge tras el proceso de divorcio, pero que no llegó a percibir en su totalidad, por incumplimiento de la sentencia por parte de su exmarido. Pese a ello, la Administración y el Juzgado de lo Social (aplicando jurisprudencia anterior a la LOIEMH) le denegaron la pensión de jubilación no contributiva solicitada por superar sus ingresos anuales el umbral legalmente establecido, al computar dentro de los mismos esas cantidades realmente no percibidas, pero que debiera haber reclamado judicialmente para considerar que concurría «la diligencia necesaria para conseguirla». Pues bien, partiendo del impacto de género que tienen las prestaciones no contributivas, mayoritariamente percibidas por mujeres, el tribunal lleva a cabo una reinterpretación de ese requisito de la «diligencia necesaria para conseguir la pensión compensatoria», en el sentido de que:

[...] no se puede exigir a la exesposa que ha logrado una pensión compensatoria tras un divorcio conflictivo la misma diligencia que se podría exigir a las partes en otro proceso judicial distinto, porque las partes, cónyuges hombre y mujer, no son socialmente iguales.

Lo contrario, a juicio del tribunal, supondría penalizar a la mujer, porque no se haya vuelto a enfrentar judicialmente al exmarido incumplidor, lo que estaría impidiendo o limitando el acceso a la justicia a las mujeres.

De momento constituyen, como decimos, solamente ejemplos, pero abren la senda por la que deberían seguir avanzando nuestros tribunales como instrumento clave para lograr una verdadera integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación del derecho.

Es necesaria, pues, una reforma integral del sistema de Seguridad Social en general y de pensiones particularmente desde el enfoque de género, tanto en el bloque contributivo, más evidente, como también en el no contributivo por el mayor riesgo de pobreza de las mujeres, sobre todo en edades avanzadas. Y para ello es imprescindible tomar conciencia de la dificultad de conseguir una igualdad real y efectiva si las medidas que se articulan en el ámbito de la Seguridad Social no van enmarcadas en una política integral que incida en otros ámbitos (laboral, educativo...) y se siguen sustentando en el tradicional reparto de roles, siendo utilizadas como instrumentos para perpetuarlos y para que las trabajadoras puedan atender a sus responsabilidades familiares.

Y si algo es evidente es que esta reforma ha de sustentarse sobre una idea clara: el criterio a seguir no puede ser el de la prevalencia generalizada de la sostenibilidad económica sobre la social, relegando a un segundo plano realidades como la de la desigualdad y discriminación por razón de género. La búsqueda del complicado equilibrio entre sostenibilidad financiera y solidaridad social se sigue presentando, pues, como el objetivo a alcanzar también desde el enfoque de género.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, R. y Scuro Somma, L. (2010). *Panorama del sistema previsional y género en Uruguay. Avances y desafíos*. Naciones Unidas-CEPAL. <http://hdl.handle.net/11362/5824>
- Alaminos, E. (2018). La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española. *Panorama Social*, 27, 119-135.
- Ballester Pastor, M. A. (2011). Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 112, 51-90.
- Benito Benítez, M. A. (2016). La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(1), 124-151.
- Benito Benítez, M. A. (2019). *El impacto de género en el sistema de pensiones*. Bomarzo.
- Blázquez Agudo, E. M. (2016). Desde los derechos derivados a los derechos propios: hacia las pensiones propias de las mujeres. *Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 1(1/2), 7-9. <http://dx.doi.org/10.20318/femeris.2016.3223>
- Cavas Martínez, F. (2021). La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 29, 27-54.
- Cebrián López, I. y Moreno Raymundo, G. (2015). Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 33(2), 311-328. https://doi.org/10.5209/rev_CRLA.2015.v33.n2.50318

- Fernández Collados, M. B. (2016). Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿es realmente necesaria una reforma? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 396, 15-50. <http://goo.gl/4A2mYd>
- Flor Fernández, M. L. de la. (2016). Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad. *Revista de Derecho Social*, 76, 107-132.
- Fundación Francisco Largo Caballero. (2017). *Financiación del derecho a pensiones públicas suficientes: alternativas sostenibles desde el lado de los ingresos*. Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia». http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_31/D8.pdf
- Fuster, L. (2021). *Las pensiones de viudedad en España*. Fedea. <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-06.pdf>
- Gala Durán, C. (2021). El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza mal acaba? *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 158, 121-159.
- Gallego Losada, R. (2016). El complemento por maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de pensiones. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 403, 19-54. <https://goo.gl/OllsYC>
- Gálvez Muñoz, L. y Torres López, J. (2010). *Desiguales. Mujeres y hombres en la crisis financiera*. Icaria.
- García de Cortázar y Nebreda, C. (2014). El factor de sostenibilidad en Europa. En F. Ortiz del Castillo, C. Sánchez-Rodas Navarro y G. Rodríguez Iniesta (Dirs.), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social* (pp. 29-58). Laborum.
- García Romero, M. B. (2016). Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional. *Revista de Derecho Social*, 74, 113-138.
- Grau Pineda, C. (2020). *La brecha de las pensiones en España*. Bomarzo.
- Jiménez Hidalgo, A. (2019). Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo social. ¿Es necesaria una reforma legislativa? *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 197, 24-51.
- Lousada Arochena, F. (2008). *El principio de transversalidad de la dimensión de género*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Lousada Arochena, F. (2010). Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010). *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 3(9), 11-17.
- Molina Navarrete, C. (2020a). Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 188-201.
- Molina Navarrete, C. (2020b). «Brechas de género» y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, 3, 1-26. <https://doi.org/10.6018/iqual.386571>
- Monereo Pérez, J. L. (2010). El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 3(15), 53-104.

- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A. (2013). El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso del sistema de pensiones? *Revista de Derecho Social*, 62, 209-238.
- Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N. y Díaz Aznarte, M. T. (Dir.). (2013). *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Comares.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (2022). La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea. Conclusiones del abogado general del TJUE en el asunto C-389/20. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 29, 19-23. https://revista.laborum.es/index.php/revseg_soc/article/view/530
- OIT. (2016). *Women at work. Trends 2016*. https://www.ilo.org/gender/Information-resources/Publications/WCMS_457317/lang--en/index.htm
- Ojeda Avilés, A. (2008). Reformulación de la pensión de viudedad. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número extra 74, 333-342.
- Parlamento Europeo. (2017). *Gender gap in pensions: Looking ahead*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583150/IPOL_STU\(2017\)583150_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583150/IPOL_STU(2017)583150_EN.pdf)
- Perán Quesada, S. (2018). Capítulo XXIV. La singular aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad desde la perspectiva de género. En Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Tomo II* (pp. 347-357). Laborum.
- Pérez del Río, M. T. (2006). La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectiva de futuro. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 7, 221-240.
- Pérez del Río, M. T. (2007). La Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate. *Revista de Derecho Social*, 37, 223-250.
- Ramos Quintana, M. I. (2020). El complemento por maternidad en el sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva. *Revista de Derecho Social*, 89, 121-150.
- Rivas Vallejo, M. P. (2017). Capítulo 2. Perspectiva de género en las prestaciones de la Seguridad Social. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II* (pp. 485-508). Laborum.
- Rojo Torrecilla, E. (13 de julio de 2020). Juzgar con perspectiva de género. Consideración de accidente no laboral de las lesiones sufridas como consecuencia del parto. Notas a la importante Sentencia del TS de 2 de julio de 2020. *El Blog de Eduardo Rojo*. www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/juzgar-con-perspectiva-de-genero.html
- Serrano Argüeso, M. (2017). Mujeres mayores y mujeres viudas en el debate sobre envejecimiento de la población y sostenibilidad del sistema de pensiones. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 10, 137-162.
- Suárez Corujo, B. (2015). El nuevo modelo (in)constitucional de pensiones: sostenibilidad financiera versus sostenibilidad social. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 2.
- Villar Cañada, I. M. (2011). Seguridad Social e igualdad por razón de género tras la



Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el sistema especial de empleadas/os de hogar. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 591-610.

Villar Cañada, I. M. (2020). ¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18. *e-Revista Internacional de la Protección*

Social, 5(1), 288-298. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.14>

Villar Cañada, I. M. (2021). La necesaria interpretación del sistema de seguridad desde un enfoque de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) n.º 79/2020, de 29 de enero. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 26, 133-140. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/449>

(In)compatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica como autónoma «clásica» o societaria. A propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo

Isabel María Pérez Gázquez

Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Murcia

Profesora contratada doctora.

Universidad Católica de Murcia (España)

imperez@ucam.edu | <https://orcid.org/0000-0002-1546-345X>

Extracto

Si bien las nuevas fórmulas de compatibilización entre trabajo y jubilación no han planteado problemáticas de tipo práctico en su aplicación a las personas trabajadoras por cuenta ajena y autónomas constituidas como personas físicas, distinta es la situación con respecto a otras personas autónomas con diferente naturaleza jurídica, como es el caso de las autónomas societarias. Todo ello, como consecuencia de la indeterminación de la fórmula jurídica utilizada en el artículo 214.2, párrafo segundo, de la Ley general de la Seguridad Social, que permite esta modalidad de jubilación activa «si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena». Precepto que ha planteado diversas problemáticas de tipo interpretativo, cuya disparidad de criterios entre la entidad gestora y los distintos órganos judiciales ha dado lugar a la doctrina del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021, que delimita el ámbito personal de aplicación de esta modalidad de jubilación activa en sentido restrictivo.

Palabras clave: jubilación; compatibilidad; personas trabajadoras autónomas; personas trabajadoras societarias; restricción; empleo; envejecimiento activo; sostenibilidad.

Recibido: 02-11-2021 / Aceptado: 01-02-2022

Cómo citar: Pérez Gázquez, I. M. (2022). (In)compatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica como autónoma «clásica» o societaria. A propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 129-151.



(In)compatibilities between work and retirement of the self-employed worker according to their legal nature as "classical" or corporate self-employed. Regarding to recent doctrine of the Supreme Court

Isabel María Pérez Gázquez

Abstract

Although the new formulas for reconciling work and retirement have not raised practical problems in their application to employed workers and self-employed persons constituted as natural persons, the situation is different with respect to other self-employed persons of a different legal nature, such as the case of self-employed companies. All of this as a consequence of the indeterminacy of the legal formula used in article 214.2, second paragraph, of the General Law of Social Security, which allows this type of active retirement "if the activity is carried out on one's own account and it is proven that at least one employee has been hired". A precept that has raised various interpretative problems, whose disparity in criteria between the managing entity and the different judicial bodies has given rise to the doctrine of the Supreme Court of July 23th, 2021, which delimits the personal scope of application of this type of retirement active in a restrictive sense.

Keywords: retirement; compatibility; self-employed; corporate; restriction; employment; active ageing; sustainability.

Citation: Pérez Gázquez, I. M. (2022). (In)compatibilities between work and retirement of the self-employed worker according to their legal nature as "classical" or corporate self-employed. Regarding to recent doctrine of the Supreme Court. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 129-151.



Sumario

1. Introducción
 2. La jubilación de la persona trabajadora autónoma
 - 2.1. Jubilación ordinaria. Elementos configuradores
 3. Compatibilidades e incompatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma
 - 3.1. Compatibilización del trabajo por cuenta propia cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional
 - 3.2. Jubilación activa. Posibilidades de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica y contribución al fomento del empleo
 - 3.2.1. Compatibilización de jubilación y trabajo sin personas trabajadoras a cargo
 - 3.2.2. Compatibilización de jubilación y trabajo con, al menos, una persona trabajadora a cargo
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La Constitución española de 1978 (CE), en su artículo 50, establece la obligatoriedad de los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de la ciudadanía durante la tercera edad, a través de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. Si bien, resulta preciso tener en cuenta que el cumplimiento de este mandato se encuentra condicionado por las variables de sostenibilidad del propio sistema de Seguridad Social, que se viene enfrentando al gran reto que supone equilibrar la balanza del gasto en pensiones de jubilación y su financiación.

En esta línea, la Comisión Europea (2012) ha señalado que:

[...] el envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los Estados miembros. A menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más con vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el incremento del gasto sería insostenible (p. 2).

En lo que respecta al ámbito español, según datos del Pacto de Toledo, de 10 de noviembre de 2020, el número total de pensiones contributivas a fecha 1 de enero de 2020 ascendía a 9.801.016, con un montante económico de 9.904,02 millones de euros mensuales, de los que 7.092,19 correspondían a la pensión de jubilación. Por su parte, las no contributivas de jubilación e invalidez ascendieron, para la misma fecha, a 451.796 personas receptoras (Congreso de los Diputados, 2020, pp. 49-50). Asimismo, estima que en el año 2030 la tasa de personas mayores de 65 años en España sea de un 25-30 %, con un número de potenciales receptoras de esta pensión de 9.696.000, cuyo coste para el erario ascenderá a 11,4 millones de euros. Cifra que se verá aumentada hasta 14,3 y 14,1 millones en 2050 y 2060, respectivamente (Congreso de los Diputados, 2020, p. 55).

En este sentido, y como ejemplo de esta evolución creciente del gasto, cabe señalar que la situación presupuestaria presentada por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, a fecha 31 de agosto de 2021, muestra un déficit presupuestario por operaciones no financieras de 1.197,17 millones de euros, cuyo origen es el nivel contributivo, con un déficit de 3.482,17 millones –el nivel no contributivo alcanza un superávit de 2.285 millones–. Esto, a pesar de que los derechos reconocidos por operaciones no financieras han ascendido a 102.939,35 millones de euros, con una variación positiva del 3,26 % respecto al mismo periodo del ejercicio anterior, correspondiendo a las cotizaciones sociales

un importe de 76.153 millones de euros, que supone un incremento del 7,53 % respecto al mismo periodo del ejercicio anterior. Y es que, con relación al gasto:

[...] el importe total de obligaciones reconocidas por operaciones no financieras se eleva a 104.136,52 millones de euros, lo que representa una variación del 1,68 % respecto al ejercicio anterior, correspondiendo el mayor volumen de gasto al concepto de pensiones y prestaciones contributivas, que registra un importe de 91.665,52 millones de euros y un incremento de 3,70 % sobre el mismo mes del año anterior (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021a, p. 1).

Por tanto, nos encontramos ante un escenario en el que el gran reto derivado del envejecimiento poblacional que se prevé para la población en los próximos años exige la adopción de medidas que equilibren la tasa de reposición entre activo y pasivo. Según el propio Pacto de Toledo:

Es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto, sería necesaria la adaptación y mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo [...] (Congreso de los Diputados, 2020, p. 68).

Así, en los últimos años se han llevado a cabo diversas reformas en materia de jubilación cuyo objetivo es el retraso en el acceso a la jubilación ordinaria, bien retrasando la edad legal de jubilación y aumentando el periodo de carencia asociado a esta modalidad, o creando incentivos para quienes decidan voluntariamente retrasar el percibo de esta jubilación. Igualmente, se ha optado por romper con el clásico espíritu de incompatibilidad entre trabajo y jubilación –tipificada como una infracción grave en materia de Seguridad Social (art. 25.1 RDleg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social)– hacia fórmulas de jubilación que pretenden prolongar la vida activa de las personas trabajadoras de forma compatible con la condición de pensionista –tanto para trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia–.

En línea con la última de las medidas mencionadas, y de acuerdo con el objeto de este trabajo, la jubilación activa de la persona trabajadora autónoma, cabe señalar que se trata de una modalidad de jubilación que cada vez adquiere mayor protagonismo entre este colectivo. Según datos de agosto de 2020, referidos al 31 de diciembre de 2019, el total de jubilaciones activas fue de 61.220, de las que 52.076 correspondieron a personas trabajadoras autónomas y 9.144 al resto de regímenes de la Seguridad Social. Cifras que se confrontan con las 9.094 del año 2013, año de entrada en vigor de esta modalidad de jubilación, repartidas en 7.517 para las personas autónomas y 1.577 para el resto de personas trabajadoras (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021b, p. 204).

Algunas de las causas que explicarían esta diferencia entre las personas trabajadoras autónomas que optan por estas nuevas modalidades de jubilación con respecto a las trabajadoras integradas en distintos regímenes de la Seguridad Social serían las bajas pensiones que reciben las primeras, fundamentalmente debido a que la mayoría de ellas optan por cotizar por la base mínima de cotización, que es la que determina una futura pensión. Como muestra de ello, cabe señalar que, a fecha de 31 de julio de 2019, la pensión media de jubilación de las personas autónomas era de 686 euros, frente a los 1.091,52 euros del régimen general (Asociación de Trabajadores Autónomos –ATA–, 2019).

Ahora bien, es preciso resaltar que, si bien es cierto que la aplicación de estas fórmulas de jubilación activa con relación a las personas trabajadoras por cuenta ajena no ha planteado dificultades de tipo práctico, en el caso de las trabajadoras autónomas constituidas como societarias se ha producido todo lo contrario. Todo ello, como consecuencia de la indeterminación jurídica del tenor literal del artículo 214.2, párrafo segundo, 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), introducido por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, cuya problemática interpretativa ha culminado en la reciente doctrina del Tribunal Supremo (TS) de fecha 23 de julio. El objetivo de estas líneas es el análisis de estas modalidades de compatibilización de la persona trabajadora autónoma, según su categorización como persona física o jurídica, así como de las problemáticas interpretativas en torno a las autónomas societarias y el criterio adoptado en este sentido por el Alto Tribunal.

2. La jubilación de la persona trabajadora autónoma

En virtud de la equiparación que la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), dispone entre personas trabajadoras autónomas y personas trabajadoras encuadradas en el régimen general en materia de aportación, derechos y prestaciones (art. 26.5), y la remisión que hace a la normativa reguladora de este régimen (art. 318 d) LGSS), en términos generales, la persona trabajadora autónoma accede a la prestación de jubilación en las mismas condiciones que las personas trabajadoras encuadradas en el régimen general, es decir, según lo dispuesto por los artículos 204 y siguientes de la LGSS.

De este modo, al igual que en el caso de la persona trabajadora por cuenta ajena, si la trabajadora autónoma clásicamente venía optando a diferentes modalidades de jubilación, cuyos elementos delimitadores son el cese en la actividad profesional, junto con la edad y periodo mínimo de cotización en el momento del cese, desde la perspectiva del envejecimiento activo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, dan un paso más y configuran otras opciones de jubilación que permiten a la persona trabajadora autónoma compatibilizar el percibo de

la pensión de jubilación con el desempeño de la actividad laboral, quedando inaplicable, por tanto, el elemento de cese de la actividad. Igualmente, la reseñada Ley de reformas urgentes del trabajo autónomo de 2017, que introduce otra nueva opción para estas personas trabajadoras.

Así, junto a las modalidades clásicas de jubilación ordinaria o anticipada, se suman otras posibilidades que permiten una jubilación activa, cuya delimitación viene determinada por el nivel de ingresos que el trabajo reporta (art. 213.4 LGSS); la existencia o no de trabajadores/as contratados a cargo de la persona pensionista (art. 214 LGSS); y la naturaleza jurídica de la persona trabajadora autónoma, dado que, tras el reciente criterio establecido por el TS, al que se hará mayor mención, el alcance de esta compatibilidad difiere en uno y otro caso.

Es decir, depende de si la persona trabajadora jubilada prolonga su actividad en un régimen de trabajadora autónoma, según lo dispuesto por el artículo 1.1 de la LETA –persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores/as por cuenta ajena–, o lo hace como autónoma societaria, por haber constituido una sociedad para llevar a cabo sus funciones, de acuerdo con lo estipulado en el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC). La razón de ello es que, a pesar de que en ambos casos la persona trabajadora se encuentra encuadrada en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), la autónoma societaria tiene una personalidad jurídica diferenciada, que implica algunas peculiaridades y diferencias con respecto a la autónoma «clásica», tal y como ocurre con la extensión de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad. Aspecto que resulta relevante en el fallo de la sentencia del Alto Tribunal a la hora de discernir y delimitar el ámbito personal de aplicación de una de las modalidades de jubilación activa.

En este sentido, recuérdese que en el caso de la persona física o «persona autónoma clásica», la responsabilidad patrimonial que pueda derivarse de su actividad se extiende a su patrimonio personal, de manera que responde de sus deudas, incluidas las salariales con las personas trabajadoras contratadas y las cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 Código Civil), asumiendo personalmente el riesgo y ventura de la actividad empresarial. Sin embargo, en el caso de la persona autónoma consejera o administradora de una sociedad mercantil, esta responsabilidad se limita a la sociedad, sin que su patrimonio personal, en principio, se vea afectado (art. 1 LSC).

Ahora bien, es importante reseñar que la modalidad de jubilación activa, en los términos del artículo 214 de la LGSS, se plantea como una opción adicional más de jubilación, siempre y cuando la persona trabajadora cumpla con los requisitos de acceso de la llamada «jubilación ordinaria», y lo haga, además, en condiciones de verla reconocida en una cuantía del 100 %. Luego, se trata de una fórmula que pretende alargar la vida laboral de las personas trabajadoras una vez han cotizado y aportado al sistema las cotizaciones suficientes, y

no de un supuesto previsto para permitir la compatibilización entre trabajo y pensión antes del cumplimiento de la edad y cotización mínima ordinaria, cuyo espíritu corresponde a otra modalidad de retiro, en este caso la jubilación parcial.

Conforme a lo anterior, se hace preciso hacer una breve aproximación a los requisitos configuradores de esta modalidad (Maldonado Molina, 2017).

2.1. Jubilación ordinaria. Elementos configuradores

La persona trabajadora autónoma accede a la prestación de jubilación en su modalidad ordinaria, es decir, con un cese total de la actividad profesional, según las reglas y requisitos de edad y cotización mínima definidos en el artículo 205 de la LGSS. Así, puede acceder a la jubilación siempre que tenga, por un lado, un periodo mínimo de cotización de 15 años, de los cuales 2 deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento del cese de la actividad –sin que en este cómputo se tenga en cuenta la parte proporcional de las pagas extras–, y, por otro, una edad mínima que, a su vez, queda condicionada por otro periodo de carencia distinto del anterior. Requisito este último que viene siendo objeto de un periodo de transición desde el año 2013, por el que estos mínimos vienen siendo paulatinamente incrementados. Desde 35 años y 3 meses de periodo mínimo de cotización, con unas edades legales de jubilación de 65 o 65 años y 1 mes, hasta los 38 años y 6 meses, con unas edades de 65 o 67 años, en los que quedarán fijados a partir de 2027 (disp. trans. séptima LGSS).

Otro aspecto de la jubilación ordinaria a tener en consideración en materia de jubilación activa es el régimen que determina el cálculo y cuantía de la prestación. Todo ello, a causa de que, como se ha dicho, el reconocimiento de esta compatibilidad entre trabajo y pensión se condiciona, junto con los requisitos anteriores, a que se den las condiciones para ver reconocida la pensión ordinaria en su cuantía íntegra. Por tanto, se reserva solamente a aquellas personas trabajadoras con largas carreras de cotización y contribución al sistema, ya que la determinación de esta cuantía depende de este tiempo cotizado.

Esta cotización resulta relevante para la cuantía a percibir de la prestación, debido a que el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora queda determinado por el periodo temporal de las cotizaciones, dependiendo de si se corresponden con el tiempo mínimo de carencia para poder acceder a la prestación o se trata de cotizaciones adicionales. Según esto, a los primeros 15 años de cotización se les aplica un porcentaje del 50 %, añadiéndose otro por cada mes adicional de cotización, en su caso, a partir del año decimosexto.

Cabe señalar que, al igual que ocurre con el periodo de cotización que condiciona la edad legal de acceso a la prestación, desde el año 2013, estos porcentajes adicionales por cada mes de cotización a partir del decimosexto año vienen siendo gradualmente modificados. Así, nos encontramos en un periodo de transición, desde los porcentajes de un 0,21 %

entre los meses 1 y 163 y un 0,19% por cada uno de los 83 meses siguientes –desde el año 2013– a un porcentaje del 0,191% por los meses comprendidos entre el 1 y el 248 y un 0,18% por cada mes que rebase este periodo, que será el fijado a partir del año 2027. Estos porcentajes se aplicarán hasta su máximo del 100%, salvo en los casos en los que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la legal ordinaria (art. 210.1 y 2 y disp. trans. novena LGSS).

3. Compatibilidades e incompatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma

Las mejoras sanitarias y el aumento de la esperanza de vida de la población ocasionan que, en la mayoría de los casos, las personas lleguen a la edad de jubilación con unos estándares de salud compatibles con el desempeño de la actividad laboral. Esto ha permitido que, como ya se ha dicho, en los últimos años se hayan regulado diversas fórmulas de jubilación desde una perspectiva de envejecimiento activo y prolongación de la vida laboral de las personas trabajadoras. Fórmulas configuradas como una medida de sostenibilidad, que rompen con el clásico régimen de incompatibilidad entre trabajo y jubilación, que obliga a la persona jubilada que quiera realizar una actividad profesional a suspender el percibo de la prestación durante el tiempo de desarrollo de esta (art. 213 LGSS). Todo ello, a pesar de la cuestionable coherencia de prohibir el percibo de la pensión sobre la que mayor peso y esfuerzo retributivo recae, una vez alcanzados los requisitos exigidos para su reconocimiento. Es decir, si la persona trabajadora ha contribuido al sistema mediante unas largas carreras de cotización, parece controvertido que la decisión de continuar con la ocupación impidiera ejercer un derecho generado por cumplimiento de los requisitos estipulados para ello (Sempere Navarro, 2013, p. 30).

El objetivo de estas medidas es claro. Por un lado, permitir a la persona jubilada un aumento de su poder adquisitivo, mediante la coexistencia entre salario y rendimientos del trabajo, y, por otro, equilibrar la balanza de sostenibilidad económica del sistema, a través del mantenimiento de las cotizaciones a la Seguridad Social –tanto de la persona trabajadora autónoma, aunque sea reducida, como de la trabajadora contratada, en su caso– y de la reducción del gasto en materia de pensiones de jubilación, según la modalidad de compatibilización por la que se opte (Mercader Uguina *et al.*, 2013).

Resulta innegable que, desde una perspectiva de sostenibilidad del sistema, es imprescindible adoptar acciones de ahorro del gasto. Ahora bien, cuestión distinta es que este tipo de acciones puedan servir de coartada a unas políticas de pensiones que, al estar orientadas fundamentalmente hacia el ahorro, impliquen que dicha compatibilización deje de ser un complemento o una opción de la persona trabajadora y se convierta en una herramienta necesaria u obligatoria para poder subsistir, en condiciones de dignidad, con unas pensiones cada vez más reducidas e insuficientes (Cavas Martínez, 2017, p. 189). Situación que,

por otra parte, implicaría un aumento de los riesgos en materia de seguridad y salud para algunas personas trabajadoras, según el tipo de profesión y el estado físico, pues las capacidades físicas en edad de jubilación se encuentran mermadas con respecto a edades más tempranas (Barceló Fernández, 2016; Guindo Morales, 2019; Rodríguez Egío, 2019). De hecho, «los trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media» (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo –INSHT–, 2015, p. 15).

Por tanto, estas políticas de prolongación activa de las personas trabajadoras han de realizarse en un marco jurídico que tenga en cuenta la edad más allá del aumento de los costes en pensiones asociados al aumento de la esperanza de vida y valore que esa misma edad es un factor de riesgo para la protección de ciertos derechos fundamentales (Monereo Pérez, 2019).

3.1. Compatibilización del trabajo por cuenta propia cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional

El inicio hacia una nueva etapa orientada al fomento del desempeño de actividades profesionales una vez obtenida la condición de pensionista se produjo con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que en su disposición adicional trigésima primera, titulada «Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación», añadía un nuevo apartado al entonces vigente artículo 165 de la LGSS y actual artículo 213, en el que dispone que el percibo de la jubilación es compatible con la realización de trabajos por cuenta propia siempre y cuando los ingresos anuales totales derivados de la actividad no superen el salario mínimo interprofesional (SMI), en cómputo anual, señalando además que quienes realicen estas actividades no están obligados/as a cotizar por ellas.

Esto supone que aquella persona trabajadora autónoma que, a pesar de haber accedido a la jubilación, desee continuar realizando actividades profesionales pueda compatibilizar ambas realidades, sin que además sea necesario que cotice por esta actividad (art. 213.4 LGSS).

Cabe señalar que no se trata de un supuesto de jubilación activa en sentido estricto, en los términos del artículo 214, contemplado para actividades laborales realizadas bajo unos parámetros de habitualidad, y sin importar las cantidades económicas que se reciban por ellas, sino de una modalidad que permite a la persona jubilada complementar sus ingresos hasta el límite del SMI, en cómputo anual. Asimismo, el objetivo de una y otra fórmula difiere, pues, si en el caso de la jubilación activa la intención del legislador es alargar la vida laboral de las personas y las cotizaciones asociadas al empleo, en este caso, se pretende facilitar a las personas jubiladas la obtención de una fuente de ingresos complementaria para mejorar su poder adquisitivo y, con ello, compensar la mayor rigidez de la ley de 2011 con respecto a los requisitos para ver reconocida la prestación con una cuantía equivalente al 100 % de la base reguladora (Selma Penalva, 2013, p. 69).

Así pues, se trata de una compatibilización que pretende garantizar una subsistencia digna de las personas jubiladas, en la que el montante económico que la persona trabajadora autónoma recibe por los trabajos que realiza por cuenta propia se convierte en el elemento central y configurador de esta compatibilidad.

En línea con lo anterior, se hace preciso mencionar que, a tenor de la genérica referencia que la normativa hace sobre el SMI y la exención de la obligatoriedad de cotización por las actividades realizadas en este marco de compatibilidad, se han planteado diversas problemáticas de tipo práctico, como la acaecida a propósito de la habitualidad. Todo ello, en la medida en que, si bien es cierto que rendimientos económicos y habitualidad de la actividad suelen ser conceptos interrelacionados, también cabe la posibilidad de que no siempre se den de forma conjunta, pudiendo realizarse colaboraciones o trabajos puntuales que reporten grandes beneficios económicos. Según esto, no quedaba claro si para este supuesto de compatibilidad entre trabajo y pensión el elemento de habitualidad se convertía, junto con el económico, en un requisito configurador en su aplicación. Aspecto que no se circunscribe a este modo de compatibilización, sino que se extiende a la mera obligación de cotizar o no por esas actividades (Selma Penalva, 2013, pp. 67-73)¹.

Esta indeterminación jurídica acerca del precepto de habitualidad con relación a los trabajos realizados por las personas trabajadoras por cuenta propia y la obligatoriedad de cotización ha obligado a la Administración y a los órganos judiciales a concretar caso a caso y establecer su propia doctrina, en algunos casos de forma contradictoria. En este sentido, cabe hacer mención de sentencias como las del TS (SSTS) de 29 de octubre de 1997 (rec. 406/1997); de 23 de septiembre de 2002 (rec. 164/2002); de 20 de marzo de 2007 (rec. 5006/2005), que, partiendo de la premisa de que «el montante de la retribución [...] es un indicativo de la habitualidad, pero no necesariamente el único ni excluyente de otros criterios» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 30 de mayo de 2018, rec. 322/2017), la analizan junto con otros elementos vinculados a la actividad, como la exclusividad en su desempeño o la titularidad de un establecimiento abierto al público durante días y horas establecidos, que operan como una presunción *iuris tantum* de habitualidad (López Anierte, 2012, pp. 79-80; 2014, pp. 66-68). O, dicho de otro modo, se ha optado por vincular los ingresos reducidos con el concepto de trabajo esporádico solo cuando no es posible discernir esta naturaleza puntual conforme a otros indicios (STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2020, rec. 150/2019).

¹ Sería conveniente que el legislador, más allá de la mera declaración de intenciones realizada en este sentido en la disposición adicional cuarta de la Ley de reformas urgentes del trabajador autónomo de 2017, en la que manifiesta que «se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual», concrete esta cuestión.

Ahora bien, a efectos de la compatibilidad con la jubilación, y a pesar de la referencia que el artículo 213 de la LGSS hace con respecto a la exención de cotización por las actividades que la persona jubilada realice amparándose en dicho precepto legal, según la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la persona trabajadora autónoma que no ejerce la actividad en estos términos de compatibilidad, donde la referencia al SMI no es un elemento exclusivo ni excluyente de la habitualidad, para la persona pensionista de jubilación este requisito referido al SMI se configura como un requisito legal expreso y determinante de su inclusión en el RETA (Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social –DGOSS– núm. 13/2015). Luego, la suspensión o no de la pensión de jubilación queda supeditada a la inclusión o exclusión de las actividades de la persona pensionista en el RETA, de acuerdo con el nivel de ingresos que dicha actividad reporta, valorado en términos de ingresos netos (Resolución DGOSS núm. 20/2013).

Por último, cabe señalar que este supuesto de compatibilización entre trabajo y pensión introducido por la ley de 2011 se extiende también a los/las profesionales colegiados e integrados en la mutualidad de un colegio profesional como forma alternativa a la cotización en el RETA (Resolución DGOSS de 21 de junio de 2013).

3.2. Jubilación activa. Posibilidades de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica y contribución al fomento del empleo

3.2.1. Compatibilización de jubilación y trabajo sin personas trabajadoras a cargo

Junto con la medida introducida por la ley de 2011 que permite compatibilizar la pensión con aquellas actividades que no reporten ingresos superiores al SMI neto en cómputo anual, el reseñado Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, regula otra situación de compatibilidad entre jubilación y trabajo, cuyo objetivo, según su exposición de motivos (apartado tres), es:

[...] favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores. Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite con ello que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal con largas carreras de cotización puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas.

Este supuesto general de jubilación activa, regulado en el artículo 214 de la LGSS, configurado tanto para personas trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia, permite ostentar la condición de jubilado/a y al mismo tiempo desempeñar una actividad profesional. Bien en continuidad con la que se viniera realizando con anterioridad al acceso a la pensión o a través del inicio de una nueva. Todo ello, de forma compatible con el percibo de la prestación de jubilación, aunque reducida al 50 % con respecto a la cuantía que obtendría con la jubilación ordinaria. De esta forma, y mientras dure la compatibilidad, se produce la reducción equivalente a dicho porcentaje, excluido el complemento por mínimos. Es decir, una vez producido el cese de la compatibilidad, por cese del trabajo, la persona trabajadora restablece el percibo íntegro de la pensión.

Ahora bien, resulta preciso advertir que, aunque la ley expresamente no lo mencione, para que esta compatibilización opere en términos de legalidad es imprescindible que la persona pensionista solicite a la entidad gestora esta opción de compatibilidad, ya que, en caso contrario, se trataría de una pensión indebidamente percibida, cuyas cuantías recibidas serían reclamadas por la Seguridad Social (Cavas Martínez, 2017, p. 178).

Por otra parte, cabe señalar que el contenido de esta modalidad de jubilación activa incluye, junto a la cuantía señalada, una disminución de las cotizaciones vinculadas a la actividad que se sigue desarrollando, que quedan reducidas a una cotización especial de solidaridad en concepto de contingencias de incapacidad temporal y profesional, con un porcentaje del 9 %, no computables para generar otros derechos prestacionales (art. 309 LGSS).

En cuanto a los requisitos configuradores de esta modalidad de disfrute de la jubilación, hay que mencionar que se trata de exigencias estrechamente relacionadas con las previstas para la jubilación ordinaria, pues tan solo se puede acceder a esta compatibilidad si se cumple con los requisitos para ver reconocida esta modalidad ordinaria, y además se hace en condiciones de recibirla de forma íntegra, por haber podido acreditar los periodos de cotización necesarios para ello. Por consiguiente, son requisitos relacionados tanto con la edad como con la carrera de cotización que se tenga a dicha edad, sin que, a estos efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que puedan ser de aplicación según el artículo 206 de la LGSS, que están relacionadas con la actividad y/o condición individual de la persona interesada (Cavas Martínez, 2017; Rodríguez Iniesta, 2016).

De este modo, se excluye de esta posibilidad a las personas trabajadoras autónomas que optan por la jubilación anticipada, cuyas opciones vinculadas al envejecimiento activo se limitan, bien a realizar una actividad profesional por cuenta propia que no les reporte ingresos superiores al SMI, o a suspender la prestación de jubilación y reincorporarse a la actividad laboral como cualquier otra persona trabajadora no pensionista.

Según lo expuesto, tan solo pueden acogerse a la jubilación activa aquellas personas trabajadoras autónomas que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 205.1 a) de la LGSS, a

partir de 2027, acrediten un periodo de cotización de 38 años y 6 meses, bien a los 65 años o, en su defecto, a los 67. Es decir, si a los 65 años puede acreditar tal periodo de carencia, podrá jubilarse, y, en caso contrario, tendrá que esperar hasta cumplir los 67. Se pretende con ello evitar que opten por esta jubilación activa aquellas personas trabajadoras con una menor carrera de cotización, teniendo en consideración que, a estos efectos, no son tenidas en cuenta las posibles cotizaciones obtenidas con posterioridad al momento en que se cumplen los requisitos para ser perceptor/a de una prestación de jubilación ordinaria, tal y como ocurre en el caso de la jubilación demorada –reconoce a la persona interesada un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió la edad legal de jubilación y la del hecho causante de la pensión (art. 210.2 LGSS)–, en la situación de suspensión de la prestación por incorporación, parcial o total, al desempeño de la actividad laboral, o en la puesta al día en el pago de las cotizaciones (STS de 30 de mayo de 2017, rec. 2268/2015) (Cavas Martínez, 2017, pp. 184-188).

Luego, si hasta la reforma de 2013 la única opción de compatibilidad entre el disfrute de la jubilación ordinaria y el trabajo quedaba condicionada a los beneficios obtenidos por la actividad, a partir de dicha reforma se introduce otra posibilidad en la que el montante económico derivado de la actividad que se continúa realizando resulta indiferente, y con la que se consiguen diversos objetivos, tanto desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema como de la persona trabajadora.

Así, en lo que respecta a la disminución de la presión financiera del sistema, se consigue tanto mantener las cotizaciones asociadas a esa persona trabajadora, aunque reducidas, como la reducción del gasto en pensiones derivado de la minoración de estas jubilaciones en un 50 %. En lo concerniente a la persona trabajadora, esta modalidad permite continuar ejerciendo la actividad viendo, por un lado, aumentado el poder adquisitivo, al recibir de forma compatible unos ingresos extras en concepto de pensión, y, por otro, reducidos los gastos asociados al desarrollo del trabajo y vinculados a las cotizaciones, pues, como ya se ha dicho, estas quedan reducidas a una cotización especial de solidaridad. Igualmente, se beneficia de las ventajas implícitas a la condición de pensionista, como el ahorro en la adquisición de medicación, de cuyo pago se encuentran exentas, o en otros aspectos de tipo impositivo, por poder acogerse a ciertas bonificaciones o reducciones.

Ahora bien, a efectos de la rentabilidad global que esta modalidad de jubilación aporta a la persona trabajadora, junto a estos beneficios, es preciso también considerar la rebaja que conlleva la pensión, de manera que, para que este tipo de compatibilización compense en términos económicos, es necesario tener la seguridad de que la continuidad de la actividad va a reportar unos ingresos económicos suficientes que hagan contrarrestar la desventaja que conlleva la reducción de la pensión. Téngase en cuenta en este sentido que esta opción de continuidad, con un determinado nivel de dedicación que permita obtener unos ingresos suficientes que hagan compensar dicha disminución de la pensión, no siempre resulta factible, pues depende de las condiciones individuales de la persona trabajadora en relación con su estado de salud y/o las aptitudes que se precisen para el ejercicio de la actividad,

según la naturaleza de esta. Más aún en el caso de las personas trabajadoras autónomas que acceden a la jubilación activa a través de esta modalidad, por no tener trabajadores/as a su cargo a quienes poder delegar determinadas tareas que puedan ser incompatibles y/o peligrosas, de acuerdo con el deterioro en la salud asociado a las edades del envejecimiento activo. Consecuentemente, el estado de salud de la persona trabajadora puede convertirse en el factor determinante y central de la rentabilidad de este modelo de compatibilización.

3.2.2. Compatibilización de jubilación y trabajo con, al menos, una persona trabajadora a cargo

En línea con el proceso iniciado con la ley de 2011 de fomentar el envejecimiento activo, la disposición final quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, que modifica los apartados 2 y 5 del artículo 214 de la LGSS, regula otro supuesto de jubilación activa específico para las personas trabajadoras autónomas más ventajoso que el anterior, pues no conlleva penalización de la cuantía de la pensión a percibir, que, como se ha dicho, puede condicionar la decisión del autónomo/a de prolongar su vida laboral si no tiene la seguridad de que la actividad se va a desarrollar con unos niveles de estabilidad y altos ingresos que hagan compensar dicha reducción.

De este modo, se regula una modalidad de jubilación activa que resulta más atractiva para este colectivo, pero que, como no puede ser de otro modo, conlleva la exigencia de mayores requisitos. Así, junto al requerimiento del caso anterior de poder acceder a la jubilación ordinaria en condiciones de obtener una pensión íntegra, se añade otro requisito adicional y específico de esta modalidad, que es la obligatoriedad de tener contratada, al menos, a una persona trabajadora por cuenta ajena.

De acuerdo con esto, la persona trabajadora autónoma, empleadora de otro trabajador/a –tanto si ya tiene la condición de pensionista como si no–, que quiera mantenerse en activo, puede hacerlo de forma compatible con el percibo del 100 % de la prestación. Todo ello, siempre y cuando se mantenga un mismo nivel de empleo, es decir, esta posibilidad se sujeta al mantenimiento de la contratación de la persona o personas trabajadoras contratadas al inicio de esta compatibilización (Goerlich Peset y García Ortega, 2017; Mercader Uguina y García-Perrote Escartín, 2018).

Como se ha dicho, la razón de ser de los nuevos modelos de jubilación orientados a prolongar la vida laboral de las personas trabajadoras no es otra que equilibrar la balanza entre las variables de ingreso y gasto de la Seguridad Social, como medida necesaria para garantizar su sostenibilidad y el percibo de la prestación de jubilación a largo plazo. Según esto, esta medida de compatibilización, que permite percibir el 100 % de la cuantía de la prestación y, en consecuencia, no reduce el gasto social en pensiones, *a priori*, podría parecer contradictoria. Sin embargo, si se tiene en cuenta que su reconocimiento queda condicionado a la contratación de, al menos, una persona trabajadora a su cargo –ya sea anterior al momento

de la solicitud de compatibilización o con motivo de ella–, el objetivo de esta medida, en lugar de ser valorado desde la perspectiva del gasto, ha de analizarse atendiendo a la variable opuesta, que también condiciona la balanza de sostenibilidad, es decir, el nivel de ingresos. De esta forma, se pretende aumentar el nivel de ingresos en cotizaciones a través del fomento del empleo de otros trabajadores/as, garantizando así el ingreso de las cuantías correspondientes tanto a las cotizaciones de la propia persona trabajadora autónoma, también reducidas, como en el caso anterior, como de la persona o personas trabajadoras a su cargo.

Luego, nos encontramos ante un supuesto de jubilación activa cuyo objetivo central no es la reducción del gasto en pensiones, sino el fomento del empleo, sin que esta obligación se entienda incumplida cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario declarados precedentes. Aspecto que ha sido relevante en el fallo emitido por el TS en las recientes sentencias de unificación de doctrina, cuyo objeto es la delimitación del ámbito personal de aplicación de esta modalidad de jubilación, a tenor de las controversias que su aplicación práctica venía produciendo con relación a las personas trabajadoras autónomas societarias. Ahora bien, conviene señalar que, aunque estas sentencias estén referidas únicamente a este colectivo, las problemáticas interpretativas en torno a esta forma de compatibilización han estado presentes desde el inicio también para otras categorías de trabajadores/as.

Las primeras dudas surgieron con respecto a las personas trabajadoras por cuenta ajena encuadradas en el sistema especial de empleados/as de hogar y su consideración como sujetos incluidos en el precepto regulado en el nuevo apartado del artículo 214 de la LGSS. Ante este problema, la DGOSS emitió el Criterio de gestión 26/2017, de 21 de noviembre, en el que estableció que:

[...] de igual manera, se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el sistema especial de empleados del hogar.

Si bien, la vigencia de este criterio se extendió a tan solo unos meses, ya que, con fecha de 26 de julio de 2018, esta misma institución emitió un nuevo criterio interpretativo referido a este precepto de la ley, con nuevas reglas de aplicación en sentido restrictivo, tanto referidas a estas personas trabajadoras como a la propia trabajadora autónoma.

Así, este nuevo criterio señaló que:

[...] únicamente se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo –ya sea a jornada completa o parcial– para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad o actividades por la/s que haya dado lugar a su alta en el sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo.

Por tanto, se acota la extensión del ámbito personal de la persona trabajadora por cuenta ajena a tan solo aquellas cuya contratación u ocupación esté relacionada con la/s del empleador, pues téngase en consideración que el trabajador/a constituido como autónomo, con un alta única en el RETA, puede realizar simultáneamente distintas actividades, siempre que se trate de trabajos encuadrados en este régimen (art. 46.3 RD 84/1996, de 26 de enero).

Igualmente ocurrió en el caso de la contratación de la persona trabajadora por cuenta ajena realizada en el ámbito familiar, en los términos del artículo 12.1 de la LGSS. Esto es, la contratación del/de la cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, cuando conviven en su hogar y estén a su cargo. En este caso, se estipula que solo se puede optar por este modo de compatibilidad de la jubilación cuando se haya podido acreditar la condición de persona trabajadora por cuenta ajena del trabajador/a familiar contratado. Es decir, solo ante el supuesto excepcional previsto por la norma, pues esta parte de una presunción *iuris tantum* de que estas personas trabajadoras han de ser consideradas trabajadores/as autónomos colaboradores, que cotizan en el RETA (art. 305.2 k). Todo ello, con la excepcionalidad prevista por el apartado 2 del mismo artículo, que considera como personas trabajadoras por cuenta ajena a hijos/as del empleador que convivan con él y estén a su cargo, siempre y cuando sean menores de 30 años o, siendo de mayor edad, tengan especiales dificultades para la inserción laboral como consecuencia de una discapacidad intelectual, con grado reconocido, de al menos un 33 %, o una discapacidad física o sensorial en un grado de al menos un 65 %.

Junto al criterio anterior relativo a la figura de la persona trabajadora por cuenta ajena se emitió otro, también de carácter restrictivo, en este caso con respecto a la figura de la persona trabajadora autónoma empleadora, a efectos de entender cumplido este requisito de fomento del empleo, pues dispone que esta contratación tan solo puede llevarse a cabo por el autónomo/a que, actuando como persona física, se encuentre incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del artículo 305.1 de la LGSS. Asimismo, declara expresamente excluidas a aquellas personas trabajadoras encuadradas en este régimen según el apartado 2 de dicho artículo por las letras b), c), d), e) y l). Esto es, a quien tenga la condición de consejero/a, administrador/a o socio/a, siempre que se tenga el control efectivo de la sociedad, así como a los comuneros/as de las comunidades de bienes y los socios/as de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común, a los que se refiere el artículo 1.2 b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

Según esto, cabría pensar que otras personas trabajadoras integradas en el RETA, que actúan como persona física, como es el caso de los notarios/as o registradores/as de la propiedad, podrían acogerse a esta modalidad de jubilación activa. Si bien, es necesario tener presente que, aunque estas personas trabajadoras coticen en este régimen (art. 305.2 h) e i) LGSS), su naturaleza jurídica es la de funcionarios/as públicos y, por tanto, resulta de aplicación el régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y la expresa exclusión a esta modalidad de jubilación estipulada por el artículo 214.7, párrafo segundo.

Así pues, estos/as profesionales, que son funcionarios/as, no pueden compatibilizar la jubilación activa y la actividad de funcionario/a (STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2019, rec. 325/2018, referida a un notario).

De conformidad con este espíritu restrictivo, ya no basta con la inclusión en el RETA, sino que se distingue entre los diversos tipos de personas autónomas, diferenciando a quien trabaja como persona física, en el supuesto clásico del apartado 1, de otros con distinta naturaleza. De este modo, si la inclusión de la persona autónoma «clásica» en el ámbito personal de aplicación de esta modalidad de compatibilidad es clara y no ha generado ningún tipo de controversia, distinta ha sido la situación con respecto a otras con distinta naturaleza jurídica. Concretamente, en relación con las personas autónomas societarias, que veían denegadas las solicitudes de jubilación activa en esta modalidad por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). En todas ellas, el criterio y razonamiento alegado por este organismo era que, con base en el artículo 214.2 de la LGSS, las personas solicitantes no tenían individual y personalmente contratado a ningún trabajador/a por cuenta ajena, sino que la entidad contratante en estos casos era la sociedad.

Algunas de estas resoluciones denegatorias fueron recurridas y objeto de procesos judiciales, cuyas resoluciones contrapuestas han culminado en la reseñada doctrina del TS, que pone fin a los recursos interpuestos por el INSS y la TGSS contra diversas sentencias que declararon el derecho de las personas trabajadoras autónomas societarias a percibir la pensión de jubilación activa en una cuantía del 100 % de su base reguladora mensual, condenando a las entidades gestoras de la Seguridad Social al abono a estos trabajadores/as de dicha pensión junto con los atrasos correspondientes. Criterio opuesto al de la sentencia de contraste alegada en todas ellas, la dictada por el TSJ de Asturias en fecha 26 de diciembre de 2018 (rec. 2239/2018), que, ante un mismo supuesto de hecho, es decir, una persona autónoma societaria con, al menos, un trabajador/a contratado, denegaba esta modalidad de compatibilidad de la jubilación (SSTS de 23 de julio de 2021, rec. 2956/2019, contra la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019, rec. 398/2019; rec. 4416/2019, contra la STSJ de La Rioja de 10 de octubre de 2019, rec. 101/2019; rec. 1328/2020, contra la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2020, rec. 3225/2019; rec. 1459/2020, contra la STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2020, rec. 20/2020; rec. 1515/2020, contra la STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2020, rec. 32/2020; rec. 1702/2020, contra la STSJ de La Rioja de 18 de junio de 2020, rec. 49/2020; de 21 de septiembre de 2021, rec. 1539/2020, contra la STSJ de La Rioja de 15 de mayo de 2020, rec. 29/2020).

Así, el motivo de casación formulado por la parte recurrente es la denuncia de infracción del artículo 214.2, párrafo segundo, en relación con el artículo 305.1 y 2 b) de la LGSS. Es decir, el elemento de contradicción y análisis es la naturaleza jurídica del empleador, bien como autónomo «clásico» o como persona jurídica, y la amplitud de la interpretación del precepto literal del artículo 214. Esto es, el carácter restrictivo o inclusivo de dicho artículo, de manera que se incluya o no un supuesto que no está expresamente previsto en él: la persona autónoma societaria cuya mercantil tiene contratados a uno o varios trabajadores/as.

Como se ha dicho, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 214.2, párrafo segundo, el requisito que condiciona esta modalidad de prolongación de la vida laboral de forma compatible con el percibo de la totalidad de la pensión es la contratación de al menos un trabajador/a por cuenta ajena. Sobre este aspecto, el TS manifiesta que, si la empresa es una sociedad mercantil, el empleador es la persona jurídica y no sus consejeros/as o administradores/as, por lo que, en sentido estricto, no se cumple el citado requisito legal.

Ahora bien, junto a este punto de partida, el tribunal analiza también otros aspectos que considera relevantes para dilucidar si cabe darse una interpretación extensiva a dicho supuesto, que permita acogerse a los beneficios de esta modalidad de jubilación activa a un sujeto distinto al expresamente regulado por la norma. En este caso, la persona autónoma societaria.

Según lo anterior, el siguiente aspecto que ha sido objeto de análisis por parte del tribunal es la finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 al introducir esta nueva forma de jubilación activa, que no es otra que favorecer la conservación del nivel de empleo. Es decir, se pretende evitar la posible destrucción de empleo derivada de la jubilación total del empleador. Aspecto que nos lleva nuevamente a la distinción entre la titularidad del empleador como persona física o jurídica, ya que, en el primer caso, la jubilación del empresario es causa extintiva del contrato de trabajo, vía artículo 49.1 g) del Estatuto de los Trabajadores (ET) –siempre y cuando la titularidad de la actividad la ostente una única persona física, ya que, si se trata de una empresa con cotitularidad sin forma societaria, la jubilación de uno de los titulares no permite la extinción del vínculo laboral (SSTS de 15 de abril de 1992, rec. 1713/1991, y 25 de junio de 1992, rec. 1844/1991)–, mientras que, en el segundo caso, el contrato se mantiene vigente a pesar de la jubilación de uno de los consejeros/as o administradores/as sociales. Tan solo se produciría la extinción del contrato de trabajo si se produjera la extinción de la personalidad jurídica del empleador, en este caso, a través del artículo 53.1 del ET, que regula el despido colectivo, por lo que esta extinción no necesariamente tiene que encontrarse vinculada con la jubilación de sus consejeros/as o administradores/as.

En este sentido, considera la sentencia que, si el espíritu de la norma es evitar la destrucción del empleo como consecuencia de la jubilación del empleador, es necesario advertir que el reconocimiento de la compatibilidad de la pensión de forma plena con la actividad de la persona autónoma societaria podría dar lugar a que varios socios/as y administradores/as sociales de una mercantil, con un único trabajador/a contratado, pudieran compatibilizar sus pensiones a través de esta modalidad, aun cuando tan solo se mantuviera un único contrato de trabajo. Es decir, podría dar lugar a que, por ejemplo, cuatro socios/as se jubilen con una pensión del 100 %, pese a que solo se mantenga el empleo de un trabajador/a. Supuesto que iría en contra del tenor literal de la norma.

Por último, otro de los elementos de análisis, que ha resultado trascendental para determinar el alcance de la interpretación del precepto «si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena» del párrafo segundo del artículo 214.2, es la responsabilidad patrimonial de una persona autónoma u otra.

La sentencia hace referencia a que, si la persona trabajadora autónoma, que actúa y contrata como persona física, asume el riesgo personal derivado de la actividad, con la prolongación de la vida activa estaría no solo prolongando una fuente de ingresos, sino también un riesgo empresarial personal que justifica que, si tiene contratado al menos a un trabajador/a, disfrute de una compatibilidad plena de la pensión de jubilación y de sus ingresos como autónomo/a. Por el contrario, si el consejero/a o administrador/a de una sociedad mercantil, que no suscribe contrato alguno con ninguna persona trabajadora (en todo caso, lo hace representando a la empresa), se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que supone que ni responde de las deudas salariales, ni de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas del alta en la Seguridad Social del trabajador/a contratado por la mercantil, si quiere disfrutar de la compatibilidad plena entre pensión e ingresos, debe desarrollar una actividad por cuenta propia actuando como persona física y no a través de una sociedad mercantil. Todo ello, bajo la premisa de que considera que no cabe la pretensión de actuar bajo el amparo de una sociedad mercantil, con personalidad jurídica propia, para lo que resulta favorable (la limitación legal de responsabilidad para los socios/as o partícipes –art. 1 LSC–), y tratar de evitarlo para lo que resulta desfavorable.

De conformidad con lo expuesto, los elementos tenidos en cuenta por la sentencia son la consideración de la persona contratante como física o jurídica, el mantenimiento del empleo como circunstancia que justifica el mayor contenido de esta modalidad de jubilación y la extensión de la responsabilidad del contratante con respecto a su patrimonio personal o societario. Aspectos cuyo eje central y condicionante es la titularidad de la persona contratante de la relación laboral, cuya diferenciación, según indica el tribunal, determina la inexistencia de vulneración del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE, pues supone la inexistencia de términos de comparación homogéneos.

De acuerdo con los argumentos descritos y a propósito de otra de las categorías de personas trabajadoras autónomas a las que la DGOSS de 21 de noviembre de 2017 excluyó de la posibilidad de acogerse a esta modalidad de compatibilización, es decir, los comuneros/as, cabe considerar que, aunque resultan coincidentes los razonamientos del tribunal referidos a la responsabilidad patrimonial personal del empleador, no se cumple con el motivo relativo a la contribución del fomento del empleo. O, dicho de otro modo, la comunidad de bienes se diferencia sustancialmente de las restantes modalidades de sociedad civil o mercantil en la circunstancia de que las comunidades de bienes no poseen personalidad jurídica distinta a la de los comuneros/as o titulares de la comunidad, de manera que, aunque la comunidad figure como potencial empleadora del trabajador/a por cuenta ajena, la responsabilidad económica o laboral que pudiera imputarse a la comunidad, lejos de limitarse a una responsabilidad societaria, alcanza al patrimonio personal de sus comuneros/as. Circunstancia coincidente con la figura de la persona trabajadora autónoma «clásica», que además sirvió de fundamento de otro tribunal para reconocer esta modalidad de compatibilización a un comunero, en contra del criterio del INSS (STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2019, rec. 455/2019). Sin embargo, en la medida en que la jubilación de uno de sus comuneros/as no permite el despido de la persona trabajadora, el hecho de que un

comunero/a decida optar por prolongar su vida laboral acogándose a esta modalidad de jubilación activa no contribuye a la continuidad del contrato de trabajo de la persona trabajadora, por lo que no se daría el presupuesto de contribución al fomento del empleo al que también hace referencia el TS.

Según el Alto Tribunal, la aplicación de un criterio restrictivo en la determinación del ámbito personal de aplicación del artículo 214.2, párrafo segundo, se realiza en coherencia con el carácter excepcional de estas modalidades, que cabe recordar suponen una alteración del principio básico y general, que es la incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo. Luego, si a tenor de esto la interpretación de la norma ha de hacerse en sentido restrictivo, por tratarse de una excepción a la regla general de incompatibilidad, puede entenderse que igual criterio limitante ha de aplicarse a la situación de las personas trabajadoras autónomas comuneras.

Parece contradictorio que, por un lado, se fomenten estas fórmulas de envejecimiento activo y, por otro, se argumente que la interpretación de la extensión del ámbito personal de aplicación de la modalidad de jubilación activa del artículo 214.2, párrafo segundo, es decir, la que permite prolongar la vida laboral con una cuantía del 100 % de la base reguladora, haya de hacerse en sentido restrictivo, precisamente por ser una excepción al principio general de incompatibilidad.

4. Conclusiones

Son diversas las opciones de jubilación que, desde la perspectiva del envejecimiento activo, se vienen configurando para prolongar la vida laboral de las personas trabajadoras más allá de la edad legal de jubilación. Entre ellas, las fórmulas de jubilación activa, que rompen con el clásico principio de incompatibilidad entre trabajo y jubilación, y permiten el desempeño de la actividad laboral de forma compatible con el percibo de la pensión. Todo ello, bajo la premisa de que, por un lado, es imprescindible el establecimiento de medidas que permitan paliar el riesgo de insostenibilidad del sistema de Seguridad Social y, por otro, que la mejora del nivel de salud de la ciudadanía y el aumento de la esperanza de vida implican que cada vez sean más las personas que llegan a esta edad de jubilación en condiciones óptimas para continuar desempeñando su profesión.

Ahora bien, si se toman en consideración los datos señalados que indican que las personas trabajadoras autónomas hacen uso de estas fórmulas de compatibilidad en un porcentaje muy superior a las trabajadoras por cuenta ajena y que la cuantía media de sus pensiones es menor que la de estas últimas, se hace preciso tener en cuenta que quizás la voluntariedad de estas fórmulas, *de facto*, es algo ficticio para determinadas personas, que hacen uso de ellas como una medida imprescindible para complementar las insuficientes pensiones de jubilación. Esto, a pesar de que las capacidades físicas y aptitudes

individuales pudieran no ser las óptimas para el desarrollo de la profesión –según el nivel de salud de la persona y el tipo de trabajo que realice–, o no por lo menos en términos de seguridad y salud laboral.

Así, nos encontramos ante una prestación de jubilación cuya problemática de sostenibilidad sirve de ejemplo del controvertido debate entre economía y bienestar social, cuyos requisitos en relación con las edades de acceso cada vez más tardías resultan paradójicos con otras disposiciones como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que pretenden promover un trabajo decente, una mejora de las condiciones de salud y bienestar social, y una reducción de las desigualdades.

Referencias bibliográficas

- Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA). (26 de agosto de 2019). *La pensión media de autónomos se ha incrementado un 30 % en la última década*. <https://n9.cl/e5jop>
- Barceló Fernández, J. (2016). La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 397, 57-86. <https://bit.ly/35oyGak>
- Cavas Martínez, F. (2017). Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 13, 175-189.
- Comisión Europea. (2012). *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*. Bruselas. <https://n9.cl/2u95d>
- Congreso de los Diputados. (2010). *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*. https://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153_000001_0000.pdf
- Congreso de los Diputados. (2020). *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF
- Goerlich Peset, J. M. y García Ortega, J. (2017). La reforma del régimen de autónomos en la Ley 6/2017. *Revista de Información Laboral*, 12, 17-38.
- Guindo Morales, S. (2019). Condiciones laborales de los trabajadores maduros: tiempo de trabajo y salud laboral. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 287-306). Comares.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT). (2015). *Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020*. <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2015-20201>
- López Anierte, M. C. (2012). Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 156, 59-81.
- López Anierte, M. C. (2014). Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo

- régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, 55-86.
- Maldonado Molina, J. A. (2017). La pensión de jubilación ordinaria. Conceptos, requisitos y cuantía. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II* (pp. 61-76). Laborum.
- Mercader Uguina, J. R. y García-Perrote Escartín, I. (2018). Jubilación activa y trabajadores autónomos: un camino sembrado de interrogantes. *Revista de Información Laboral*, 11, 10-16.
- Mercader Uguina, J. R.; Puebla Pinilla, A. de la y Muñoz Ruiz, A. B. (2013). Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación. En J. R. Mercader Uguina (Dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo* (pp. 143-252). Lex Nova.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2021a). Información financiera de la Seguridad Social. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a54a5f80-9ecb-4d70-a279-3a2e68622b99/Coyuntura+AGOSTO_2021.pdf?MOD=AJPERES
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2021b). *Informe económico-financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2021. Tomo III*. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/3d680e1c-7575-4011-a23d-fcf61b1532f8/20213I03ECO.pdf?MOD=AJPERES>
- Monereo Pérez, J. L. (2019). La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 197-286). Comares.
- Rodríguez Egío, M. M. (2019). El trabajo autónomo en edad avanzada: aspectos preventivos y de seguridad social. *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, 191-213.
- Rodríguez Iniesta, G. (2016). Jubilación activa. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (pp. 399-412). Aranzadi.
- Selma Penalva, A. (2013). Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 6(2), 65-87.
- Sempere Navarro, A. V. (2013). El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 5(9), 15-32.

Nuevas normas de contingencia ante el éxodo de personas ucranianas causado por la guerra

Margarita Miñarro Yanini

*Secretaria de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Universitat Jaume I (Castelló, España)

myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

Extracto

La guerra causada por la invasión de Ucrania por parte de Rusia ha ocasionado un éxodo de personas ucranianas, al que tanto la Unión Europea como los países que la forman han dado respuesta orientada a su tutela. En esta línea, en España se han producido actuaciones en varios órdenes, lo que ha supuesto que se realicen intervenciones normativas, bien realizadas *ad hoc* para atender la situación generada, o bien acometidas con un propósito general, aunque su adopción ha sido muy oportuna –en términos temporales–, dada la coincidencia con el conflicto bélico. Asimismo, desde la perspectiva inversa, se han adoptado decisiones políticas restrictivas que afectan a nacionales de Rusia en relación con los controvertidos permisos de residencia de inversores.

Palabras clave: tutela personas extranjeras; guerra en Ucrania; protección temporal; protección internacional; permisos de residencia; restricciones.

Recibido: 12-04-2022 / Aceptado: 12-04-2022

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2022). Nuevas normas de contingencia ante el éxodo de personas ucranianas causado por la guerra. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 153-168.



New contingency rules for the war-induced exodus of Ukrainian people

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

The war caused by Russia's invasion of Ukraine has caused an exodus of Ukrainian people. Both the European Union and the countries that form it have given a response aimed at protecting it. In this line, in Spain there have been actions in two directions, consisting of regulations, either carried out *ad hoc* to address the situation, or carried out with a general purpose, although their adoption has been very opportune –in temporal terms– due to the coincidence with the war. From the opposite perspective, restrictive political decisions affecting Russian nationals have also been adopted in connection with controversial investor residence permits.

Keywords: guardianship of foreign persons; war in Ukraine; temporary protection; international protection; residence permits for investors; restrictions.

Citation: Miñarro Yanini, M. (2022). New contingency rules for the war-induced exodus of Ukrainian people. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 153-168.



Sumario

1. Situación previa
 2. Contexto actual
 3. Disposiciones especiales facilitadoras de la protección internacional de las personas ucranianas
 - 3.1. Ámbito UE
 - 3.2. Ámbito nacional
 - 3.2.1. Protección temporal
 - 3.2.2. Protección internacional
 4. Otras medidas de índole sancionador relativas a nacionales de Rusia
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Situación previa

Como sucede en todo país que ha sufrido disputas y revueltas políticas, la protección internacional es una institución bien conocida por los y las nacionales de Ucrania. En los últimos años, las tensiones entre quienes mostraban posturas favorables a un mayor acercamiento a Rusia y quienes, por el contrario, eran partidarios/as de intensificar sus vínculos con la Unión Europea (UE) desembocaron en varios conflictos que fueron produciendo una serie de problemas políticos y, consecuentemente, de solicitudes de asilo. En este sentido, ya la llamada «Revolución Naranja» (2004), seguida de las revueltas de Euromaidán (2013-2014), fueron puntos álgidos de las turbaciones políticas ucranianas, que han venido produciendo un reguero de **personas solicitantes de asilo**. Muestra de ello es que en 2015 se registraron 3.423 solicitudes de asilo de personas ucranianas, de las que se reconoció protección internacional a 639. Con la apuntada cifra de solicitudes, en ese momento, la ucraniana era la segunda nacionalidad con mayor cifra de solicitantes, solo por detrás de Siria, que, con 5.723 solicitudes, en ese momento vivía el punto álgido del éxodo de población ocasionado por la aún inacabada guerra civil (Ministerio del Interior, 2018).

En 2015, la ucraniana era la segunda nacionalidad con mayor cifra de solicitantes de asilo, solo por detrás de Siria, que, en ese momento, vivía el punto álgido del éxodo de población ocasionado por la aún inacabada guerra civil

Como es sabido, el reconocimiento de la protección internacional a las personas sirias por parte de los Estados de la UE estuvo jalonado de resistencias, retrasos y oposiciones frontales, hasta el punto de que la Unión hubo de imponer las tan famosas como incumplidas cuotas de personas refugiadas sirias mediante las Decisiones (UE) **2015/1523** y **2015/1601**, de 14 y 22 de septiembre de 2015, respectivamente, por las que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. Por lo que respecta a España, al igual que el resto de países de la UE, ha incumplido la asunción de las cuotas asignadas, reconociendo a nivel mínimo el estatus de protección internacional. En este sentido, en 2015, pese al elevado número de solicitudes registrado, solo se reconoció protección internacional a 639 personas sirias. Si bien esta reducida cifra de solicitudes estimadas es la pauta general en el *iter* de funcionamiento de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) de España, lo cierto es que resultaba llamativo especialmente respecto de estos/as nacionales, dada la obligación comunitaria de acoger inicialmente a más de 19.000 personas sirias. Con todo, hay otro factor negativo que caracterizó durante este periodo el proceder de la OAR, y que fue la falta de examen de las solicitudes. Si bien esto se debió a los escasos medios que tenía el sistema de asilo

español dada la falta de tradición en la recepción de solicitudes, ello le valió que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en [Sentencia 1168/2018, de 8 de julio](#), declarase que el Estado español había incumplido sus obligaciones administrativas de tramitación derivadas de las decisiones de la UE, y le instase a ajustar sus actuaciones a los términos establecidos en las mismas.

No obstante, en ocasiones esa inacción era buscada, pues respondía a una estrategia de gestión. Es el caso de las solicitudes formuladas por personas ucranianas durante la etapa examinada, que, pese a ser tan numerosas, quedaron pendientes de resolución en los archivos de la OAR durante meses, e incluso años, afectadas por la aplicación del llamado «criterio de prudencia». En virtud de esta práctica, la OAR no daba trámite a estas solicitudes, en espera de que la situación en su país de procedencia mejorase y, por ello, ya no fuera necesario el reconocimiento del asilo. Evidentemente, esta pretendida solución no era de recibo (Orejudo Prieto de los Mozos, 2016, p. 473), pues suponía la vulneración de derechos de las personas afectadas, que quedaban durante largos periodos en situación de absoluta inseguridad.

La inacción respecto a las solicitudes, en ocasiones, era buscada, pues respondía a una estrategia de gestión. Es el caso de las solicitudes formuladas por personas ucranianas durante la etapa examinada, que, pese a ser tan numerosas, quedaron pendientes de resolución durante meses, e incluso años, afectadas por la aplicación del llamado «criterio de prudencia»

2. Contexto actual

Con todo, pese al «criterio de prudencia» aplicado durante años y a la muy modesta cifra de reconocimiento de protección internacional, en 2021 las personas ucranianas formaban una importante comunidad en España integrada por 112.034 personas¹. Esta importante presencia ha determinado que, tras el conflicto bélico iniciado el 24 de febrero de 2022 por la invasión del país por tropas rusas, España esté siendo uno de los países que ha recibido a más personas ucranianas que huyen de la guerra, pues buscan con ello la ayuda y apoyo social que pudieran

España está siendo uno de los países que ha recibido a más personas ucranianas que huyen de la guerra, pues buscan con ello la ayuda y apoyo social que pudieran brindarles sus familiares, conocidos y, en general, compatriotas ya asentados en el país, que constituyen siempre la mejor red de acogida posible

¹ Cifra total determinada por el padrón (<https://padron.com.es/ucranianos-en-espana/>).

brindarles sus familiares, conocidos y, en general, compatriotas ya asentados en el país, que constituyen siempre la mejor red de acogida posible.

España ha mantenido una actitud de colaboración en el auxilio de las personas ucranianas que huyen de la guerra, con la clara posición en pro de la protección mostrada por la UE desde el inicio de la contienda como telón de fondo. Así, la exención de visado para entrar en territorio de la UE en estancias de hasta 90 días reconocida a las personas ucranianas ha encontrado como respuesta una política de fronteras abiertas que, con las debidas actuaciones a nivel político y normativo, ha facilitado la acogida. Si bien esta disposición a colaborar en la protección de estas personas es coherente con las obligaciones internacionales que pesan sobre todos los Estados, es cierto que, como algunas voces han manifestado (en este sentido, Moreno, 2022) y según se ha apuntado en el epígrafe anterior, contrasta con la mostrada respecto del éxodo, aún inacabado, de las personas sirias que han buscado protección en los países de la UE huyendo de otro conflicto bélico. Sin ánimo de entrar en si en tal diferencia existe componente de discriminación por raza y religión, o es debida a razones de facilidad de desplazamiento –a tenor del anexo II del [Reglamento \(UE\) 2018/1806](#), disfrutaban de exención de visado para cruzar fronteras exteriores para estancias de hasta 90 días–, proximidad geográfica y cultural y motivos geopolíticos, o hay algo de ambos factores (Garcés Mascareñas, 2022), lo cierto es que ilustra claramente la variabilidad a que están sujetos los criterios de reconocimiento de la protección internacional, y la inconveniencia de que sea así, no solo por respeto a los deberes internacionales, sino por cumplimiento de las más básicas exigencias de seguridad jurídica.

Las facilidades apuntadas se han canalizado tanto en la UE como en España a través de varias actuaciones de dimensión jurídica.

3. Disposiciones especiales facilitadoras de la protección internacional de las personas ucranianas

3.1. Ámbito UE

Como resultado de esa voluntad de proteger a las personas ucranianas que llegan al territorio de la UE huyendo del conflicto, se han producido actuaciones dirigidas a dispensarles tutela jurídica. Así, desde un primer momento, la Unión mostró su implicación y manifestó su compromiso de [facilitar una vía sencilla y rápida](#) a tal efecto, instando a los Estados miembros a que reduzcan los trámites burocráticos para la permanencia en sus países. El cauce utilizado ha sido la [Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio](#), sobre normas mínimas para la concesión de protección temporal ante la afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. La elección de esta vía parece adecuada, dado el objetivo buscado, pero no deja de sorprender si se atiende a la situación en la que se encontraba la directiva de referencia.

En este sentido, dicha directiva, que había sido elaborada como respuesta a los grandes flujos de personas producidos por conflictos bélicos, en el contexto de la entonces reciente guerra de los Balcanes, hasta el momento nunca había sido utilizada, pese a darse las condiciones para ello –guerra de Siria–, por falta de voluntad política. Este desuso, junto a la voluntad de restringir los movimientos migratorios y el asilo que claramente inspira las nuevas políticas sobre la materia, la abocaron a su inminente derogación. Así se afirmó en el [Nuevo Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo, de 23 de septiembre de 2020](#), que anunciaba que se derogaría la Directiva sobre protección temporal, y paralelamente anunciaba que sería sustituida por un nuevo instrumento legislativo que establecería medidas temporales y extraordinarias necesarias en caso de crisis, habiéndose presentado a tal efecto la [propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo](#)². De este modo, la guerra de Ucrania ha roto –momentáneamente– el «acta de defunción» de la directiva, rescatándola de la esterilidad a la que parecía condenada, con el objetivo de dar protección a las personas que huyen de la guerra.

La Directiva 2001/55/CE, que había sido elaborada como respuesta a los grandes flujos de personas producidos por conflictos bélicos, en el contexto de la entonces reciente guerra de los Balcanes, hasta el momento nunca había sido utilizada, pese a darse las condiciones para ello –guerra de Siria–, por falta de voluntad política

Es de destacar que para activar la protección de la directiva es preciso que la afluencia masiva de personas desplazadas sea declarada mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión (art. 5 [Directiva 2001/55/CE](#)). A tal efecto, se ha adoptado la [Decisión de ejecución \(UE\) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022](#), por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania, entendiéndose por tales las nacionales de Ucrania residentes en dicho país antes del 24 de febrero, apátridas y nacionales de terceros países que tuvieran reconocida protección internacional o nacional equivalente antes de dicha fecha y, en ambos casos, los miembros de su familia (art. 2 decisión). En virtud de la misma, se constata la existencia de la situación habilitante para la activación de la [Directiva de 2001](#) –afluencia masiva de personas a la UE– para iniciar la protección temporal de las personas que eran residentes legales en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022.

En cualquier caso, aunque es sabido por cualquier persona con algún conocimiento en la materia, dado lo confusa que ha sido la información difundida por algunos medios (muestra de ello, Gavilanes *et al.*, 2022), debe

El estatuto que esta norma confiere no es el de persona refugiada, sino el de protección temporal

² COM(2020) 613 final, de 23 de septiembre de 2020.

resaltarse que el estatuto que esta norma confiere no es el de persona refugiada, sino el de protección temporal. No obstante, entre ambos existen vínculos, más allá del derivado de constituir ambas vías de protección de dimensión internacional. Así, la activación del cauce de la afluencia masiva de personas tiene por objeto, precisamente, evitar el colapso de los sistemas nacionales de asilo ante un número muy elevado de solicitudes, finalidad esta que está incluida en la propia definición de la protección temporal (art. 2 [Directiva 2001/55/CE](#)). A ello hay que añadir que, como señala el artículo 3 de la [Directiva 2001/55](#), la protección temporal se entenderá sin perjuicio del estatuto de refugiado. Ello significa que aquella no excluye esta, como nitidamente señala el capítulo IV de la directiva (arts. 17 a 19), dedicado a la solicitud de asilo por las personas beneficiarias de protección temporal. De este modo, la protección temporal es una medida de «tutela exprés», que proporciona una protección muy rápida a las personas beneficiarias, que así pueden activar el más lento procedimiento de asilo con la tranquilidad de estar amparadas jurídicamente por aquella. En cualquier caso, si así fuera, queda a decisión de los Estados establecer la posibilidad o no de que puedan acumular los beneficios de sendas situaciones (art. 19).

La protección temporal, según especifica el artículo 2 de la directiva, es una medida excepcional, como muestra el propio sistema de determinación de la situación de base –afluencia masiva–, al exigir que sea constatada mediante una decisión *ad hoc*. Su activación puede producirse en caso de que la situación se haya actualizado o sea inminente, exigiéndose, de todos modos, que las personas beneficiarias no puedan regresar a sus países de origen.

Su mayor ventaja radica en la enorme agilidad del procedimiento, puesto que proporciona una protección inmediata (art. 2), para la que la decisión únicamente exige a los Estados registrar debidamente los datos básicos de identificación, determinación de vínculos familiares y eventuales solicitudes de permisos de residencia cursadas, a los que se refiere el anexo II de la directiva (art. 10). No obstante, evidentemente, para activar la protección, la persona beneficiaria habrá de llevar a cabo las gestiones oportunas de comunicación de tales datos ante el órgano establecido a tal efecto, según disponga la normativa de cada Estado.

La protección dispensada es, como su propio nombre indica, de carácter temporal (art. 2), fijando la directiva su duración en 1 año, prorrogable por periodos de 6 meses, hasta 1 año más, y permitiendo que, de persistir los motivos que dieron lugar a la misma, a instancias de la Comisión, el Consejo la prorrogue 1 año más (art. 4). En este punto, no obstante, la [Decisión](#)

La protección temporal, según especifica el artículo 2 de la directiva, es una medida excepcional, como muestra el propio sistema de determinación de la situación de base –afluencia masiva–, al exigir que sea constatada mediante una decisión *ad hoc*

La Decisión de 4 de marzo de 2022 constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania, con el efecto de que se inicie la protección temporal

de 4 de marzo de 2022, en su considerando 21, establece una fórmula algo distinta, al señalar que esta «debe prorrogarse automáticamente por seis periodos mensuales durante un plazo máximo de 1 año».

Por lo que respecta a su finalización, se producirá cuando se agote el término establecido, o bien en cualquier momento, por decisión del Consejo, una vez constatado que es posible el regreso seguro al país de origen.

Por lo que respecta a los derechos vinculados a esta protección, incluye básicamente, además de la no devolución a través de la concesión de permiso de residencia (art. 8.1), el derecho a desarrollar una actividad por cuenta ajena o propia, aplicándose la normativa general sobre remuneración y seguridad social, a la formación profesional y a la formación práctica en el trabajo (art. 12). Asimismo, integra los derechos de alojamiento, asistencia social y manutención en caso de carencia de recursos, atención médica, así como aquella que precisen las personas con necesidades especiales –menores no acompañados/as o personas víctimas de violencia– (art. 13), acceso al sistema de educación de los/las menores de edad, con posibilidad de ampliarlo a los/las mayores de edad (art. 14) y reagrupación familiar (art. 15).

Por lo demás, según dispone el considerando 15 de la decisión, se acuerda no aplicar el artículo 11 de la directiva, como el propio precepto permite, que dispone que los Estados miembros volverán a acoger en su territorio a las personas beneficiarias de protección temporal que intenten entrar o permanezcan en otro Estado sin autorización. Esta inaplicación está en la línea del sistema proclive a permitir la movilidad, ya favorecida por la exención de visado, estimando la decisión que con este «reparto espontáneo» se garantizará un esfuerzo equitativo entre los Estados (considerando 16).

3.2. Ámbito nacional

En el ámbito nacional, se han producido actuaciones relativas a las dos instituciones clave de tutela, sea ocasionadas directamente por el conflicto y sus consecuencias, o sea simplemente por una oportuna coincidencia. En este sentido, por una parte, respecto de la protección temporal, con un claro carácter coyuntural, han sido aprobadas disposiciones dirigidas a complementar y adaptar la normativa comunitaria y facilitar así la aplicación práctica de esta figura. Por otra, en relación con el asilo, con carácter permanente y alcance general, se ha aprobado el reglamento que regula el sistema de acogida.

En el ámbito nacional, se han producido actuaciones relativas a las dos instituciones clave de tutela, sea ocasionadas directamente por el conflicto y sus consecuencias, o sea simplemente por una oportuna coincidencia

3.2.1. Protección temporal

La protección temporal es, como se ha apuntado, una medida de tutela muy rápida y con marcado carácter coyuntural, en el sentido de que se activa en relación con una situación muy concreta y específica, siendo además temporal. Coherentemente con ello, la [Directiva 2001/55/CE](#) exige para su activación una decisión política –en el presente caso, la [Decisión de 4 de marzo de 2022](#)– que especifique, fundamentalmente, a quiénes se va a aplicar y la fecha a partir de la que va a producir efectos.

No obstante, existen numerosos aspectos que las disposiciones comunitarias no concretan, dejan difusos o quedan para la concreción de los Estados, incluyendo algunas llamadas directas en este sentido. Se hace preciso, por tanto, que complementariamente a las previsiones normativas comunitarias se adopten resoluciones a nivel interno que establezcan ciertas condiciones que permitan y faciliten su aplicación práctica. En España, el Reglamento sobre régimen de protección en caso de afluencia masiva de personas ([RD 1325/2003, de 24 de octubre](#)) regula algunos de estos aspectos, pero con un alcance general del que se desprende la necesidad de actuaciones específicas ante la actualización de la situación de afluencia masiva de personas, en coherencia con su esencia coyuntural.

En este sentido, uno de los aspectos necesitados de definición interna es el procedimiento de reconocimiento de la protección temporal, pues queda muy poco definido en la directiva y no es tratado por la decisión. Así, de la primera se deduce que ha de ser un procedimiento muy rápido, pues indica que garantiza «protección inmediata» (art. 2), y que, como es lógico, los Estados han de registrar los datos de las personas beneficiarias (art. 10), lo que no solo constituye un mecanismo de control, sino que es condición esencial para poder aplicar los beneficios de la tutela. Resulta evidente que tan parcas previsiones, lógicas dada la diversidad administrativa que presentan los Estados miembros, reclaman concreción y desarrollo a nivel nacional.

En España, el [Reglamento de 2003](#), muy escuetamente, indica que requiere solicitud que será tramitada por la OAR (art. 11), que llevará un registro de las personas beneficiarias (art. 13). Complementariamente, la [Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo](#), por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania, especifica algunas importantes cuestiones prácticas del procedimiento.

La protección temporal es una medida de tutela muy rápida y con marcado carácter coyuntural, en el sentido de que se activa en relación con una situación muy concreta y específica, siendo además temporal

Se hace preciso, por tanto, que complementariamente a las previsiones normativas comunitarias se adopten resoluciones a nivel interno que establezcan ciertas condiciones que permitan y faciliten su aplicación práctica

Esta dispone que la solicitud de las personas incluidas en el ámbito protector debe hacerse por comparecencia personal ante funcionarios de la Dirección General de la Policía en los centros de acogida o en las comisarías de policía que se determinen, presentando toda la documentación identificativa y de localización. En ese momento se procederá a la toma de huellas digitales y se les facilitará un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud en el que constará el NIE (número de identidad de extranjero) asignado (art. 3). Por lo que respecta a la instrucción de la solicitud, que corresponde a la OAR, debe seguirse el «procedimiento de urgencia» (art. 4), y ello queda reflejado en un dato objetivado, al exigir que la resolución, que corresponde al Ministerio del Interior, recaiga en el plazo máximo de 24 horas desde la solicitud (art. 5). Dicha resolución es notificada a la persona interesada preferentemente por medios electrónicos, coherentemente con la urgencia del procedimiento, que supone primar los cauces más rápidos de comunicación, aunque se prevé la posibilidad de hacerlo por vía postal o comparecencia personal en el lugar en que se cursó la solicitud (art. 6).

Como se ha apuntado, también hay cuestiones respecto de las que la directiva y la decisión permiten de manera expresa a los Estados aplicaciones alternativas, cuyos términos generalmente determinan. Es el caso de la ampliación de las categorías de personas a las que se concede protección temporal a otras no cubiertas por la decisión, pero que se hayan desplazado por las mismas razones y procedan del mismo país o región (arts. 7 [directiva](#) y 2.3 [decisión](#)). A tal efecto, se adoptó en España la [Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo](#), por la que se publica el Acuerdo de ampliación de protección temporal. En virtud de la misma, se amplía el ámbito de aplicación de la decisión (1) a nacionales de Ucrania que estuvieran en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022, que no puedan regresar a Ucrania, (2) a nacionales de terceros países o apátridas que residieran en Ucrania con base en un permiso de residencia legal válido, que no puedan regresar a Ucrania, (3) a nacionales de Ucrania que se encontraran en situación irregular en España antes del 24 de febrero de 2022, que no puedan regresar a Ucrania, y (4) a los miembros de las familias de las personas definidas en los números 1 y 2, entendiendo por tales al/a la cónyuge o pareja de hecho, hijos/as menores solteros o de su cónyuge, nacidos dentro o fuera del matrimonio, otros/as parientes cercanos que vivieran juntos como parte integrante de la unidad familiar.

También hay cuestiones respecto de las que la directiva y la decisión permiten de manera expresa a los Estados aplicaciones alternativas, cuyos términos generalmente determinan

3.2.2. Protección internacional

Aunque la respuesta inmediata que se ha dado a la oleada de personas llegadas de Ucrania huyendo de la guerra ha sido la protección temporal, como se ha indicado, no es excluyente de la solicitud de asilo que, además, es una solución más permanente y estable. Es por ello que, aunque tenga carácter estructural y no se vincule de manera expresa a la

situación presente, cualquier actuación normativa actual que incida en este derecho debe conectarse con dicho conflicto bélico y sus consecuencias.

En este sentido, el derecho de asilo en España está regulado por la [Ley 12/2009, de 30 de octubre](#), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que, en su contenido, está demasiado apegada a las directivas comunitarias en la materia, dejando innumerables cuestiones irresolutas. En algunas de estas, como es el caso de las condiciones de acogida, la ley remite a un futuro desarrollo reglamentario, cuya prolongada ausencia se ha venido supliendo con un cúmulo de disposiciones dispersas y de muy escaso rango legal, así como con instrumentos extrajurídicos, como son protocolos, manuales o instrucciones, lo que ha supuesto su opacidad y ha generado dificultades de conocimiento y control (Miñarro Yanini, 2018, pp. 113 y ss.).

No obstante, el retraso en la adopción de la normativa de desarrollo y el proceso de cambio en el que está inmersa la normativa comunitaria de asilo desde 2016 –actualmente, con base en el [Nuevo Pacto de Inmigración y Asilo, de 2020](#), y los instrumentos que este prevé– hacían pensar que no se haría intervención normativa alguna en materia de asilo y protección subsidiaria con base en el marco regulador actual. Esta suposición incluso fue confirmada ante los medios de comunicación en relación con la propia ley por el Ministerio del Interior en fechas relativamente recientes³. Con todo, la necesidad de revisar «puntos débiles» para programar su reforma

La necesidad de revisar «puntos débiles» para programar su reforma con base en los fondos Next Generation llevó a identificar entre estos, dentro del componente 22, «la mejora del sistema de acogida», especificando que «la atención se centra, en particular, en reducir los prolongados tiempos de espera y las bajas tasas de reconocimiento de los solicitantes de protección internacional»

con base en los fondos Next Generation llevó a identificar entre estos, dentro del componente 22, «la mejora del sistema de acogida», especificando que «la atención se centra, en particular, en reducir los prolongados tiempos de espera y las bajas tasas de reconocimiento de los solicitantes de protección internacional».

Pues bien, el BOE de 30 de marzo incluyó el [Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo](#), por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, que entraba en vigor el 31 de marzo, fecha máxima fijada para la adopción de tales medidas en materia de asilo. Sin embargo, ha de destacarse que esta norma se desvía del objetivo establecido en el [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia \(PRTR\)](#),

³ En este sentido, con un titular absolutamente directo, «[El Gobierno dice que no reformará la Ley de asilo hasta que Bruselas apruebe el nuevo paquete de normas europeas](#)» (elDiario.es, 2020); en el mismo sentido, aunque con un titular más «neutro», «[España endurecerá el derecho al asilo](#)» (Martín, 2020).

puesto que no se refiere al proceso de reconocimiento. Tampoco podría hacerlo legítimamente, aunque así se hubiera querido, dado que este aspecto es competencia del Ministerio del Interior, y no del ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que es quien firma la disposición, como corresponde al referirse a la dimensión prestacional de la acogida.

En suma, aunque la adopción de cambios en la regulación de la protección internacional –si bien no exactamente los que se han realizado– estaba prevista antes de la guerra de Ucrania, sin duda, este reglamento ha aparecido en un momento muy oportuno, dada la avalancha de solicitudes que, sin perjuicio de la protección temporal, se está produciendo y la consiguiente necesidad de dar acogida a las personas solicitantes y a quienes se reconozca el derecho de asilo o la protección subsidiaria. En definitiva, no puede considerarse una «norma de contingencia», si bien ha visto la luz en un momento en el que es tan pertinente que la coincidencia parece intencionada, aunque no lo es. En una valoración más general, el hecho de que tras casi 13 años de vigencia de la [Ley 12/2009](#), cuando ya se habían perdido las esperanzas de ello, se apruebe su desarrollo reglamentario, ciertamente constituye todo un acontecimiento.

La aprobación de la norma, en sí misma, debe merecer una valoración positiva, por lo que supone de poner orden en una materia tan importante, que por su desorganización era tan confusa y oscura que cabía cuestionarse que realmente cumpliera las mínimas exigencias de seguridad jurídica. Por lo demás, en cuanto a su contenido, lo más novedoso a destacar es que establece un nuevo modelo de colaboración con las entidades, que facilita el establecimiento de conciertos, lo que permite ampliarlas de forma más ágil. De este modo, cambia el sistema de autorización de estas –que ya no es de duración anual, sino que se amplía hasta alcanzar de 2 a 4 años– y el de financiación.

Aunque la adopción de cambios en la regulación de la protección internacional –si bien no exactamente los que se han realizado– estaba prevista antes de la guerra de Ucrania, sin duda, este reglamento (RD 220/2022) ha aparecido en un momento muy oportuno

La aprobación de la norma, en sí misma, debe merecer una valoración positiva, por lo que supone de poner orden en una materia tan importante, que por su desorganización era tan confusa y oscura que cabía cuestionarse que realmente cumpliera las mínimas exigencias de seguridad jurídica

4. Otras medidas de índole sancionador relativas a nacionales de Rusia

Además de las medidas expuestas, que tienen una base normativa, la guerra de Ucrania ha producido otro efecto con impacto en movimientos migratorios. No obstante, no se

refiere a la vía de la inmigración común, sino a la privilegiada, regulada en la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, denominada –eufemística y confusamente– «vía del interés económico». Esta posibilita la obtención de permiso de residencia, además de por el desarrollo de un proyecto empresarial, por la realización de «inversiones significativas» y por la adquisición de inmuebles por valor de 500.000 euros o más (art. 63). Si bien es ahora cuando este cauce de conseguir la residencia legal ha sido puesto en el punto de mira, lo cierto es que desde el momento de su adopción se apuntaron los riesgos que entrañaba de ser coladero de corrupción y evasión fiscal, dada su absoluta opacidad (Miñarro Yanini, 2017, p. 68).

Así, el 15 de marzo de 2022, la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación publicaba un [comunicado](#) en el que anunciaba la decisión, adoptada en coordinación con los Ministerios del Interior y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de suspender visados y permisos amparados en esta norma que estuvieran en favor de nacionales rusos y sus familiares. Esta medida, de claro tinte sancionador, ha sido adoptada siguiendo una iniciativa lanzada desde la Comisión Europea para que los 13 Estados de la UE o espacio Schengen que cuentan con cauces de obtención de «residencia por inversión» restrinjan su concesión a personas de nacionalidad rusa, así como que planifiquen su eliminación gradual hasta 2025 (Medinilla, 2022).

El 15 de marzo de 2022 se publicaba un comunicado en el que se anunciaba la decisión de suspender visados y permisos amparados en la Ley 14/2013 que estuvieran en favor de nacionales rusos y sus familiares

En España, desde la aprobación de la [Ley de emprendedores](#), se han concedido 1.005 permisos de residencia a nacionales de Rusia, correspondiendo 938 de estos a inversiones inmobiliarias, 60 a inversiones de capital y 7 a proyectos empresariales⁴. En atención a estas cifras, resulta palpable cuál de estas modalidades es la preferida por este colectivo –lo que es extensible a otras nacionalidades–, y es precisamente la que menos impacto económico positivo puede tener para España y la que permite mantener mayor opacidad. Parece, por tanto, que, pese a su denominación, la «vía del interés económico» no lo es tanto, o, cuanto menos, la gran problemática que presenta no compensa el muy limitado efecto benéfico que pudiera producir.

Parece que, pese a su denominación, la «vía del interés económico» no lo es tanto, o, cuanto menos, la gran problemática que presenta no compensa el muy limitado efecto benéfico que pudiera producir

⁴ Cifras generales facilitadas por la UGEOE (Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos) a la Agencia EFE y difundidas por los medios, entre otros, [elEconomista.es](#) (2022).

5. Conclusiones

A modo de muy breve conclusión, debe incidirse en que las reacciones ante la guerra que se libra en Ucrania han configurado una realidad que difícilmente se hubiera podido imaginar antes del conflicto. Así, por una parte, en el ámbito de la UE, se ha mostrado una manifiesta voluntad de proteger a su población, llegando al punto de activar un cauce de tutela internacional –la protección temporal– nunca antes utilizado, pese a haberse dado las condiciones objetivas para ello, que está regulado en una [directiva](#) que, tras más de 20 años de vigencia, estaba condenada a desaparecer sin haberse estrenado.

En España, se han adoptado las necesarias normas de contingencia orientadas a posibilitar y/o facilitar la aplicación de la protección temporal en este contexto. A ello hay que añadir que ha sido publicado el [Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo](#), por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Aunque pueda parecer lo contrario, lo cierto es que la aparición de esta norma en un momento de especialmente elevada demanda de asilo ha sido una coincidencia tan sorprendente como oportuna, pues la adopción en España de una regulación relativa a la aplicación de la protección internacional –si bien no esta, sino una de índole más procedimental– había sido comprometida meses atrás en el [PRTR](#). En cualquier caso, aunque solo fuera por haber ordenado el caótico marco regulador de esta materia, su adopción ya puede considerarse afortunada.

Asimismo, además de estas disposiciones normativas, se han adoptado otras medidas de carácter sancionador vinculadas también al contexto bélico, dirigidas a restringir derechos migratorios a los y las nacionales de Rusia, como es la suspensión de visados y permisos de residencia para inversores. Más allá de lo coyuntural y limitado de esta medida, sería buena ocasión para cuestionar, en términos más amplios y definitivos, este oscuro y problemático cauce de entrada y permanencia en España, cuyo interés económico se limita a quienes obtienen un provecho directo y que carece de todo beneficio social.

Referencias bibliográficas

- elDiario.es. (19 de febrero de 2020). *El Gobierno dice que no reformará la Ley de asilo hasta que Bruselas apruebe el nuevo paquete de normas europeas*. https://www.eldiario.es/desalambre/gobierno-ley-asilo-bruselas-normativas_1_1125304.html
- elEconomista.es. (16 de marzo de 2022). *El Gobierno cancela la concesión de la «golden visa» a los ciudadanos rusos*. <https://www.eleconomista.es/vivienda/noticias/11668607/03/22/El-Gobierno-cancela-la-concesion-de-la-golden-visa-a-los-ciudadanos-rusos-.html>
- Garcés Mascareñas, B. (2022). Por qué esta crisis de refugiados es distinta. *CIDOB opinion*, 708. https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/2022/por_que_esta_crisis_de_refugiados_es_distinta
- Gavilanes, M. A.; Belmonte, E.; Bernardo, Á.; Torrecillas, C.; Cabo, D. y Civio. (5 de abril de 2022). El año y medio para el asilo que ya no sufren los ucranianos: «Temí que me lo denegaran». *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/espana/2022-04-05/oficinas-asilo-ucrania-refugiados-colas_3401826/
- Martín, M. (19 de febrero de 2020). España endurecerá el derecho al asilo. *El País*. https://elpais.com/politica/2020/02/18/actualidad/1582057149_114853.html
- Medinilla, M. (10 de marzo de 2022). Rusia liquida las «golden visa»: la invasión de Ucrania acerca el fin de los privilegios dorados en la UE. *elEconomista.es*. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11658739/03/22/Rusia-detona-el-negocio-de-las-golden-visa-la-invasion-de-Ucrania-acerca-el-fin-de-los-privilegios-dorados.html>
- Ministerio del Interior. (2018). *Asilo en cifras 2015*. Dirección General de Política Interior, Subdirección General de Protección Internacional, Oficina de Asilo y Refugio. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2015_126150899.pdf/d55726d0-8b87-4e35-a3c3-3d953b6003b9
- Miñarro Yanini, M. (2017). La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por «interés económico». *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 31-32, 52-73.
- Miñarro Yanini, M. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los «refugiados»*. Bomarzo.
- Moreno, M. (17 de marzo de 2022). *Mismos derechos, distinto trato: ¿por qué la crisis de refugiados de Ucrania difiere de otras?* rtve.es. <https://www.rtve.es/noticias/20220317/mismos-derechos-diferente-trato-llegada-refugiados-europa/2315760.shtml>
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2016). El concepto de «país seguro» y otros dispositivos restrictivos del derecho de asilo en España y la Unión Europea. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1, 435-486.

La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

Eduardo Enrique Taléns Visconti

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

Eduardo.Talens@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-0515-731X>

Extracto

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha dado nueva redacción al artículo 221 de la Ley general de la Seguridad Social. En este sentido, ha reformado varios aspectos importantes en relación con la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho. Los cambios producidos han sido, en líneas generales, los siguientes: se elimina la necesidad de acreditar una convivencia estable para las parejas de hecho con hijos/as en común; ya no se exige ningún requisito económico; se regula el acceso a la pensión a las exparejas de hecho. Junto con ello, se permite solicitar la pensión de viudedad con carácter excepcional durante el año 2022 a parejas de hecho que no cumplieran con los requisitos existentes con anterioridad a la presente reforma. En definitiva, el objetivo de este artículo consiste en analizar todas estas novedades que configuran el régimen jurídico actual de la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho.

Palabras clave: pensión de viudedad; parejas de hecho; requisitos exigidos; pensión compensatoria; convivencia; registro; reforma legal.

Recibido: 16-02-2022 / Aceptado: 01-03-2022

Cómo citar: Taléns Visconti, E. E. (2022). La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 169-186.



The widow's pension of common law partners after the reform of Law 21/2021, of December 28

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Abstract

Law 21/2021, of December 28, has given new wording to article 221 of the General Social Security Law. In this regard, it has reformed several important aspects in relation to the widow's pension in the case of de facto couples. The changes produced have been, in general, the following: the need to prove a stable coexistence for de facto couples with children in common is eliminated; no longer requires any economic requirements; access to pensions for former domestic partners is regulated. Along with this, it is allowed to request the widow's pension exceptionally during the year 2022 to de facto couples who did not meet the existing requirements prior to this reform. In short, the objective of this article is to analyze all these novelties that make up the current legal regime of the widow's pension in the case of de facto couples.

Keywords: widow's pension; common law partners; requirements demanded; compensatory pension; cohabitation; registration; legal reform.

Citation: Taléns Visconti, E. E. (2022). The widow's pension of common law partners after the reform of Law 21/2021, of December 28. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 169-186.



Sumario

1. Introducción
2. El requisito material: la convivencia estable y notoria
3. El requisito formal: la inscripción de la pareja de hecho
4. El requisito cuantitativo: el desequilibrio económico ocasionado tras el fallecimiento
5. La posibilidad de que las parejas de hecho que no pudieron acceder a la pensión en su momento sí que puedan hacerlo en la actualidad: una opción transitoria

1. Introducción

El reconocimiento de la pensión de viudedad para las parejas de hecho ha sido tradicionalmente un punto bastante conflictivo. El acceso de las personas convivientes *more uxorio* a la pensión de viudedad plantea dos tipos de problemas: los relacionados con la seguridad jurídica (a la hora de acreditar esta situación) y los atinentes al reparto de los recursos públicos (sobre el tipo de relaciones personales a las que reconocer una pensión).

En un primer momento, el texto original de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) no contemplaba a las parejas de hecho entre las personas beneficiarias de la pensión de viudedad; situación obvia si tenemos en cuenta que, en aquel momento, civilmente todavía no estaban reconocidas por ley. Las primeras reformas llevadas a cabo sobre el artículo 174 de la LGSS tampoco optaron por abrir la posibilidad a que la pensión de viudedad pudiera reconocerse en favor de las parejas de hecho. En definitiva, la normativa de Seguridad Social únicamente reservaba este derecho a las personas que previamente al hecho causante estuvieran unidas a través de un vínculo matrimonial. De hecho, la jurisprudencia social solía negar de raíz la equiparación de una relación *more uxorio* con la marital, incluso, cuando existía previamente el firme propósito de contraer matrimonio y este no se llegaba a celebrar por la enfermedad y posterior fallecimiento de una de las partes, sin que se lleve a cabo siquiera *in articulo mortis*. Así lo consideró la [Sentencia del Tribunal Supremo \(STS\) de 19 de noviembre de 1998 \(rec. 53/1998\)](#), que vino a expresar que «la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal». Por lo demás, esta disparidad de criterio existente entre cónyuges, excónyuges y personas que conviven extramatrimonialmente a la hora de resultar personas beneficiarias de la pensión de viudedad fue declarada constitucional (por todas, [Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 184/1990, de 15 de noviembre](#)).

Sin embargo, con el paso del tiempo, la [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo finalmente un nuevo apartado dentro del anterior artículo 174 de la LGSS por el que se incluyó como sujetos pasivos de la pensión de viudedad a las personas que acreditaran ser pareja de hecho estable. De esta manera, el legislador optó por ampliar el ámbito subjetivo de la pensión, algo que, por lo demás, se venía reclamando desde distintos sectores (*vid.* [Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social](#) firmado en el Palacio de la Moncloa el 13 de julio del año 2006 por parte del Gobierno y los agentes sociales). Ahora bien, el acceso a la pensión de viudedad por parte de las personas que están unidas a través de una pareja de hecho se llevó a cabo sin equiparar esta situación con la de la persona cónyuge viuda. En este sentido, se introdujeron en la normativa de Seguridad Social una serie de requisitos adicionales que debían concurrir para que la pareja de hecho supérstite pudiera optar a la pensión de viudedad.

En la actualidad, la pensión de viudedad de las parejas de hecho se encuentra regulada en el [artículo 221 de la LGSS](#), que mantuvo durante mucho tiempo la redacción heredada con anterioridad (cosa razonable si tenemos en cuenta que se trata de un texto refundido). Ahora bien, esta situación se ha mantenido inalterada desde el real decreto-ley del año 2015 hasta el 31 de enero de 2021. Ha sido la reciente [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, la que, en su [artículo 1.Diez](#), ha modificado el tenor del artículo 221 de la LGSS tras varios años sin modificarse, introduciendo desde el 1 de enero de 2022 importantes cambios en lo que se refiere a los requisitos de acceso a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho.

2. El requisito material: la convivencia estable y notoria

De acuerdo con lo establecido por el [artículo 221.2 de la LGSS](#), las parejas de hecho deben acreditar, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento: «una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años». Junto con ello, se añade que las personas que constituyan pareja de hecho no deben estar impedidas para contraer matrimonio. Por lo tanto, tenemos que acudir al Código Civil (CC) para advertir dichos obstáculos. Así, en primer lugar, el CC recoge en su [artículo 46](#) dos supuestos impeditivos «absolutos»: el caso de las personas menores de edad que no estén emancipadas y el de aquellas que estén ligadas previamente por un vínculo matrimonial. Tampoco podrán contraer matrimonio, según lo dispuesto por el [artículo 47 del CC](#), «los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción». También están impedidos –según preceptúa el propio [art. 47 CC](#)– «los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

El [artículo 221.2 de la LGSS](#) sigue disponiendo que las partes «no tengan vínculo matrimonial con otra persona», cuestión obvia, pues en ese caso, además de no poder constituirse como tal, tendrían derecho a la pensión por la vía del [artículo 219 de la LGSS](#), es decir, por razón de matrimonio. La [Ley 21/2021](#) ha añadido en el tenor del artículo 221.2 de la LGSS la frase «ni constituida pareja de hecho». Por lo tanto, tampoco tendrán derecho a la pensión quienes ya tuvieran constituida previamente una pareja de hecho con otra persona. No cabe, en ningún caso (del mismo modo sucede con los matrimonios), tener derecho a la pensión por el fallecimiento de más de una persona. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto por el [artículo 220 de la LGSS](#), si una persona divorciada vuelve a contraer nupcias con otra persona, perderá la pensión de su excónyuge, puesto que ya tendrá acceso a la misma en virtud de su matrimonio actual. En este mismo sentido, cuando ya exista previamente una pareja de hecho constituida con una persona, será esta, en su caso, la causante de la pensión.

Siguiendo con la lectura del precepto, se exige en el caso de las parejas de hecho (como requisito especial respecto de los matrimonios) una convivencia estable no inferior a 5 años. Para acreditar este extremo se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluyendo la aportación del certificado de empadronamiento, que es, *ex lege*, el medio natural de hacerlo, pero no el único.

Así, por lo que respecta al certificado de empadronamiento, hay que tener en cuenta la jurisprudencia emanada por parte del TS, según la cual estamos ante un medio privilegiado de prueba, aunque no es el único. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del TS, la referencia expresa realizada por el [artículo 221.2 de la LGSS](#) hacia el certificado de empadronamiento no excluye la posibilidad de alegar esta convivencia a través de otros medios distintos (SSTS de [25 de mayo de 2010, rec. 2969/2009](#); [14 de junio de 2010, rec. 2975/2009](#); [15 de marzo de 2011, rec. 1514/2010](#); o [9 de junio de 2011, rec. 3592/2010](#)). A modo de síntesis, se puede resumir esta cuestión con base a los puntos extraídos de la última de las sentencias citadas:

1) [...] la acreditación de la convivencia en «pareja de hecho» [...] puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho; 2) [...] el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario no es un elemento «constitutivo» de la convivencia [...] ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación; 3) [...] el certificado de empadronamiento al que se refiere [...] el art. 174.3 [hoy art. 221.2] LGSS es un medio probatorio «privilegiado» pero no excluyente de la acreditación por otras vías; y 4) [...] el propio art. 174.3 [actual art. 221.2] LGSS ha descartado que el certificado de empadronamiento sea la única prueba admisible de la convivencia [*more uxorio*] [...], al aceptar que la «existencia de pareja de hecho» se acreditará «mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja».

Esta convivencia estable no inferior a 5 años era la que se exigía para todos los supuestos con anterioridad al 1 de enero de 2022. Se trataba de un requisito aplicable a todas las parejas de hecho. Ahora bien, a partir de la anterior fecha, este panorama sufrirá algún cambio de notorio interés porque la [Ley 21/2021](#) ha incidido de manera decisiva sobre esta cuestión. En este sentido, este lapso temporal queda reservado (exigido) para uniones de hecho sin hijos/as en común. A tales efectos, el nuevo [artículo 221.2 de la LGSS](#) establece: «salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente». Por lo tanto, de la lectura del nuevo precepto se deduce que, cuando existan hijos/as en común, no se exigirá ningún plazo de convivencia estable, aunque sí que será necesario que la pareja esté debidamente inscrita. Entonces, eso sí, deberán transcurrir 2 años entre este acto formal y el fallecimiento de la persona causante. En definitiva, de lo que se exige a las parejas de hecho con hijos/as en común es de cumplir con el requisito de la convivencia estable

(aunque deben estar 2 años inscritas como tal, como luego se verá con mayor detalle). La exigencia de hijos/as en común, necesaria para salvar el requisito de la convivencia, supone que ambas partes de la pareja deben ser las personas progenitoras. Pese a que la norma utilice el plural «hijos en común», es dable pensar que bastará con un único hijo/a. Lo que sí que entiendo que es necesario es que el hijo/a sea de las dos personas integrantes de la pareja. En consecuencia, no se aplicará esta salvedad, por ejemplo, a una pareja de hecho en la que una o ambas personas integrantes tengan algún hijo/a con otra persona, si entre ellas mismas no tienen a ningún hijo/a «en común» (en estos supuestos entiendo que se tendrá que acreditar una convivencia estable no inferior a 5 años).

Pese a que la ley no haya establecido nada al respecto, en los casos en los que la falta de convivencia en el momento del hecho causante venga provocada por razón de violencia de género, no se exigirá este requisito de la convivencia estable, y ello pese a que la pareja no tenga hijos/as en común. En efecto, cuando se dan todos los requisitos de acceso a la pensión de viudedad excepto el relativo a la convivencia, siempre que el cese de la misma estuviese motivado por la «violencia conyugal» ejercida por el causante contra la solicitante de la pensión, el TS ha aceptado recientemente el reconocimiento de la misma. De acuerdo con su doctrina:

[...] la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia ([STS 908/2020, de 14 de octubre](#)).

Es cierto que el precepto que regula la pensión en las uniones de hecho no establecía en ese momento ningún párrafo en relación con las mujeres víctimas de violencia de género, algo que sí que ocurre en el [artículo 220 de la LGSS](#) referido a la pensión de los excónyuges. Pero ello no es óbice para que pudiera llevarse a cabo una interpretación analógica, acompañada de una lectura con perspectiva de género. En fin, la doctrina del TS es la siguiente:

[...] si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

La [Ley 21/2021](#) no ha eximido de manera expresa de la convivencia estable y notoria en los casos de violencia de género. Sí que ha introducido un precepto en el que se las exime de ser acreedoras de la pensión compensatoria en los casos de fallecimiento de la expareja de hecho (nuevo [art. 221.3 in fine](#)). Esta inclusión se refiere expresamente al requisito de la renta compensatoria. Hubiera sido interesante, desde mi punto de vista, que

se hubiera incorporado una salvedad expresa sobre el requisito de la convivencia estable para el caso de las víctimas de violencia de género, tal y como se ha hecho respecto de las parejas con hijos/as en común. En cualquier caso, entiendo que, con la regulación actual (que es la misma en este punto que la precedente), sigue siendo aplicable la doctrina del TS emitida sobre esta concreta cuestión.

Hace poco tiempo se dictó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de marzo de 2020 (rec. 3286/2019), que denegó la pensión en un supuesto en el que sí que había concurrido una convivencia estable, notoria e inmediatamente anterior a la ruptura de la pareja acreditada mediante el oportuno registro, concurriendo los restantes requisitos temporales de convivencia. Sin embargo, quedó acreditado que se produjo una ruptura de la unión estable con anterioridad a la fecha del hecho causante, sin constar reconciliación posterior. De este modo, con la normativa anterior a la [Ley 21/2021](#), no había mecanismo para reparar la ruptura de la pareja de hecho, que, salvo reconciliación posterior, ya no podía acceder a la pensión de viudedad. Dicho en otros términos, no se reconocía la pensión a las exparejas de hecho (algo que sí que sucede en el caso de los/las excónyuges, que tienen una regulación específica en el [art. 220 LGSS](#) y donde se les exige una serie de requisitos especiales). Este mismo esquema de los/las excónyuges se ha reproducido para el caso de las parejas de hecho. En este sentido, el nuevo [artículo 221.3 de la LGSS](#) permite que las exparejas de hecho, es decir, las que se hayan extinguido por voluntad de una o de ambas personas convivientes, puedan acceder a la pensión de viudedad si se dan los siguientes condicionantes: a) que no haya contraído matrimonio con otra persona; b) que no haya constituido una nueva pareja de hecho (debidamente inscrita); c) que sea acreedora de una pensión compensatoria.

Las dos primeras letras son bastante razonables, pues, si una de las personas contrae nupcias o constituye una nueva pareja de hecho, será esta última persona la eventual causante de la pensión de viudedad. Recordemos que nuestro ordenamiento no permite acceder a dos pensiones a la vez. Por lo tanto, no la recibirá de su expareja porque la podría obtener de su pareja actual. Repárese en que el precepto habla de nuevas parejas constituidas de acuerdo con el apartado segundo de este mismo artículo, es decir, las debidamente registradas. Así, por ejemplo, si una persona cesa su relación afectiva con una pareja de hecho debidamente constituida y posteriormente inicia una relación que no inscribe, sí que podrá tener derecho a la pensión de la expareja (pues no cabe perder de vista que tendrá vedado el acceso respecto de la segunda, por no cumplir con el requisito de la inscripción de esta).

Para poder beneficiarse de la pensión de viudedad por el fallecimiento de una expareja de hecho será necesario, del mismo modo que ocurre para el caso de los/las excónyuges, que la persona superviviente sea acreedora de una pensión compensatoria. De acuerdo con lo dispuesto por el nuevo [artículo 221.3 de la LGSS](#) (introducido por mor de la [Ley 21/2021](#)):

La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento

público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil.

Al contrario de lo que sucede con los matrimonios, para las parejas de hecho no se contempla una pensión compensatoria dentro del CC, ya que no les resulta de aplicación el régimen jurídico de la pensión por desequilibrio prevista en el [artículo 97 del CC](#), como así viene reiterando la Sala de lo Civil del TS desde su [Sentencia dictada por el Pleno el 12 de septiembre de 2005 \(rec. 980/2002\)](#) o la más reciente de [15 de enero de 2018, también de Pleno \(rec. 2305/2016\)](#). De acuerdo con la jurisprudencia del TS, no cabe una aplicación analógica entre el régimen de ruptura de la pareja de hecho y la del matrimonio. Por ello, en principio, no resultan de aplicación supletoria las reglas sobre la separación o divorcio, ni la presencia de una pensión compensatoria de acuerdo con lo previsto por el [artículo 97 del CC](#). No obstante, sí se ha admitido en determinados supuestos particulares el reconocimiento de una compensación económica por la vía de la prohibición de enriquecimiento injusto –en casos en los que la ruptura de la pareja empobrece a quien durante un prolongado periodo se dedica a la atención del hogar o bien cuando colabora con el negocio de la otra persona sin recibir compensación alguna: por todas, [STS de 17 de junio de 2003 \(rec. 3145/1997\)](#) o [STS \(Pleno\) de 15 de enero de 2018 \(rec. 2305/2016\)](#)–. Por su parte, la resolución judicial también podría producirse en supuestos en los que alguna legislación autonómica lo prevea como posibilidad en caso de no alcanzarse un acuerdo entre las partes o bien cuando la cuantía de la pensión previamente pactada resulte discutida una vez disuelta la pareja y se acuda a la justicia para resolver sus diferencias.

Otra opción contemplada por el propio [artículo 221.3 de la LGSS](#) es que la pensión compensatoria esté acordada mediante convenio o pacto regulador entre las personas integrantes de la pareja, que necesariamente tiene que estar otorgado en documento público. En este sentido, las partes pueden acordar una renta o pensión tras la ruptura de la pareja, algo legal y consustancial al principio de la autonomía privada de quienes componen la pareja, que pueden gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio ([STC, Pleno, 93/2013, de 23 de abril](#)). En definitiva, las personas que componen la pareja de hecho pueden, libremente, pactar una renta vitalicia ante una eventual ruptura de la misma (*vid.* [STS, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015, rec. 2392/2013](#)). Para que esta renta pactada pueda servir para acceder a la pensión de viudedad será necesario que esté reconocida en documento público. De este modo, a los exclusivos efectos de Seguridad Social, la pensión compensatoria no puede reducirse a un simple acuerdo privado, en cuyo caso no podrá hacerse valer frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que solo aceptará pactos otorgados en documento público.

Junto con ello, el [artículo 221.3 de la LGSS](#) exige que a la hora de la determinación del importe de la pensión compensatoria se haya tenido en cuenta la concurrencia de las mismas circunstancias relacionadas en el [artículo 97 del CC](#) (es decir, que cabrá atender a los acuerdos adoptados, la edad, el estado de salud, los aspectos profesionales, la dedicación

a la familia, la colaboración mercantil con la otra persona de la pareja, la pérdida de derecho a pensión, el caudal y medios económicos o cualquier otra causa relevante). Desde mi punto de vista, con este aserto se persigue un cierto control sobre la renta pactada, con la finalidad de que la misma no sea desmesurada (en cuyo caso, el INSS terminaría abonando una pensión más elevada).

En definitiva, la inclusión de la exigencia de una pensión compensatoria en el caso de las exparejas de hecho no es una cuestión sencilla de interpretar ni está exenta de problemas aplicativos prácticos: a) en primer lugar, porque, como se ha visto con anterioridad, la Sala de lo Civil del TS ha rechazado que a falta de pacto entre las partes no cabe aplicar por analogía lo dispuesto por el [artículo 97 del CC](#); b) en segundo lugar, porque la doctrina sobre el enriquecimiento injusto no sigue las reglas ni criterios del [artículo 97 del CC](#), se reduce a unos supuestos muy concretos y, además, la renta atribuida judicialmente puede que no sea vitalicia o periódica; c) en tercer lugar, porque los pactos privados entre las partes tendrán que estar elevados a documento público y, además, la pensión se deberá fijar de acuerdo con lo previsto en el [artículo 97 del CC](#) (de este modo, el INSS podría entrar a discutir que la renta pactada no sigue los postulados del [art. 97 CC](#) y denegar por ello la pensión de viudedad, cuyo control lo realizarán con posterioridad los órganos de la jurisdicción social).

Así, de acuerdo con lo desarrollado hasta el momento, considero que la rigidez del precepto y su equiparación inexacta a la situación jurídica de los/las excónyuges pueden suponer que el reconocimiento de la pensión de viudedad a las exparejas de hecho sea bastante complejo en la práctica.

Para poder superar estas rigideces es bastante probable que los órganos de la jurisdicción social lleven a cabo una interpretación flexible, aceptando la validez de cualquier tipo de renta de carácter vitalicio o periódica que venga percibiendo la expareja de hecho superviviente siempre que la misma se extinga con el fallecimiento de la persona causante y, eso sí, que su fijación venga amparada por una resolución judicial o esté otorgada en documento público. En este sentido, desde mi punto de vista, entiendo que es probable que se ponga el acento en la fuente de la que provenga esa renta (en ningún caso un documento privado), siendo dable pensar que el concepto de pensión compensatoria no se exija de una forma estricta, interpretando este tipo de rentas de una forma más o menos flexible –como ocurre con la pensión compensatoria de excónyuges prevista en el [art. 220 LGSS](#): por todas, SSTS de [30 de enero de 2014 \(rec. 991/2012\)](#) o de [23 de febrero de 2016 \(rec. 2311/2014\)](#)–.

En todo caso, de acuerdo con el tenor de la ley, y del mismo modo que sucede para el caso de los/las excónyuges, cuando la cuantía de la pensión de viudedad «fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última». Por lo tanto, en todo caso habrá que escoger la renta de menor cuantía. De este modo, cuando la pensión compensatoria es muy elevada, se reconocerá la viudedad calculada según sus límites y porcentajes legales, es decir, la cuantía inferior; mientras que, si la viudedad es mayor, quedará reducida al importe de la pensión compensatoria, nuevamente, la renta inferior.

Ha olvidado el legislador a la hora de introducir esta novedad qué pensión le corresponde a la pareja de hecho ante una eventual concurrencia de personas beneficiarias. En la práctica, esto es perfectamente posible. Imaginemos una pareja de hecho que se separa pactando una pensión compensatoria. La pareja que está recibiendo la compensatoria no contrae matrimonio ni formaliza ninguna otra pareja de hecho. Por su parte, la persona que abona la compensatoria constituye una nueva pareja de hecho (o contrae matrimonio posterior) y fallece. Pongamos por caso que el/la cónyuge superviviente o la pareja de hecho actual reúnen todos los requisitos para acceder a la pensión de viudedad. Pues bien, tendríamos dos personas beneficiarias para una misma pensión. Aquí pueden abrirse dos interpretaciones distintas:

- La primera, que la elipsis del legislador lleve a repartir la pensión siguiendo el principio *pro rata temporis*, es decir, en función del tiempo convivido. Repárese, además, en que el legislador puede regular de forma distinta el acceso a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho, respecto de los/las cónyuges.
- La segunda pasaría por emplear la analogía y, con ello, aplicar la regla prevista para los/las excónyuges en el [artículo 220 de la LGSS](#).

Desde mi punto de vista, entiendo que cabría llevar a cabo una interpretación analógica. Primero, porque el TS ya ha utilizado esta regla recientemente para el caso de la convivencia estable de las parejas de hecho cuando ha existido violencia de género; segundo, porque el objetivo del legislador con la reforma producida por la [Ley 21/2021](#) ha tratado de equiparar la situación de las parejas de hecho a los/las cónyuges en lo que se refiere al acceso a la pensión de viudedad. Esto me lleva a pensar que cabe la aplicación analógica de acuerdo con el [artículo 4.1 del CC](#), puesto que el [artículo 221 de la LGSS](#) no contempla un supuesto específico, pero sí que se regula otro semejante en el [artículo 220 de la LGSS](#), existiendo entre ambos identidad de razón. De acuerdo con esta interpretación, la pensión le corresponderá a cada una de las personas beneficiarias en función del tiempo convivido, reservándose el 40 % de la misma, como mínimo, a la última persona que estuvo unida sentimentalmente con la persona causante.

Siguiendo con la pensión compensatoria, y para finalizar con este epígrafe, cabe señalar que el último párrafo del [artículo 221 de la LGSS](#), incorporado por la reforma de la [Ley 21/2021](#), reza lo siguiente:

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

Se trata, en suma, de una traslación mimética del contenido del último párrafo del [artículo 220.1 de la LGSS](#), con la finalidad de equiparar esta salvedad para el caso de las parejas de hecho. En resumidas cuentas, si la pensión compensatoria no se ha pactado por mediar una situación de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho, no deberá exigirse este requisito. Dicho en otros términos, que la mujer cuya expareja de hecho haya fallecido podrá acceder a la pensión de viudedad sin necesidad de resultar acreedora de la pensión compensatoria cuando se produzca el fallecimiento del causante.

3. El requisito formal: la inscripción de la pareja de hecho

Siguiendo con los requisitos especiales previstos en el [artículo 221 de la LGSS](#), cabe apuntar que no basta con una convivencia *more uxorio* durante un lapso temporal más o menos dilatado, sino que, además, la relación afectiva debe estar necesariamente formalizada, del mismo modo que también ocurre con el matrimonio civil o religioso. En este punto estamos ante un requisito *ad solemnitatem*, es decir, que es necesario que la pareja de hecho se haya constituido como tal frente a terceros. La reforma llevada a cabo por la [Ley 21/2021](#) no ha alterado este requisito, manteniendo la redacción del precepto tal y como estaba previamente.

Existe en este punto una abundante y sólida postura jurisprudencial que abona la tesis consistente en que la inscripción como pareja de hecho es un requisito constitutivo y *sine qua non* para poder acceder a la pensión de viudedad: SSTs de [20 de julio de 2010 \(rec. 3715/2009\)](#), [3 de mayo de 2011 \(rec. 2897/2010\)](#), [15 de junio de 2011 \(rec. 3447/2010\)](#), [18 de diciembre de 2015 \(rec. 2944/2014\)](#) o [7 de diciembre de 2016 \(rec. 3765/2014\)](#). En todos estos pronunciamientos se sostiene que la publicidad de la situación de convivencia a través de la necesaria inscripción en el registro correspondiente o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público es un requisito obligatorio para poder acceder a la pensión. Asimismo, se indica que en este punto no existe una exigencia probatoria duplicada, por lo que con el empadronamiento y demás medios para acreditar la convivencia no se colma el requisito formal.

En este sentido, la pensión de viudedad se ha configurado para beneficio exclusivo de las parejas de hecho debidamente registradas. No es suficiente, pues, que aparezca una mención a la pareja de hecho en el acta de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada laboral, constituida ante notario el 26 de julio de 2012, donde las personas comparecientes fueron identificadas como pareja de hecho, siendo registrada en el Registro Mercantil la escritura pública en la que se realizó dicha constitución, pues tal declaración no equivale a la constitución formal de pareja de hecho ([STS de 9 de febrero de 2015, rec. 1352/2014](#)). En resumidas cuentas, la pensión se reconoce en favor de las parejas de hecho «registradas», «formales» o de «derecho» y no así las genuinas «parejas de hecho» (*vid.* [STS de 9 de febrero de 2015, rec. 2220/2014](#)).

Un asunto sobre el requisito de la inscripción ha llegado recientemente a manos del TC, que resolvió a través de su [STC 1/2021, de 25 de enero](#), lo siguiente:

[...] ninguna vulneración del art. 14 CE se deriva de que haya en la norma una asociación entre el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social y la concurrencia de un vínculo matrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico, no siéndolo el matrimonio gitano.

En este sentido, de acuerdo con el TC:

[...] no resulta contraria al art. 14 CE la interpretación realizada en el proceso, de suerte que la pretensión de la demandante de que su unión no formalizada reciba el mismo trato que el otorgado a la relación de convivencia no matrimonial debidamente constituida no puede prosperar, no siendo contraria la diferencia de trato a la prohibición de discriminación.

Ello no es óbice para que el legislador pueda, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que se establezcan las condiciones materiales y formales de las uniones celebradas conforme a sus ritos y usos, de suerte que estos puedan contar con plenos efectos civiles. Pero lo cierto es que, con la regulación vigente, no existe matrimonio civil, por lo que el acceso a la pensión no encuentra acomodo en el [artículo 219 de la LGSS](#). Las partes sí que podrían acceder por la vía de las uniones de hecho ([art. 221 LGSS](#)), si bien cumpliendo con los requisitos especiales de las mismas, entre ellos, la necesaria inscripción. El TC se aparta, asimismo, de la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España \(demanda núm. 49151/07\)](#), centrándose en que en el caso resuelto por el TC la persona que reclama en amparo era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio, extremo que no sucedió en la sentencia resuelta por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cualquier caso, el asunto conocido por la mencionada [STC 1/2021](#) ha sido recurrido ante la justicia europea, sin que a la fecha de cierre del presente trabajo se haya dictado resolución judicial.

En idéntico sentido se han pronunciado las SSTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de [28 de mayo de 2020 \(rec. 6304/2017\)](#) y de [24 de marzo de 2022 \(rec. 3981/2020\)](#). En ambas sentencias se afirma que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en 2 años al fallecimiento del causante. Sin embargo, la obligatoriedad de la inscripción formal de la pareja de hecho fue puesta en tela de juicio por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo en su [STS de 7 de abril de 2021 \(rec. 2479/2019\)](#). El supuesto de hecho concreto fue el de una mujer, viuda de un guardia civil, con el que mantuvo una relación durante más de 30 años y que tuvieron tres hijos en común. La Sala Tercera no

desconocía la jurisprudencia de la Sala Cuarta, pero en este asunto se apartó de la misma dadas las circunstancias particulares del caso, admitiendo el reconocimiento de la pensión de viudedad pese a que no constara la inscripción registral específica, ni se hubiera presentado un documento público en el que se hubiera formalizado. En este sentido, la convivencia estable de la pareja durante más de 30 años, y que la Sección Séptima de la Audiencia Nacional consideró probada en juicio, fue suficiente para que se reconociera la pensión de viudedad. En este punto cabe tener en cuenta lo dispuesto por el [artículo 38 de la Ley de clases pasivas del Estado](#), que exige la inscripción de la pareja en un registro en el que conste la constitución de la misma. Así las cosas, la posterior [STS de 24 de marzo de 2022](#) reconoció la disparidad de criterio existente en la materia, admitiendo que la [STS de 7 de abril de 2021](#) se refirió a un supuesto límite y que su diferente solución se explica a la luz de las circunstancias concurrentes. Circunstancias que, por lo demás, no quedan muy alejadas del supuesto de hecho de la mencionada sentencia del año 2022, que consistió en una pareja que convivió ininterrumpidamente desde 1965 hasta 2019 y que tuvo cuatro hijos en común. En resumidas cuentas, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, con algún que otro vaivén interpretativo, también resulta absolutamente necesario que la pareja de hecho esté debidamente inscrita.

Para finalizar con este apartado, según el criterio mantenido por parte del TS, del tenor literal del [artículo 38 del Decreto 3158/1966](#) se deduce la necesidad de que, para acrecer porcentualmente la prestación de orfandad, la misma debe ser «absoluta», es decir, con la inexistencia de alguna persona progenitora que pueda hacerse cargo del huérfano/a. Reza el señalado precepto lo siguiente:

Quando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 %.

Por lo tanto, esto no se dará cuando la pareja supérstite no haya obtenido la pensión de viudedad, en este caso particular, por no haber formalizado la relación de pareja de hecho –SSTS (2) de 29 de enero de 2014 (recs. [3119/2012](#) y [1122/2013](#))–.

4. El requisito cuantitativo: el desequilibrio económico ocasionado tras el fallecimiento

El [artículo 221.1 de la LGSS](#) establecía un requisito que no se les exige a los/las cónyuges. Concretamente, para las parejas de hecho se preveía, desde los inicios de esta regulación específica, una cierta dependencia económica con el sujeto causante.

De entrada, cabe destacar que no es contrario al [artículo 14 de la Constitución española \(CE\)](#) establecer para las parejas de hecho un requisito de dependencia económica que no

se exige en el caso de los matrimonios. Es, por ende, una cuestión de legalidad ordinaria, pudiendo el legislador optar por la inclusión de una serie de requisitos que denoten cierta dependencia económica.

En ese sentido, el aludido precepto condicionaba la pensión de viudedad a que los ingresos de la persona sobreviviente «durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 % de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo». Por lo tanto, en principio, la pareja de hecho superviviente debía depender, en cierta medida, de la persona fallecida. Esta cuestión se relajaba un tanto en el caso en el que existieran hijos/as comunes con derecho a pensión de orfandad, puesto que el porcentaje se situaba en el 25 %. Esta situación se explicaba por la necesidad de asumir mayores gastos de la unidad familiar cuando todavía existían hijos/as a cargo. Esta forma de medir la dependencia económica no revelaba una situación de necesidad económica real, sino que se comparaban las rentas de ambas personas, pudiendo estas tener un patrimonio elevado, sin que este dato frustrase el reconocimiento de la pensión de viudedad.

Por su parte, para dos personas que tuvieran un menor poder adquisitivo era posible que el/la superviviente no terminara por disfrutar de la pensión por el mero hecho de tener un patrimonio superior al de la persona fallecida. Por ello, seguramente, para evitar que personas en situación de necesidad no pudieran acceder a la pensión, se establecía una cláusula de cierre en la que, en todo caso, se expresaba que también se devengaba la pensión:

[...] cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción.

Esta renta se flexibilizaba en 0,5 puntos porcentuales por cada hijo/a común con derecho a pensión de orfandad.

En este segundo método de cálculo, el punto de mira no se centraba en la pareja en sí, sino exclusivamente en la persona superviviente, cuyas rentas no debían superar 1,5 veces el salario mínimo interprofesional (SMI) vigente. Por lo tanto, aquí no había un supuesto desequilibrio entre la pareja en sentido estricto, sino más bien la carencia de rentas respecto de un patrón objetivo de medida. Además, al contrario de lo que sucedía con el requisito genérico, esta escasez de rentas a efectos de percibir la pensión de viudedad debía acontecer tanto en el momento del hecho causante como durante el disfrute de la misma. Se trataba de un supuesto que, dado que atendía exclusivamente a los ingresos de la persona superviviente, se asemejaba a una prestación de carácter más asistencial.

Respecto del cómputo de las rentas, era posible que se excluyeran de la interpretación las rentas exentas de impuesto, es decir, que no debían tenerse en cuenta, sin que esto no arrojara un resultado contrario al [artículo 14 de la CE \(Auto del TC 133/2019, de 29 de octubre\)](#). De este modo, la remisión abierta y genérica que hace la norma ([art. 59.1 LGSS](#)) a

«los términos establecidos en la legislación fiscal» y, en concreto, al «concepto» establecido para dichas rentas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas «deja al órgano judicial un margen suficiente para que, sin forzar el tenor de los preceptos analizados, pueda interpretarlos en el sentido más adecuado a las particularidades del caso».

Como se habrá podido apreciar, he utilizado en todo momento el tiempo verbal en pasado porque ya ha sido aprobada la reciente [Ley 21/2021](#), citada *supra*, que ha eliminado toda previsión económica de la pareja de hecho a la hora de acceder a la pensión de viudedad. Dicho de otro modo, en la nueva redacción del [artículo 221 de la LGSS](#) no hay rastro alguno del requisito del desequilibrio económico entre la pareja, ni sobre las rentas inferiores a un determinado porcentaje respecto del SMI vigente.

En resumidas cuentas, la desaparición de este requisito permite a la pareja de hecho superviviente acceder a la pensión de viudedad sin que la entidad gestora entre a valorar su nivel de rentas. En definitiva, en estos momentos existe una equiparación total respecto de la situación legal prevista para los matrimonios. De tal manera que, si se reúnen los restantes requisitos, se le reconocerá a la pareja de hecho superviviente la mencionada pensión de naturaleza pública sin importar si tiene mayor o menor poder adquisitivo (del mismo modo que sucede en el caso de los/las cónyuges).

5. La posibilidad de que las parejas de hecho que no pudieron acceder a la pensión en su momento sí que puedan hacerlo en la actualidad: una opción transitoria

En último término, cabe comentar que la [Ley 21/2021](#) ha introducido una [disposición adicional cuadragésima](#) en la LGSS denominada «pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales», que consiste realmente en una normativa transitoria para parejas en las que uno/a de sus miembros hubiera fallecido con anterioridad al 1 de enero de 2022. Para el reconocimiento excepcional de la pensión se han de dar cuatro circunstancias:

- Que el fallecimiento de la persona causante no hubiera causado derecho a pensión de viudedad. Por ejemplo, que se hubiera denegado por no cumplir con el requisito del desequilibrio económico, o bien por no acreditar una convivencia estable teniendo hijos/as en común. Ahora bien, en todo caso, la persona causante sí que debía reunir los requisitos de alta y cotización.
- Que la persona beneficiaria pueda acreditar que cuando falleció la causante existía una pareja de hecho debidamente registrada.
- Que la persona beneficiaria no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

- Que la persona que desee esta prestación especial debe solicitarla dentro de los 12 meses siguientes a su entrada en vigor, es decir, dentro del año 2022, hasta la finalización del mismo. Los efectos económicos, en caso de resolverse a favor, se devengarán desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

En esencia, esta disposición permite que todas aquellas personas que no pudieron acceder a la pensión de viudedad por no cumplir con alguno de los requisitos que ahora se han modificado puedan solicitar la misma. Se les exige, eso sí, que tuvieran los requisitos genéricos previstos en el [artículo 219 de la LGSS](#), en especial, alta y cotización, y, además, que la pareja esté debidamente registrada (pues esto se sigue exigiendo). Pero también pienso que, por ejemplo, una pareja sin hijos/as en común que no hubiera convivido más de 5 años no podrá optar a esta pensión especial, porque ese requisito estaba antes del 1 de enero de 2022 y también está después. Más bien, considero que se da la opción a aquellas personas que no pudieron acceder a la pensión de viudedad con la regulación anterior, pero que a partir del año 2022 sí que hubieran podido resultar beneficiarias. Por ejemplo, que en su momento no pudieran acreditar más de 5 años de convivencia teniendo hijos/as en común, que no optaran a la misma por no reunir los antiguos requisitos económicos (dependencia económica), o porque fueran una expareja (siempre y cuando hubieran pactado una pensión compensatoria). Considero que no tendría demasiado sentido permitir una pensión extraordinaria en la que no se cumplan, ni siquiera, los requisitos actuales de la norma (ya que en ese supuesto las personas que enviudaron antes del año 2022 estarían en una mejor situación jurídica que las que lo hagan a partir de esa fecha, constituyendo un trato que entendería discriminatorio). Lo razonable es pensar que a las personas que enviudaron antes del año 2022 se las intenta poner en pie de igualdad respecto de las que lo hagan del 1 de enero de 2022 en adelante.

Sensatamente, esa solicitud no puede serlo *sine die*, por lo que la norma deja todo el año 2022 para que las personas que no pudieron ser beneficiarias de la pensión de viudedad puedan solicitarla de forma excepcional. Además, para que se le reconozca la pensión, la persona beneficiaria no debe tener reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. La utilización de la palabra «pensión» deja fuera cualquier prestación contributiva temporal (por ejemplo, incapacidad temporal o desempleo: que sí que podrían solicitar la de viudedad). Lo que la norma prohíbe en esta pensión especial es que se pueda simultanear la misma con la pensión de jubilación o por incapacidad permanente, ambas vitalicias. Por su parte, no habría problema en simultanearla con cualquier otra pensión cuyo carácter sea asistencial.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, lo que se persigue con esta normativa especial es lo siguiente: que las personas que no tengan reconocida una pensión vitalicia de carácter contributivo y que no pudieron acceder a la de viudedad como consecuencia de los requisitos existentes en su momento puedan solicitarla durante el año 2022 con los requisitos previstos por la normativa actual.



En último término, cabe apuntar simplemente que negar esta pensión especial cuando se esté cobrando la jubilación o la incapacidad permanente puede dar lugar a situaciones en cierta medida llamativas. Por ejemplo, no la recibirá una persona que tenga una pensión de jubilación o de incapacidad permanente de escasa cuantía (*v. gr.*, en su mínimo legal), mientras que sí que se le reconocerá la pensión a otra persona que estuviera en activo y prestando servicios por cuenta ajena o por cuenta propia con un salario o unos beneficios muy elevados.

El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)**

María Gema Quintero Lima

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

Universidad Carlos III de Madrid (España)

mariegema.quintero@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-0014-2709>

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve en la Sentencia de 24 de febrero de 2022 una cuestión prejudicial, atípicamente planteada por un juzgado de lo contencioso-administrativo, en la que se plantea la eventual discriminación indirecta presente en la actual regulación del sistema especial de personas empleadas en el hogar. En este sistema especial del régimen general de la Seguridad Social no está prevista la cobertura de las situaciones legales de desempleo y, por ende, no cabe cotización por dicha contingencia. En la medida en que el colectivo de personas en alta en dicho sistema es mayoritariamente femenino, el tribunal ha de analizar el eventual tratamiento diferente y desventajoso de la normativa española, así como pronunciarse sobre la existencia de un fin legítimo de política social que pudiera justificarlo. Constatado el trato desigual, así como la inexistencia de justificación razonable, el tribunal concluye que el actual artículo 251 d) de la Ley general de la Seguridad Social resulta indirectamente discriminatorio y contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. En la sentencia se ha permeado el elenco de valoración del abogado general Maciej Szpunar, que contiene un análisis novedoso de la discriminación desde un planteamiento crítico metajurídico. El pronunciamiento abre la puerta a una pléyade de posibilidades jurídicas ulteriores, que no han tardado en evidenciarse en la actividad judicial española.

Palabras clave: trabajo de servicio doméstico; hogar familiar; discriminación; desempleo; sistema especial; cotización; empleo informal; fraude; desamparo social.

Recibido: 03-04-2022 / Aceptado: 05-04-2022

Cómo citar: Quintero Lima, M. G. (2022). El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 468, 187-194.

The discriminatory treatment of the –absence– unemployment protection in the special home employment system

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 24 February 2022 (case C-389/20)

María Gema Quintero Lima

Abstract

The Court of Justice of Luxembourg in the Judgment of February 24, 2022, resolves a preliminary ruling atypically raised by a contentious-administrative court in which the possible indirect discrimination present in the current regulation of the special system of people employed in the home was called in question. In this special system of the general Social Security scheme, there is no provision for coverage of legal situations of unemployment and, therefore, it is not possible to contribute for a such need situation. To the extent that the group of people registered in said system is predominantly female, the court must analyze the different and disadvantageous treatment of the Spanish regulations, as well as rule on the existence of a legitimate purpose of social policy that eventually could justify them. Having verified the unequal treatment, as well as the absence of reasonable justification, the Court of Justice of the European Union concludes that the current article 251 d) of the General Law of Social Security is indirectly discriminatory and contrary to article 4.1 of Directive 79/7/CEE. The list of valuations by attorney general Maciej Szpunar has permeated the ruling, which contains a novel analysis of discrimination from a meta-legal critical approach. The pronouncement opens the door to a plethora of subsequent legal possibilities, which have not taken long to be evidenced in the Spanish judicial activity.

Keywords: domestic service work; family home; discrimination; unemployment; special system; contribution; informal employment; fraud; social helplessness.

Citation: Quintero Lima, M. G. (2022). The discriminatory treatment of the –absence– unemployment protection in the special home employment system. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 24 February 2022 (case C-389/20). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 187-194.

1. Marco jurídico

A pesar de que la reforma de 2011 resultara progresista respecto de la normativa precedente¹, por proceder a una nueva regulación de la relación laboral especial (RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar) y por incorporar al colectivo de personas empleadas al servicio del hogar familiar al régimen general (disp. adic. trigésima novena Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), sin embargo, había seguido manteniendo un estándar muy desigual de protección en sendas vertientes, laboral y de Seguridad Social. Esta desigual regulación del trabajo de servicio doméstico ha ido generando una litigiosidad continuada en la jurisdicción social española (respecto de algunas materias como el desistimiento, el despido, el salario mínimo, pero recientemente también respecto de pensiones), con algún devaneo ante el Tribunal de Luxemburgo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19) es un antecedente próximo a la [sentencia aquí comentada](#), referida a la jubilación anticipada y la imposibilidad *de facto* de acceder a ella desde el sistema especial de empleo en el hogar, como consecuencia de las condicionantes intensidades contributivas exigidas en el régimen general.

Parecía cuestión de tiempo/oportunidad que pudiera llegar al Tribunal de Luxemburgo una nueva petición de análisis de la eventual justificación de esas diferencias protectoras, dentro del marco de alguna de las directivas de igualdad y no discriminación respecto de las condiciones de trabajo y/o de la protección por el sistema de Seguridad Social español.

¹ En el año 1969, en el recién estrenado sistema español de Seguridad Social, se crea en España el régimen especial de servicio doméstico (Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre), con un esquema protector con estándares de protección bastante alejados de los del régimen general. En la vertiente estrictamente laboral, hasta el año 1985 (disp. adic. primera Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) no se reguló la relación laboral especial de servicio del hogar familiar que contemplaba el artículo 2 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. El Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regulaba la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, era también una norma que contemplaba reglas jurídicas diferenciadas y menos protectoras de las de la relación laboral común, justificadas a partir de las especialidades de la prestación laboral dentro del hogar familiar, al servicio de un empleador cabeza de familia no empresario.

2. Síntesis del problema planteado

Así, en un momento pospandémico, de renovado auge de la promoción del trabajo decente y la igualdad de género, de debates sobre el nuevo contrato social y el valor central de los cuidados, la [STJUE de 24 de febrero de 2022 \(STJUE\), en el asunto C-389/20](#), constituye un objeto de análisis extraordinario. Dicha sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo (Pontevedra), mediante Auto de 29 de julio de 2020, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de agosto de 2020, en el procedimiento entre CJ (la empleada de hogar) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

En el origen del pronunciamiento se halla una cuestión prejudicial atípica. Porque es planteada por un juzgado de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero que versa sobre una materia más propia de la jurisdicción social, a saber, el cuestionamiento del carácter eventualmente discriminatorio del [artículo 251 d\) de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), que excluye de la protección por desempleo a las personas trabajadoras encuadradas en el régimen general y dentro del sistema especial de personas empleadas de hogar. Personas aseguradas estas que, en consecuencia, ni están obligadas a cotizar por desempleo ni pueden ser beneficiarias de prestación alguna por dicha contingencia.

Así, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y de los artículos 5, letra b), y 9, apartado 1, letras e) y k), de la [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. El tribunal admite sendas cuestiones, si bien no tarda en considerar que esta segunda no resulta aplicable al litigio, porque se refiere a asuntos de ocupación y empleo, en los que no pueden quedar comprendidos los regímenes legales de Seguridad Social ([STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#)), a los que sí se refiere la [Directiva 79/7](#).

3. Claves de la doctrina judicial

En el procedimiento, el abogado general presenta el 30 de septiembre de 2021 unas [conclusiones](#) inusuales. Primero, por la rotundidad de la respuesta prolija de contraargumentos de las apreciaciones del Estado español, y la vehemencia de la propuesta al Tribunal de Justicia, en orden a considerar que el artículo 4 de la [Directiva 79/7](#) se opondría a una disposición nacional que excluyera de las prestaciones por desempleo a las personas empleadas de hogar; segundo, por la permeabilidad que presenta a los argumentos

del órgano judicial nacional presentados en el escrito de remisión (14 de agosto de 2020); tercero, también porque, al aplicar el patrón argumentativo en torno a la existencia de discriminación indirecta, el abogado general sale del mero formalismo (identificar términos de comparación y objetivos de política social del Estado miembro) y, contradiciendo las tesis del Gobierno español y de la TGSS, analiza el contexto normativo más allá de una lectura positivista del sistema, con recurso a realidades sociológicas [atribución de roles de género, (infra)valor social del trabajo de cuidados, características –de precariedad– del mercado de trabajo español en general, como contexto más amplio del sector de servicios en el hogar].

Asimismo, como corolario de sus conclusiones, al final, el abogado Szpunar se permite hacer unas consideraciones adicionales (puntos 102-104) que contienen una visión crítica de la política legislativa española en sí misma considerada. Así, dentro de un tono jurídicamente respetuoso, se refiere, por un lado, al incumplimiento de lo establecido en la [disposición adicional segunda del Real Decreto 1620/2011](#) (creación de un grupo de expertos que, entre otras cuestiones, valorase la viabilidad de extender la protección por desempleo al colectivo normativamente excluido). Y, por otro lado, menciona el artículo 14 del [Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#), no ratificado por España, pero en el que se establece la obligación para los Estados de constituir un sistema de protección no menos favorable para el colectivo de personas trabajadoras domésticas. Como si pretendiera que esos dos elementos, programáticos, debieran servir de impulso axiológico añadido para resolver ejecutivamente la disfunción normativa.

Pues bien, la [STJUE de 24 de febrero de 2022](#) asume el grueso de la argumentación de las conclusiones del abogado general, para, de un modo menos impetuoso, declarar que:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Durante el proceso, el Gobierno y la TGSS han tratado de mantener que no hay ningún trato desigual por razón de género, dado que la exclusión se predica de todo el elenco de personas encuadradas en el sistema, sin consideración alguna al sexo. Además, han pretendido enervar el efecto de los datos estadísticos, oponiendo el número de hombres y mujeres presentes globalmente en el régimen general (51,04 % hombres y 48,96 % mujeres). Sin embargo, el tribunal ha considerado que la exclusión de las personas del sistema especial de empleo del hogar de la protección por desempleo (ex [art. 251 d\) LGSS](#)) sí genera una desigualdad de trato por razón de sexo, en la medida en que sí se puede objetivar estadísticamente, con

los datos obrantes de la TGSS, que genera una desventaja particular para un porcentaje muy alto de mujeres empleadas del hogar (el 95,53 % de las personas afiliadas en el sistema)².

De la misma manera, el Estado español ha tratado de justificar objetivamente el tratamiento diferenciado respecto del resto de personas trabajadoras del régimen general, fundamentando la exclusión en que: a) el sector de los empleados/as de hogar presenta elevadas tasas de empleo, un escaso nivel de cualificación y, por ende, de retribución, así como un porcentaje elevado de personas no afiliadas; b) la relación laboral especial lo es en atención al particular sujeto empleador (cabeza de familia que no obtiene lucro mercantil) y el lugar de trabajo (domicilio protegido con una garantía de inviolabilidad respecto de la actividad inspectora); circunstancias que, de un lado, pueden afectar a las tasas de formalidad (si se incrementaran las contribuciones al extender la cobertura por desempleo) y, de otro, al incremento del fraude (por las dificultades de comprobar la realidad de la situación protegida); c) las personas aseguradas en el sistema especial cuentan con una cobertura social suficiente por el sistema, a pesar de que su esfuerzo contributivo no sea equiparable al del resto de cotizantes en el régimen general.

El tribunal, adoptando la argumentación del abogado general, no comparte la opinión del Estado español, y afirma que este trato resulta discriminatorio en la medida en que: si bien la exclusión podría responder a eventuales finalidades de política social (características del sector, mantenimiento de niveles de empleo y contratación, y prevención del fraude y lucha contra el empleo ilegal), no se aplica de forma coherente y sistemática respecto de otros colectivos del régimen general (que a pesar de también prestar servicios en los domicilios particulares, en sectores igualmente caracterizados –por tasa de empleo, cualificación, remuneración– por la sensibilidad a los incrementos de los costes sociales, sin embargo, sí están cubiertos por desempleo), ni tampoco respecto del colectivo de personas del sistema especial (que sí están cubiertas por contingencias profesionales en el centro de trabajo-domicilio particular)³; por último, es una medida que va más allá de lo necesario porque genera efectos –colaterales– allende la mera ausencia de protección por desempleo, en tanto en cuanto impide tránsitos prestacionales por otras contingencias, generando una situación de desamparo social, incluso⁴.

En suma, con una argumentación más sucinta (y más diplomática), desde un positivismo más clásico (pero que permea una cierta visión crítica), que la que se contenía en las conclusiones del abogado general, el TJUE concluye con la declaración de que la exclusión del [artículo 251 d\) de la LGSS](#) puede interpretarse como contraria al artículo 4 de la [Directiva 79/7](#); declaración que ha de servir, como indicación, para que el órgano judicial remitente pueda dictar su resolución.

² Puntos 45 y siguientes de la [STJUE](#).

³ Es más, no se ha conseguido probar que el colectivo excluido presente comportamientos fraudulentos mayores que el colectivo análogo que sí está incluido (puntos 61 y ss. [STJUE](#)).

⁴ Puntos 68 y siguientes de la [STJUE](#).

4. Trascendencia de la sentencia y valoración crítica

Como si hubiera distintos asuntos colaterales en suspenso, además del que daba causa a la cuestión prejudicial del asunto C-389/20, esperando el resultado del Tribunal de Justicia, no se han demorado los pronunciamientos que han asumido la nueva doctrina de la **STJUE**. Sirvan tres ejemplos inmediatos.

4.1. Reconocimiento de un derecho congelado

Evidentemente, poco ha tardado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo en resolver el asunto (proc. abreviado 93/2020) que dejó pendiente cuando planteara la cuestión prejudicial en julio de 2020. Así, en [Sentencia 68/2022, de 17 de marzo](#), estima el recurso frente a la resolución de la TGSS que desestimaba la solicitud de cotización por desempleo, la declara materialmente disconforme a derecho, la anula y revoca. Adicionalmente, declara el derecho de la empleada de hogar a cotizar por la contingencia de desempleo, en los términos legales que se establezcan en el futuro.

Es decir, a pesar de que aún no hay norma alguna que establezca la obligación de cotizar, y sigue vigente aquella que excluye de la protección por desempleo, declara un derecho latente futuro, que se hará efectivo a partir de que eventualmente se reforme la normativa de Seguridad Social.

Aparentemente, el órgano judicial ha generado una regla de derecho intertemporal referida a una norma *non nata*. Sería el legislador el encargado de delimitar qué efectos querría otorgar a una eventual nueva regla de cobertura. Y podría retrotraer efectos, o no, al momento de la **STJUE**. Aun cuando no lo hiciera, la [Sentencia de 17 de marzo de 2022](#), que ya pretende dotar de efectos a dicha [Sentencia de 24 de febrero de 2022](#), se autoerige como título ejecutivo suficiente para reconocer un derecho consolidado a partir del momento en que se evidenció el carácter discriminatorio de la normativa excluyente de la protección por desempleo y el órgano judicial español pudo aplicarlo. Habrá que esperar a cómo se articula la sentencia con la plausible nueva norma sobre cotización por desempleo en el sistema especial de empleo del hogar.

4.2. Reconocimiento de un subsidio asistencial de desempleo

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dicta el 16 de marzo [sentencia](#) en recurso de suplicación 5506/2021 contra sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona, para revocarla y reconocer el derecho de la actora/recurrente a percibir subsidio de desempleo para mayores de 52 años. La sala se apoya en la **STJUE** para estimar que, dado que resulta discriminatoria la exclusión de la cobertura por desempleo a

las personas incardinadas en el sistema especial de empleo del hogar, no puede denegarse subsidio asistencial a una persona que sí reúne la carencia genérica, y todos los demás requisitos particulares de la modalidad, pero no los referidos a carencia específica e inscripción como demandante de empleo; requisitos estos que no puede acreditar por haber estado prestando servicios como empleada del hogar, dentro del sistema especial. De nuevo, el órgano juzgador dota de efectos (en este caso retroactivamente incluso, porque el hecho causante del eventual derecho se ubicaría temporalmente en 2019) a la doctrina judicial del TJUE. Se enervan así algunos de esos inconvenientes/efectos colaterales de la exclusión discriminatoria a los que el Juzgado número 2 de Vigo que planteó la cuestión prejudicial en el asunto C-389/20 se refería en la misma. La imposibilidad de cotizar por desempleo se proyecta en los tránsitos a otras prestaciones, más allá de la prestación contributiva por desempleo.

4.3. Reconocimiento de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)

La [Sentencia 91/2022, de 14 de marzo](#), del Juzgado de lo Social de Barcelona, condena al Fogasa a abonar a una empleada doméstica la cuantía correspondiente a la indemnización por despido improcedente que le fue reconocida en Sentencia del Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona de 12 de abril de 2018, pero que no pudo ser ejecutada por declaración de insolvencia total del sujeto deudor. La magistrada asume que es cierto que las personas trabajadoras con relación laboral especial al servicio del hogar familiar no están incluidas en el ámbito del [artículo 11 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo](#), sobre organización y funcionamiento del Fogasa, y, por lo tanto, el empleador particular no está obligado a cotizar. Sin embargo, mediante el recurso a la argumentación de la [STJUE de 24 de febrero de 2022](#) (que transcribe en buena parte en su fundamento jurídico tercero), extrapola sus conclusiones a la ausencia de cotización por Fogasa; algo que afecta estadísticamente a las mujeres trabajadoras en el marco de la relación laboral especial, que no contempla tal protección, y para cuya exclusión no hay justificación legítima alguna tampoco.

Es relevante cómo en la sentencia ya se menciona la [Directiva 2006/54](#), lo que abre conceptualmente la idea a cuestionar la relación laboral especial misma a partir del derecho de la Unión.

Habrá que esperar un desarrollo normativo rápido, que reorganice la disfunción declarada. O la doctrina judicial parece ser capaz de crear reglas inmediatas a partir de la [STJUE...](#)

El orden social como garante del cumplimiento de prevención (y reparación) de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia

A propósito de la **Sentencia del Tribunal Supremo 50/2022, de 19 de enero**, y de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022 (rec. 1016/2021)**

José María Moreno Pérez

Abogado

Profesor asociado. Universidad de Jaén (España)

j.m.moreno_perez@telefonica.net | <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>

Extracto

A vueltas con la competencia del orden social por incumplimientos en materia de prevención y el tipo de acción que se ejerce, el Tribunal Supremo no tiene ningún reparo en considerar correcto el procedimiento de conflicto colectivo con invocación de derechos fundamentales cuando se trata precisamente de tales incumplimientos. Del mismo modo, la acción de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo culposos, aun por la negligencia de un tercero, sigue determinando la competencia del orden social. También queda claro que el orden judicial social es el competente para conocer tanto de eventuales incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales como de las acciones reparadoras, aun cuando se haga en el marco de un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, y ello frente a las personas funcionarias y probablemente también para las militares. La fuerza atractiva del orden social para conocer de las cuestiones de cumplimiento preventivo facilita y alienta su ejercicio, pero en modo alguno garantiza el éxito ni la eficacia de la prevención o simplemente de la reparación.

Palabras clave: negligencia profesional; servicios de prevención; responsabilidad solidaria; conflicto colectivo; derechos fundamentales; incumplimientos preventivos; personal sanitario; competencia del orden social.

Recibido: 17-03-2022 / Aceptado: 18-03-2022

Cómo citar: Moreno Pérez, J. M. (2022). El orden social como garante del cumplimiento de prevención (y reparación) de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 50/2022, de 19 de enero, y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022 (rec. 1016/2021). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 195-205.

The social order as guarantor of compliance with risk prevention (and reparation): *vis atractiva*, post-pandemic incessant conflictivity

Regarding the Ruling of the Supreme Court 50/2022, 19 January, and the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas of 20 January 2022 (rec. 1016/2021)

José María Moreno Pérez

Abstract

With regard to the jurisdiction of the labour courts for breaches of prevention and the type of action to be brought, the Supreme Court has no qualms about considering the collective dispute procedure with invocation of fundamental rights to be correct when it is precisely such breaches that are at issue. Similarly, the civil liability action arising from accidents at work caused by negligence, even if caused by the negligence of a third party, continues to determine the jurisdiction of the labour courts. It is also clear that the labour courts are competent to hear both possible breaches of occupational risk prevention regulations and actions for compensation, even when this is done within the framework of a special procedure for the protection of fundamental rights, and this in the case of civil servants and probably also in the case of military personnel. The attractive force of the social order to hear matters of preventive compliance facilitates and encourages its exercise, but in no way guarantees the success or effectiveness of prevention or simply of reparation.

Keywords: professional negligence; prevention services; joint and several liability; collective conflict; fundamental rights; preventive breaches; health personnel; competence of the social order.

Citation: Moreno Pérez, J. M. (2022). The social order as guarantor of compliance with risk prevention (and reparation): *vis atractiva*, post-pandemic incessant conflictivity. Regarding the Ruling of the Supreme Court 50/2022, 19 January, and the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas of 20 January 2022 (rec. 1016/2021). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 195-205.

1. El marco normativo: la uniformidad competencial como garantía de erradicación del vicio del peregrinar de jurisdicciones

Antes de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), la enorme complejidad que suelen presentar las situaciones de accidentes de trabajo y su sistema de responsabilidades, con la intervención de un amplísimo abanico de sujetos, privados y públicos, con vínculos jurídicos de diferente naturaleza jurídica, incluso sin vínculos previos, llevaba con frecuencia a incurrir en una grave deficiencia de tutela forense: el temido vicio del peregrinar de jurisdicciones. Pero el [artículo 2 e\) de la LRJS](#) quiso poner fin a tan grave disfunción. La LRJS puso toda su confianza en el orden social para ser el único (al margen de las cuestiones penales) garante del cumplimiento efectivo de la normativa de prevención de riesgos laborales (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS- 796/2021, de 19 de julio](#)). Ello incluso si el personal es funcional o si intervienen personas terceras sin vínculos contractuales con las personas trabajadoras afectadas, medie o no daño (también para la acción directa contra las aseguradoras, sin perjuicio de la acción de repetición en el orden competente –civil–). Las dos sentencias que aquí comentamos, en cuestiones muy diversas, lo dejan bien claro.

Sin embargo, con la pandemia, pudo haber cierto conato de resurgir del mismo, en la medida en que asistimos a decenas de demandas de profesionales de un mismo sector, la mayoría de empleo público estatutario, funcional, que urgían tutela judicial, a la desesperada, por no disponer de los medios de protección preventiva (equipos de protección individual –EPI–) frente al riesgo de contagio, sea al orden contencioso sea al social. Más recientemente, tal riesgo de retorno de la diversidad y la fragmentación de decisiones sobre asuntos análogos, sino idénticos, podría observarse cuando las demandas, pasada prácticamente la pandemia, no se dirigen a pedir amparo preventivo, sino a reclamar la responsabilidad «civil» (dejamos la cuestión de la calificación de la contingencia) causada de los constatados incumplimientos preventivos, constituyan o no vulneraciones de derechos fundamentales, como el [artículo 15 de la Constitución española](#) (CE) (derecho a la integridad psicofísica).

A este respecto, si en el pasado ese conflicto se produjo básicamente con el orden civil, al mediar sujetos y relaciones de carácter público en buen número de cuestiones recientes, se vinculen o no a la pandemia, la conflictividad se produce para trazar las fronteras con el orden contencioso (responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas). Incluso cuando no se trata de Administraciones públicas, sino de entidades de naturaleza pública que tienen algún papel legalmente reconocido a la hora de abordar

sea la prevención de riesgos laborales, en principio deuda de las empresas ex [artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL), sea la reparación por los daños derivados del fracaso preventivo, determinados preceptos de la propia LRJS abren espacios para las dudas interpretativas, como el [artículo 3 g\) de la LRJS](#). Este será el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022 (rec. 1016/2021).

2. Los relatos de hechos: breviario de las circunstancias de los casos

2.1. El asunto resuelto, en unificación ordinaria, por la [STS 50/2022, de 19 de enero](#), fue expuesto en el [número 461-462 de esta revista](#), por lo que aquí se hará una síntesis muy breve. En este caso, la [STSJ de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#), dictada en un procedimiento de conflicto colectivo, declaró vulnerados tanto el derecho fundamental a la integridad psicofísica ex [artículo 15 de la CE](#) como el derecho constitucional a la salud del personal de atención primaria y pediatría de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), por no realizar una evaluación de las cargas de trabajo, incluidos sus factores psicosociales. Además, ordenaba que, a través del referido plan de gestión preventiva, determinara «la carga de trabajo fijando los cupos, número máximo de pacientes a atender por jornada de trabajo y tiempo mínimo de dedicación a cada uno», así como la obligación de cubrir las vacantes existentes en la plantilla. Tanto la CAM como el sindicato demandante presentaron recurso de casación ordinaria. Para el sindicato, la sentencia debió condenar también al Ministerio de Sanidad, no solo a la CAM. Para la CAM, la sentencia sería incongruente, creando indefensión, y, además, vulneraría el [artículo 16 de la LPRL](#) (motivo del [art. 207 e\) LRJS](#)).

2.2. Bien distinto es el asunto ventilado en la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022 \(rec. 1016/2021\)](#). En el cuerpo de la demanda presentada por una vigilante de seguridad privada se describe la actuación del médico adscrito a una –extinta– sociedad de prevención, que la trabajadora considera negligente al calificarla «Apta» para volver a su puesto, sin adaptación tras un proceso previo de baja médica y haber sido intervenida quirúrgicamente tras un accidente de trabajo. La actora entiende que la recomendación desde el servicio de prevención ajeno dio lugar a su recaída por accidente de trabajo, una segunda intervención quirúrgica y finalmente acaba siendo declarada en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de auxiliar de vigilante de seguridad derivada de accidente de trabajo. Con fundamento en lo que considera un «error de prescripción médica», reclama una indemnización por daños y perjuicios que se cuantifican en la demanda aplicando el baremo de la [Ley 35/2015](#) (sistema de valoración-baremo de daños personales derivados de accidentes de tráfico), ascendiendo la cantidad reclamada a 129.292,06 euros. En cambio, ningún reproche se hacía a la mutua –entonces– de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (que pertenecían al mismo grupo) por su actuación de asistencia sanitaria.

Presentada su demanda en la jurisdicción civil, esta la rechazó en favor de la contenciosa que, a su vez, se inhibió en favor de la social que, a su vez, también declaró su incompetencia. En este caso, además, el auto se dictó sin audiencia a las partes ni al Ministerio Fiscal y sin especificar el orden adecuado para la acción de responsabilidad civil. El fundamento de tal nueva –la tercera– inhibición fue la exclusión del citado [artículo 3 g\) de la LRJS](#), conforme a la doctrina del [Auto del TS 5/2019, de 19 de febrero](#), de la Sala Especial de Conflictos de Competencia. Disconforme la trabajadora, presentó recurso de suplicación, por considerar que se violaba sea la obligación de elevar la cuestión de competencia de oficio (arts. [42](#) y [43](#) Ley orgánica del Poder Judicial) sea el [artículo 2 e\) de la LRJS](#).

3. Doctrinas jurisprudencial y judicial sobre la vis atractiva del orden social: síntesis de los razonamientos jurídicos para los fallos respectivos

3.1. En lo que concierne a los recursos de casación en el asunto del personal sanitario de la CAM, la [STS 50/2022, de 19 de enero](#), desestimaré el interpuesto por parte sindical. En cambio, estimaré el presentado por la CAM. El resultado de la estimación será solo una revocación parcial de la sentencia de instancia, porque la CAM se allanó en el incumplimiento preventivo y se comprometió a la evaluación de riesgos laborales ex [artículo 16 de la LPRL](#). Lo exponemos por separado.

a) Demanda confusa, pero procedimiento correcto de conflicto colectivo con invocación de derechos fundamentales.

De la amplia batería de excepciones (algo muy habitual en este tipo de conflictos), tras desestimar la de falta de legitimación activa del sindicato, de inadecuación del procedimiento y acumulación indebida de acciones, estimó la de legitimación pasiva del Ministerio de Sanidad. Para el TS «resulta evidente la mezcla» de cuestiones muy diferentes, acumulando «de manera indebida diversas pretensiones, unas [...] la vulneración del derecho a la vida y a la integridad [...] y otras de mera legalidad ordinaria», contrariando el [artículo 178.1](#) en relación con el [artículo 184 de la LRJS](#) (FJ 2.º, punto 1). Sin embargo, considera adecuada la decisión de instancia social de desestimar estas excepciones, porque se habría seguido el procedimiento correcto, el de conflicto colectivo, sin que sea impeditivo invocar la vulneración de derechos fundamentales (FJ 2.º, punto 3).

Sigue la doctrina fijada un año antes. Así, también respecto del personal sanitario, la [STS 217/2021, de 17 de febrero](#), establece que, de un lado, la competencia del orden social no se excluye porque la acción se plantee por personal estatutario y respecto a un procedimiento de tutela de derechos fundamentales (cuestión que la sentencia de nuestro comentario no aborda, porque se siguió el procedimiento de conflicto colectivo, pero asume tácitamente al resolver el recurso de casación sin cuestionar la competencia –recuérdese

que debe plantearse incluso de oficio–). De otro, que un incumplimiento del deber de evaluar y prevenir los riesgos laborales derivados de la exposición al SARS-CoV-2 no supone, en sí, una vulneración de derechos fundamentales.

b) El TS confirma la falta de legitimación activa del Ministerio de Sanidad.

La normativa del estado de alarma (inconstitucional, después) no alteró el reparto de obligaciones preventivas (FJ 3.º, punto 2).

c) La sentencia recurrida sí incurriría en graves defectos de motivación por incongruencia interna (el pronunciamiento entra en conflicto con sus razonamientos), si bien no se estimará la nulidad de la sentencia.

La citada [STS 50/2022, de 19 de enero](#), califica de incongruente afirmar que la carga de trabajo fijando cupos y tiempos máximos excede los límites del procedimiento, y en el fallo estima la petición (FJ 4.º). También es contradictorio razonar que excede del procedimiento fijar la ratio de plantilla debida, reconocida la insuficiencia y adoptado el compromiso de cubrirla y luego condenar en el fallo a fijarla. Pero apreciada la incongruencia interna de la sentencia, no la anula, porque, siguiendo criterios consolidados (por ejemplo, [STS 83/2021, de 25 de enero](#)), debe primar la economía procesal, tratándose de una cuestión jurídica.

d) La deuda de protección de la seguridad y salud en el trabajo no implicaría ni la fijación de cargas de trabajo concretas ni la ratio de plantilla adecuada a tal fin.

Entrando en el fondo, para el TS, la aplicación de la normativa preventiva según su finalidad de garantía de cumplimiento efectivo del deber empresarial de protección eficaz de la salud y seguridad de su personal (sanitario), cuya obligación está fuera de duda (también porque así lo ha asumido la CAM):

[...] excede de los límites de una condena a efectuar un plan de prevención [...] el establecer un contenido concreto [...] sin haber efectuado con anterioridad la oportuna evaluación de riesgos. Y, en modo alguno, cabe imponer como contenido [...] cuestiones [...] que implican predeterminar la organización del trabajo y la fijación de plantillas [...] (FJ 5.º, punto 3).

3.2. En lo que concierne al recurso de suplicación, la comentada [STSJ de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022](#) precisa que estamos ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad civil) derivada de una supuesta negligencia del especialista médico, adscrito a la especialidad de medicina del trabajo de una entidad de prevención de riesgos ajena de la empleadora. No se solicita responsabilidad de esta entidad como colaboradora de la Seguridad Social en la gestión de asistencia sanitaria ([arts. 80 y ss. Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)) sino como entidad de prevención de riesgos legalmente constituida, conforme al régimen precedente ([RD 688/2005, de 10 de junio](#)). El [artículo 22 del Real Decreto 39/1997](#) separaba la actuación sanitaria de las mutuas de accidentes de trabajo (hoy mutuas colaboradoras) de su calidad de servicios de prevención

(que hoy no tienen, salvo lo que prevé el [art. 83.2 LGSS](#)). Por lo tanto, sin perjuicio de la probanza de los hechos –en el juicio de fondo–, la actora habría hecho una adecuada identificación de los elementos que exige una acción de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo culposos, aun por la negligencia de un tercero (servicio de prevención ajeno). Por tanto, la competencia es del orden social. En este caso, la estimación del recurso implica devolver los autos para que se pronuncie en instancia sobre el fondo.

4. Su trascendencia más allá de los casos: el orden social, garante del cumplimiento preventivo, pero no siempre de su eficacia

4.1. Sin dudas sobre competencia del orden social en prevención y reparación de riesgos laborales en el empleo funcional (civil): ¿y en lo militar?

La [STS 50/2022, de 19 de enero](#), presenta notable interés, procesal y sustantivo. Frente a las dudas que albergaban las Salas Tercera y Cuarta sobre el orden judicial competente para conocer de eventuales incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, cuanto de las reparadoras, se trataba y la acción se ejercía en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales (por ejemplo, [STS 903/2018, de 11 de octubre](#): la competencia es del orden social porque se accionó por violación de normas de prevención, no por el especial de tutela), ahora queda claro que la competencia es del orden social. Y ello al margen de la naturaleza de la relación de empleo y del procedimiento seguido, siempre que se invoque incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales [ex artículo 2 e\) de la LRJS](#). Asimismo, será irrelevante que en la acción se demande a otros sujetos terceros respecto de la relación de empleo, si tienen alguna incidencia en la situación de incumplimiento preventivo y daño actualizado por ello. Por lo tanto, adquiere un alcance general la doctrina sentada en su día respecto de la demanda por acoso en el trabajo de personas compañeras de trabajo, siempre que incidan en el marco obligacional del empleador, privado (por ejemplo, [STS de 30 de enero de 2008, rec. 2543/2006](#)) o público (por ejemplo, acoso moral a personas funcionarias: [SSTS 1102/2021, de 10 de noviembre](#), y [796/2021, de 19 de julio](#)).

De este modo, el orden social sería competente también en procedimientos especiales de tutela de derechos fundamentales vinculados a la prevención de riesgos laborales de personal funcional (sería el caso de la [STS 218/2021, de 18 de febrero](#), para la demanda presentada a través de esta vía especial por la Ertzaintza y COVID-19¹, aunque en este

¹ Este colectivo conoce recientes demandas por otro tipo de problemas de riesgos psicosociales, vinculados a la sobrecarga de trabajo. *Vid.* <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoauto/foro/webiapr/node/540>

caso se concluyese que no había vulneración de derechos fundamentales –ni infracción del [art. 15 CE](#), ni de los arts. [179.4](#) y [181.2 LRJS](#)). No obstante, en estos casos parece consolidarse el procedimiento de conflicto colectivo con cúmulo de violación de derechos fundamentales relacionados con la normativa de prevención. Precisamente, la [STS 950/2021, de 29 de septiembre](#), considera que la modalidad procesal de conflicto colectivo (una vez se reconoció en anterior sentencia la competencia del orden social –[STS, Pleno, 483/2019, de 24 de junio](#), con votos particulares–, que la Audiencia Nacional –AN– negaba) es adecuada para exigir al Consejo General del Poder Judicial el cumplimiento de su deber de regular la carga de trabajo de los jueces y las juezas a efectos de salud laboral, una vez que así se comprometió en el plan de prevención de riesgos laborales realizado. Aunque –dicho sea de paso– la [Sentencia de la AN 15/2022, de 7 de febrero](#), tras superar el mar de excepciones planteadas, desestima el fondo del asunto con dos escuetos párrafos. Seguirá esta «cruzada» (o «viacrucis») porque tres son las sentencias dictadas por la AN hasta el momento y tres serán las que dice la Sala Cuarta del TS, pues se ha interpuesto recurso.

La afirmación rotunda y plena de esta competencia traerá consecuencias prácticas, pues deberá ser el orden social el que conozca de las múltiples demandas que se han planteado, muy especialmente en el ámbito del personal sanitario, reclamando la responsabilidad civil derivada de los incumplimientos preventivos. Hasta el momento, la situación está siendo desigual sobre el éxito de la acción. En unos casos se ha logrado la condena reparadora, en otros no.

En el primer caso, ha alcanzado gran eco mediático la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 5 de Alicante 1/2022, de 7 de enero. En este caso se trata de una reclamación sindical de daños y perjuicios a sus personas afiliadas, personal sanitario de la Comunidad Valenciana, por no haber prevenido adecuadamente el riesgo de contagio por COVID-19 durante la pandemia. Este empleador-servicio público de salud deberá pagar:

- 5.000 euros para cada una de las personas trabajadoras encuadradas en el grupo primero (ni contagio ni cuarentena, pero trabajo con riesgos y sin protección adecuada).
- 15.000 euros para las encuadradas en el grupo segundo (no contagio, pero sí sufre cuarentena, con servicios sin medidas adecuadas de protección).
- 35.000 euros para cada una de las incluidas en el grupo tercero (contagio-cuarentena por la exposición en la prestación de servicios con riesgo y sin medidas adecuadas).
- 49.180 euros para las del grupo cuarto (contagio y hospitalización con incapacidad temporal).

En cambio, la SJS número 2 de Jaén 442/2021, de 27 de septiembre, desestima una demanda sindical análoga, ahora contra el empleador-servicio público de salud de Andalucía. También ha causado revuelo mediático. Desde publicaciones especializadas del gremio del

sujeto demandante se acusó a la sentencia de fundar la desestimación en exigir al personal sanitario la «obligación de sacrificar su derecho a la vida e integridad, aun sin mascarillas, durante la primera ola de COVID-19» por el bien común.

Como era de esperar, tal aseveración es un bulo («fake new»), no existe en la sentencia. En todo caso, la crítica que merece la primera sentencia por exceso, irracional en sus cuantías, muta en crítica por defecto a la sentencia jiennense. No será fácil que se produzca una decisión de unificación de doctrina de ser confirmada la primera (ya se ha recurrido) por su sala del TSJ de la Comunidad Valenciana y la segunda por la suya (TSJ de Andalucía –Sala de Granada–). Veremos.

Una cuestión, sin embargo, de índole procesal, queda en el aire en estos momentos. Una vez que se ha asumido que el orden social es competente para las demandas preventivas y reparadoras en materia de riesgos –y daños– también en el empleo público funcional civil, incluso para personal de la Guardia Civil, ¿no es el momento de plantearse la misma solución para conocer del incumplimiento preventivo en el empleo público funcional militar? Hasta el momento, cuestiones como el acoso, moral y/o sexual en el trabajo, los suicidios (crecientes, tanto en la Guardia Civil como en el personal médico), o el agotamiento profesional por jornadas inhumanas, o se conducen por la vía del orden penal militar (que conoce frecuentes sentencias condenatorias) o quedan en la más absoluta invisibilidad jurisdiccional.

4.2. Negligencia profesional del servicio de prevención ajeno y responsabilidad solidaria por el daño culposo: la competencia es del orden social

No menos interesante es la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022](#). Con corrección, pues sigue la jurisprudencia sobre causalidad compleja de los accidentes laborales (por ejemplo, [STS de 30 de octubre de 2012, rec. 2692/2011](#)), recuerda que la deudora de seguridad se extiende a toda el área de influencia contractual, aunque en la producción de accidente sea clave la intervención negligente de personas terceras, sin vínculo contractual con la persona trabajadora.

Ciertamente, puede pensarse que se trata de un problema de otro tiempo, por la venta de las sociedades de prevención titularidad de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Sin embargo, según el [artículo 82.3 de la LGSS](#), tienen reconocida la posibilidad, dentro de la acción protectora (pública), de realizar «actividades de asesoramiento a las empresas asociadas [...] al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional». Es evidente que su actividad asesora no puede confundirse con la obligación específica de vigilancia de la salud debida en casos de retorno al trabajo (es el supuesto analizado), que incluye una evaluación holística de los riesgos físicos y psicosociales y un programa

planificado de regreso al trabajo y un ambiente de trabajo positivo y de apoyo, responsabilidad estricta de la empresa y de sus servicios de medicina del trabajo², aún ajenos. Pero no por ello deja de ser una intervención que puede tener influencia relevante en el devenir de la situación, hasta contribuir, si negligente, en un daño a la persona empleada. La acción de responsabilidad civil solidaria en tales casos sería también del orden social ex [artículo 2 e\) de la LRJS](#), no del contencioso ex [artículo 3 g\) de la LRJS](#).

Ni que decir tiene que estos temas deben tomarse en serio, pues la negligencia puede derivar en situaciones más trágicas. Un ejemplo interesante al respecto es la bien fundada [STSJ de Castilla-La Mancha 123/2016, de 2 de febrero](#). En ella se califica de laboral el suicidio (sin duda, uno de los riesgos psicosociales en boga) de una persona vigilante de seguridad, aun con antecedentes de psicopatología y bajas, porque la empresa incumplió su deber de adaptar el puesto de trabajo a su especial situación de salud depresiva tras reincorporarse de una baja médica.

Precisamente, conectando este asunto con el de la [STS 50/2022, de 19 de enero](#), hemos conocido un [estudio](#) (Hospital Universitario Santa María de Lérida, publicado en la revista *Science Direct*) que estima que la profesión médica aumenta el riesgo de suicidio, más en las mujeres (médicas), incluso antes de la pandemia. Los factores profesionales para prevalencias de suicidios se dan en otros colectivos, como la Guardia Civil. Oportuno es traer a colación –no solo por la coyuntura bélica que vivimos cuando se redacta este trabajo– la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero de 2022 \(case of Lyubov Vasilyeva v. Russia, demanda 62080/09\)](#) que, como se ha [comentado](#) con acierto, responsabilizó al Estado ruso del suicidio de un recluta por no atender debidamente su obligación de establecer medidas de prevención adecuada del riesgo (psicosocial) de suicidio en este ámbito, pero también profesional, pese a tener constancia estadística de la prevalencia de suicidios.

4.3. La garantía jurisdiccional social de cumplimiento no garantiza ni el éxito de la acción ni la eficacia de la prevención (y/o reparación)

Por supuesto, como se ha podido comprobar en una parte significativa de las sentencias que se han ido analizando al hilo del comentario de las aquí elegidas, la vis atractiva del orden social para conocer de las cuestiones de cumplimiento preventivo facilita y alienta su ejercicio, en relación con lo que sucedería en otros (como el contencioso). Pero en modo alguno garantiza su éxito. Ni siempre se superan los obstáculos procesales ni los presupuestos

² Vid. EU-OSHA. (2021). *Return to work after MSD-related sick leave in the context of psychosocial risks at work*. <https://osha.europa.eu/en/publications/return-work-after-msd-related-sick-leave-context-psychosocial-risks-work/view>

previos que impiden entrar en el fondo (por ejemplo, la excepción prescriptiva, para el acoso laboral, entre otras, la [STSJ de Castilla-La Mancha 534/2021, de 29 de marzo](#); meritoria la interpretación flexible que de ella hace la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 10 de febrero de 2022, rec. 1481/2021](#), aplicando el canon de género³). Pero cuando sucede, no está garantizado el éxito de la acción al resolver el fondo.

A veces con argumentos dudosos. En este sentido, el expeditivo rechazo por parte de la [STS 50/2022, de 19 de enero](#), a incluir cuestiones relativas a la ratio de plantilla en el debate preventivo no solo es discutible atendiendo a la obligación de integrar la actividad preventiva en todos los ámbitos de la empresa ([art. 15 LPRL](#)), incluido el diseño (y evolución de plantillas), sino que contrasta con otras interpretaciones en el seno de las doctrinas de suplicación. Fue el caso de la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#), que, respecto del –también sufrido en pandemia– personal de residencias de personas ancianas, sí incluyó entre los factores preventivos psicosociales la obligación de ajustarse a una ratio de plantilla fijada por la CAM. El TS tendrá otra oportunidad de afinar con el recurso de las asociaciones de la judicatura, citado.

En cualquier caso, parece claro que el «precio» de la «vis atractiva» de la competencia del orden social en materia de prevención de riesgos laborales (y de la reparación de daños que deriven del fracaso de aquella) será una creciente conflictividad en los tribunales, máxime si no se interioriza convenientemente la cultura preventiva dentro de las organizaciones de trabajo, en las público-administrativas igualmente, no solo en las empresas. Aunque en el horizonte más próximo de la rama social del derecho se avistan otros «frentes de conflictividad judicial», muy diferentes, como los vinculados a la extensión de su competencia a las demandas relativas a las rentas mínimas de inserción autonómicas no solo al ingreso mínimo vital ([disp. adic. décima Ley 19/2021, de 20 de diciembre](#)). Pero esta es ya otra historia (en parte [contada por la profesora Pepa Burriel en la sección «Estudios» de este mismo número](#)).

³ *Vid.* comentario a esta resolución en Poyatos i Matas, G. (2 de marzo de 2022). *Acoso sexual, prescripción y justicia de género*. CEF-Laboral-Social. <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/POYATOSIMATAS-MARZO-2022.pdf>

Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Andrea Ioana Pop Cioca

Jorge Trapero Trapero

Félix Antonio Borreguero Téllez

Lidia Salmador Domínguez

Inspectoras e inspectores de Trabajo y Seguridad Social (España)

Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se planteó como cuarto ejercicio en la convocatoria del proceso selectivo para el acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, efectuada por Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Subsecretaría (BOE de 4 de noviembre y corrección de errores en Resolución de 27 de noviembre –BOE de 5 de diciembre–). En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

Palabras clave: Inspección de Trabajo y Seguridad Social; caso práctico; trabajadores/as desplazados; jornada; salario; seguridad y salud laboral; cotización.

Recibido: 16-02-2022 / Aceptado: 21-02-2022

Cómo citar: Pop Cioca, A. I.; Trapero Trapero, J.; Borreguero Téllez, F. A. y Salmador Domínguez, L. (2022). Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Caso práctico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 468, 207-227.

Inspection of Labour and Social Security

Andrea Ioana Pop Cioca

Jorge Trapero Trapero

Félix Antonio Borreguero Téllez

Lidia Salmador Domínguez

Abstract

This practical case study reproduces the presentation of the case referred to the activity of the Labour and Social Security Inspection that was presented as the fourth exercise for the selective process of access to the Senior Corps of Labour and Social Security Inspectors, convoked by Resolution of 23 October 2019, of the Undersecretariat (BOE of 4 November and correction of errors of the Resolution of 27 November –BOE of 5 December–). An analysis is provided of the questions arising from the interpellation, incorporating the legal grounds for the response.

Keywords: Labour and Social Security Inspection; practical case; displaced workers; working hours; salary; occupational health and safety; contribution.

Citation: Pop Cioca, A. I.; Trapero Trapero, J.; Borreguero Téllez, F. A. y Salmador Domínguez, L. (2022). Inspection of Labour and Social Security. Practical case. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 207-227.

Enunciado

Primera parte

En el registro de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Teruel tiene entrada escrito de denuncia de don Pedro Nascimento Correia, ciudadano angoleño, quien dice trabajar para una empresa portuguesa llamada Joiosafruit que se dedica al envasado de manzanas localizada en el número 6 de la calle H del polígono industrial Villalbilla 2 de la localidad de Torreblanca de Jiloca.

En el escrito de denuncia se señala lo siguiente:

Me despedido sin darme papeles de paro, trabajando 50 horas por semana. He ido a Trabajo de Teruel y me dicen que ponga denuncia aquí. En la Seguridad Social de Calamocha me dicen no estoy de alta en Seguridad Social. Por favor, me vuelvo a Portugal y necesito papeles para paro.

Así pues, el día 17 de febrero de 2021, se realiza visita inspectora al centro de trabajo indicado en el escrito de denuncia. Tras personarse en la puerta de entrada, el inspector es atendido por el gerente de la empresa Jiloca Valdorreix, SL, Jesús Valdivielso. El actuante solicita la presencia de la representación legal de los trabajadores, para que le acompañen durante la visita.

Acude el trabajador Javier Estaún, responsable administrativo y representante de los trabajadores en la empresa. Afirma ponerse a disposición del actuante para aclarar cualquier cuestión que solicite.

El inspector de Trabajo decide visitar en primer lugar la zona de producción identificándose dos líneas:

- Una línea de enmallado de producto hortofrutícola, en la que prestan servicios 5 trabajadores identificados con un mono verde con el logo de la marca Jiloca Valdorreix. Todos los trabajadores tienen nacionalidad croata, excepto un trabajador español que afirma haber nacido y residir en la localidad de Molina de Aragón (Guadalajara).

- Una línea de embolsado con papel o película plástica para fruta, donde prestan servicios 4 trabajadores. 3 trabajadores son de nacionalidad angoleña y el cuarto trabajador es de nacionalidad portuguesa. Este último afirma ser el encargado de Joiosafruit, LDA. Los otros 3 trabajadores solo transmiten su información en lengua portuguesa, parece entenderse de sus declaraciones que trabajan para un empresario identificado por ellos como «Sr. De Sousa».

Preguntados por la jornada que realizan, uno de ellos afirma prestar servicios de lunes a viernes desde las 8:00 de la mañana hasta las 20:00 horas, más o menos, con una hora para comer a las 14:00 horas y otros 20 minutos para un «cafécinho» a eso de las 11:00. El resto de trabajadores, incluyendo todos los trabajadores de Jiloca Valdorreix, SL, se remiten al horario indicado en el calendario que se encuentra expuesto en el tablón de anuncios.

El inspector pregunta al representante legal, a los trabajadores y al gerente sobre la forma de registrar diariamente la jornada. Todos ellos hacen referencia al cuadrante horario publicado en el tablón de anuncios de la empresa donde viene reflejado el horario de 8:00 a 17:00 horas, con una hora de descanso para comer.

El actuante solicita documento acreditativo de identidad a todos los trabajadores, identificándose correctamente a cada uno de ellos.

En el transcurso de la visita se acerca un trabajador al actuante quien le indica que le gustaría hablar con él a solas, pero que no quiere que la empresa tenga conocimiento de ello por las posibles represalias.

El inspector de Trabajo y Seguridad Social le solicita con discreción su teléfono y le indica que al finalizar la visita lo llamará.

Ya en las dependencias del gerente de la empresa, este afirma que Jiloca Valdorreix, SL, que es la titular del centro de trabajo, tiene un total de 37 trabajadores. Amablemente aclara que los trabajadores de la línea de embolsado no forman parte de Jiloca Valdorreix, SL, sino que son trabajadores desplazados de la empresa portuguesa Joiosafruit, LDA. Se comprueba por declaraciones de los trabajadores y del gerente que el trabajador denunciante, Sr. Nascimento Correia, prestó servicios una semana en el mes de enero de 2021.

Afirma que dada la precisión y las características técnicas que requiere el embolsado de fruta, que incluye tareas en el sellador, el búfer rodillo, el control numérico y la cinta de pesaje, estas han sido subcontratadas con esta empresa portuguesa, que cuenta con más de 5 años de experiencia en esta tarea y que lleva trabajando para ellos con buenísimos resultados desde hace ya unos meses de forma ininterrumpida.

El actuante, tras la explicación del gerente, solicita el libro registro para comprobar las empresas contratistas y subcontratistas que prestan servicios en el centro de trabajo. Ante dicha pregunta, el gerente responde que «no tiene documentación de esas empresas en el centro».

Finalizada la visita, el actuante realiza la llamada al trabajador Manuel Jiménez Castro, que solicitó hablar con él. Según manifiesta sufre acoso laboral de su superior, el jefe de la planta de envasado, que se llama Gonzalo Pérez Pulido.

El Sr. Jiménez declara que su jefe le hace la vida imposible, lo menosprecia delante de todos sus compañeros, diciéndole continuamente que hace todo mal y que es un inútil. Además, le obliga siempre a él a cubrir las ausencias de otros compañeros y le impone las vacaciones.

El inspector de Trabajo y Seguridad Social pregunta al Sr. Jiménez si ha puesto en conocimiento de la empresa dicha situación. El Sr. Jiménez declara que, ya harto de la situación, se lo dijo al Sr. Valdivielso, quien solo contestó «que no se lo tuviera en cuenta» y «que todos sabéis cómo es Gonzalo».

En relación con lo expuesto, se deberá contestar a las siguientes cuestiones, justificando con base en la normativa las respuestas que se den:

1.ª pregunta.

A) Deberá darse respuesta razonada acerca de si es adecuada la existencia de un único representante legal de los trabajadores en la empresa, así como, en su caso, si procedería realizar actuaciones inspectoras.

B) Tras el examen de la documentación pertinente, el inspector no ha podido comprobar la jornada realizada por el trabajador Pedro Nascimento Correia, pero sí consta la ausencia de comunicación del desplazamiento ante la autoridad laboral. Deberá razonarse acerca de la procedencia de realizar actuaciones inspectoras en este sentido. E igualmente deberá responderse al trabajador denunciante en relación con su pretensión de percibir prestación por desempleo.

2.ª pregunta. Se deberá identificar si los trabajadores que carecen de nacionalidad española se encuentran o no en situación de estancia legal conforme a la normativa aplicable, determinando en su caso si se derivan actuaciones inspectoras de dicha cuestión.

3.ª pregunta. Revisada la documentación de la empresa Joiosafruit, LDA, se comprueba que los trabajadores perciben un importe de 1.700 euros mensuales, de los cuales 1.150 euros constituyen el salario base y 550 euros figuran en nómina como «*ajudas de custo*», que son cantidades percibidas por los trabajadores para satisfacer sus necesidades de estancia

y manutención en territorio nacional. El importe total de lo percibido es superior al previsto en el convenio provincial de la industria, que fija para la categoría de «Especialista 1.ª» la cantidad de 1.496 euros de retribuciones salariales al mes.

Se deberá razonar fundadamente acerca de la situación sobre las condiciones salariales de los trabajadores de Joiosafruit, LDA, y concretar si procede realizar alguna actuación inspectora.

4.ª pregunta. Se determinará si existe algún incumplimiento en materia de jornada, y se expondrá qué medidas derivadas de la comprobación efectuada debe adoptar el inspector, razonando la respuesta conforme a la normativa de aplicación.

5.ª pregunta. Se deberá determinar qué documentación laboral debería estar disponible en el centro de trabajo de Jiloca Valdorreix, SL, en su condición de empresa principal, indicando en su caso la normativa de aplicación y si procede alguna actuación inspectora derivada de las comprobaciones efectuadas.

6.ª pregunta. Respecto a la situación del Sr. Jiménez, deberá determinarse qué actuaciones de comprobación deberían llevarse a cabo por parte del inspector de Trabajo y Seguridad Social.

Segunda parte

En fecha 7 de agosto de 2020, se efectúa visita de inspección al centro de trabajo de la empresa Áridos Peña, SL, a los efectos de llevar a cabo las actuaciones inspectoras necesarias para la investigación del accidente de trabajo, calificado como grave, sufrido por el trabajador don Juan Sol García, en fecha 6 de agosto de 2020, mientras prestaba servicios laborales por cuenta ajena.

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social fue concedora del referido accidente de trabajo por la comunicación, efectuada por correo electrónico, el 7 de agosto de 2020, a las 9:00 horas, del asesor laboral externo, en nombre y representación de la empresa.

El centro de trabajo consiste en una planta de explotación y comercialización de áridos.

Identificada la inspectora de Trabajo y Seguridad Social mostrando la correspondiente credencial, mantiene entrevista con el socio y administrador único de la mercantil, don José Peña Gómez y con su hijo, don Daniel Peña López, quien a su vez es el encargado de la planta y testigo del siniestro laboral.

A continuación, y en compañía de don Daniel Peña López, la inspectora procede a efectuar inspección ocular del emplazamiento en el que tuvo lugar el accidente de trabajo.

Se trata de una caseta de obra donde se ubican los cuadros eléctricos principal y de mando de la planta de áridos propiedad de la empresa. La inspectora constató, *in situ*, que parte de los fusibles del cuadro eléctrico situados en el extremo izquierdo estaban calcinados.

En la entrevista mantenida, durante la visita, con el titular de la empresa, don José Peña Gómez, este manifestó a la actuante de forma libre, voluntaria y espontánea que la instalación eléctrica de la planta no contaba con expediente de legalización que garantizase la adecuación de su estado técnico a las condiciones reglamentarias establecidas y que tampoco se había efectuado ninguna revisión técnica por parte de un organismo acreditado.

Asimismo, manifestó que Áridos Peña, SL, mantenía una relación mercantil con una empresa, La Luz, SA, dedicada a las tareas de mantenimiento eléctrico, y era esta la que acudía al centro de trabajo en caso de averías que la propia plantilla de Áridos Peña, SL, no podía solventar.

El mismo día de la visita, el encargado manifestó a la actuante ser habitual el que algunos de los fusibles presentaran signos de sobrecalentamiento.

El titular del centro de trabajo manifestó a la inspectora actuante que el trabajador accidentado habitualmente efectuaba tareas de reparación de maquinaria del procesado de áridos, reparación de maquinaria móvil, palas cargadoras, retro excavadora, camiones, etc., es decir, labores de mantenimiento básico de las instalaciones en general.

Tareas para las que fue contratado como oficial de 2.^a mecánico.

No pudiendo concluir la actuación inspectora en el transcurso de la visita, la inspectora de Trabajo hace entrega de citación en modelo oficial con objeto de requerir la comparecencia de la empresa, en las oficinas de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, el 19 de agosto de 2020, solicitándole la presentación de toda documentación laboral y de prevención de riesgos laborales referida al trabajador accidentado y a la instalación eléctrica.

El día señalado, 19 de agosto de 2020, comparece el asesor laboral externo de la empresa y hace entrega de la documentación requerida. No obstante, a pesar de haber sido solicitada, la empresa no acredita la existencia de un expediente técnico de la instalación

eléctrica, ni las revisiones periódicas de la planta ni tampoco la formación específica del trabajador accidentado para la manipulación de cuadros eléctricos.

La investigación del accidente de trabajo efectuada por la empresa indicaba que:

El día 6 de agosto de 2020, a las 10:30 horas, el trabajador D. Juan Sol García se encontraba dentro de la caseta realizando una inspección del cuadro de mando de la planta. El trabajador notó un olor a quemado que parecía provenir de uno de los cuadros eléctricos que se encuentran dentro de la misma caseta. Avisó al encargado de planta, D. Daniel Peña López, para informarle y observaron que uno de los fusibles del cuadro eléctrico estaba incandescente. Se decidió extraer el fusible con el extractor de fusibles y llamar inmediatamente al electricista. El trabajador fue al taller a buscar un fusible de sustitución. En el momento en que el trabajador volvió a aproximarse al cuadro eléctrico para comprobar si el fusible que había encontrado era el correcto, se produjo el incendio del cuadro alcanzando al trabajador y al encargado de la planta, que se encontraba detrás del trabajador.

El informe de investigación empresarial determina que «según los datos recogidos, se concluye que el accidente se produjo como consecuencia del incendio de uno de los cuadros eléctricos de la instalación de la planta de áridos cuando el trabajador se encontraba delante del mismo». Y, como medidas preventivas se recomendaba:

[...] volver a realizar formación a los/as trabajadores/as sobre los riesgos y medidas preventivas de su puesto de trabajo. Se reunirá los mecánicos, se explicará el accidente de trabajo, las causas y las consecuencias. Se recordará que bajo ningún concepto se puede manipular la instalación eléctrica de la planta y cómo actuar en el caso de que se produzca un incendio en la instalación eléctrica o en el centro de trabajo.

En la página 16 de la evaluación de riesgos laborales se identifica el riesgo derivado de contactos eléctricos directos, señalando como medidas preventivas:

Comprobar periódicamente la instalación eléctrica (mantenimiento) por una empresa autorizada por el Ministerio de Industria y Energía y la Consejería de Industria, de forma que se cumpla lo establecido en el Reglamento electrotécnico de baja tensión.

Quedará prohibida cualquier clase de manipulación en el interior de los cuadros eléctricos por personal de la empresa que no esté debidamente formado y expresamente autorizado.

La inspectora actuante considera preciso citar al trabajador accidentado compareciendo este el 25 de septiembre de 2020.

El trabajador compareciente declara expresamente que:

El día 6 de agosto de 2020, a las 10:30 horas aproximadamente, se encontraba en el centro de trabajo cuando notó un ostensible olor a quemado. Ello motivó que se desplazara a la estancia donde se ubican los cuadros eléctricos de la planta.

A partir de este momento, los hechos sucedieron del siguiente modo:

- 1) En el interior del habitáculo, el trabajador observa signos evidentes de incandescencia de uno de los fusibles del cuadro eléctrico.
- 2) Comunica la situación al encargado, Sr. D. Daniel Peña, quien le indica que retire el fusible dañado y lo sustituya por otro.
- 3) Sin proceder a la retirada de la tensión con el interruptor general, el trabajador procede a retirar con una maneta extractora el fusible dañado.
- 4) Seguidamente, el accidentado se dirige al taller situado en la propia planta de áridos para buscar un nuevo fusible y un cepillo metálico para limpiar la base del soporte del fusible (porta fusibles).
- 5) Junto con el encargado, el trabajador regresa al interior de la caseta. Al aproximarse al cuadro eléctrico, encontrándose frente al mismo, se produce una deflagración que origina quemaduras en sus extremidades superiores.

7.ª pregunta. En relación con los hechos planteados se deberán analizar razonadamente los posibles incumplimientos a la normativa de seguridad y salud cometidos, su tipificación y en su caso señalar las medidas derivadas de la actuación que proceda adoptar y sujetos responsables.

Tercera parte

En el marco de una actuación de la Inspección en materia de Seguridad Social a la empresa Montajes y Auxiliares, SL, se asigna a la inspectora actuante orden de servicio en fecha 18 de noviembre de 2020, siendo la empresa requerida el 3 de diciembre de 2020 mediante citación, en orden a la aportación de determinada documentación al objeto de verificar el correcto cumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social.

La empresa comparece el día 10 de diciembre de 2020 en las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aportando parte de la documentación señalada en el requerimiento inicial, por lo que la actuante requiere la aportación de la totalidad de la documentación, la cual es presentada finalmente por la empresa en fecha 15 de diciembre de 2020.

La empresa, cuyo centro de trabajo se encuentra en Madrid, se dedica al montaje y mantenimiento de instalaciones industriales, y está encuadrada en el CNAE 4399-Otras actividades de construcción especializada (tipo de cotización: 6,70 -3,35 IT/3,35 IMS-).

Las relaciones laborales de los trabajadores se rigen por el Convenio colectivo de montajes y empresas auxiliares de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Ningún trabajador de la empresa alcanza la base máxima de cotización mensual prevista para su respectivo grupo profesional.

Se deberá responder razonadamente a las siguientes cuestiones, con precisión de la normativa aplicable. Solo en los supuestos que se indica se deberán realizar los cálculos que se pidan.

I. El trabajador Juan Martín se encuentra vinculado a la empresa a través de un contrato indefinido a tiempo completo, suscrito con fecha 1 de enero de 2015, prestando servicios como oficial de primera. De conformidad con lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, el trabajador tiene derecho a recibir los siguientes conceptos:

- Salario base: 1.449,43 euros mensuales.
- Plus antigüedad: un 3 % del salario base por cada trienio cumplido en la empresa.
- Plus convenio: 169,99 euros al mes.
- Plus festivos: con base en el artículo 26 del convenio, los trabajadores que presten servicios los días de Jueves y Viernes Santo, así como los días 24, 25 y 31 de diciembre y 1 de enero, percibirán la cantidad de 34,97 euros por día.
- Pagas extraordinarias: de otro lado, el convenio colectivo reconoce a los trabajadores el derecho a percibir tres pagas extraordinarias al año de salario base, más plus de antigüedad y plus convenio, pagaderas en los meses de marzo, junio y diciembre.
- Plus de transporte: 84,88 euros al mes.
- Dietas: los trabajadores tienen derecho a la compensación de los gastos de manutención cuando tengan que efectuar un desplazamiento a una localidad distinta y no les resulte posible estar de regreso en el centro de trabajo dentro del horario de comidas (13:00 a 16:00 h) o cenas (20:30 a 23:30 h). El importe de la dieta asciende a 13,24 euros por menú.
- Seguro colectivo de accidentes: de conformidad con el artículo 35 del convenio, la empresa tiene la obligación de suscribir un seguro colectivo de accidentes que cubra una cuantía de 30.000 euros en caso de gran invalidez o muerte.

En cumplimiento de dicho precepto, la empresa ha suscrito una póliza con una entidad aseguradora y el importe de la prima, que es asumido íntegramente por Montajes y Auxiliares, SL, asciende a 650,30 euros anuales por trabajador.

- Ropa de trabajo: de acuerdo con el artículo 45, la empresa debe facilitar a los trabajadores «vestuario preciso e idóneo para la realización de su función, según el diseño de la empresa y consonancia con las épocas de invierno y verano». Este vestuario, que debe reponerse con periodicidad anual, se compone de dos polos de verano, dos polos de invierno, tres pantalones, un par de zapatos y un chaleco reflectante. El coste de la uniformidad ha ascendido, en 2020, a 260 euros por empleado.

8.ª pregunta. Se deberán determinar y calcular las bases e indicar los tipos de cotización a la Seguridad Social aplicables al trabajador Juan Martín durante el mes de noviembre de 2020, razonando los conceptos que se incluyen en la base de cotización y los que se excluyen. A tal efecto debemos tener en cuenta los siguientes datos:

- a) que, durante dicho mes, el trabajador en tres ocasiones no regresó al centro de trabajo en las horas previstas para la comida, por lo que se le abonaron dietas para compensar el gasto en que el trabajador había incurrido, habiendo acreditado la empresa la realidad del desplazamiento;
- b) que realizó un total de 8 horas extraordinarias. A este respecto, el convenio establece que las horas extraordinarias se abonarán por un importe equivalente al doble de la retribución de la hora ordinaria, cuyo importe es de 13,86 euros.

II. El convenio colectivo de la empresa establece el abono de un «premio antigüedad» consistente en 10 mensualidades de sueldo para aquellos trabajadores que cumplan 15 años de servicios en la empresa, abonando dicho premio en diciembre de 2020 al trabajador Pedro Pérez. La empresa ha incluido la cantidad íntegra de dicho concepto retributivo en la base de cotización del trabajador de diciembre de 2020, alegando que se trata de una percepción puntual que carece de periodo de devengo.

9.ª pregunta. Determinar razonadamente si procede o no la cotización a la Seguridad Social del «premio antigüedad», y si la empresa ha efectuado correctamente la cotización del mismo, señalando, en su caso, las medidas derivadas de la actuación inspectora que proceda adoptar. No será preciso en este caso hacer los cálculos.

IV. Teniendo en cuenta las fechas señaladas al inicio del supuesto de esta tercera parte del ejercicio:

11.ª pregunta. Se deberá indicar en qué fecha se considera iniciada la actuación inspectora a efectos del cómputo del plazo de duración máxima de la misma. Razonar la respuesta.

Nota: durante el desarrollo del ejercicio se procedió por el tribunal calificador a suprimir el enunciado III y la 10.ª pregunta al haber observado un error de impresión.

Solución

Primera parte

1.ª pregunta.

A) Deberá darse respuesta razonada acerca de si es adecuada la existencia de un único representante legal de los trabajadores en la empresa, así como, en su caso, si procedería realizar actuaciones inspectoras.

El artículo 62 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), determina que en las empresas donde haya entre 31 y 49 personas trabajadoras el número de delegados/as de personal correspondientes será de 3. Por lo que no es correcto que solo haya 1.

No obstante, no existe competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en tal materia, ni precepto tipificador al respecto, por lo que únicamente se procedería a informar a las personas trabajadoras de dicho extremo (art. 12.2 b) Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social –LOSITSS–) para que, en su caso, sean ellas las que puedan optar por la vía de la impugnación de las elecciones, o la convocatoria de unas nuevas para cubrir los puestos vacantes, siguiendo lo establecido en el artículo 69 del ET.

B) Tras el examen de la documentación pertinente, el inspector no ha podido comprobar la jornada realizada por el trabajador Pedro Nascimento Correia, pero sí consta la ausencia de comunicación del desplazamiento ante la autoridad laboral. Deberá razonarse acerca de la procedencia de realizar actuaciones

inspectoras en este sentido. E igualmente deberá responderse al trabajador denunciante en relación con su pretensión de percibir prestación por desempleo.

En primer lugar, dado que no se ha podido verificar la jornada que realiza el trabajador, se deberán hacer las averiguaciones oportunas para comprobar de forma fehaciente aquel exceso de jornada alegado. En todo caso, la empresa portuguesa es responsable de llevar un registro horario adecuado y de tenerlo a disposición de la ITSS (arts. 3 y 6 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional).

Ante esta falta de registro horario, se procedería a requerir a la empresa portuguesa para que cumpla con dicha obligación (art. 22.2 LOSITSS), además de imponer la sanción correspondiente por la infracción grave tipificada en el artículo 10.2 b) del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social (LISOS).

De otro lado, en lo relativo a la ausencia de la comunicación de Pedro Nascimento Correia, hay que tener en cuenta que el artículo 5 de la Ley 45/1999 establece que los desplazamientos de periodo inferior a 8 días no tienen por qué comunicarse, y dado que este ha sido de una semana, quedaría exento de esa obligación.

De entenderse, no obstante, que se ha omitido la comunicación de la totalidad de las personas trabajadoras desplazadas, constituiría infracción del artículo 10.3 de la LISOS.

Por último, en lo relativo a la prestación por desempleo, quedaría sujeto al artículo 12 del Reglamento 883/2004 y al Reglamento 987/2009, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y, por lo tanto, el trabajador no puede cobrar la prestación en España, sino que habría de solicitarse en el Estado desde el cual se ha producido el desplazamiento, Portugal, que es donde se encuentra dado de alta y cotiza a la Seguridad Social.

2.ª pregunta. Se deberá identificar si los trabajadores que carecen de nacionalidad española se encuentran o no en situación de estancia legal conforme a la normativa aplicable, determinando en su caso si se derivan actuaciones inspectoras de dicha cuestión.

Dado que Croacia y Portugal pertenecen a la Unión Europea, no es necesaria autorización de trabajo y residencia para prestar sus servicios por cuenta ajena en España.

En lo relativo a los ciudadanos de Angola, dado que constituye un Estado distinto a los pertenecientes a la Unión Europea, deben ostentar autorización de residencia y trabajo que ha de solicitarse, en este supuesto, en Portugal, país desde el cual se produce el desplazamiento.

De comprobarse la carencia de autorización, debería procederse conforme al artículo 22.15 de la LOSITSS.

3.ª pregunta. Revisada la documentación de la empresa Joiosafruit, LDA, se comprueba que los trabajadores perciben un importe de 1.700 euros mensuales, de los cuales 1.150 euros constituyen el salario base y 550 euros figuran en nómina como «*ajudas de custo*», que son cantidades percibidas por los trabajadores para satisfacer sus necesidades de estancia y manutención en territorio nacional. El importe total de lo percibido es superior al previsto en el convenio provincial de la industria, que fija para la categoría de «Especialista 1.ª» la cantidad de 1.496 euros de retribuciones salariales al mes.

Se deberá razonar fundadamente acerca de la situación sobre las condiciones salariales de los trabajadores de Joiosafruit, LDA, y concretar si procede realizar alguna actuación inspectora.

Los conceptos que integran las «*ajudas de custo*» no constituirían salario conforme al artículo 26.2 del ET y los artículos 3 y 4 de la Ley 45/1999.

Es por ello por lo que las personas trabajadoras están cobrando un salario por debajo del que establece como mínimo el convenio colectivo que les es de aplicación, lo que constituiría infracción administrativa de acuerdo con el artículo 10.4 de la LISOS en relación con el artículo 7.10 del mismo texto legal.

Se imputaría responsabilidad a la empresa portuguesa.

Dado que se estaría causando perjuicio económico, se informaría a la persona trabajadora del procedimiento previsto en el artículo 148 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

4.ª pregunta. Se determinará si existe algún incumplimiento en materia de jornada, y se expondrá qué medidas derivadas de la comprobación efectuada debe adoptar el inspector, razonando la respuesta conforme a la normativa de aplicación.

Se constata falta de registro de la jornada. Se incumple el artículo 34.9 del ET y constituye infracción conforme al artículo 7.5 de la LISOS. Se requiere implantación del registro conforme al artículo 22 de la LOSITSS. Se imputa responsabilidad a la empresa española.

En lo relativo a la persona trabajadora que alega prestar servicios de 8 de la mañana hasta las 8 de la tarde, de comprobarse finalmente que se está produciendo un exceso de jornada, constituiría infracción de acuerdo con el artículo 7.5 de la LISOS por vulnerar el artículo 34.1 del ET.

La responsabilidad por la falta de registro de la jornada es imputable a la empresa portuguesa, conforme al artículo 6 de la Ley 45/1999.

Respecto de la persona trabajadora de la empresa española y el posible exceso de jornada, se pueden llevar a cabo actuaciones inspectoras a fin de comprobar el exceso de jornada (declaración o reconocimiento de la representación legal del exceso de jornadas); si bien en todo caso la empresa española tendrá también obligación de contar con registro horario en su centro de trabajo respecto de sus propios trabajadores/as, dicho incumplimiento constituye igualmente una infracción de lo establecido en el artículo 34.9 del ET y tipificado en el 7.5 de la LISOS.

5.ª pregunta. Se deberá determinar qué documentación laboral debería estar disponible en el centro de trabajo de Jiloca Valdorreix, SL, en su condición de empresa principal, indicando en su caso la normativa de aplicación y si procede alguna actuación inspectora derivada de las comprobaciones efectuadas.

La empresa española debe mantener libro registro de la subcontratación, dado que esta es habitual, conforme al artículo 42.4 del ET; su ausencia determinaría infracción conforme al artículo 7.12 de la LISOS.

Además, deberá tenerse disponible la documentación relativa a los desplazamientos, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 45/1999, de cuyo incumplimiento se seguiría infracción conforme al artículo 10.2 b) de la LISOS (ya se ha imputado esta infracción anteriormente). Se imputaría responsabilidad a ambas empresas.

6.ª pregunta. Respecto a la situación del Sr. Jiménez, deberá determinarse qué actuaciones de comprobación deberían llevarse a cabo por parte del inspector de Trabajo y Seguridad Social.

En el criterio técnico referente al acoso y violencia en el trabajo se recoge la guía de actuación de la ITSS. De acuerdo con el mismo, habrá de procederse a realizar las actuaciones comprobatorias necesarias para constatar la existencia de una posible situación de acoso.

Tendrá que mantenerse entrevista con el trabajador afectado y sus compañeros/as de trabajo, así como tomar declaración al empresario y, en su caso, a las personas responsables de la empresa y demás cargos intermedios.

En lo relativo a la finalización de la actuación inspectora como alternativa a la extensión de actas de infracción, se puede entablar una mediación entre las partes en conflicto. De constatarse la situación de acoso, se vulneraría el artículo 4.2 e) del ET, infracción tipificada en el artículo 8.11 de la LISOS.

Alternativamente, si de la información obtenida se constatare la ausencia de evaluación de los riesgos psicosociales, constituiría infracción conforme al artículo 12.1 b) de la LISOS por vulneración del artículo 16.2 a) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), y el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, en sus artículos 3 a 7.

Las infracciones correspondientes a una misma empresa y relativas a una misma materia pueden acumularse conforme al artículo 16 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Segunda parte

7.ª pregunta. En relación con los hechos planteados se deberán analizar razonadamente los posibles incumplimientos a la normativa de seguridad y salud cometidos, su tipificación y en su caso señalar las medidas derivadas de la actuación que proceda adoptar y sujetos responsables.

Respecto al análisis de los posibles incumplimientos de la normativa de seguridad y salud advertidos en el caso expuesto:

Primero. La empresa cumple con la obligación de comunicación urgente de accidente de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.3 de la LPRL y en la Orden ministerial de 16 de diciembre de 1987, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación, sin perjuicio de que posteriormente en el plazo de 5 días formalice el parte de accidente.

Segundo. La empresa no llevó a cabo un procedimiento de trabajo adecuado al no haber procedido previamente a eliminar la tensión de la instalación eléctrica en el lugar de trabajo desconectando el interruptor general de conformidad con el procedimiento de seguridad previsto en la normativa específica sobre riesgo eléctrico.

Tercero. La empresa incumple la obligación concerniente a que la instalación eléctrica del lugar de trabajo sea segura, dado que no contaba con el expediente técnico pertinente ni tampoco procedió a realizar las revisiones oportunas.

Cuarto. La empresa incumple la obligación de formación del trabajador accidentado, puesto que el mismo debería ser trabajador autorizado para operar con una instalación eléctrica de baja tensión.

En relación con el sujeto responsable de los incumplimientos empresariales detectados, ha de determinarse como tal a la empresa Áridos Peña, SL, puesto que la misma se constituye como empleadora del trabajador accidentado, extrayéndose del texto de este caso la conclusión de que la mercantil La Luz, SA, es contratada por la empresa titular del centro de trabajo para realizar únicamente tareas de mantenimiento y acudir al centro de trabajo en caso de averías.

Respecto de las causas del accidente de trabajo o incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales relacionados causalmente con el mismo, se puede determinar que:

Primero. La empresa no llevó a cabo un procedimiento de trabajo adecuado al no haber procedido previamente a eliminar la tensión de la instalación eléctrica en el lugar de trabajo desconectando el interruptor general de conformidad con el procedimiento de seguridad previsto en la normativa específica sobre riesgo eléctrico.

Segundo. La empresa incumple la obligación concerniente a que la instalación eléctrica del lugar de trabajo sea segura, dado que no contaba con el expediente técnico pertinente ni tampoco procedió a realizar las revisiones oportunas.

Tercero. La empresa incumple la obligación de formación del trabajador accidentado, puesto que el mismo debería ser trabajador autorizado para operar con una instalación eléctrica de baja tensión.

En virtud de las actuaciones comprobatorias practicadas y conforme a lo establecido en el artículo 22 de la LOSITSS, así como en el artículo 11 del Real Decreto 928/1998, se podrán adoptar las siguientes medidas:

Se procede a extender acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales a la empresa Áridos Peña, SL, puesto que los hechos relatados anteriormente, consistentes en no adoptar medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de las personas trabajadoras, constituyen infracción en materia de prevención de riesgos laborales de conformidad con el artículo 5.2 de la LISOS, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 4.2 d) y 19.1 del ET y específicamente se vulnera lo establecido en los artículos 14.2 de la LPRL, así como lo establecido en los artículos 3 y 6 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, en relación con lo dispuesto en su anexo I, apartado A.12, y en los artículos 3 y 4.2 del Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico en relación con lo dispuesto en su anexo II, apartado A.

En relación con las obligaciones referentes al mantenimiento de instalaciones eléctricas seguras recogidas en el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión (concretamente en sus arts. 18.1 y 20), son

competencia de la Administración en materia de industria, si bien, teniendo en cuenta el contenido de la evaluación de riesgos de la cual se deriva como medida correctora la comprobación de la instalación eléctrica por parte de una empresa autorizada cumpliendo dicho reglamento, la omisión de la empresa en la aplicación de la mencionada medida correctora daría lugar a un incumplimiento empresarial vinculado causalmente con el accidente de trabajo por falta de planificación de la actividad preventiva, lo cual vulnera los artículos 16.2 b) de la LPRL y artículos 8 y 9 del Real Decreto 39/1997.

La infracción resultante se tipifica y califica como muy grave en el artículo 13.10 de la LISOS, que establece que:

Son infracciones muy graves: [...] No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

De conformidad con lo establecido en los artículos 39.3 y 40.2 c) de la LISOS, se propone la imposición de una sanción según el grado mínimo.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 164 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), se propone recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo por inobservancia de las medidas generales y particulares de seguridad y salud en el trabajo, siendo responsable del mismo la empresa Áridos Peña, SL.

Respecto de la paralización de trabajos o tareas en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de las personas trabajadoras prevista en el artículo 44 de la LPRL, considerando que ha habido una deflagración y un incendio y que lo más probable es que a fecha de la visita la zona ya estuviera acordonada o señalizada, el fuego extinguido y sin existir posibilidad alguna de desarrollar ningún tipo de actividad en la caseta, se procedería a practicar requerimiento de subsanación de las deficiencias detectadas conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la LPRL a efectos de dotar al lugar de trabajo de una instalación eléctrica adecuada y segura.

Se practicará igualmente informe al Ministerio Fiscal, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 5.1 de la LISOS.

Tercera parte

8.ª pregunta. Se deberán determinar y calcular las bases e indicar los tipos de cotización a la Seguridad Social aplicables al trabajador Juan Martín durante

el mes de noviembre de 2020, razonando los conceptos que se incluyen en la base de cotización y los que se excluyen. A tal efecto debemos tener en cuenta los siguientes datos:

- a) que, durante dicho mes, el trabajador en tres ocasiones no regresó al centro de trabajo en las horas previstas para la comida, por lo que se le abonaron dietas para compensar el gasto en que el trabajador había incurrido, habiendo acreditado la empresa la realidad del desplazamiento;
- b) que realizó un total de 8 horas extraordinarias. A este respecto, el convenio establece que las horas extraordinarias se abonarán por un importe equivalente al doble de la retribución de la hora ordinaria, cuyo importe es de 13,86 euros.

De acuerdo con el artículo 147 de la LGSS y el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, los conceptos que integran la base de cotización del trabajador Juan Martín durante el mes de noviembre de 2020 son los siguientes:

Base de cotización		
Conceptos	Contingencias comunes (€)	Contingencias profesionales (€)
Salario base	1.449,43	1.449,43
Plus antigüedad (3% –solo 1 trienio– del salario base)	43,48	43,48
Plus convenio	169,99	169,99
Pagas extraordinarias	415,72	415,72
Plus transporte	84,88	84,88
Seguro colectivo accidentes	54,19	54,19
Ropa de trabajo	21,66	21,66
Horas extraordinarias	x	221,76
Total	2.239,35	2.461,11

Los conceptos que no se incluyen en la base de cotización son los siguientes:

- Plus festivo: se genera durante los días 24, 25 y 31 de diciembre y el 1 de enero, no formando parte de la base de cotización del mes de noviembre de 2020.
- Dietas: la cantidad que percibe el trabajador es 13,24 euros por menú durante tres ocasiones en el mes de noviembre. Al justificarse la realidad del desplazamiento y al ser las cuantías inferiores al límite establecido en el artículo 9 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, al que se refieren los artículos 147.2 de la LGSS y 23.2 del Real Decreto 2064/1995, no se integran en la base de cotización.
- Horas extraordinarias: no se integran en la base de cotización por contingencias comunes, pero sí en la de contingencias profesionales, según los artículos 147.2 de la LGSS y 23.2 del Real Decreto 2064/1995. Y ello, sin perjuicio de la cotización adicional establecida en el artículo 149 de la LGSS.

Por otro lado, los tipos de cotización a la Seguridad Social aplicables al trabajador Juan Martín durante el mes de noviembre de 2020 son los siguientes:

- Contingencias comunes: 28,3 %.
- Contingencias profesionales: 6,70 % –3,35 % IT [incapacidad temporal] y 3,35 % IMS [invalidez, muerte y supervivencia]–.
- Desempleo: 7,05 %.
- Fondo de Garantía Salarial: 0,2 %.
- Formación profesional: 0,7 %.

9.ª pregunta. Determinar razonadamente si procede o no la cotización a la Seguridad Social del «premio antigüedad», y si la empresa ha efectuado correctamente la cotización del mismo, señalando, en su caso, las medidas derivadas de la actuación inspectora que proceda adoptar. No será preciso en este caso hacer los cálculos.

Según los artículos 147 de la LGSS y 23 del Real Decreto 2064/1995, sí procede la cotización a la Seguridad Social por el concepto «premio antigüedad».

El artículo 147 de la LGSS establece que: «Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los 12 meses del año». Por ello, la empresa debería haber prorrateado el importe del premio entre las 12 mensualidades anuales.

En caso de prorrateo indebido, como en el caso, se derivan unas diferencias de cotización procediendo un requerimiento de pago en los términos establecidos en el artículo 34 de la LGSS. En el supuesto de que la empresa no ingrese las cuotas a pesar del requerimiento de pago, se procedería a la extensión de acta de infracción con acta de liquidación coordinada.

11.ª pregunta. Se deberá indicar en qué fecha se considera iniciada la actuación inspectora a efectos del cómputo del plazo de duración máxima de la misma. Razonar la respuesta.

De manera previa a determinar la fecha a considerar a efectos de inicio de la actuación inspectora, es preciso indicar las distintas fechas señaladas en el caso práctico:

- Orden de servicio: 18 de noviembre de 2020.
- Citación: 3 de diciembre de 2020.
- Comparecencia: 10 de diciembre de 2020.
- Aporta toda la documentación: 15 de diciembre de 2020.

Según el artículo 21.4 de la LOSITSS, cualquiera que sea el origen de la actuación inspectora conforme al artículo 20.3, el cómputo de los plazos establecidos en este apartado se iniciará a partir de la fecha de la primera visita efectuada o, en caso de requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado, desde la fecha efectiva de la comparecencia, siempre que haya aportado la totalidad de la documentación requerida con trascendencia en la actuación inspectora.

Por ello, la fecha a considerar de la actuación inspectora a efectos del cómputo de plazo de duración máxima es la del 15 de diciembre de 2020, sin que se pueda considerar como tal la fecha de la generación de la orden de servicio.

Diversidad de género en el consejo de administración y endeudamiento

María Encarnación Lucas Pérez

Profesora titular de Organización de Empresas.

Universidad de Murcia (España)

me.lucas@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-8334-3943>

Antonio Mínguez Vera

Profesor titular de Economía Financiera.

Universidad de Murcia (España)

minver@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-6879-2089>

María de la Paz Ortín Tomás

Consultora legal en Derecho de Nuevas Tecnologías (Murcia, España)

mariapaz.ortin@um.es

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Luisa Salanova Soria, doña Carmen Castro Casal, doña Antonia Mercedes García Cabrera, doña Ana María Lucía Casademunt, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña María Eugenia Sánchez Vidal.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

Desde mitad del siglo XX, el mercado laboral a nivel mundial está experimentando grandes cambios respecto a la diversidad de sus plantillas. Uno de los aspectos que mayor debate está generando en los últimos años es la diversidad de género. Si bien, tradicionalmente, se ha defendido la presencia de la mujer en los puestos directivos desde una perspectiva ética, recientes investigaciones evidencian cómo la diversidad de género influye en la toma de decisiones de las compañías y tiene efectos positivos a nivel económico y social. Este hecho es especialmente relevante para las empresas cotizadas, ya que tienen la obligación de garantizar la transparencia en el desarrollo de su actividad. Partiendo de las directrices de los diferentes Códigos de buen gobierno españoles, que recomiendan la presencia femenina en los consejos de administración, el presente trabajo analiza cómo la diversidad de género influye en las decisiones financieras de las empresas. Para ello, empleando un conjunto de compañías que han cotizado en el mercado bursátil español, concretamente en el IBEX 35, durante el periodo 2013-2018, se evidencia que la diversidad de género en los consejos de administración españoles reduce los costes de agencia e influye negativamente en el grado de endeudamiento de las empresas.

Palabras clave: diversidad de género; consejo de administración; endeudamiento; teoría de agencia; empresas cotizadas; datos de panel; mercado español.

Recibido: 04-05-2021 / Aceptado: 10-09-2021

Cómo citar: Lucas Pérez, M. E.; Mínguez Vera, A. y Ortín Tomás, M. P. (2022). Diversidad de género en el consejo de administración y endeudamiento. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 229-253.



Gender diversity on the board of directors and leverage

María Encarnación Lucas Pérez

Antonio Mínguez Vera

María de la Paz Ortín Tomás

Abstract

Since the middle of the 20th century, the global labour market has been experiencing great changes regarding the diversity of its workforce. Gender diversity on boards of directors has been one of the most debated issues. Although the presence of women in management positions has traditionally been justified from an ethical perspective, recent research shows how gender diversity influences decision-making in companies and its economic and social effects. This circumstance is relevant in the case of listed companies, as a consequence of the obligation of transparency that they have in the development of their activity. Based on the different Spanish Good Governance Codes, which recommend the presence of women on boards of directors, this paper analyses how gender diversity influences the firm financial decisions. A sample of Spanish listed firm on the IBEX 35 index for the 2013-2018 period is used. Results show that gender diversity on Spanish boards of directors reduces agency costs and negatively influences the level of firm leverage.

Keywords: gender diversity; board of directors; leverage; agency theory; listed companies; panel data; Spanish market.

Citation: Lucas Pérez, M. E.; Mínguez Vera, A. y Ortín Tomás, M. P. (2022). Gender diversity on the board of directors and leverage. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 229-253.



Sumario

1. Introducción
 2. Marco teórico y empírico
 - 2.1. Contexto institucional español
 - 2.2. Consejo de administración y diversidad de género
 - 2.3. Toma de decisiones, endeudamiento y diversidad de género en el consejo de administración
 3. Metodología
 - 3.1. Muestra
 - 3.2. Recopilación de datos
 - 3.3. Análisis de datos
 4. Resultados
 5. Discusión y conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: esta investigación ha sido financiada por el Proyecto RTI2018-093884-B-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Gobierno de España). Los autores agradecen el apoyo de la Fundación CajaMurcia.

1. Introducción

España, al igual que el resto de economías desarrolladas del siglo XXI, cuenta con un amplio tejido empresarial constituido por compañías de diferentes tamaños, entre las cuales varias cotizan en los mercados bursátiles. En los últimos años, los escándalos económicos y financieros en los que se han visto envueltas las sociedades cotizadas españolas han propiciado un polémico debate tanto a nivel económico como académico y social. En este sentido, se han puesto de manifiesto posibles irregularidades en el funcionamiento y en la toma de decisiones por parte de los órganos directivos de las compañías, teniendo como consecuencia grandes descensos en sus beneficios e, incluso, la bancarrota de algunas de ellas.

A tal efecto, en 2017, el mercado español contaba con 150 sociedades admitidas a cotización, siendo un año significativo por el incremento del beneficio agregado de las compañías en más del doble con respecto a 2016 (Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV–, 2017). Sin embargo, a partir del año 2018, el número de empresas cotizadas ha ido disminuyendo, cerrando 2018 con un total de 148 compañías cotizadas y 141 en el año 2019. Y, según los últimos datos oficiales disponibles, el año 2020 confirma esa tendencia a la baja con un total de 138 empresas admitidas a cotización (CNMV, 2017; 2018; 2019; 2020b).

Diferentes estudios han tratado de esclarecer las posibles causas de este declive bursátil, justificándolo como consecuencia de problemas derivados, entre otros, de la falta de transparencia, la existencia de información asimétrica, la comisión de fraudes financieros o la fijación de desorbitadas retribuciones directivas. Si bien las causas pueden ser diversas, la mayoría tiene en común una toma de decisiones no adecuada, como consecuencia, principalmente, de los conflictos de agencia propios de este tipo de sociedades.

En las empresas en las que existe separación entre propiedad y control, el principal problema radica en el denominado «conflicto de agencia». En este tipo de empresas, las personas propietarias o accionistas de la empresa –«principales»– delegan la toma de decisiones en las personas encargadas de la alta dirección –«agentes»– (Berle y Means, 1932; Jensen y Meckling, 1976). Esta situación puede provocar la existencia de intereses contrapuestos entre propietarios/as –que persiguen la maximización de los beneficios de la compañía– y altos directivos/as –que, como consecuencia de su discrecionalidad, pueden verse tentados a adoptar decisiones en beneficio propio, dejando en segundo plano los intereses de la empresa–, dando lugar a los mencionados conflictos de agencia.

Desde una perspectiva de agencia, se aboga por la utilización de una serie de mecanismos de control que alineen los objetivos entre propietarios/as y la alta dirección, de modo que los conflictos de agencia se reduzcan y se maximice el valor de la empresa (Hillman y Dalziel, 2003). Si bien existen diferentes mecanismos de control, los estudios coinciden al destacar el importante papel del consejo de administración como órgano supervisor. En el caso español, el consejo de administración se convierte en uno de los principales mecanismos de supervisión, debido a que, entre otros factores, el mercado de capitales en el que operan las empresas cotizadas se caracteriza por una baja liquidez y desarrollo –al contrario que ocurre en otros países–, lo que dificulta que este pueda ejercer una adecuada supervisión como mecanismo de control externo, imponiendo la necesidad de que actúen los mecanismos internos (Kirkbride y Letza, 2009; Weir *et al.*, 2002).

Para analizar la eficacia supervisora del consejo de administración, investigaciones previas han centrado su atención en aspectos tales como su tamaño, estructura y composición (Boyd, 1995; Conyon y Peck, 1998; Core *et al.*, 1999), y han estudiado su vinculación con los beneficios de la empresa, la toma de decisiones de los órganos decisorios, el diseño del sistema retributivo de la alta dirección, entre otros (Abad Díaz *et al.*, 2017; Campbell y Mínguez Vera, 2008; Lucas Pérez *et al.*, 2014).

Uno de los atributos del consejo de administración, que más debate ha generado en las últimas décadas, ha sido su composición. Si bien la controversia giraba, en un principio, en torno al tipo de consejero/a –interno o externo–, en la actualidad se centra en la diversidad de sus miembros y, más concretamente, en el género de los mismos. En este sentido, se ha evidenciado cómo la incorporación de mujeres en los consejos de administración, tradicionalmente dominados por hombres, tiene efectos positivos al generar un grupo heterogéneo, que favorece una toma de decisiones más eficaz. Las consejeras aportan una mayor objetividad y actúan como eficaces consejeras independientes –tal y como recomiendan los diferentes Códigos de buen gobierno–, ya que, entre otra serie de características, por lo general, son más adversas al riesgo (Abad Díaz *et al.*, 2017; Binay *et al.*, 2018; Peni, 2014).

Sin embargo, aunque se ha demostrado que la diversidad de género en los consejos de administración favorece el buen funcionamiento y la toma de decisiones de las compañías, y que las directrices de los Códigos de buen gobierno recomiendan la existencia de diversidad de género, la presencia de la mujer en este órgano es todavía escasa. En concreto, en 2018, la representación femenina en los consejos de administración españoles se situaba en torno al 19,7 %, que si bien supone un avance respecto a cuotas de años anteriores –16,6 % en 2016 y 18,9 % en 2017–, el crecimiento todavía es lento (CNMV, 2018). No obstante, según datos oficiales disponibles hasta el momento, mayor avance se observa en los dos últimos años, en los que la presencia de mujeres asciende a un 23,4 % en 2019 y un 26,1 % en 2020 (CNMV, 2020b). Aun así, es una cifra alejada del objetivo del 40 % de participación establecido para 2022 por la recomendación 14

del *Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (CNMV, 2015) –revisado en junio de 2020 por el *Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (CNMV, 2020a)–. Por tanto, todavía se puede hablar de la existencia del denominado «techo de cristal», que dificulta que las mujeres ocupen puestos de alta responsabilidad, dirección y liderazgo.

Considerando los anteriores argumentos, el principal objetivo de este trabajo es el de analizar cómo la diversidad de género en los consejos de administración influye en la toma de decisiones financieras –concretamente, en el endeudamiento y en la deuda financiera a corto plazo, que son las que suelen reflejar las decisiones más arriesgadas de las compañías– de las empresas bursátiles españolas. Para lo cual se emplea una muestra de empresas que cotizan en el IBEX 35 durante los años comprendidos entre 2013-2018, periodo que coincide con la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, que obliga a las empresas a incluir en los informes de gobierno corporativo información sobre la diversidad de género en sus consejos de administración.

El estudio se estructura en una serie de apartados. En primer lugar, se establece un marco teórico, en el que se analiza el contexto institucional español. Posteriormente, se describen las características de los consejos de administración y su relación con la diversidad de género. Después, se realiza una revisión de la literatura que vincula la toma de decisiones y la diversidad de género y su relación con las decisiones de endeudamiento de las empresas. A continuación, se especifica la metodología empleada y los resultados evidenciados. Por último, se exponen las conclusiones e implicaciones.

2. Marco teórico y empírico

2.1. Contexto institucional español

La existencia de conflictos de agencia conlleva la necesidad de aplicar mecanismos de supervisión –tanto internos como externos–, que alineen los intereses entre accionistas y la alta dirección. En este sentido, considerando que los modelos de gobierno corporativo no son universales, sino que dependen de cada país, es necesario especificar el entorno institucional en el que desarrollan su actividad las empresas (La Porta *et al.*, 1999; Renders y Gaeremynck, 2012).

A nivel general, se distingue entre dos modelos de gobierno corporativo: el modelo «anglosajón» y el modelo de la «Europa continental». En el modelo «anglosajón», el principal problema surge entre accionistas y la alta dirección, produciéndose el denominado conflicto «principal-agente» (Berle y Means, 1932; Jensen y Meckling, 1976). En este modelo, la propiedad de las empresas está repartida entre un gran número de accionistas,

que se encuentran amparados/as por una legislación que defiende eficientemente sus derechos, por lo que el conflicto reside en las luchas de poder con la alta dirección. El entorno institucional en el que operan las compañías de este modelo se suele caracterizar por un mercado de valores muy desarrollado y con una gran liquidez, lo que facilita que este pueda ejercer, de forma eficaz, el papel de mecanismo de control externo y reducir los conflictos de agencia (La Porta *et al.*, 1999; Weir *et al.*, 2002).

En el caso español, el tipo de gobierno corporativo en el que operan las empresas cotizadas es el denominado modelo de la «Europa continental», en el que el conflicto de agencia predominante es conocido como «principal-principal». La alta concentración de propiedad genera un conflicto de intereses entre accionistas mayoritarios/as y minoritarios/as, debido a que los primeros/as pueden imponerse sobre aquellos/as cuya participación en la propiedad es pequeña (Johnson *et al.*, 2000). Esta circunstancia podría solventarse a través de instrumentos de carácter legal o jurídico, orientados a propiciar una especial protección al accionista minoritario/a. Sin embargo, en España impera un sistema legal basado en la existencia de una serie de normas escritas, «*civil law*», que no garantizan una eficaz protección de las minorías, a diferencia de lo que ocurre con el sistema legal que rige en otros países como, por ejemplo, en el Reino Unido, que tiene una serie de normas jurídicas no escritas, pero sí apoyadas por la costumbre y la jurisprudencia, «*common law*», que protegen, más eficazmente, los intereses de las minorías (Kirkbride y Letza, 2009). En consecuencia, en las empresas cotizadas españolas, los/las accionistas que suponen una minoría se encuentran en una posición más débil, cuya vulnerabilidad se incrementa por la existencia de asimetrías de información que, entre otros motivos, se derivan de la propia disparidad de propiedad y la falta de transparencia.

Otra característica que diferencia el caso español del de otros países con un modelo de gobierno corporativo de corte «anglosajón» es que el mercado de capitales español se caracteriza por un escaso desarrollo y una baja liquidez, que dificulta que este pueda ejercer como mecanismo de control externo que garantice, por sí solo, la alineación de intereses y la maximización del valor de la empresa, lo que otorga una mayor protagonismo al consejo de administración como mecanismo interno de supervisión (La Porta *et al.*, 1999; Renders y Gaeremynck, 2012).

En un intento de regular esta situación, aunque de forma todavía insuficiente, el Gobierno español ha aprobado diferentes normativas, como la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. El objetivo ha sido el de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas y paliar las consecuencias derivadas de los escándalos financieros, así como recuperar la confianza del mercado. Cabe destacar que esta ley introduce, como una de las medidas más significativas, el deber de que las sociedades cotizadas publiquen el correspondiente informe anual de gobierno corporativo.

Considerando el escenario institucional descrito, el consejo de administración se convierte en el principal instrumento de supervisión para contrarrestar la expropiación de rentas, reducir los conflictos de agencia y maximizar el valor de la empresa (Core *et al.*, 1999).

2.2. Consejo de administración y diversidad de género

Diversos estudios han coincidido en señalar como aspectos más relevantes e influyentes en la capacidad supervisora del consejo de administración su tamaño, estructura y composición (Boyd, 1995; Conyon y Peck, 1998; Core *et al.*, 1999).

En relación con el tamaño, determinados estudios evidencian que un mayor tamaño influye de forma positiva en su función supervisora, al incorporar diferentes experiencias, perspectivas y puntos de vista (Pearce y Zahra, 1992). Sin embargo, otros sostienen que un mayor tamaño conlleva un peor desempeño, puesto que los procesos se vuelven más rígidos y lentos, y, por tanto, supone una mayor ralentización en el proceso de toma de decisiones (Dalton y Dalton, 2011). En este sentido, Yermack (1996) evidencia una relación inversa entre el número de personas en los consejos de administración y los resultados de la empresa, medidos a través de diversos ratios de rentabilidad y eficiencia operativa. En definitiva, la eficacia del consejo de administración se encuentra estrechamente ligada a su tamaño, no existiendo una literatura unánime respecto a su efecto positivo o negativo.

Otro importante aspecto, que ha dado lugar a diferentes controversias, es la estructura de poder que impera en los consejos de administración. Las empresas pueden optar por la separación de la figura del/de la CEO (*chief executive officer*) y la presidencia del consejo o, por el contrario, la coincidencia en la misma persona de ambas funciones, dando lugar a lo que se conoce como «dualidad». Diversos estudios manifiestan que la separación de poder conlleva una mayor independencia del consejo de administración, lo que se traduce en una mayor efectividad de la función de supervisión inherente a este órgano, pues al coincidir ambas funciones en la misma persona podría ser más subjetiva a la hora de tomar decisiones (Dalton y Dalton, 2011). Otra parte de la literatura discrepa de estos argumentos, de manera que autores como Dahya *et al.* (2009) o Faleye (2007) afirman que la separación entre CEO y la presidencia del consejo de administración en personas diferentes puede llevar a resultados menos deseados por la organización. No existe tampoco un consenso, y, en esta línea, Boyd (1995) concluye que la dualidad puede ser beneficiosa para las empresas en determinadas circunstancias, como en las situaciones de alta complejidad o escasez de recursos.

Si bien el tamaño y la estructura de poder han sido aspectos muy cuestionados, su composición ha suscitado un gran debate en relación con la tipología de sus consejeros y consejeras, existiendo dos corrientes principales. La primera de ellas defiende que un consejo con más independientes mejora la función supervisora del consejo, puesto que este tipo

de consejeros/as lo dota de mayor objetividad y eficacia en la toma de decisiones (Core *et al.*, 1999). Frente a ella, la segunda corriente concluye que los consejos de administración que cuentan con más ejecutivos son más efectivos, puesto que tienen una mayor experiencia, mayor disponibilidad horaria y mayor acceso a la información empresarial, lo que contribuye a mejorar la toma de decisiones y la efectividad del consejo de administración (Eisenberg *et al.*, 1998).

En esta misma línea, la diversidad del consejo de administración ha recibido especial atención. Estudios previos sostienen que los grupos heterogéneos permiten la resolución de problemas de una manera diferente, reduciendo los errores de apreciación, contrastando más opiniones y experiencias, incrementando la información estratégica disponible y creando nuevos estilos de liderazgo en los consejos de administración (Carrasco Gallego y Laffarga Briones, 2007). En concreto, en relación con la diversidad de género, la CNMV la concibe como un triple desafío ético, político y corporativo, invitando a las empresas a que incorporen mujeres en sus consejos de administración, de modo que creen órganos heterogéneos y diversos que mejoren su eficacia.

La incorporación femenina a este órgano de dirección se recomienda, sobre todo, para que ocupen puestos de consejeras independientes, justificando que, por lo general, las características inherentes a su género favorecen la alineación de intereses entre las partes y la reducción de los conflictos de agencia, pues suelen garantizar la representación de los intereses de todos los sujetos implicados en los procesos de toma de decisiones (Hillman y Dalziel, 2003). Entre otras razones, esta afirmación se fundamenta en que estas poseen una serie de habilidades inherentes que favorecen una comunicación más multidireccional y participativa, contribuyen a incrementar el número de perspectivas ante una posible problemática y propician entornos informativos más favorables con menos asimetrías de información (Abad Díaz *et al.*, 2017).

La diversidad de género se asocia con una mayor independencia del consejo, lo que es deseable tanto en el ejercicio de su función de control como en el de toma de decisiones (Carter *et al.*, 2003). Cabe destacar que las decisiones adoptadas con participación de mujeres suelen estar más relacionadas con los conflictos entre accionistas (Huang y Kisgen, 2013), que, en el caso español, constituye el principal problema de agencia –con participaciones mayoritarias y minoritarias–.

En concreto, estudios previos evidencian que la diversidad de género, entre otros efectos positivos, incrementa los beneficios de las empresas, disminuye la existencia de asimetrías informativas, fomenta una mayor participación en acciones de responsabilidad social corporativa y establece diseños retributivos de la alta dirección más vinculados con la marcha económica de la empresa (Abad Díaz *et al.*, 2017; Campbell y Mínguez Vera, 2008; Lucas Pérez *et al.*, 2014). Así, la diversidad de género constituye un medio para aprovechar el talento diverso del mercado laboral y formar un consejo de administración efectivo e independiente en la toma de decisiones.

2.3. Toma de decisiones, endeudamiento y diversidad de género en el consejo de administración

En el proceso de toma de decisiones, la actitud frente al riesgo de los diferentes sujetos que participan constituye un elemento esencial. En términos de género, existen una serie de diferencias entre la asunción de riesgos por parte de los hombres y de las mujeres, que pueden fundamentarse en diversas razones, como, por ejemplo, en las diferencias psicológicas o características inherentes a ambos sexos y en determinadas cuestiones estructurales o sociales (Meier Pesti y Penz, 2008).

La actitud frente al riesgo depende también del tipo de decisiones que se tengan que adoptar. En este sentido, Binay *et al.* (2018) sostienen que las empresas, en el desarrollo de su actividad, se suelen enfrentar a dos tipos de demandas: (1) las operativas, que derivan de conflictos jurídicos con sujetos del ámbito de actividad del negocio, tales como proveedores/as, competidores/as, empleados/as, etc.; y (2) de valores, que ejercen más influencia sobre la posición de los y las accionistas en las empresas, que derivan de acciones que generan aspectos positivos más directos para las compañías sobre su posición en el mercado y en la sociedad.

Considerando esta tipología de demandas, y siguiendo los argumentos de diferentes estudios como los de Bernardi y Arnold (1997) y Fallan (1999), una mayor aversión al riesgo, característica generalmente del sexo femenino, se relaciona negativamente con las demandas operativas, de modo que la presencia de consejeras disminuye la litigiosidad de estas empresas. Sin embargo, las compañías adoptan medidas que pueden generar controversias jurídicas, pues entienden que el valor que les generan es mucho mayor a los inconvenientes que pueden sufrir por adoptarlas. Así, las mujeres que ocupan puestos directivos tienden a adoptar decisiones respetando el marco legal al que se sujetan, disminuyendo los posibles litigios que puedan poner en riesgo el funcionamiento e imagen de la empresa.

En contraposición, la presencia del sexo femenino en el consejo de administración influye positivamente en la toma de decisiones derivadas de la demanda de valores, lo que otorga a la compañía una ventaja competitiva. Por ejemplo, en relación con la innovación en las empresas, Chen *et al.* (2018) analizan el número de patentes y de determinadas partidas contables, como el gasto en I+D, y evidencian que la participación femenina en los órganos directivos se relaciona positivamente con la innovación, y, junto a ello, concluyen que, aunque la presencia femenina, *per se*, no implica un aumento de valor de los negocios, es muy ventajosa para las empresas intensivas en innovación y creatividad.

Asimismo, las mujeres toman decisiones intentando salvaguardar la flexibilidad financiera de las organizaciones que dirigen, de tal modo que estas compañías se caracterizan

por una mayor tenencia de efectivos (La Rocca *et al.*, 2019). Ello puede ser consecuencia, entre otros, de una mayor orientación al largo plazo que sus homónimos masculinos (Matsa y Miller, 2013). Faccio *et al.* (2016) afirman que las empresas dirigidas por mujeres tienen más probabilidades de sobrevivir, debido a que los hombres suelen tomar decisiones más arriesgadas, reduciendo la probabilidad de supervivencia del negocio.

En consecuencia, cuando las compañías se encuentran dirigidas por mujeres, su actitud frente al riesgo favorece la disminución, por un lado, del apalancamiento y, por otro, de la volatilidad de las ganancias, además de la del ROA (*return on assets*). No obstante, la actitud frente al riesgo de los directivos masculinos permite una asignación de capital más eficiente que la que realizan las mujeres (Faccio *et al.*, 2016; Hudgens y Fatkin, 1985; Johnson y Powell, 1994). No se puede olvidar que la búsqueda de la maximización de la rentabilidad del negocio implica, generalmente, tomar decisiones que conllevan riesgo (Binay *et al.*, 2018).

La toma de decisiones relacionada con las operaciones de endeudamiento implica una mayor asunción de riesgos a diferencia de otras alternativas, como la inversión a través de los propios recursos de la empresa. Por ello, resulta interesante analizar esta partida, sobre la base de la aversión al riesgo, en tanto que es de relevancia en el desarrollo económico-financiero de las sociedades (Cuñat, 1999).

Diferentes estudios, como los realizados por Carter y Shaw (2006) y Huang y Kisgen (2013), defienden que la presencia de mujeres en los altos cargos ejecutivos de las organizaciones implica un menor endeudamiento. Pucheta Martínez y Sánchez Vidal (2013) afirman dicha relación negativa, además de añadir que la presencia femenina se relaciona en el mismo sentido con respecto a la rentabilidad. Hernández Nicolás *et al.* (2016) analizaron la relación entre la diversidad de género en el consejo rector de una muestra de cooperativas españolas –órgano homólogo al consejo de administración– y el endeudamiento, concluyendo que las cooperativas con mayor presencia femenina contaban con un menor endeudamiento que aquellas en las que apenas había mujeres.

En este sentido, Marlow y Carter (2005) afirman que la diferencia de patrones de endeudamiento entre las empresas dirigidas por hombres y mujeres se puede justificar principalmente por la aversión al riesgo y la actitud más prudente del género femenino.

En definitiva, la mayor parte de estudios evidencian una mayor aversión al riesgo por parte de las mujeres (Booth y Nolen, 2012; Peni, 2014). Sin embargo, conviene destacar que una actitud extremadamente prudente y conservadora puede generar un peor desempeño de las empresas que dirigen las mujeres, pues puede llevar a problemas de subinversión, en tanto que se dejan pasar proyectos que, de realizarse, hubieran podido tener resultados positivos para la empresa (Faccio *et al.*, 2016).

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, se propone que en los consejos de administración en los que existe diversidad de género, con una mayor participación de consejeras, el grado de endeudamiento de las empresas es menor.

3. Metodología

3.1. Muestra

La muestra está formada por 47 empresas españolas que han cotizado en el IBEX 35 durante el periodo 2013-2018. Entre ellas, se han excluido las entidades bancarias, ya que presentan múltiples particularidades legales, como consecuencia de su actividad principal.

La investigación se centra en los años comprendidos entre el periodo 2013-2018, coincidiendo con la entrada en vigor, en el año 2013, de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, que, en aras de lograr una mayor transparencia informativa, obliga a las empresas cotizadas a incluir en sus informes de gobierno corporativo información sobre las mujeres consejeras, es decir, sobre la diversidad de género en sus órganos directivos. Por ello, es a partir de este año cuando existe una mayor disponibilidad de datos, que favorece unos resultados más fiables, homogéneos y ajustados a la realidad.

3.2. Recopilación de datos

Los datos relativos a las características del consejo de administración se han obtenido a partir de los informes de gobierno corporativo de las empresas cotizadas, publicados anualmente por la CNMV. Los datos financieros y contables de las empresas se han recopilado a través de la información disponible en la base de datos del Sistema de Análisis de Balances Ibéricos (SABI).

3.3. Análisis de datos

Para analizar el endeudamiento de las empresas se emplean dos variables dependientes: (1) el endeudamiento a corto plazo –pasivo corriente total, incluido el crédito comercial–; y (2) el endeudamiento financiero a corto plazo –procedente de préstamos bancarios y emisiones de títulos a corto plazo–.

Como se adelantaba en líneas precedentes, las decisiones basadas en el endeudamiento a corto plazo conllevan una asunción de riesgos mayor que aquellas con un horizonte temporal largo, dado que implican la necesidad de una reacción superior y más inmediata ante posibles contingencias. Frente a ellas, en la toma de decisiones a largo plazo, pueden analizarse de forma más detenida las distintas posibilidades y llevar a cabo actuaciones encaminadas a la prevención, lo que permite una mayor analítica de riesgos de la decisión y el diseño de medidas de reacción. Dentro del pasivo a corto plazo, las deudas de carácter financiero son las más arriesgadas, en tanto que implican la asunción de gastos financieros –como, por ejemplo, los intereses bancarios–, lo que hace necesario que las empresas cuenten con flujos de efectivo capaces de hacer frente a dicha deuda y a los gastos derivados de la misma.

Las variables de endeudamiento se relacionan con la diversidad de género en los consejos de administración a través de dos medidas: (1) el porcentaje de mujeres en el consejo y (2) el porcentaje de mujeres independientes en el consejo.

Como variables de control se utilizan: (1) el tamaño de la empresa, medido a través del logaritmo del activo total; (2) la edad de la empresa, teniendo en cuenta el año de su constitución; (3) el intangible, medido como el ratio de los activos intangibles sobre el activo total; (4) el coste de la deuda, calculado como los gastos financieros totales divididos entre el nivel de deuda; (5) la cobertura de intereses, mediante el ratio de cobertura de intereses; y (6) la rentabilidad económica –ROA–, como el beneficio de explotación dividido entre el activo total de la empresa.

De esta manera, el modelo propuesto es el que se expone a continuación:

$$DEUDA_i = \beta_0 + \beta_1 GÉNERO_i + \beta_2 TAMAÑO_i + \beta_3 EDAD_i + \beta_4 INTANG_i + \beta_5 COSTED_i + \beta_6 COBINT_i + \beta_7 ROA_i + \varepsilon_{it} + \eta_i + \psi_t$$

Donde $i = 1 \dots n$ indica la empresa y t el periodo de tiempo. *DEUDA* representa, alternativamente, la deuda a corto plazo (*DEUDACP*) y la deuda financiera a corto plazo (*DEUDAFINANC*). *GÉNERO* son las distintas medidas de género del consejo de administración definidas con anterioridad, es decir, el porcentaje de mujeres consejeras (*PMUJER*) y el porcentaje de consejeras independientes (*PMUJERIND*). Respecto a las variables de control: *TAMAÑO* es el logaritmo del activo total; *EDAD* es el número de años de la empresa desde su fundación; *INTANG* es el ratio de activos intangibles sobre el activo total; *COSTED* representa el coste de la deuda; *COBINT* se refiere al ratio de cobertura de intereses; y *ROA* a la rentabilidad económica. Finalmente, los términos ψ_t , η_i y ε_{it} representan los efectos temporales, individuales y la perturbación aleatoria, respectivamente.

El modelo se estima utilizando una metodología de datos de panel, aplicando el método generalizado de momentos sistemático (System GMM) (Arellano González y Bover Hidiröglu, 1995; Blundell y Bond, 1998). Este procedimiento permite controlar, primero, la heterogeneidad individual, introduciendo un efecto individual (Himmelberg *et al.*, 1999); y, segundo, los efectos macroeconómicos sobre la variable dependiente, utilizando las variables ficticias temporales.

Además, la estimación System GMM resuelve el problema de la endogeneidad que puede aparecer cuando las variables independientes y la variable dependiente se determinan simultáneamente. Para eliminar este sesgo, esta metodología estima un sistema de dos ecuaciones simultáneas, una en niveles –empleando instrumentos de primeras diferencias– y otra en primeras diferencias con instrumentos rezagados en niveles.

En la tabla 1 se muestran los estadísticos descriptivos. Como se observa, el porcentaje de mujeres en el consejo de administración de las empresas del IBEX 35 ronda el 18,8 %, mientras que el porcentaje de consejeras independientes, el 14,1 %.

Tabla 1. Estadísticos descriptivos

Variable	Media	Mediana	Desviación estándar
DEUDACP	0,241	0,165	0,200
DEUDAFINANC	0,038	0,011	0,081
PMUJER	0,188	0,181	0,109
PMUJERIND	0,141	0,117	0,106
TAMAÑO	14,937	15,037	1,972
EDAD	47,168	41,000	29,952
INTANG	0,035	0,004	0,089
COSTED	0,051	0,030	0,080
COBINT	238,621	2,256	1.547,101



Variable	Media	Mediana	Desviación estándar
ROA	0,061	0,036	0,176

Variables:

DEUDACP (ratio de endeudamiento a corto plazo), *DEUDAFINANC* (ratio de endeudamiento financiero a corto plazo), *PMUJER* (proporción de mujeres en el consejo de administración), *PMUJERIND* (proporción de mujeres independientes en el consejo de administración), *TAMAÑO* (logaritmo del activo total), *EDAD* (número de años de la empresa desde su fundación), *INTANG* (ratio de activos intangibles sobre el activo total), *COSTED* (coste de la deuda), *COBINT* (ratio de cobertura de intereses), *ROA* (rentabilidad económica).

Fuente: elaboración propia.

En cuanto al endeudamiento, la media de la deuda a corto plazo asciende al 24,1 % del endeudamiento total. Sin embargo, la deuda financiera a corto plazo es de un 3,8 % del endeudamiento total, por lo que no representa un porcentaje elevado, en tanto que esta partida de endeudamiento es, probablemente, la más arriesgada para las compañías.

4. Resultados

Los resultados obtenidos a través de la estimación del modelo enunciado anteriormente, que analiza la relación entre la presencia de mujeres en el consejo de administración y el endeudamiento de las empresas, se muestran en las tablas que se exponen a continuación.

La tabla número 2 estudia la relación existente entre el endeudamiento a corto plazo y la presencia de mujeres en el consejo de administración. Para ello, se plantean dos modelos diferentes. En el primero de ellos, se relaciona la variable dependiente con el porcentaje de mujeres en el consejo, mientras que, en el segundo, la relaciona con el porcentaje de mujeres independientes.

En ambos casos, encontramos que son modelos que presentan una alta significatividad conjunta.

Tabla 2. Estimación System GMM de la influencia de la presencia de mujeres en el consejo de administración sobre el endeudamiento a corto plazo

Variable	Modelo 1	Modelo 2
Constant	0,708*** (0,100)	0,603*** (0,151)
PMUJER	-0,147*** (0,036)	
PMUJERIND		-0,182** (0,083)
TAMAÑO	-0,033*** (0,006)	-0,029*** (0,010)
EDAD	0,001** (0,001)	0,001** (0,0008)
INTANG	0,350*** (0,085)	0,282*** (0,092)
COSTED	0,032 (0,107)	-0,044 (0,134)
COBINT	0,0004*** (0,00002)	0,0004*** (0,00002)
ROA	-0,270*** (0,035)	-0,243*** (0,031)
Year dummies	Yes	Yes
F	11.638,52***	48.253,83***
z1	0,000	0,000
z2	0,000	0,000



Variable	Modelo 1	Modelo 2
m2	1,48	1,47
Sargan	1,000	1,000

*, **, *** Significativo al 10 %, 5 % y 1 %, respectivamente. Error estándar entre paréntesis.

Variables:

PMUJER (proporción de mujeres en el consejo de administración), *PMUJERIND* (proporción de mujeres independientes en el consejo de administración), *TAMAÑO* (logaritmo del activo total), *EDAD* (número de años de la empresa desde su fundación), *INTANG* (ratio de activos intangibles sobre el activo total), *COSTED* (coste de la deuda), *COBINT* (ratio de cobertura de intereses), *ROA* (rentabilidad económica).

F: Prueba de significación conjunta. z_1 y z_2 son dos test de Wald de significación conjunta de los coeficientes y de las variables ficticias temporales, respectivamente (distribuidas asintóticamente como λ^2 bajo la hipótesis nula de no relación, se muestra la probabilidad); *m2* es un test de correlación en serie de segundo orden que utiliza residuos en primeras diferencias, distribuidos asintóticamente como $N(0,1)$ bajo la hipótesis nula de no correlación en serie; Sargan es un test de las restricciones de sobreidentificación, distribuidas asintóticamente como λ^2 bajo la hipótesis nula de no correlación entre los instrumentos y el término de error, se muestra la probabilidad.

Fuente: elaboración propia.

En el primer modelo, tal y como se observa, se evidencia que existe una relación negativa entre el porcentaje de mujeres en el consejo de administración y el endeudamiento a corto plazo, siendo significativa para un intervalo de confianza del 99 %. Esta estimación permite afirmar que las empresas cuyos consejos de administración están formados por un mayor porcentaje de mujeres tienen un grado de endeudamiento a corto plazo menor.

En esta misma línea, en el segundo modelo, se ha relacionado el porcentaje de mujeres independientes en el consejo y el endeudamiento a corto plazo. Se obtienen resultados similares al primer modelo, llegando a la misma conclusión: un mayor porcentaje de consejeras independientes supone un menor endeudamiento a corto plazo por parte de las empresas. En tanto que, de acuerdo con la revisión de la literatura, la presencia de esta tipología de consejeros/as reduce los conflictos de agencia, pues representan más eficazmente los intereses de la propiedad, sobre todo de las participaciones minoritarias, actuando con más objetividad e independencia en la toma de decisiones.

Así, cuando la variable de endeudamiento se representa a través de la deuda a corto plazo, en las empresas cotizadas del IBEX 35 cuyo consejo está formado por un mayor

número de mujeres y consejeras independientes, la deuda a corto plazo de la empresa es menor. En este sentido, endeudarse, sobre todo a corto plazo, implica un riesgo mayor para la empresa que el uso de recursos propios para realizar inversiones. Esta relación negativa se debe, entre otras razones, a esa mayor aversión al riesgo que presentan las mujeres (Booth y Nolen, 2012). No obstante, hay que señalar que no endeudarse no siempre es favorable, debido a que puede suponer rechazar proyectos que, probablemente, generen resultados positivos, lo que supondría una pérdida de oportunidad para la empresa.

En cuanto a las variables de control, en ambos modelos, el tamaño y la rentabilidad de la empresa se relacionan significativa y negativamente, de modo que, cuanto mayor es el tamaño de la empresa y mayor es su rentabilidad económica, esta tiende a endeudarse menos a corto plazo. Sin embargo, la antigüedad de la empresa, los intangibles y la cobertura de intereses se relacionan positivamente con el endeudamiento a corto plazo, es decir, cuanto más antigua sea la empresa, más activo intangible posea y su ratio de cobertura de intereses sea mayor, más endeudamiento a corto plazo tiene la compañía.

En la tabla 3 se muestra la relación entre diversidad de género y endeudamiento financiero a corto plazo, siendo un endeudamiento más arriesgado, tal y como se ha especificado.

Tabla 3. Estimación System GMM de la influencia de la presencia de mujeres en el consejo de administración sobre la deuda financiera a corto plazo

Variable	Modelo 1	Modelo 2
Constant	0,353*** (0,049)	0,358*** (0,053)
PMUJER	-0,101*** (0,013)	
PMUJERIND		-0,129*** (0,035)
TAMAÑO	-0,016*** (0,002)	-0,018*** (0,002)
EDAD	-0,0006** (0,0002)	0,0002 (0,0002)



Variable	Modelo 1	Modelo 2
INTANG	-0,200*** (0,037)	-0,169*** (0,042)
COSTED	0,047 (0,062)	0,010 (0,054)
COBINT	0,00003*** (0,00001)	0,00005*** (0,00001)
ROA	-0,079*** (0,011)	-0,075*** (0,015)
Year dummies	Yes	Yes
F	443,27***	2.731,92***
z1	0,000	0,000
z2	0,000	0,000
m2	-1,27	-1,17
Sargan	1,000	1,000

*, **, *** Significativo al 10 %, 5 % y 1 %, respectivamente. Error estándar entre paréntesis.

Variables:

PMUJER (proporción de mujeres en el consejo de administración), *PMUJERIND* (proporción de mujeres independientes en el consejo de administración), *TAMAÑO* (logaritmo del activo total), *EDAD* (número de años de la empresa desde su fundación), *INTANG* (ratio de activos intangibles sobre el activo total), *COSTED* (coste de la deuda), *COBINT* (ratio de cobertura de intereses), *ROA* (rentabilidad económica).

F: Prueba de significación conjunta. *z1* y *z2* son dos test de Wald de significación conjunta de los coeficientes y de las variables ficticias temporales, respectivamente (distribuidas asintóticamente como λ^2 bajo la hipótesis nula de no relación, se muestra la probabilidad); *m2* es un test de correlación en serie de segundo orden que utiliza residuos en primeras diferencias, distribuidos asintóticamente como $N(0, 1)$ bajo la hipótesis nula de no correlación en serie; Sargan es un test de las restricciones de sobreidentificación, distribuidas asintóticamente como λ^2 bajo la hipótesis nula de no correlación entre los instrumentos y el término de error, se muestra la probabilidad.

Fuente: elaboración propia.

Al igual que para la deuda a corto plazo, se presentan dos modelos diferentes, cuya diferencia radica en la variable utilizada para representar el género en el consejo de administración. En el primer modelo, se utiliza el porcentaje total de mujeres en el consejo de administración y, en el segundo, se relaciona la variable dependiente con el porcentaje de mujeres independientes. Ambos modelos presentan una alta significatividad conjunta.

Los resultados obtenidos en el primer modelo son muy similares a los obtenidos en relación con los de la deuda a corto plazo. Para un intervalo de confianza del 99 %, existe una relación negativa entre el porcentaje de mujeres y el endeudamiento financiero a corto plazo. La misma conclusión se deriva del segundo modelo, de modo que un mayor porcentaje de consejeras independientes conlleva un menor endeudamiento financiero a corto plazo por parte de la empresa.

En consecuencia, cuando el endeudamiento se mide mediante la deuda financiera a corto plazo, las empresas cotizadas con consejos de administración formados por un mayor porcentaje de mujeres presentan un menor endeudamiento, de manera que la presencia de la mujer en el consejo de administración tiene una influencia negativa. Era de esperar que, si con el endeudamiento a corto plazo existía una relación negativa, ocurriera lo mismo en la estimación de la deuda financiera, en tanto que son las operaciones que mayor riesgo revisten dentro del endeudamiento a corto plazo. El argumento de la aversión al riesgo y su influencia en el endeudamiento queda también confirmado para la deuda financiera.

Respecto a las variables de control, encontramos una diferencia entre ambos modelos. Cuando la variable independiente es el porcentaje de mujeres sobre el total de consejeros, la relación entre la antigüedad de la empresa y la deuda financiera a corto plazo es negativa, mientras que, para el modelo dos, en el que el género se mide a través del porcentaje de mujeres independientes, el efecto de la antigüedad es positivo. Los efectos de las variables de control sobre el endeudamiento financiero son similares en ambos modelos y, a su vez, con los obtenidos al estudiar el endeudamiento a corto plazo, con una excepción: el activo intangible, en este caso, presenta una relación positiva, a diferencia de lo ocurrido en la estimación de la deuda a corto plazo. De esta manera, el tamaño, el activo intangible y el ROA se relacionan de forma negativa con la deuda financiera a corto plazo, a diferencia de la cobertura de intereses.

Confirmado el planteamiento, dado que existe una relación positiva entre el endeudamiento y la inversión, cabría entonces cuestionar e investigar la manera en la que las mujeres obtienen fondos para invertir en las empresas que dirigen. Dichas opciones pueden clasificarse en dos grandes grupos, siendo el primero las fuentes de financiación externa –como el endeudamiento financiero– y el segundo las propias –como la realizada a través de los resultados positivos de la actividad o la emisión de capital por parte de la propiedad–. Mientras las primeras tienen como ventaja la posibilidad de financiar proyectos a pesar de que la empresa no cuente con recursos propios, las segundas reducen el gasto de las organizaciones,

al implicar un ahorro de los costes financieros. Sin embargo, también es necesario señalar el riesgo que puede suponer el huir de las decisiones de financiación externa, ya que podría tener efectos negativos sobre las ratios de liquidez y rentabilidad. En consecuencia, es necesario encontrar el equilibrio entre ambas fuentes de financiación de acuerdo con las necesidades de la empresa, de manera que pueda determinarse, con base en los objetivos y necesidades de la organización, cuál es la vía más idónea para la obtención de fondos.

5. Discusión y conclusiones

Las empresas cotizadas se caracterizan por tener una estructura de propiedad y dirección separadas. Esta circunstancia provoca que se puedan producir los conocidos conflictos de agencia que, en el caso español, tienen su origen en las discrepancias entre la propiedad mayoritaria y minoritaria. Todo lo cual hace que sea necesaria la presencia de un mecanismo de control eficaz que alinee los intereses entre las partes, siendo uno de los más relevantes el consejo de administración, ya que los mecanismos de control externos, en el caso español, no pueden garantizar una supervisión eficaz.

Entre las principales funciones del consejo de administración se encuentra la supervisión de la toma de decisiones, que depende, entre otros aspectos, de las características de sus miembros. Diversos estudios abogan por la constitución de consejos de administración que sean heterogéneos en cuanto a género, al entender que la diversidad permite lograr una mayor efectividad de este órgano tan trascendental. Frente a la tradicional «masculinidad» de los consejos de administración, la presencia femenina favorece una toma de decisiones más eficaz, ya que las cualidades y habilidades inherentes a su género –sumadas a las de los hombres– suponen una mayor alineación de intereses entre las partes y una disminución de asimetrías informativas. Pero, sin lugar a dudas, la aversión al riesgo presente en el sexo femenino tiene una especial trascendencia sobre todo en las decisiones económico-financieras adoptadas por el consejo de administración.

Este estudio aporta nuevas evidencias sobre la relación que existe entre la presencia de la mujer en los consejos de administración y de qué modo repercute en la deuda de las empresas, en concreto, en el endeudamiento y en el endeudamiento financiero a corto plazo. Este tipo de partidas entrañan una mayor asunción de riesgo en comparación con otro tipo de decisiones. Para ello, se ha empleado una muestra de empresas que cotizan en el IBEX 35 durante el periodo 2013-2018, coincidiendo con la entrada en vigor de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, que obliga a las empresas a incluir en los informes de gobierno corporativo anuales información sobre la diversidad de género.

Los resultados obtenidos evidencian que existe una relación negativa entre la presencia de la mujer en el consejo de administración y el endeudamiento y la deuda financiera

–ambos a corto plazo– de las empresas. Esta relación se justifica, entre otras posibles razones, por la aversión al riesgo de las mujeres, en contraposición a la actitud de los hombres, que tienden a ser más confiados y a tomar decisiones más arriesgadas y menos conservadoras. No obstante, como ya se ha mencionado, el exceso de precaución no siempre es beneficioso, pues puede llevar a las empresas a tomar decisiones que excluyan proyectos que pudieran haber sido favorables para las mismas.

Junto a ello, el estudio pone de manifiesto la todavía escasa presencia de la mujer en dicho órgano. España, hasta día de hoy, ha apostado por no imponer cuotas de representación, dando libertad a las empresas para que establezcan sus propios objetivos en materia de diversidad, a través de recomendaciones. Por tanto, las medidas legislativas españolas parecen estar más orientadas al fomento de la transparencia informativa sobre diversidad de género que a la propia incorporación de la mujer en los órganos directivos. Y es que España aún se encuentra lejos de aquel 40 % de mujeres en el consejo de administración que enunciaba la recomendación 14 del *Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (CNMV, 2015) –revisado en junio de 2020 por el *Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (CNMV, 2020a)–.

Entre las limitaciones del presente estudio, destaca, sobre todo, la limitación de información disponible, ya que se ha partido de los datos disponibles en la CNMV y en SABI, no estando disponibles determinadas variables en algunas empresas. Otra limitación viene del concepto de «diversidad». El estudio se ha centrado en el género femenino, pero es evidente que la heterogeneidad en el consejo de administración debe ir más allá, hacia la experiencia y la formación. Junto a ello, otras variables que pudieran tenerse en cuenta a la hora de analizar la toma de decisiones podrían ser el nivel de estudios de las personas que integran el consejo de administración y el área científica –humanidades, ciencias económicas, ciencias jurídicas, entre otras–. Asimismo, sería interesante analizar la relación que existe entre las emisiones de capital por parte de la propiedad y la presencia de las mujeres en los consejos de administración, en tanto que dicha partida podría operar como alternativa a la financiación externa.

Concluyendo, la diversidad de género en los consejos de administración favorece una toma de decisiones más eficaz, que beneficia a la empresa. Aunque la incorporación de la mujer a los órganos directivos avanza favorablemente, ese crecimiento es aún muy lento y la dificultad de la mujer para acceder a puestos de responsabilidad todavía es una cuestión fáctica. Esta situación se ha perpetuado durante muchos años, asentándose de una forma que resulta difícil de exterminar, por lo que, incluso, hoy en día, se puede hablar de la existencia del denominado «techo de cristal», a pesar de las múltiples evidencias que ponen de manifiesto los beneficios de contar con estructuras organizacionales con un equilibrio entre el sexo masculino y el femenino, cuya suma da como resultado el aprovechamiento de las ventajas de la diversidad de género.

Referencias bibliográficas

- Abad Díaz, D.; Lucas Pérez, M. E.; Mínguez Vera, A. y Yagüe Guirao, J. (2017). Does gender diversity on corporate boards reduce information asymmetry in equity markets? *Business Research Quarterly*, 20(3), 92-205.
- Arellano González, M. y Bover Hidirglu, O. (1995). Another look at the instrumental variable estimation of error-components models. *Journal of Econometrics*, 68(1), 29-51.
- Berle, A. y Means, G. (1932). *The modern corporation and private property*. Commerce Clearing House.
- Bernardi, R. A. y Arnold, D. F. (1997). An examination of moral development within public accounting by gender, staff level, and firm. *Contemporary Accounting Research*, 4, 653-668.
- Binay, K. A.; Agrawal, A. y Malm, J. (2018). Do women managers keep firms out of trouble? Evidence from corporate litigation and policies. *Journal of Accounting and Economics*, 67(1), 202-225.
- Blundell, R. y Bond, S. R. (1998). Initial conditions and moment restrictions in dynamic panel data models. *Journal of Econometrics*, 87, 115-143.
- Booth, A. L. y Nolen, P. (2012). Gender differences in risk behaviour: Does nurture matter? *The Economic Journal*, 122(558), 56-78.
- Boyd, B. K. (1995). CEO duality and firm performance: A contingency model. *Strategic Management Journal*, 16(4), 301-302.
- Campbell, K. y Mínguez Vera, A. (2008). Gender diversity in the boardroom and firm financial performance. *Journal of Business Ethics*, 83, 435-451.
- Carrasco Gallego, A. y Laffarga Briones, J. (2007). La diversidad de género en el Código unificado español y la práctica empresarial. *Pecunia. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de León*, 4, 1-25.
- Carter, D. A.; Simkins, B. J. y Simpson, W. G. (2003). Corporate governance, board diversity, and firm value. *The Financial Review*, 38(1), 33-53.
- Carter, S. y Shaw, E. (2006). *Women's business ownership: Recent research and policy developments*. Report to the Small Business Service. DTI.
- Chen, J.; Leung, W. S. y Evans, K. P. (2018). Female board representation, corporate innovation and firm performance. *Journal of Empirical Finance*, 48, 236-254.
- CNMV. (febrero 2015). *Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf
- CNMV. (2017). *Informe anual sobre los mercados de valores y su actuación 2017*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Informe_Anuar_2017_.pdf
- CNMV. (2018). *Informe anual sobre los mercados de valores y su actuación 2018*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Informe_Anuar_2018.pdf
- CNMV. (2019). *Informe anual sobre los mercados de valores y su actuación 2019*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Informe_Anuar_2019.pdf
- CNMV. (junio 2020a). *Código de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (revisado). https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf

- CNMV. (2020b). *Informe anual sobre los mercados de valores y su actuación 2020*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Informe_Anual_2020.pdf
- Conyon, M. J. y Peck, S. I. (1998). Board control, remuneration committees, and top management compensation. *Academy of Management Journal*, 41, 146-151.
- Core, J. E.; Holthausen, R. W. y Larcker, D. F. (1999). Corporate governance, chief executive officer compensation, and firm performance. *Journal of Financial Economics*, 51(3), 371-406.
- Cuñat, V. (1999). Determinantes del plazo de endeudamiento de las empresas españolas. *Investigaciones Económicas*, 3, 351-392.
- Dahya, J.; Galguera García, L. G. y Van Bommel, J. (2009). One man two hats: What's all the commotion! *Financial Review*, 44, 179-212.
- Dalton, D. R. y Dalton, C. M. (2011). Integration of micro and macro studies in governance research: CEO duality, board composition, and firm performance. *Journal of Management*, 37(2), 404-411.
- Eisenberg, T.; Sundgreen, S. y Wells, M. T. (1998). Larger board size and decreasing firm value in small firms. *Journal of Financial Economics*, 48(1), 35-54.
- Faccio, M.; Marchica, M. T. y Mura, R. (2016). CEO gender, corporate risk-taking, and the efficiency of capital allocation. *Journal of Corporate Finance*, 39(C), 193-209.
- Faleye, O. (2007). Does one hat fit all? The case of corporate leadership structure. *Journal of Management and Governance*, 11, 239-259.
- Fallan, L. (1999). Gender, exposure to tax knowledge, and attitudes towards taxation: An experimental approach. *Journal of Business Ethics*, 18(2), 173-184.
- Hernández Nicolás, C. M.; Martín Ugedo, J. F. y Mínguez Vera, A. (2016). La influencia del género en la dirección de las sociedades cooperativas españolas sobre la rentabilidad y el endeudamiento. Un análisis empírico. *Revista de Estudios Cooperativos*, 122, 135-164.
- Hillman, A. J. y Dalziel, T. (2003). Boards of directors and firm performance: Integrating agency and resource dependence perspectives. *Academy of Management Review*, 28, 383-396.
- Himmelberg, C.; Hubbard, R. G. y Palia, D. (1999). Understanding the determinants of managerial ownership and the link between ownership and performance. *Journal of Financial Economics*, 53(3), 353-384.
- Huang, J. y Kisgen, D. J. (2013). Gender and corporate finance: Are male executives overconfident relative to female executives? *Journal of Financial Economics*, 108, 822-839.
- Hudgens, G. A. y Fatkin, L. T. (1985). Sex differences in risk taking: Repeated sessions on a computer simulated task. *The Journal of Psychology. Interdisciplinary Applied*, 119(3), 197-206.
- Jensen, M. C. y Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behaviour, agency costs and structure. *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360.
- Johnson, J. E. V. y Powell, P. L. (1994). Decisionmaking, risk and gender: Are managers different? *British Journal of Management*, 5, 123-138.
- Johnson, S.; La Porta, R.; López de Silanes, F. y Shleifer, A. (2000). Tunneling. *American Economic Review*, 90, 22-27.
- Kirkbride, J. y Letza, S. (2009). Minority shareholders and corporate governance. Reflections on the derivative action in the UK, the

- USA and in China. *International Journal of Law and Management*, 51(4), 206-219.
- La Porta, R.; López de Silanes, F. y Shleifer, A. (1999). Corporate ownership around the world. *Journal of Finance*, 54, 471-517.
- La Rocca, M.; La Rocca, T.; Staglianò, R.; Vecellio, P. y Montalto, F. (2019). Gender diversity, cash holdings and the role of the institutional environment: Empirical evidence in Europe. *Applied Economics*, 51(29), 3.137-3.152.
- Lucas Pérez, M. E.; Mínguez Vera, A.; Baixauli Soler, J. S.; Martín Ugedo, J. F. y Sánchez Marín, G. (2014). Women on the board managers' pay: Evidence of Spain. *Journal of Business Ethics*, 129, 265-280.
- Marlow, S. y Carter, S. (2005). *Financing female owned firm: The role of accountants as advisory intermediaries*. XXVIII Institute for Small Business Entrepreneurship National Conference, Blackpool.
- Matsa, D. A. y Miller, A. R. (2013). A female style in corporate leadership? Evidence from Quotas. *American Economic Journal. Applied Economics*, 5(3), 136-169.
- Meier Pesti, K. y Penz, E. (2008). Sex or gender? Expanding the sex-based view by introducing masculinity and femininity as predictors of financial risk taking. *Journal of Economic Psychology*, 29(2), 180-196.
- Pearce, J. A. y Zahra, S. A. (1992). Board compensation from a strategic contingency perspective. *Journal of Management Studies*, 29, 411-438.
- Peni, E. (2014). CEO and chairperson characteristics and firm performance. *Journal of Management and Governance*, 18(1), 185-205.
- Pucheta Martínez, M. C. y Sánchez Vidal, P. (2013). Relación entre la diversidad de género y la rentabilidad económica de las empresas del IBEX 35. *La Ventana. Revista de Estudios de Género*, 12(5), 661-687.
- Renders, A. y Gaeremynck, A. (2012). Corporate governance, principal-principal agency conflicts, and firm value in European listed companies. *Corporate Governance. An International Review*, 20(2), 125-143.
- Weir, C.; Laing, D. y McKnight, P. J. (2002). Internal and external governance mechanisms: Their impact on the performance of large UK public companies. *Journal of Business & Accounting*, 29(5-6), 579-611.
- Yermack, D. (1996). Higher market valuation of companies with a small board of directors. *Journal of Financial Economics*, 40(2), 185-211.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF (RTSS.CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2792-8314 (en versión impresa) e ISSN-e 2792-8322 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad bimestral (6 números) e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español, con recomendación de uso del lenguaje inclusivo de género) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), AARL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 7 ni más de 9) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúa la sección de «Diálogos con la jurisprudencia».

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 25 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 20 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 7 páginas.
- Casos prácticos: máximo 20 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».

5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citas.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (última edición). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.



Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Empresa y Tecnología • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

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 y Recursos Digitales • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA