



Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 447 | Junio 2020

ISSN: 1138-9532

La Seguridad Social, ¿«bala mágica» frente al riesgo de COVID-19?

Cristóbal Molina Navarrete

Whistleblowing frente al acoso laboral

María Teresa Igartua Miró

La promoción del empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas

Silvia Fernández Martínez

Género y derecho de huelga: cambio de signo en la delimitación del esquirolaje interno

Margarita Miñarro Yanini

Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género

Glòria Poyatos i Matas

Derecho de manifestación laboral en tiempos de la COVID-19: ¿estado de excepción *de facto*?

Sergio Martín Guardado

Tu currículum no dice que

TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geostrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 447 | Junio 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Consejo de redacción

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

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

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

Consejo asesor

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

Gabriel Álvarez del Egido. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Juan Pablo Borregón Baños. Presidente de AEDIPE y director de Recursos Humanos de SCI

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

Heliodoro Carpintero Capell. Catedrático de Psicología Básica. Universidad Complutense de Madrid

Gloria Castaño Collado. Profesora contratada doctora de Psicología Diferencial y Psicología del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

José Antonio Corraliza Rodríguez. Catedrático de Psicología Ambiental. Universidad Autónoma de Madrid

Manuel Fernández Ríos. Catedrático de Psicología. Universidad Autónoma de Madrid

Jordi García Viña. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE

Ana Gómez Hernández. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboristas y responsable laboral de Mariscal & Abogados

Vicente González Roma. Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones. Universidad de Valencia

Celia Gutiérrez Valero. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor

Gloria Iglesias Jiménez. Gerente de Diversidad y Conciliación de Repsol

Alfonso Jiménez. Socio director de PeopleMatters

Loïc Lerouge. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Université Montesquieu IV de Bordeaux (Francia)

Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

Gianni Loy. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Cagliari (Italia)

Nelson Manrích. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

Diego Megino Fernández. Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid

Paz Menéndez Sebastián. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Magdalena Nogueira Guastavino. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

Roberto Pereira Costa. Presidente de Economistas Asesores Laborales

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

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Sampere. Legal counsel de BDO Abogados

Evaluadores externos

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

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

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

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

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

Margarita Isabel Ramos Quintana. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

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

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

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

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

Suscripción anual (2020) (11 números) **160 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores **20 €**

No suscriptores **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 los suscriptores.

Edita

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

Imprime

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

Indexada en



Acuerdos de colaboración

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

© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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



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

Sumario

Editorial

- «Tormenta sociolaboral perfecta» y «encomiendas a santa Bárbara»: la Seguridad Social, ¿«bala mágica» frente al riesgo de COVID-19? 5-36
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral 37-69
Internal complaint channels (whistleblowing) as a mechanism for protection against harassment in the workplace
María Teresa Igartua Miró
- La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa 71-98
Outsourcing in the public sector: the inclusion of social clauses in administrative contracts
Laura María Melián Chinae
- La promoción del empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas en la Unión Europea 99-127
The employment promotion of workers with health conditions in the European Union
Silvia Fernández Martínez

Análisis de actualidad

- Medidas laborales de urgencia ante la COVID-19 129-154
Emergency working measures against COVID-19
María Teresa Agut García
- Contratación laboral y temporalidad durante la recuperación económica 155-192
Job recruitment and temporality during economic recovery
Joan Antoni Alujas Ruiz

Diálogos con la jurisprudencia

El cambio de signo en la delimitación del esquirolaje interno como necesaria garantía del derecho de huelga. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2020, de 13 de enero Margarita Miñarro Yanini	193-199
Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 381/2020, de 13 de marzo Glòria Poyatos i Matas	200-206
Cuasi suspensión del derecho de manifestación con ocasión del Primero de Mayo en tiempos de la COVID-19: ¿estado de excepción <i>de facto</i> ? Comentario al Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020 (rec. de amparo 2056/2020) Sergio Martín Guardado	207-215
El instituto de la caducidad en la acción por despido. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 82/2020, de 29 de enero Luis Sánchez Quiñones	216-222
Cambios legislativos e inercia judicial. Ámbito de la jurisdicción social. Impugnación de actos de las Administraciones públicas en procesos selectivos de personal laboral. Comentario al Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 3/2020, de 12 de febrero Ángel Ardura Pérez	223-232

Caso práctico

Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social <i>Technicians of the Social Security Administration</i> Julia Espinosa Blanco e Isabel Muñoz García	233-262
Normas de publicación	263-264

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de los mismos. 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.

Quincenalmente, los suscriptores reciben por correo electrónico 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>>.

«Tormenta sociolaboral perfecta» y «encomiendas a santa Bárbara»: la Seguridad Social, ¿«bala mágica» frente al riesgo de COVID-19?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Cuando pretendemos que las cosas se vuelvan de nuestro lado, violentándolas un poco, es muy frecuente que se revuelvan, para volverse del otro.

Antonio Machado (*Sentencias y donaires*)

1. ¿Hay «balas mágicas» contra la crisis sociolaboral? En la draconiana carrera mundial por el prestigio y la riqueza que proporcionaría ser el primero (no hemos aprendido nada de la economía de mercado colaborativa) en disponer de una vacuna que nos salve de esta triple tragedia sanitaria, económica y sociolaboral del nuevo coronavirus, la ciencia epidemiológica y las empresas del sector han revitalizado un viejo concepto, acuñado al alba del siglo XX –años antes de la gran pandemia de 1918, cuyo nombre vulgarizado me resisto a reeditar por su gran injusticia con nuestro país–, el de «bala mágica». Por supuesto, lo inventó un médico alemán. Hoy varios grupos científicos, con una financiación potente, al servicio de países y/o empresas que luchan por la hegemonía mundial, global o en su ámbito de dominio concurrencial específico, pugnan por gritar el eureka a ese anticuerpo capaz de bloquear, a modo de una terapia ideal específica, los efectos del coronavirus, sin ocasionar daño al sistema (biológico) que lo hospeda. Uno de esos grupos es holandés y trata de buscar la solución biotecnológica mágica a través del conocimiento acumulado en la investigación con los ascendientes de este coronavirus de tercera generación. El carácter humano del anticuerpo lo haría, además, más eficaz, al reducir los eventuales efectos secundarios (efectos colaterales).

¿Existiría, en el ordenamiento jurídico, para los descomunales efectos sociolaborales de esta terrible pandemia y su modelo decimonónico de gestión gubernativa, el confinamiento masivo prolongado, gradualmente aliviado por fases (desescalada), algún anticuerpo análogo, al que cupiese aplicar la metáfora biotecnológica de la «bala mágica», útil y sostenible hasta que se contase con esa vacuna tan prometida y anunciada? A juzgar por la matriz común de las más relevantes respuestas amortiguadoras o bloqueadoras tomadas por el

Gobierno de la Nación, desde que se aprobara el primer instrumento legal del «escudo socio-laboral» (el Real Decreto-Ley –RDL– 8/2020, de 17 de marzo –insistentemente modificado–) hasta el último hito jurídico adoptado al cierre de este editorial (RDL 20/2020, de 29 de mayo), pasando por el inefable RDL 19/2020, de 26 de mayo, sí: se llama Seguridad Social. Toda la extrema inactividad resultante de esta ingente e incesante legalidad administrativa, así como los riesgos de falta de rentabilidad por las limitaciones y recelos de la actividad que se iría recuperando gradualmente, corre a cargo de la Seguridad Social. Y ello por virtud de un cuádruple instrumento, básicamente:

- Reinención de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) por fuerza mayor ex artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET): cuyo 40.º aniversario pasa desapercibido, devorado por la legislación de emergencia –aun sin tocarle una coma, al menos hasta la modificación del art. 33 por el RDL 19/2020–, a diferencia del 50.º del mítico *Statuto dei Lavoratori* (hijo del otoño caliente italiano: 1969).

En el plano técnico-conceptual, la novedad está en crear un concepto de fuerza mayor de dominio exclusivo de la autoridad gubernativa. Pese a su originalidad, a costa de inseguridad jurídica (su aplicación depende del criterio del día dado por uno de los órganos administrativos concernidos –reivindica su centralidad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Baleares 426/2019, de 18 de diciembre–), su magia es nula. ¿Dónde está? En el desplazamiento a las arcas deficitarias de la Seguridad Social del coste laboral de estas decisiones bloqueadoras de la actividad. El sistema deja de ingresar cuotas sociales (exenciones, totales y parciales) y paga un «todo incluido» (las prestaciones por desempleo devengadas no consumirán derechos futuros –el célebre «contador a 0»–).

- Las prestaciones extraordinarias de la rama de protección por desempleo o de cese de actividad («desempleo» de las personas trabajadoras autónomas).

Bajo el noble lema político-social que exige no dejar atrás a nadie, toda persona en alta en el sistema (contradicción normativa respecto del lema político-social inclusivo) será acogida por la rama de desempleo, aun sin reunir la carencia exigible (periodo de cotización). No importa (regla de excepción), lo cubre el sistema (generosidad). A ello deben sumarse exenciones –para los autónomos– y aplazamientos o moratorias de pago en las cuotas –para las empresas–.

- La atribución de carácter profesional a las contingencias (bajas laborales) derivadas de las situaciones vinculadas a contagios por la COVID-19.

La excepcional calificación de toda baja asociada al contagio de COVID-19 –o sospecha de tal– como asimilada a la contingencia profesional inició el esencial compromiso prestacional de la Seguridad Social con la emergencia sanitaria. Los estragos causados en los profesionales sanitarios (con una tasa de incidencia muy superior en las profesionales sanitarias, si bien ellos tienen una tasa de mortalidad superior a ellas, que también cuentan con fallecimientos) determinan,

sin embargo, que se trate de una importante cuestión todavía no bien resuelta. El [artículo 9 del RDL 19/2020](#) parece dar una solución, si bien, como veremos, su estudio más detenido desvela no solo que podía ser una norma perfectamente prescindible, porque no alteraría el derecho común ([art. 156 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)), sino completamente falaz (parece buscar una finalidad garantista, pero su efecto en la práctica pretende ser realmente el contrario).

- El ingreso mínimo vital.

Avanzando en la universalización normativa del lema social «nadie debe quedarse atrás», es el mayor paso jurídico-social en esa dirección desde el sistema de atención a la dependencia –si bien este en el marco de la asistencia social–.

2. La Seguridad Social paga las facturas de la crisis. ¿Acaso el sistema español de Seguridad Social goza de la fortaleza financiera que ahora disfrutaban esos grupos que investigan sin descanso la «bala mágica» contra el coronavirus, para que resulte suficientemente confiable en tan alta misión jurídica, económica y social? No parece. La Seguridad Social registró un [déficit de 16.793,3 millones de euros en 2019](#), arrastrando varios años con déficits superiores a los 18.000 millones de euros, cubiertos no con dotaciones adicionales, sino a través de la técnica de los préstamos (propio Estado), que deben financiarse, en situación deficitaria, con deuda pública («impuesto intergeneracional»).

Cierto, hasta inicios de marzo, la rama de prestación por desempleo, a diferencia de la rama de pensiones –en el ojo del huracán más de una década, si bien [en 2020 ha reducido su «factura»](#), precisamente a raíz de la sangría que ha hecho en las personas de mayor edad la COVID-19–, estaba en superávit –también la prestación por cese de actividad–, vencida la gran crisis de 2010 –con [más de 34.000 millones de € de gasto por desempleo](#)–. Entonces ¿al menos esta rama es sólida para afrontar el desolador panorama de inactividad creada por la emergencia sanitaria?

El superávit (de en torno al 0,2 % del PIB, unos 2.340 millones de €) no alcanza para la financiación del descomunal coste por las situaciones legales de protección por desempleo creadas por la legislación de emergencia. Además, se forjó a base de reducir la cobertura (vacíos de protección), también mediante la devaluación de la intensidad protectora ([art. 270 LGSS](#): hasta el 6.º mes se cobra el 70 % de la base reguladora, después, el 50 %, frente al 60 % anterior). Las reformas de esta rama también han ido en la dirección de los recortes, dejando fuera a más de 1 millón de personas desempleadas (la tasa de cobertura estaría en 2019 en torno al 66 %), sin perjuicio de la mejora que supuso la [recuperación del subsidio de mayores de 52 años \(antes 55\), a través del RDL 8/2019](#) (hizo subir la cobertura desde el 55 % al 66 %).

En cualquier caso, tampoco habría que alarmarse, ¿no? Tales desajustes son recurrentes en situaciones de crisis y ya hemos visto que luego se reequilibran, por lo que esa sería su misión amortiguadora de coyuntura, sin dañar la estructura, ¿no? Como en las balas mágicas,

el sistema al que se le inoculara el anticuerpo bloqueador del patógeno no va a sufrir demasiado, ¿no es cierto? Depende. A juicio de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), la factura (dolorosa) que dejará en las cuentas del Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE), y de la Seguridad Social en general, será de 55.000 millones de euros. Ninguna broma, ¿verdad?

De acuerdo, al margen de las delicadas cuestiones económico-financieras, que siempre traen el debate de su sostenibilidad, la Seguridad Social no solo está ética y socialmente llamada a ser la red de seguridad que garantice una renta a todas las personas víctimas de tan dramática crisis, sino que es la función de Estado que nuestro ordenamiento constitucional prevé para dar satisfacción a las situaciones de necesidad creadas (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 133/2019, de 13 de noviembre), por encima del punto de vista del coste. El noble fin justifica los medios que se precisen para que nadie quede atrás. Aquí estaremos de acuerdo, ¿no?

No necesariamente. Sin ánimo de buscar polémica ni ser agorero, lo cierto es que la Constitución española (CE) atribuye la función de acción-asistencia social a las comunidades autónomas, mientras que al Estado reservaría la de Seguridad Social. Justamente, a raíz de esta competencia constitucional, la totalidad de las comunidades autónomas disponen de una prestación de renta, ingreso o salario social mínimos que tratan de cubrir este tipo de necesidades, siendo el principio de autogobierno el llamado a afrontar la lucha contra la pobreza, sin perjuicio de la competencia financiera del Estado, a canalizar mediante la competencia normativa autonómica. Sí, pero formalismos jurídicos al margen, ¿siendo la Seguridad Social un derecho solo de configuración legal, sus prestaciones no son las que el Gobierno quiera en cada caso que sean, más si media una situación excepcional? No hay discusión seria aquí, ¿verdad?

Además, ¿no lo ha resuelto anticipadamente el pragmatismo político del PNV, que antes de aprobarse la norma ya se aseguró la gestión de esta nueva prestación no contributiva, con la consiguiente cobertura financiera, de modo que quede blindado su (más eficaz) sistema de protección social, y de paso el de Navarra? La gestión preventiva del probable conflicto jurídico llevaría a la pacificación jurídico-política de este tema en la «nueva normalidad», ¿no? Más aún. Ya que todos los sistemas autonómicos de protección social no son tan eficaces ni están tan bien financiados como el vasco y el navarro, ¿no es más solvente y fiable atribuir una prestación al Estado que a las comunidades autónomas, a fin de asegurar la continuidad financiera de un derecho a una renta suficiente para vivir dignamente? Por ejemplo, ¿no tendríamos hoy un sistema más sólido de atención a la dependencia –cuyo deterioro no es del todo ajeno a la alta letalidad del coronavirus en las residencias de mayores, competencia, por cierto, autonómica– si se hubiese mantenido la decisión inicial de configurarla como prestación de Seguridad Social?

Sea como fuere, goza de una extraordinaria tradición en nuestro país el recurso a la Seguridad Social como instrumento de política de empleo, actuando no solo como amortiguador

socioeconómico de las crisis, sino como estimulador de la actividad. Sin embargo, empresas y personas trabajadoras autónomas no suelen confiar demasiado en el valor de las cotizaciones. Para los primeros, estamos ante una rémora al crecimiento económico, una suerte de «impuesto al empleo» que debe **rebajarse –e incrementar la edad de jubilación** para reducir los costes del sistema, que lastrarían el crecimiento—. Por su parte, los autónomos tienden a cotizar (pueden elegir) por la base mínima de cotización, eso sí, hasta que alcanzan edades más cercanas a la jubilación –por eso la legislación toma medidas para evitar esta «compra de pensiones»–.

Distinto es en tiempos de tormenta. Rememorando una de las sentencias proverbiales de contenido meteorológico más célebres de nuestra cultura popular, «acordarse únicamente de santa Bárbara cuando truena», en emergencia todo lo encomendamos (como a la santa –de **historicidad incierta**– para la providencia divina, el milagro) a reclamar la protección de la providencia de Seguridad Social a fin de que nos libere de los estragos sobrevenidos sin habernos preparado antes, aplazando las soluciones adecuadas a tiempos de normalidad, que no llega –piénsese en la ruptura del Pacto de Toledo–. Entre las jaculatorias más originales se hallaba esta (solicitaba que lloviera, pero sin granizo, para proteger la cosecha de maíz): «Ay, gloriosa santa Bárbara, ten compasión de nosotros: danos agua sin la piedra, que acaba con los panojos».

Sustituuyamos la referencia al «divino escudo protector» de la santa (por cierto, también es la patrona de los profesionales que manejan explosivos, por lo que el *Diccionario de la lengua española* define el modismo «quemar o volar la santabárbara» como una metáfora de aquellos procesos de toma de decisiones extremas que, sin reparar en los daños que puedan causar los medios empleados, se adoptan hasta sus últimas consecuencias) por el «escudo de la Seguridad Social» en la legislación de emergencia y aparecerán simbolismos que los asemejan. La magia o el milagro que se pide a la Seguridad Social es la de proveer con toda el «agua» que se precise (sustitución de las rentas salariales o remuneratorias de servicios por varios tipos de rentas sociales ante la inactividad que se ha decretado), pero sin la «piedra» (los costes: exención de cuotas, moratorias, aplazamientos; liberación de los periodos de carencia –periodos de cotización–, sustituyendo el principio contributivo por el principio de solidaridad, y sin subir los impuestos, por supuesto, necesarios para la cobertura desde la fiscalidad **ex art. 109 LGSS** de las insuficiencias de las cotizaciones, si se quiere mantener el equilibrio), porque, en tal caso, se acaba con los «panojos» (el derecho a una renta suficiente para una existencia digna de todas las personas, al margen de su contribución al sistema mediante su trabajo y su cotización).

Volamos al otro simbolismo elegido para desvelar el significado más profundo, también las perplejidades (técnicas y político-jurídicas), de las soluciones de socialización de los costes sociolaborales de la emergencia. Al respecto: ¿es sostenible o más bien mágico un escudo social –bala– que provea la protección necesaria –agua–, al margen del equilibrio contributivo-fiscal –piedra–, sin poner en riesgo (colapso financiero, desnaturalización –mutación a asistencial con la excusa de su viaje a la cuasi universalización–) el sistema de Seguridad Social y al margen del debate parlamentario? Vemos las medidas, luego se valorará.

3. ¿Son medidas coyunturales o muchas vienen para quedarse? En sendos editoriales, de **abril** y **mayo**, analizamos las novedades de la legislación de emergencia, aluvional y atropellada, desde un estricto prisma de análisis jurídico-laboral. Si bien la perspectiva relativa a las medidas de Seguridad Social mereció atención en otras secciones de la revista (estudios, análisis de actualidad), no fueron protagonistas de aquellas reflexiones, pese a su centralidad. En este, en cambio, daré cuenta de las medidas de Seguridad Social para la fase de desescalada (**RDL 17/2020, de 5 de mayo** –prestación extraordinaria para personas desempleadas del sector cultural, reformado apenas 2 semanas después por el **RDL 19/2020**– y **RDL 18/2020, de 12 de mayo** –medidas sociales en defensa del empleo, por supuesto también reformado por el **RDL 19/2020**, como todos los demás anteriores a él–). Por supuesto, incluiremos una primera aproximación sobre la gran novedad en el sistema de Seguridad Social que es el ingreso mínimo vital (IMV).

Nuestra pretensión es ir más allá, siempre con cierta brevedad, de la exposición de los detalles técnico-jurídicos y prácticos de las nuevas medidas adoptadas. Mi propósito es poner de relieve el impacto más profundo que está teniendo la legislación de emergencia en el sistema de Seguridad Social, pese a presentarse, en parte, como una regulación de pura coyuntura. La realidad, también aquí, será bastante diferente a la confesada en el discurso oficial –siempre más complaciente– que alientan estas medidas. En unos casos este efecto permanente de medidas nacidas en emergencia será para bien (por ejemplo, protección hacia el futuro de personas y colectivos antes fuera de cobertura), en otros no tanto (por ejemplo, riesgo de retorno a un reduccionismo de los derechos de Seguridad Social a técnicas de ayuda basadas en la predeterminación discrecional de las condiciones por parte de la autoridad, según una desnaturalización del derecho de la Seguridad Social como pura legalidad administrativa).

En otros términos, respecto de quienes afirman que tanto el derecho del trabajo como el derecho de la Seguridad Social saldrán reforzados de la legislación de emergencia sanitaria, porque no se subordina a la economía, ¿realmente hay elementos racionales para sostenerlo o sucede lo contrario? En el **editorial de mayo** puse de relieve el inquietante reduccionismo del derecho a legalidad administrativa de emergencia (retorno del viejo modelo autoritario), así como el sacrificio a lo público de todo lo demás (lo colectivo y lo individual, también derecho de las personas trabajadoras). No volveré sobre ello, aunque el **RDL 18/2020** insiste (por ejemplo, progresiva devaluación de la garantía de empleo de la disp. adic. sexta RDL 8/2020, que **ya tuvo la oportunidad de comentar** en la página web www.laboral-social.com y a la que dedicaré alguna referencia, muy breve, más abajo). ¿Y el derecho-sistema de la Seguridad Social se refuerza o se debilita?

Dado que las dos medidas básicas del **RDL 18/2020** (continuidad, modulada a la baja, de la protección excepcional para los ERTE de fuerza mayor –total o parcial– y la prestación extraordinaria por desempleo para el sector cultural) siguen este dualismo protector precedente, posibilitan una valoración global, perpetuando lo mejor (garantismo social) y lo peor (discrecionalidad, contradicciones, irracionalidad, leyes a golpe de tuit, insuficiencia

de rentas) de esta legislación. Lo mismo puede predicarse, incluso con mayor intensidad, del [RDL 19/2020](#). Este reconoce (loable honestidad política, pero no excusa ni de las deficiencias precedentes ni de que, intentando corregirlas, las profundice) responder a:

[...] ajustes técnicos a las medidas urgentes adoptadas en materia de Seguridad Social [...] a la luz de los problemas de interpretación que se están identificando en su aplicación. Estos ajustes son necesarios y urgentes, teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que la redacción actual está generando en los interesados.

4. La nueva instrumentación de la Seguridad Social al servicio de un derecho del (des)empleo entendido como un inmenso dispositivo de distribución de recursos financieros. Pese al complicadísimo entramado legislativo y administrativo dispuesto, para abordar las descomunales consecuencias sociolaborales de la inactividad económica, gubernativamente decretada, el modelo de garantías es muy simple. El dispositivo –nada sofisticado– se asienta en multiplicar las «situaciones legales de desempleo». Para las empresas y personas trabajadoras asalariadas en sus plantillas se ofrece la recordada figura del ERTE, si bien en una modalidad renovada, la de fuerza mayor, primero total y, en la fase de desescalada, parcial. Quienes no pueden quedar encuadrados en él, aun personas asalariadas, y las personas trabajadoras autónomas, ven cómo se va diseñando por goteo, de forma también escalada, progresiva y asimétrica –como ahora gusta, otra vez, tanto decir–, una «prestación extraordinaria» de desempleo, al margen de los niveles de la regulación común de esta rama de prestaciones (también el cese de actividad).

La presentación oficial de ese cacareado escudo sociolaboral, forjado por fases, en alusión e improvisadas, trata de darle un halo de sofisticación, hasta presumir de una esforzada actividad institucional y social (la poética del nadie se quedará atrás). Pero la realidad es más prosaica. Todo pasa por pasar la factura a la Seguridad Social (junto a la sanidad pública, que también pertenece a aquel en el plano prestacional: [art. 42 LGSS](#)). Como anuncié, no hay ni un ápice de «bala mágica» en el ERTE por fuerza mayor y perdería todo su encanto si la inicial deuda empresarial (créditos salariales) no muta en deuda pública, desequilibrando la Seguridad Social aún más. Por eso, en su «rescate», el Estado, en abril, anticipó el préstamo de casi 14.000 millones de euros previstos en la Ley presupuestaria para cubrir el déficit precedente y, algo más de 1 mes después, ha tenido que aportar un crédito extraordinario de más de **30.000 millones de euros**. Y el mes que viene más (recuérdese que la AIREF prevé un sobrecoste de más de 55.000 millones de €).

¿Hasta cuándo? ¿Para qué situaciones de necesidad de las personas y familias? Hasta que el Gobierno decida –de forma unilateral o mediante acuerdo de concertación social– que la «magia del número público» (más que de los derechos y de sus garantías) aguante. ¿Por qué no cubrió el sistema el periodo de «hibernación» económica máxima, en vez de mantener la lógica contractual, a través del «permiso retribuido recuperable» ([RDL 10/2020](#))? ¿Por qué no asume, como comprometió, el coste para las personas trabajadoras del

Plan MECUIDA –[art. 6 RDL 8/2020](#)–? Porque la decisión es solo gubernativa y las técnicas de ayuda son discrecionalmente decididas por la autoridad-legislador cuando lo crea oportuno (principio de oportunidad).

Vemos, pues, como tanto la legislación laboral de emergencia como la legislación de Seguridad Social vuelven a ponerse estrictamente al servicio de un noble evangelio (fin social): la política de garantías de «mantenimiento» del empleo (frente a la inactividad decretada como imperativo de emergencia sanitaria), si bien en la forma sucedánea de la asistencia económica (garantía de renta por equivalente –aunque no exista realmente tal equivalencia–). Esta política ha sido y es un puro instrumento de distribución unilateral (por ejemplo, reasignación del destino de la cuota de formación desde las políticas activas –autónomas– a las pasivas –estatal– ex [disp. adic. séptima RDL 11/2020](#)) o acordada (por ejemplo, acuerdo social para la prolongación de los ERTE por fuerza mayor, total o parcial, hasta el 20 de junio, reflejado en el [RDL 18/2020](#)) de cantidades ingentes de recursos públicos. Así sucede normalmente (pese a la crítica, incluso parlamentaria, que pidió que fuesen con cargo a los presupuestos generales, no al de la Seguridad Social), con los incentivos al empleo (bonificaciones –SEPE– y reducciones –Tesorería General de la Seguridad Social [TGSS]–; el nuevo [art. 24.5 RDL 8/2020](#) hace un alarde de transparencia presupuestaria y fija a cargo del presupuesto de qué entidad va cada parte de la cuota exonerada ex [art. 273.2 LGSS](#)). Solo que ahora en cantidades inusitadas, de un lado y, además, para sostener la inactividad decretada por la autoridad gubernativa (re)centralizada, no la actividad (económica y ocupacional) y las oportunidades de empleo asociadas a ella, de otro.

Quienes promueven y defienden este modelo de instrumentación de la ley al servicio de la inactividad ordenada (así como de socialización del riesgo de la ausencia de rentabilidad de la desescalada) aducen una diferencia nítida con el modelo de austeridad en el gasto público y devaluación de costes laborales una década antes (crisis de deuda soberana): la legislación de emergencia sanitaria ni hace recortes, sino que blinda protección a toda persona («nadie quedará atrás», «nadie caminará solo en esta crisis»), ni habilita a los empresarios para devaluar las condiciones de trabajo, sino que refuerza las garantías de estabilidad («prohibición de despedir»), y, en todo caso, lo que haría es elevar el coste del eventual despido. Precisamente, este sería el sentido de la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#), profundamente reformada por el [RDL 18/2020](#), así como de los artículos 2 y 5 del [RDL 9/2020](#) (de vigencia prolongada hasta el 30 de junio de 2020). Pero ¿de verdad esto es así de cristalino y sencillo? ¿Es jurídicamente seria esa comprensión reduccionista y maniquea entre una legislación de emergencia y otra? ¿Reducir un 30 % la renta de millones de personas incluidos en ERTE –70 % de la base reguladora– no es «devaluar» sus condiciones de vida durante meses y sin un tiempo cierto de duración? ¿Exonerar –total o parcialmente– de las cuotas sociales y liberar de la deuda salarial durante ese tiempo, para pasarlas a la Seguridad Social, aun recuperando parte de la actividad, no es reducir los costes para las empresas? ¿Intercambiar oportunidades de empleo por ayudas asistenciales es garantizar el derecho a una renta suficiente de existencia digna de toda persona?

5. Socialización rebajada del coste del tránsito hacia la «nueva normalidad»: el acuerdo de concertación social de garantía de empleo frente a la inactividad, total o parcial, decretada. En el plano sociolaboral, las diversas fases de desescalada que integran el proceso de transición hacia la enigmática «nueva normalidad» han quedado bajo el paraguas del Acuerdo Social para la Defensa del Empleo, formalizado en el [RDL 18/2020](#). Entre sus principales novedades está la desvinculación del instrumento de los ERTE por fuerza mayor, sobre cuyo funcionamiento sigue reinando el caos (guiado por criterios administrativos poco claros y bamboleantes) del estado de alarma. La protección ahora se articula por meses (marzo y abril, mayo y junio) y fija una fecha de caducidad: 30 de junio de 2020 (si bien prorrogable a voluntad política para ciertos sectores, según los criterios de autoridad sanitaria y previo diálogo en la comisión tripartita creada). Asimismo, trata de clarificar las especialidades del ERTE por fuerza mayor con el objetivo de promover una visión dinámica del mismo que facilite la recuperación gradual del empleo, aun en forma de reducción de jornada ([art. 1 RDL 18/2020](#)). Por tanto, se podrá desafectar parcialmente e incluso dar marcha atrás (volver a afectar al ERTE), si media causa asociada a la COVID-19 que haga más razonable la inactividad (sobre esta opción no hay certeza, ni entre los profesionales ni entre las autoridades administrativas).

Como es natural, lo más significativo de este régimen especial son las condiciones en las que las empresas podrán mantener, para mayo y junio, los beneficios extraordinarios, de marzo y abril, atribuidos a los ERTE por fuerza mayor total (exención plena de cuotas, o 75 %, para las empresas de menos de 50 personas trabajadoras –o asimiladas: nuevo concepto enigmático introducido, que entendemos debe referirse al [art. 136 LGSS–](#)), y de los que queda desprovisto el ERTE por razón empresarial ([art. 2 RDL 18/2020](#)), o, más probable y racionalmente (también para la salud muy tocada de las cuentas de la Seguridad Social), para gozar de los beneficios extraordinarios, más rebajados, a favor de los ERTE por fuerza mayor parcial. Puesto que para las medidas extraordinarias de protección por desempleo a favor de las personas incluidas en los ERTE (por fuerza mayor o por causas empresariales –causas ETOP [económicas, técnicas, organizativas o de producción]–) no hay novedad alguna (el [art. 3](#) prorroga hasta el 30 de junio las medidas previstas en el [art. 25 RDL 8/2020](#) para las personas incluidas, y hasta el 31 de diciembre de 2020 para las personas trabajadoras fijas discontinuas), nos detenemos en el análisis de su [artículo 4](#) (medidas extraordinarias en materia de cotización relativas a los ERTE por fuerza mayor). La comprensión de este precepto para su aplicación práctica eficaz está dando lugar a tantos o más quebraderos de cabeza que la regulación antecesora. Ahora, junto al «BOE nuestro de cada día», hay que estar muy pendiente –más incluso que de aquel– del «Boletín informativo RED» de la TGSS, así como de los criterios de la Dirección General de Trabajo (DGT) y, claro, del SEPE. Ah, también, cómo no, de los de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

¿Coincidirán? No, no siempre; más aún, a menudo discrepan, incluso cambian de un día para otro en un mismo órgano administrativo. Por ejemplo, inicialmente, la TGSS descartó que fuese aplicable el [artículo 4](#) (exenciones) a las recuperaciones parciales llevadas a cabo en los días del mes de mayo anteriores a la [entrada en vigor del RDL](#), ilustrándolo incluso

con un ejemplo, ahora lo admite –con más razonabilidad jurídica–, según explica en su [Boletín RED 12/2020, de 19 de mayo](#). Aunque se tiene como complementario del anterior, más viene a autocorregirlo en algún punto y ofrecer aclaraciones respecto de las comunicaciones que deben realizarse para la aplicación de las exenciones en la cotización establecidas en el [artículo 4](#). ¿Dónde está este tipo de documento en el sistema constitucional de fuentes? Inútil buscarlo, ni aparece ni puede, pero los criterios de la Dirección General de la TGSS, pese a ser informativos, no vinculantes, se han convertido en los «clavos ardientes» a los que se aferran la legión de profesionales de la gestión y la consulta a fin de hallar luz donde solo hay oscuridad e incertidumbre, en tanto se despereza (a partir del 4 de junio) la acción de la justicia, en busca de doctrina legal.

Pero, aclarado ese efecto retroactivo, sigue pendiente de clarificación otra cuestión de gran calado económico-financiero: ¿quién decide si se continúa en ERTE de fuerza mayor total hasta el 30 de junio o se pasa a ERTE de fuerza mayor parcial? Si el [RDL 15/2020](#) inauguraba un nuevo concepto legal-administrativo, el de fuerza mayor parcial, a fin de predisponer ya el marco para la desescalada en el ámbito sociolaboral (al tiempo que se aliviaban un poquito las cuentas de la Seguridad Social), el [RDL 18/2020](#) le atribuye importantes utilidades económicas (le pone «precio»), a fin de llevar a cabo una reasignación de costes. La continuidad en un ERTE de fuerza mayor total representaría la conservación del mismo grado de socialización de su coste en términos de exención de cuotas. En cambio, el tránsito a un ERTE de fuerza mayor parcial (mucho más si se trata de un ERTE por causas ETOP, los sucesores «naturales» de los ERTE excepcionales por fuerza mayor, de ahí que se procure un tránsito automatizable), al tiempo que rebajará el coste para la Seguridad Social (se reduce la exención según el mes de aplicación –mayor en mayo, menor en junio–, según el tamaño de la empresa –mayor a menor tamaño– y según se trate de relación en suspenso –menor exención– o en actividad parcial, con recuperación a tiempo completo o reducción de jornada –más exención–), se reasigna (una parte la pagará el empleador en forma de salario y otra el SEPE en forma de desempleo parcial).

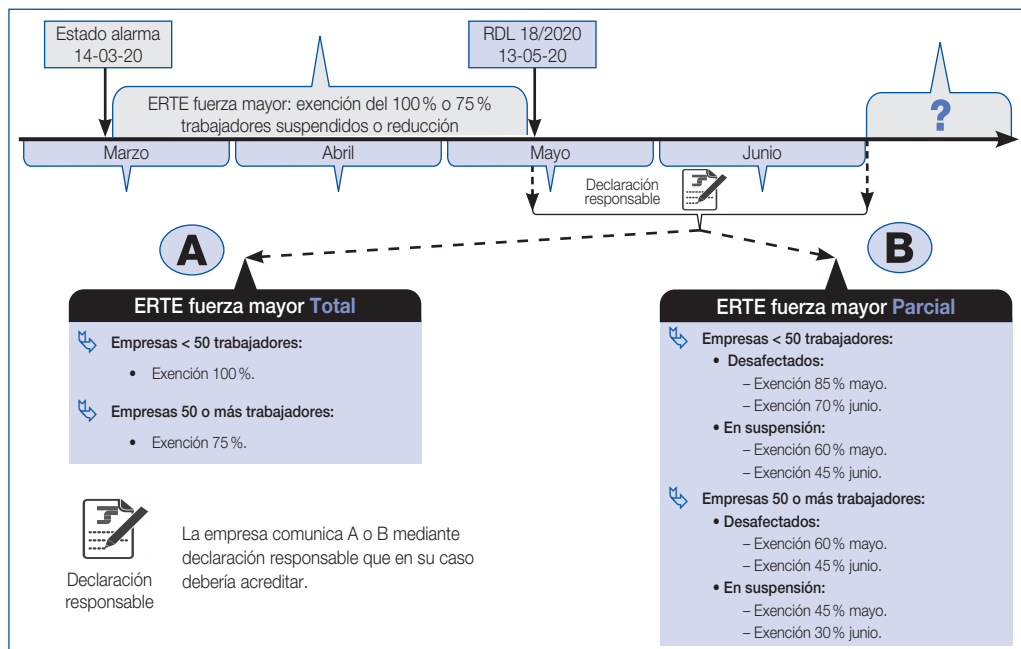
Consecuentemente, una decisión de tránsito de este tipo, si no puede ser automática, decidida por decreto, tampoco puede quedar a la libérrima decisión empresarial (prohibición de arbitrariedad). De ahí, la necesidad de expresas garantías, de causalidad suficiente (justificación) y comunicación (transparencia). Que el tránsito de ERTE por fuerza mayor total a parcial no puede entenderse automático lo expresa –no claramente– el [artículo 4.3 del RDL 18/2020](#).

A su tenor, la exención correspondiente procederá previa comunicación (declaración responsable individualizada) por parte de la empresa de «la situación de fuerza mayor total o parcial» (así como de la identificación de las personas trabajadoras afectadas y periodo de la suspensión o reducción de jornada). Por lo tanto, si ha de comunicar en qué situación concreta se halla, atendiendo a lo que deba entenderse por fuerza mayor en un caso u otro, es porque no cabe identificar de forma automática la nueva fase de desescalada con la reactivación. Cierto, tal concepto queda en gran medida en manos de la autoridad laboral, como la propia DGT ([DGT-SGON-927CRA, de 1 de mayo de 2020](#)) viene evidenciando,

dejando claramente expresado el favor de la nueva regulación no por la suspensión, sino por las reducciones de jornada. Además de ser más racional empresarialmente (valor de la flexibilidad: permite un ajuste gradual de la oferta y demanda de productos y servicios, que debe ser progresivamente creciente) y de tener un «menor impacto económico sobre la persona trabajadora» (cobraría una parte del salario y otra de desempleo parcial), también tendrá una mayor facilidad de financiación por parte del Estado con el instrumento comunitario denominado «SURE» (Reglamento 672/2020/UE del Consejo, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para mitigar los riesgos de desempleo en una emergencia –SURE–, a raíz del brote de COVID-19).

Ahora bien, que no quepa establecer la estricta automaticidad entre la desescalada y sus fases y la necesidad de renunciar al ERTE total (lo que haría perder el sentido a la prórroga hasta el 30 de junio y la declaración responsable sobre la situación concurrente en cada caso, además de anular por completo la libertad de empresa) no significa, en el lado opuesto, que sea la empresa la que libremente decida si pasar o no, sin justificarlo de un modo razonable o suficiente. Esta decisión no tiene efectos puramente contractuales, sino también públicos, como la exención de cuotas (gráfico), por lo que debe salvaguardarse el interés general. No podemos compartir, pues, la interpretación al parecer expresada –según su difusión en las redes– por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, que se pronunciaría en tal sentido a la «espera de aclaración del criterio oficial de la Dirección General del Trabajo».

Gráfico. Exenciones-reducciones de cuotas en los ERTE por fuerza mayor en la desescalada



No sabemos si habrá o no una –enésima– aclaración técnico-administrativa. Aunque sí sé que toda norma cuya previsibilidad de criterio jurídico se desplaza como norma implícita al nivel de despacho administrativo que corresponda, haciendo de la solución una lotería jurídica y del derecho un «ejercicio de ventanilla» (que diría un gran amigo y colega), quiebra toda expectativa de seguridad jurídica. La aclaración no cabe hallarla en la [disposición final decimotercera del RDL 19/2020](#) (modifica el párr. 2.º art. 1.3 y los apdos. 4 y 5 art. 4 RDL 18/2020), aunque su razón de ser fuese la clarificación de cuestiones dudosas en la aplicación práctica de los ERTE por fuerza mayor parcial (su aclaración es puramente de coherencia competencial, para incluir no solo al SEPE, sino también al Instituto Social de la Marina). Por tanto, sigue siendo cuestión del oficio jurídico.

Así, una cosa es que la empresa pueda valorar si renuncia o no al ERTE total (o parcial), si bien no es recomendable que así lo haga, pues haría caer la base jurídico-económica de la situación, y otra que esté habilitada para valorar discrecionalmente si recuperar o no –total o parcialmente– a alguien, aun pudiendo. Por lo tanto, sin una causa razonable que justifique la imposibilidad (que no es exactamente igual que excesiva onerosidad) de reanudación, siquiera a tiempo parcial, deberá comunicarse esa transición al ERTE parcial. No solo aliviará las arcas del sistema, sino también la importante reducción salarial que supone tal situación para la persona trabajadora, devaluando su calidad de vida. A mi juicio, estos razonamientos hallan respaldo en el criterio técnico –que también hemos conocido al cierre del editorial– emitido, en el típico modo informativo y no vinculante, por la [DGT –SGON-733PGG, de 27 de mayo de 2020–](#), a consulta de una gestora asturiana (Consulta sobre el RDL 8/2020. ERTE fuerza mayor total o parcial).

No oculto la satisfacción al confirmar que en los despachos administrativos hay personas de extraordinaria competencia jurídica y que, por lo tanto, llegan –a menudo– a conclusiones análogas a las que el intérprete científico extrae con aplicación del método jurídico. Pero no por ello se desvanece mi convicción –ya expresada– de que esta situación es extremadamente anómala en el plano jurídico. Si la premura y la emergencia podían explicar tal desdoro a la técnica jurídica y al valor de la seguridad en el derecho, ahora ya, 2 meses y medio después de lo más duro de la emergencia, no solo carece de justificación, sino de la más mínima justificación. Dicho sea con respeto, pero con la misma honestidad que cuando el legislador confiesa que está creando un formidable caos aplicativo por una persistente mala calidad técnica de sus leyes, aunque en todas reconoce seguir las reglas de la «buena regulación», pero que brilla por su ausencia.

6. Las renovadas condiciones para el acceso y mantenimiento del beneficio de exención de cuotas («Santa Rita, ¿lo que se da se quita?»). El alto coste de estas generosas liberaciones de cargas laborales asociadas a los ERTE exige, a fin de resultar no solo racional –financiera y socialmente–, sino ético-social, la conjunción y conservación de ciertas condiciones añadidas a la concurrencia de la causa del ERTE de fuerza mayor (total o parcial), otra cuestión relevante, sin duda, del [RDL 18/2020](#) (y del acuerdo de concertación

formalizado en él). De la conjunción de su [artículo 5](#) y de la reescrita [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) se derivan tres condiciones añadidas, una de acceso y dos de conservación, para la exención de las cuotas sociales. A saber:

- La garantía de transparencia fiscal. Las empresas –en sí, como las que integran un grupo abusivo, se sobreentiende, a efectos de Seguridad Social– domiciliadas en cualquier paraíso fiscal quedarán excluidas de la facultad de presentar un ERTE por fuerza mayor ex [artículo 1 del RDL 18/2020](#). Consecuentemente, sí podrán acceder a la técnica de flexibilidad interna, basada en un ERTE por causas ETOP, o externa (ERE ex [art. 51 ET](#)). Más allá del mensaje ético-social, claro, su sentido práctico se vuelve incierto. Comenzando por la delimitación misma de «paraíso fiscal», remite, de forma genérica, formal, a la «normativa vigente». Pero ¿cuál es? ¿Qué vigencia práctica tiene realmente? En principio, debe pensarse que es la normativa fiscal y esta normativa viene constituida por un viejo reglamento ([RD 1080/1991, de 5 de julio](#)), que, además de modificarse posteriormente, ha venido reduciendo su lista, porque se han ido firmando bien convenios de evitación de doble imposición –por ejemplo, Panamá, Andorra– o bien acuerdos de intercambio de información –San Marino–. Sí mantiene algunos muy conocidos (Luxemburgo, Gibraltar, Mónaco...). ¿Es Holanda un paraíso fiscal? Para esta norma formal, no, en la práctica, sí.
- La exigencia de no repartir dividendos a los accionistas en el ejercicio del ERTE por fuerza mayor. A fin de que no haya una transferencia indebida de renta desde la Seguridad Social a los accionistas de las sociedades de capital, si estas se benefician de un ERTE con exención (total o parcial) de cuotas sociales, quedarán excluidas del beneficio –no así de la opción de acudir a este tipo de ERTE (procedimiento simplificado, sin negociación con la representación, etc.)– las que decidan repartir dividendos en el ejercicio fiscal propio del año en que aplica el ERTE. En tales casos, las empresas, si han recibido tal beneficio, deberán reintegrarlo, sin que queden expuestas al ejercicio del derecho de separación de los socios minoritarios por esa causa ([art. 348 bis Ley de sociedades de capital](#)), pues queda suspendido (una suerte de prohibición temporal de ejercicio de un derecho patrimonial). Todos los socios deben, pues, «arrimar el hombro» también. La condición admite una vía de liberación: que se tenga una dimensión de 50 o menos personas trabajadoras –o asimiladas–.
- Garantía de mantenimiento del empleo durante 6 meses después de finalización del ERTE por fuerza mayor ([disp. adic. sexta RDL 8/2020](#)). Esta condición, presente en la primigenia legislación sociolaboral de la emergencia sanitaria, fue, sigue siendo y aún lo será más en el futuro próximo, la fuente de una extrema conflictividad entre empresas, sindicatos y Gobierno, sembrando la discordia. Justamente, junto a la garantía de socialización de la inactividad decretada y formalizada sociolaboralmente como ERTE por fuerza mayor –cada vez más parcial–, la otra

gran cuestión en el centro del intercambio político-social en que consiste todo acuerdo de concertación era la de fijar cuántas «válvulas de escape» podía la patronal arrancarle tanto al Gobierno como a los sindicatos. Aunque se ha vendido, oficial y sindicalmente, esta reescritura de la cláusula de salvaguarda de empleo más allá del tiempo de duración del ERTE, so pena de la obligación de reintegro de todo lo percibido en términos de exención, aunque se trate de un solo despido (efecto disuasorio-preventivo, no proporcionado), como una expresión reafirmadora de la fuerza de la garantía, asumiendo los empleadores, por su parte, una posición de resignada aceptación, como contrapartida forzada por la conservación de los miles de millones de transferencia de renta en términos de exenciones de cuotas sociales, mi visión es, sin embargo, algo diferente, de modo que, a mi juicio, la lectura es más la de una significativa y gradual devaluación de su eficacia, sea como concesión política –preferible la garantía a una oleada de ERE– sea como concesión realista –la imprevisibilidad de la situación pos-ERTE hace poco realizable la garantía en sus términos–.

Sin poder entrar en detalle (*vid.* [comentario](#) al respecto en www.laboral-social.com), interesa dejar constancia de las más relevantes «válvulas de escape» legales para aliviar la presión que, sobre la gestión empresarial, crea este compromiso de empleo pos-ERTE de fuerza mayor, reforzando las expectativas de conservación de los beneficios de exención en juego. Así, dejando de lado tanto la sutil reducción del tiempo de compromiso, al contar desde el primer día en que se recupere a un solo trabajador, como el listado –a mi juicio no cerrado o *numerus clausus*– de causas extintivas «permitidas», por no depender de una decisión previsible antes del compromiso (por ejemplo, despido disciplinario procedente, incapacidad de la persona trabajadora, por el cumplimiento del tiempo convenido, etc.), se incluyen –explícita o implícitamente– las siguientes causas liberadoras de la garantía:

- Las decisiones de flexibilidad externa del empleador serán valoradas de forma diferente según las especificidades que, en términos de variabilidad o estacionalidad ocupacional, presente cada sector. En última instancia, se trata de la inserción de la cláusula de suavización del rigor de la garantía contemplada en la [disposición adicional decimocuarta del RDL 11/2020](#). En suma, el legislador intercambia flexibilidad por incertidumbre aplicativa.
- La salvaguarda de empleo pos-ERTE podrá sacrificarse en toda situación susceptible de crear un «riesgo de concurso de acreedores» ([art. 5.2 Ley concursal](#)). De nuevo, el legislador redacta una cláusula de liberación de la garantía de empleo sobre un concepto jurídico indeterminado. Se trata de una norma de textura abierta y contenido variable, que implica valorar una amplia gama de circunstancias fácticas concurrentes, sin derivar en una valoración discrecional empresarial. De este modo, el legislador (y previamente la concertación social) recupera una concepción sacrificial de las garantías laborales (personas trabajadoras) en aras, directamente,

de la supervivencia de la empresa y, en consecuencia, indirectamente, de un cierto volumen de empleo actual y futuro. Cabe recordar que la Ley concursal también fue objeto de afectación por la legislación de emergencia sanitaria (RDL 16/2020), atendiendo al previsible incremento del riesgo de insolvencia y, por tanto, de las situaciones preconcursales.

No podemos analizar ni las medidas de emergencia para atajar este aluvión de concursos de empresas esperado, incluso meses después de finalizado el estado de alarma, ni la dimensión mercantil (RDleg. 1/2020, de 5 de mayo, texto refundido de la Ley concursal) del moderno «derecho del empleo». Tiempo habrá en próximos números de esta revista. Ahora basta con recordar que el legislador ya había sido consciente de que, pese al discurso, el final del estado de alarma no es el punto final de las crisis de empresa, sino que abre una nueva etapa, altamente imprevisible también, donde la sombra de la insolvencia será muy, muy alargada. De ahí que trate de blindar a las empresas frente a requerimientos deudores, aplazando la presión sobre la situación económico-financiera de la empresa (por ejemplo, facilidades para los denominados «reconvenios de acreedores», aplazamiento del deber de liquidación, a pesar de que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos, siempre que presente una propuesta de novación de convenio y se admita a trámite dentro de ese plazo del año –14 de marzo de 2021–; facilitación de novaciones de acuerdos de refinanciación previos, etc.).

En este contexto socioeconómico y jurídico, más realista, la utilidad práctica de la previsión liberadora pasa por no abocar a las empresas a la necesidad de llegar a crisis límite de insolvencia para rehabilitar decisiones de flexibilidad externa, sino por la gestión preventiva del riesgo de incurrir en ellas. La defensa del interés en la conservación de la empresa primaria la defensa de los empleos realmente sostenibles o viables económicamente por encima de los comprometidos.

- Una cláusula implícita de adaptación del compromiso pactado (*pacta sunt servanda*) a la realidad económico-empresarial de cada tiempo (*rebus sic stantibus*) para garantizar un razonable equilibrio de condiciones y utilidades (cumplimiento de buena fe). La legislación de emergencia a veces confunde la innegable excepcionalidad de este tiempo con el caos jurídico, donde no hay más orden que la decisión en cada momento de autoridad gubernativa laboral, a su vez dependiente de la sanitaria. Pero los principios jurídicos persisten. Buena prueba de ello es que el Gobierno-legislador apela a uno de los más clásicos: los pactos o los compromisos serios están para cumplirlos (*pacta sunt servanda*), no son una pura expresión de voluntad, como confusamente quiere aclarar la exposición de motivos del RDL 11/2020 («este debe entenderse como la voluntad de la empresa

de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la finalización [...]»). Ahora bien, ese principio debe convivir civilizadamente con otro que, más que corregirlo propiamente para situaciones excepcionales, lo adaptaría al momento temporal en que debe ser aplicado. Por eso, el alcance concreto de todo contrato debe quedar siempre sujeto al juego de la vetusta cláusula *rebus sic stantibus*, remozada en el ámbito civil contemporáneo (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS–, Sala 1.ª, [333/2014, de 30 de junio](#), [227/2015, de 30 de abril](#), y [214/2019, de 5 de abril](#)).

Cierto, esta norma (de derecho común) implícita de todo compromiso jurídico conoce una aplicación más estricta en el ámbito laboral (por ejemplo, [STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2019, rec. 980/2018](#)). Sin embargo, no conviene olvidar que hoy es reflejo no de una norma excepcional, sino de otro principio jurídico: la buena fe. Este exige moderar el principio de *pacta sunt servanda* cuando la situación sobrevenida sobrepasa las previsiones ordinarias de cualquier contratante diligente (aquí de un empleador diligente), como sucedería en una crisis sin precedentes como la derivada del nuevo coronavirus y la inusual incertidumbre que crea la «nueva normalidad».

7. «Decide un solo despido y deberás abonar las cuotas sociales de todos»: ¿una visión rigurosa o (más) flexible de la gestión empresarial de lo que pareciera?

Valoración flexible de su rigor no quiere decir liberación de la garantía de empleo, por lo que habrá situaciones en las que se incumpla (por ejemplo, así parece que sucederá con Nissan en Barcelona, [multinacional que dice perder 6.200 millones al año](#)). ¿Qué sucede entonces? De nuevo, la ley socialmente negociada evidencia su carácter transaccional, más que de garantía estricta de estabilidad –ni obligacional ni real– de la relación de empleo, pese, una vez más, al aparente discurso oficial en contrario. De un lado, la reescritura consensuada de los términos de la salvaguarda de empleo –cada día que pasa más debilitada, de derecho y *de facto*– acota las consecuencias a la relación de cotización, sin que afecte a la responsabilidad prestacional. La norma dice ahora, literalmente, que el efecto del incumplimiento será el deber de reintegro «de la totalidad del importe de las cotizaciones [...] exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes» (según la normativa de recaudación y previa constatación inspectora del incumplimiento y cantidades a devolver).

De nuevo, la norma de valor legal no hace sino convertir en palabra de ley la expedida por el nivel administrativo informativo competente (DGT). Puede pensarse que es una palabra muy rigurosa (*dura lex, sed lex*), porque desconocería otro principio, el de la proporcionalidad: un solo despido, y brotaría súbito la devolución de las cuotas exoneradas de todas las personas empleadas (decenas, centenares, miles). Sin entrar tampoco en profundidad, conviene hacer algunas matizaciones. Primero, es evidente que, si bien la literalidad de la ley es clara, como se decía, una ley no puede derogar por completo un principio general, incluso constitucional, por lo que la suerte final está por echar jurisprudencialmente. Segundo, debe quedar claro que la garantía de efectividad del compromiso pasa porque

no se entienda estrictamente proporcional, sino con un efecto disuasorio-preventivo, por cuanto entender únicamente reintegrable la cuota de cada persona trabajadora despedida neutralizaría el fin del compromiso. Finalmente, conviene recordar que, antes de la norma de reescritura, había quien temía que el deber de reintegro afectara, también, a los beneficios extraordinarios asociados a las prestaciones por desempleo en estos ERTE (además de tener el periodo por cotizado no se consumen derechos de prestación futura –eso sí, Hacienda «no perdonará» su parte de impuesto de renta–), como habían venido informando, erradamente, algunas webs. Con buen criterio, se aclara que no.

En todo caso, donde hallamos una nueva manifestación de flexibilidad, pese a lo que se dice políticamente, pero no se escribe en el BOE, es en el silencio elocuente respecto del efecto en la relación individual de trabajo: ¿el despido que suponga un incumplimiento del compromiso de empleo será procedente, improcedente o nulo? Pudiendo –y debiendo– la ley hablar claro, calla. En ningún momento dice la norma que estamos ante un despido con «causa injustificada», que llevaría a la improcedencia, mucho menos con una «causa prohibida», que desembocaría en la nulidad. ¿Laguna? ¿Confianza gubernativa en la palabra de los tribunales –queda descartado el criterio informativo del despacho administrativo competente– conforme con su voluntad, política, pero no jurídicamente expresada, para no incendiar más los ánimos empresariales?

No lo sé, ni me interesa, porque sería entrar en un juego de intenciones políticas, aquí no pertinente. Sí sé, de un lado, lo que ha dicho hasta ahora el derecho de precedentes. En este, ni el fraude de ley conlleva la nulidad del despido, salvo que se desconozca el procedimiento en el caso de despidos colectivos, no así en los individuales ([STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)), ni el incumplimiento de garantías de empleo (convencionales) conlleva nulidad, si no la improcedencia ([STS 925/2018, de 23 de octubre](#)). De otro, aunque no puedo prever qué dirá al respecto la doctrina judicial cuando se plantee el conflicto, sí estoy convencido de que no es comparable una garantía de empleo legalmente impuesta como condición para disfrutar de un beneficio social con una garantía de empleo colectivamente pactada.

En primer lugar, no estamos ante un pacto libremente negociado, constitutivo de una «disposición transaccional» modulada en un proceso de negociación de buena fe, sino ante una condición legal impuesta a quien quiera beneficiarse de una medida extraordinaria. En segundo lugar, porque esta garantía no es una renuncia en sentido estricto (abandono de un derecho del ámbito de su titular), sino un compromiso de no ejercicio de una facultad legal –extinguir el contrato cuando concurre causa– a cambio de otros compromisos adquiridos por la contraparte. Y, como se ha visto, la ley ahora es clara en situar el beneficio y la relación en el ámbito de la Seguridad Social. Por lo tanto, perdido el beneficio que actúa como contrapartida directa al compromiso de no ejercicio, decaería también este. Finalmente, esas garantías también quedan sujetas a eventuales situaciones sobrevenidas distintas a las que pudieron preverse cuando se firmaron los compromisos colectivos ([STS de 24 de noviembre de 2015, rec. 103/2015](#)), por lo que resultarían más aplicables en un escenario especialmente incierto como el actual.

8. Prestaciones extraordinarias por desempleo o cese de actividad: ¿leyes a golpe de tuit u otros mensajes y críticas en redes sociales? Pero si miles de millones de euros recaen en el presupuesto de la Seguridad Social por los ERTE estrella de esta legislación de emergencia, miles de millones también lo sobrecargan con la técnica de «prestaciones extraordinarias» de desempleo (así como de cese de actividad económica para las personas trabajadoras autónomas), y ello, de ahí lo de extraordinarias, aunque carezcan del periodo de cotización exigible –lo que recalienta aún más el déficit del sistema–. Así ha venido sucediendo desde la primera norma de esta, ahora ya larguísima, saga legislativa de emergencia (personas autónomas, contratadas temporales que cesan sin tener periodo cotizado suficiente, personas fijas discontinuas, empleadas de hogar, siempre que estén en alta, etc.). Y así sigue pasando en las más recientes, en las que me centraré, si bien siguen adoleciendo de las mismas deficiencias técnicas del inicio, como si al Gobierno-legislador le costara aprender las lecciones de experiencia. Para ejemplo, «basta un botón» (aunque aquí son innumerables).

En efecto, una de las protecciones sociales más relevantes está siendo la ofrecida a las personas trabajadoras autónomas (insisto en un lenguaje inclusivo de género que la legislación de emergencia ha ignorado por completo). No hay nueva ley de este serial que no contenga una nueva previsión respecto de la prestación extraordinaria por cese de actividad ([art. 17 RDL 8/2020](#)). Cada una va incorporando un aspecto de protección más, que la anterior había «olvidado», recordándose el colectivo en esa ágora de audiencia pública en que se han convertido las redes sociales, sustituyendo el diálogo con el colectivo afectado. Tanto que parecen leyes forjadas administrativamente a golpe de tuit.

Así, primero con la [disposición final primera del RDL 11/2020, apartado 8](#), luego con la [disposición final segunda del RDL 13/2020](#), convirtiendo en palabra de ley la palabra administrativa o la ministerial, aunque no escrita en el BOE, se fue dando satisfacción a las reivindicaciones del colectivo (ni cotización previa, ni obligación de cotizar durante la pandemia –«sin ingresos, no hay cuota», reza su lema–, no consume derecho futuro, exención de todo recargo por los días de actividad en el mes de marzo de 2020 no cubiertos [ex art. 30 LGSS](#), plena compatibilidad de la prestación con otras que vinieran percibiendo, etc.). Pero no era suficiente, y había que volver a rectificar (pero frente a la reflexión, improvisación, y frente al diálogo, rectificación continua, no es de sabios), con el [RDL 16/2020](#), como destacamos en el [editorial](#) del número anterior de esta revista (junto a permitir que se incluya en la protección a quienes no estuvieran asociados previamente a una mutua colaboradora de la Seguridad Social, condición de acceso a la prestación, si lo hacían tras la nueva norma, también se incluye a los integrados en el mutualismo de previsión social alternativa a la Seguridad Social; y los «autónomos intermitentes» –por ejemplo, feriantes, vendedores ambulantes, etc.–).

Sin embargo, las «imprecisiones» –según confiesa el [preámbulo RDL 19/2020](#)– subsisten. De ahí los [nuevos retoques en el artículo 17 del RDL 8/2020](#), en línea con los del [artículo 24 del RDL 8/2020](#) (a efectos de las exenciones de cuotas en los ERTE), para ser claros en cómo se distribuyen las cargas en los presupuestos (Seguridad Social, mutuas y SEPE). No ha tenido a bien el Gobierno-legislador clarificar, pese a esta nueva oportunidad, una cuestión

dudosa, incluso controvertida, desde un plano de racionalidad económico-financiera del sistema: ¿en la desescalada, la recuperación de actividad parcial, la percepción de ingresos es compatible con la prestación extraordinaria, también con la exención de cuotas? Una interpretación coherente y racional parecería abonar una respuesta negativa, por ser incompatible tener mayor actividad y cobrar prestación por no tenerla, o al menos exigiría una modulación, teniendo en cuenta que un requisito de acceso es la reducción de su facturación en, al menos, un 75 %. Pues bien, ¿por qué no lo aclara la ley? Porque lo ha hecho el ministerio. ¿En una «orden ministerial»? No, ¿para qué? En una «nota informativa interna» (su boletín informativo hace innecesario el BOE).

En suma, el riesgo de falta de rentabilidad suficiente de la reapertura del negocio en las fases de desescalada sigue siendo asumido, en parte, por la ciudadanía. Pero ¿no es un riesgo excesivo para los profesionales, que pueden encontrarse con una desagradable revisión por la ITSS *a posteriori* –por cierto, la [disp. derog. RDL 19/2020](#) levanta la suspensión de los plazos, con efectos de 1 de junio, para sus actuaciones, como en el caso de los ERTE–? No, el ministerio ya les ha prometido que no, aunque lo prevea la norma –3 años–. ¿Si tienes la palabra de la autoridad, para qué empeñarse en la de ley, aunque sea la debida?

9. «Llueve sobre mojado»: la prestación extraordinaria por desempleo para artistas en espectáculos públicos. Vemos que en la legislación administrativa de emergencia es la autoridad competente la que «más manda», no el pueblo (soberanía parlamentaria), pese a lo que cantaba el himno de la Revolución de los Claveles (*Grândola, Vila Morena*). ¿Y qué tiene que ver esto con la prestación extraordinaria por desempleo para las personas trabajadoras desactivadas por decreto en el sector cultural, más concretamente de las personas artistas, que establece el [RDL 17/2020](#)? Más de lo debido, porque ilustra que lo sucedido en este caso supone «llover de nuevo sobre lo muy mojado». El [RDL 19/2020](#) (disps. [final duodécima](#) y [trans. cuarta](#)) modifica varios de los aspectos del régimen de una prestación establecida apenas 3 semanas antes y que va más allá del mero «ajuste técnico», si bien no cubre toda la protección urgida en este ámbito, evidenciando sus limitaciones –por tanto, disfunciones– con relación al lema político-social inspirador de todo el entramado: «nadie quedará fuera». Una reducida eficacia protectora que fue intensamente criticada en las redes sociales.

En el plano de la mejora protectora, la nueva regulación no exige ya ni que las personas solicitantes del sector cultural se hallen incluidos (ni antes ni durante la percepción) en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS), conforme al [artículo 249 ter de la LGSS](#) (periodo de inactividad), ni siquiera en situación de alta o asimilada al alta (como sí se requiere a otros colectivos, como el de empleadas de hogar, por ejemplo). De este modo, busca superar obstáculos protectores derivados de la ausencia de periodo de carencia suficiente (principio contributivo) y de encuadramiento ([art. 266 LGSS](#)). No obstante, pese a esta suavización del mayor rigor inicial, sigue exigiendo estar en situación legal de desempleo y un periodo de cotización mínimo –cierto que reducido– del que van a depender los días de disfrute (120 días, para una cotización entre 20 y 54 días; 180 días, para una

cotización de 55 días o más) del beneficio social concedido (se trata de una prestación no ya solo extraordinaria, sino transitoria –al menos inicialmente–).

Esta prestación es incompatible con la actividad, sea asalariada sea autónoma, también con cualquier otra renta social, también la renta mínima (severo régimen legislativo de incompatibilidad, desde luego mayor que respecto de otros, como hemos visto, no solo la citada para autónomos, sino también para el empleo agrario en el marco del [RDL 13/2020](#) –cuyas medidas extraordinarias de flexibilización del empleo se prorrogan en el [RDL 19/2020](#)–). A su vez, a partir de un nuevo apartado 5.º en el artículo 2, se establece que el reconocimiento de la prestación será por una única vez, pudiéndose suspender si el titular del derecho realiza un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. La prestación se reanudará una vez finalizado el trabajo, por el tiempo que reste del periodo de percepción que corresponda.

Como en otras prestaciones de este tipo, si bien existe una significativa divergencia a tales efectos (lo que evidencia una configuración discrecional de las mismas poco coherente con los principios ordenadores del sistema de Seguridad Social en «normalidad»), la cuantía en modo alguno asegura la garantía de suficiencia prestacional. La base reguladora se identifica con la base de cotización mínima del grupo 7 del RGSS (1.050 €/mes), por lo que la prestación (735 €/mes) queda por debajo del [salario mínimo interprofesional](#), si bien por encima del 80 % del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) (430,27 €/mes) (referente elegido para otro tipo de ayudas análogas –por ejemplo, subsidio extraordinario para trabajadores temporales con un contrato superior a 2 meses–). Es consciente el Gobierno-legislador de ello, que aprovecha el momento para reformar la regulación legal de la acción asistencial asociativa del colectivo.

La [disposición adicional séptima del RDL 17/2020](#) establece que, durante un plazo de 2 años a partir de su entrada en vigor (el 7 de mayo de 2020), no serían de aplicación los porcentajes mínimos previstos en el [artículo 177.6 de la Ley de propiedad intelectual](#), que regularizó, aclaró y armonizó las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Conforme a este precepto, las cantidades recaudadas por las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual y no reclamadas por su titular en un determinado plazo (previsto en los apdos. 4 y 5 del precepto) deberán –no es potestativo– ser destinadas íntegramente a ciertas finalidades, entre las que se prevé, en primer lugar: «a) [...] la realización de actividades asistenciales a favor de los miembros de la entidad y/o actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes y ejecutantes».

El porcentaje anual mínimo dedicado a la acción social debe acordarse por la asamblea general de cada entidad de gestión, respetando un porcentaje mínimo. Pues bien, durante dicho periodo de tiempo, la asamblea general podrá modificar dichos porcentajes con el fin de incrementar los destinados a la realización de actividades asistenciales a favor de los miembros de la entidad. Se apela, pues, a un tipo de acción protectora voluntaria, privada y discrecional, rasgos típicos de las técnicas de ayuda, la asistencia (o incluso la beneficencia privada), a fin de que coadyuven a la supervivencia de las personas integradas en el colectivo.

Como, de forma análoga, dicho sea de paso y con valor general, no ya solo respecto del colectivo del sector cultural, se contempla por el legislador de emergencia, tan volcado en crear un escudo social público, la movilización de recursos de otra rama privada de garantía de rentas, como las derivadas de fondos y planes privados de pensiones. El [artículo 23 del RDL 15/2020](#) sustituyó las [reglas del RDL 11/2020](#) para reforzar y clarificar la disponibilidad de los planes de pensiones. En realidad, tal llamada a las facilidades de «autorroscate» (para quien pueda –los menos– significa más bien «pan para hoy [emergencia] y hambre para mañana [cuando llegue la jubilación estará consumido el ahorro privado]».

Seguramente no será la última medida para este colectivo, si se tiene en cuenta que se ha denunciado, en las redes, que casi el 90 % de las personas trabajadoras en el sector de la música se quedarían fuera de esta protección extraordinaria. La razón estribaría en el «abuso sistémico» por parte de empresas y Administraciones que no dan de alta a músicos y artistas en la Seguridad Social, por lo que, de inmediato, se pide amplíe la cobertura y, de futuro, se asegure de erradicar esas dinámicas en la «nueva normalidad». Si bien ya se ha visto cómo el Gobierno ha vuelto a ser receptivo a estos tuits y mensajes en redes sociales, eliminando la condición de alta, así como la de encuadramiento en el RGSS, dando así entrada a un buen número de personas que integran el colectivo de técnicos auxiliares en estos espectáculos, evitando efectos excluyentes de la intermitencia del sector, el peso de la economía informal seguirá ejerciendo de obstáculo al acceso a la protección.

Aunque, como se ha dicho, no están solos en este tipo de efectos de desprotección. Ya se ha hecho referencia al importantísimo colectivo de las empleadas de hogar «en negro», no ya solo en precario, dejadas fuera de protección. Pero podría hablarse también de miles y miles de personas inmigrantes en situación irregular, cuyo trabajo en ciertos sectores, como la hostelería o el sector agrario, es determinante para la cadena de supervivencia de nuestra sociedad. Al respecto, no es ocioso recordar, al paso, que si bien en España, a diferencia de otros países de la Unión Europea, como Italia y Portugal, no ha aprovechado la legislación de emergencia para regularizar, de forma general, a estos colectivos, sí ha debido mostrarse medianamente receptiva, una vez más, [como ha recordado el profesor Eduardo Rojo](#), a la necesidad de cierto «realismo político, económico y social para tratar de dar respuesta a una grave situación de irregularidad en la que se encontraban muchos jóvenes y que ahora podría ser corregida».

Por eso, sin que, a mi juicio, estemos ante una suerte de nuevo oxímoron legislativo, en forma de «regularización temporal con vocación de permanencia» (derivada de la ampliación en fases sucesivas de las autorizaciones extraordinarias –ahora hasta el 30 de septiembre con un carácter general–), sí que el realismo y la necesidad se imponen. Por eso, complementando el régimen de favor (flexible) general de autorizaciones en el empleo agrario, la [disposición adicional segunda del RDL 19/2020](#) hace lo propio para los jóvenes nacionales de terceros países, aún en situación regular, de entre los 18 y los 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario ex [artículo 2.1 d\) del RDL 13/2020](#), una vez finalizada su vigencia. Se les concede una autorización de residencia para un plazo de 2 años para todo el

territorio nacional (ampliables 2 años más), sin limitación de ocupación o sector y sin atender a la situación nacional de empleo.

10. A vueltas con la calificación de las prestaciones derivadas de los contagios del personal sanitario: ¿sigue el juego de funambulismo legislativo? Junto a la rama de desempleo (su ingente gasto está necesitando habilitaciones de crédito constantes: por ejemplo, arts. 10 –modificación presupuestaria– y 11 –nuevo préstamo al sistema– RDL 19/2020; su art. 4 autoriza otorgamientos de avales a favor de la Comisión para luego poder beneficiarse del SURE), la rama de la asistencia sanitaria –del sistema nacional de salud, sí, pero sigue siendo acción protectora del sistema de Seguridad Social ex art. 42 LGSS– ha sido la más afectada, lógicamente, por la magnitud de la pandemia. Ha llegado al límite de sus posibilidades –si no las sobrepasó en algún momento–, con riesgo de colapso incluso, pese a tenerse, más pretendida que realmente, como de las mejores del mundo. Buena parte de la ingente cantidad de financiación (la mayoría vía préstamos –por ejemplo, fondo MEDE para gastos sanitarios, directos e indirectos–, otras por la vía de las subvenciones «a fondo perdido», expresión de solidaridad) europea se afecta a este tipo de gasto. Incluso se reprogramarían los fondos FEDER previos, y sin necesidad de cofinanciación autonómica. No obstante, todo esto constituye una situación análoga a todos los países europeos más afectados.

Sin embargo, hay un rasgo negativo de esta pandemia que es singularmente español: 51.482 profesionales de la sanidad se han contagiado y padecen, o han padecido, COVID-19, esto es, más de un 22 % del total de personas contagiadas (240.000), cuando son un porcentaje muy pequeño –lamentablemente– de la población. Evidentemente, esta mucha mayor prevalencia de contagios de tales profesionales (la mayoría mujeres, como ya se apuntó) se debe tanto a la exponencialmente más alta exposición al riesgo, dada su actividad, como, también, a la falta de medios de protección adecuados, al menos en los momentos más álgidos de la pandemia, si bien habría permanecido después, más moderada. En el [editorial del número anterior](#), tuve la oportunidad de criticar que, a mi juicio, el Ministerio de Sanidad ofrecía una vía de exclusión-reducción de su evidente responsabilidad –altos costes– ante el presumible aluvión de reclamaciones que, tanto prestaciones como indemnizatorias, incluido el clásico recargo por incumplimiento preventivo ex [artículo 146 de la LGSS](#), plan-tearían los profesionales.

A tal fin elaboró un documento que equipara la probabilidad de contagio del sanitario en su trabajo con la propia de la vía comunitaria (familia, compras, amigos, cuando se abrió esa posibilidad, etc.). Dificultaba, así, la prueba de la exclusividad laboral del contagio para su calificación como accidente de trabajo ex [artículo 156 de la LGSS](#), en la medida en que se creaba un margen relevante de duda científica sobre tal exclusividad. ¿En apenas unas semanas ha cambiado la situación jurídica? A juzgar por el favor con que ha sido saludado el [artículo 9 del RDL 19/2020](#) pareciera que sí. Mi juicio es bastante más crítico, si se lee seriamente lo que dice, no lo que se quiere que diga porque así debería decirlo, incluso normativamente.

La lectura sindical (acogida por un solvente sector doctrinal) viene reivindicando, con muy buenos argumentos, no solo sociales sino jurídicos –y en línea con lo que reconoce ya la Organización Mundial de la Salud–, que se califique estas situaciones como enfermedades profesionales en sentido propio. Por eso se ha apresurado a identificar en el precepto una suerte de «[presunción de contagio en el puesto de trabajo a las personas que realizan su actividad laboral en centros sanitarios y sociosanitarios](#)». Consecuentemente, con este reconocimiento (más pretendido que real) legislativo directo de la naturaleza profesional del contagio se habría producido un notable –no pleno– avance respecto de la situación actual, reflejada en el [artículo 5 del RDL 6/2020](#), en la nueva [redacción dada por el RDL 13/2020](#), cuyo sentido último era el remitir al modelo de declaración de la enfermedad del trabajo como accidente de esta clase ex [artículo 156.1 de la LGSS](#). Una lectura menos voluntarista del precepto, atenta sea al tenor literal de su redacción, cuanto a una lectura sistemática, no solo evidencia notables deficiencias técnicas para concluir esa lectura garantista que se quiere de la nueva norma, sino que, muy al contrario, desliza una cadena de obstáculos (procedimentales y temporales) para la calificación como profesional que lo hace más restrictivo que la garantista del derecho vigente –y en modo alguno suspendido– de la «vieja normalidad», no el [artículo 156](#), sino el [artículo 157 de la LGSS](#).

En primer lugar, y en el plano de la –enésima– deficiencia de técnica jurídica, el [artículo 9 del RDL 19/2020](#) no ha derogado el [artículo 5 del RDL 6/2020](#) (la [disp. derog. única](#) nada dice al respecto, la [disp. trans. tercera](#) establece una regla de coordinación temporal). De este modo, y dado que el [apartado 2 del artículo 9](#) otorga como ámbito temporal de aplicación de la regla del apartado primero a todos los contagios de profesionales en su prestación de servicios sanitarios «producidos (hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma» y conforme a los partes de accidente de trabajo que deberán haberse expedido en su caso), no parece que el Gobierno-legislador tenga en mente nada distinto a la exigencia del cumplimiento de los «requisitos exigidos en el artículo 156.2 e) de la LGSS» ([art. 9.1 in fine](#)). Es verdad que el tenor de la [disposición transitoria tercera](#), que blinda las calificaciones de contingencia hasta ahora realizadas como comunes –la mayoría–, sin que sea afectada por esta nueva regulación, parece dar a entender que hay un cambio significativo de reglas entre un tiempo –anterior al art. 9– y otro –posterior al art. 9–. Pero, en realidad, estamos ante una formulación un tanto tautológica, en la medida en que no hace sino declarar que lo que antes fue común siga siendo común y lo que después sea profesional que siga teniendo esa naturaleza. Obviamente.

En segundo lugar, lo que el precepto dice literalmente es que:

Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios [...] y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus [...] durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios [...] se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2 e) de la LGSS [...].

La redacción es una tautología más: considera derivado de accidente laboral el contagio «contraído en el ejercicio de su profesión [...] por haber estado expuesto al riesgo específico». Pero ¿no es eso precisamente un accidente de trabajo, la lesión o dolencia contraída durante el ejercicio de un servicio profesional, presumiéndose que es tal el que se produce durante el mismo?

Cierto, el [artículo 9.1 del RDL 19/2020](#) prescinde de la referencia a la exclusividad, por lo que bien podría entenderse que lo considera cumplido (aunque nunca hable de presunción) con la sola constatación de que, durante su prestación, quedó expuesto al virus y al margen de que pudiera también haber estado expuesto a vías comunitarias. No obstante, y si bien asumo que es una lectura razonable, hay que traer a colación un tercer argumento que obstaculizaría esa lectura. En efecto, la norma no presume directamente como laboral el contagio por la sola exposición al riesgo del profesional de los servicios sanitarios (en sentido amplio, incorpora también residencias de mayores, e incluso transporte sanitario, etc.), sino que requiere que sea constatado por los servicios de prevención de riesgos laborales. La ley crearía una condición de naturaleza procedimental que actuará más como un obstáculo formal que como una vía para la facilitación. Los servicios de prevención de riesgos, como las mutuas colaboradoras, no son entidades ajenas al interés empleador y, en consecuencia, como se ha demostrado respecto de otras situaciones, como los informes a efectos de prestaciones por riesgo de embarazo (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2020, rec. 3404/2019](#)), más dificultan que facilitan ese informe.

En cuarto lugar, el sentido restrictivo de la norma se identifica también con la condición temporal que pone. Limitaría esta (pretendida) presunción del carácter laboral del contagio del profesional sanitario al producido hasta 1 mes después a la finalización del estado de alarma (para los fallecimientos se amplía a los que se produzcan dentro de los 5 años siguientes al contagio y en los términos del [art. 217.2 LGSS](#)). De inicio, podría parecer razonable por la menor carga vírica según avanza el tiempo en los centros sanitarios –también en la vida comunitaria–. Ahora bien, ni esa situación fáctica es una certeza absoluta –teniendo en cuenta, además, que son cada vez más las voces que alertan de rebrotes, incluso en invierno–, ni parece coherente, en el plano jurídico, tratar de modo diferente una misma situación de contagio en el ejercicio de la profesión atendiendo al tiempo en que se produce.

En suma, a mi juicio, la nueva regulación no solo no resuelve los problemas de notable inseguridad jurídica en la que se mueven los profesionales sanitarios (en sentido extenso, pese a que la norma parece apuntar a personas trabajadoras directamente con pacientes, incluidas las residencias de mayores, en el ojo del huracán de esta pandemia), sino que incluso dirige sus «terapias jurídicas» por el camino equivocado. No es el [artículo 156 de la LGSS](#) el adecuado para afrontar estas situaciones, ni siquiera con la –eventual– flexibilización pretendida –aunque mal formulada– por el [artículo 9 del RDL 19/2020](#), sino el [artículo 157 de la LGSS](#). Porque, si bien es cierto que no aparece listado en el [Real Decreto 1299/2006](#), sí cuenta con un código específico que permite –como defendí en el anterior [editorial](#)– reconocer a los profesionales sanitarios como una auténtica enfermedad profesional el contagio

por COVID-19 ([grupo 3 anexo I RD 1299/2006](#)), por ser una enfermedad infecciosa causada por el trabajo de las personas que se ocupan de acciones de prevención y asistencia en un contexto de riesgo de infección suficientemente probado (excluidos los microorganismos del grupo 1 del [RD 664/1997, de 12 de mayo](#) –protección de los riesgos biológicos–).

Esta línea está muy presente en la reciente doctrina judicial. Así, la [STSJ de Cantabria 843/2019, de 4 de diciembre](#), que remite a precedentes propios años antes, también para un profesional sanitario. Incluso en la doctrina jurisprudencial, si bien respecto de otra tipología de riesgos, los ergonómicos, aún con una significativa lectura en clave de género (camareras de piso), como este ([STS 122/2020, de 11 de febrero](#), que no acepta que sea un obstáculo para reconocer como enfermedad profesional –síndrome del túnel carpiano– las lesiones padecidas en el túnel carpiano de estas trabajadoras por el solo hecho de que no aparezca su actividad listada, cuando el redactado es ejemplificativo, pues lo relevante es cómo se desarrolla su trabajo, en el que la exposición al riesgo que origina la enfermedad listada es manifiesta).

11. El IMV: ¿un primer paso jurídico-asistencial en el camino hacia una auténtica revolución jurídico-social, el derecho a una renta básica de ciudadanía? No. Como hemos visto, hasta el [RDL 20/2020, de 29 de mayo](#), las ramas prestacionales del sistema de Seguridad Social, aun en versiones extraordinarias y –la mayoría, no todas, temporales– reclamadas por esta ingente e incesante legislación (administrativa) de emergencia sanitaria, pretendían afrontar dos situaciones de necesidad de las personas: la «enfermedad» masificada, derivada de la pandemia (legislación de personas enfermas o en riesgo de enfermar) y la «inactividad masiva decretada» gubernativamente, a fin de contener aquella (legislación de personas desactivadas). En el primer ámbito se pretendería ampliar la protección reforzada por contingencia profesional (ante la inefectividad del principio de tratamiento conjunto de ambas contingencias). En el segundo, se hace un uso inflacionario de las prestaciones excepcionales por desempleo (y cese de actividad), garantía de renta en tanto se reactiva la ocupación previa.

La técnica del IMV, nueva prestación no contributiva y estructural del sistema de la Seguridad Social ([art. 42.1 c\) LGSS](#) y nuevo [párrafo p\) en art. 3 RD 397/1996, de 1 de marzo](#)), sin embargo, pretende dar un salto cualitativo. El IMV trata de buscar una respuesta permanente, y progresiva, a un grave problema estructural: las crecientes bolsas de pobreza ([arts. 1 y 3 RDL 20/2020](#)), que se incrementan en épocas de crisis, pero que tienen continuidad también en épocas de bonanza. Especialmente grave la pobreza infantil, ni siquiera se libra quien tiene trabajo, asalariado o autónomo, verdadero o «falso» (por cierto, el [Auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19](#), con su gusto por el estilo oracular y salomónico para la impartición de justicia, reabre el debate en nuestro país sobre la calificación como asalariadas o autónomas de las personas trabajadoras en plataformas digitales –en el próximo número se hará un detenido diálogo de él, a cargo de un inspector de trabajo–).

Ahora bien, su eficacia contra tan ambicioso objetivo socioeconómico es limitada. Por imperativos de racionalidad económica –determinantes, más de lo que se reconoce: el coste inicial iba a ser de 5.000 millones de €, reduciéndose a 3.000 anuales–, solo se dirige a luchar contra la pobreza extrema o severa, lo que evidencia, a la par de esa insuficiencia prescricional, también su amplio margen de evolución en el futuro. Su fin no sería, pues, ofrecer una garantía de renta sustitutiva de la perdida por la imposibilidad decretada de continuar con negocios y empleos, ofreciendo una red de seguridad económica hasta que pueda recuperarse la actividad, cuanto ofrecer una garantía de renta mínima para las personas que carecen de recursos, a fin de sacarlas, a ellas y a sus familias, de la pobreza severa. Puesto que el IMV presupone una amplia tipología de hogares o unidades familiares, incluidas las monoparentales (la inmensa mayoría con rostro de mujer), el umbral de renta a garantizar diverge. El nivel mínimo (hogares unipersonales) es el equivalente a una pensión no contributiva (5.538 €/año). A partir de esta cuantía se fija tanto un coeficiente adicional por cada miembro como un beneficio para los hogares monoparentales.

Aunque se enmarca en el debate más amplio, y parcialmente distinto, de la «renta básica de ciudadanía» (RBC) o «renta universal» (RU), no asume esta naturaleza, sino que se identifica con la precedente técnica autonómica de la «renta mínima de inserción» (RMI) e, incluso, con la técnica estatal, análoga, de la «renta activa de inserción» (RAI). El IMV está legalmente diseñado para servir de complemento de rentas, retributivas (empleo previo) y sociales (prestaciones públicas de todo tipo y ámbito), hasta alcanzar el umbral garantizado para cada unidad familiar (puede ser unipersonal). Si no median rentas previas, el IMV actúa de tal manera que asegura la totalidad del umbral garantizado; si se dispone de ellas, solo cubriría la diferencia entre el umbral garantizado y la renta ya existente. De esta forma, la renta media garantizada es de 10.070 euros al año por hogar, mientras que el importe de la prestación será de unos 4.400 euros anuales.

Ni puedo ni pretendo hacer un análisis detenido de este importante hito jurídico-social, menos histórico (y eficaz) de lo que sus promotores alardean y más relevante de lo que quieren hacer creer sus críticos. Tiempo habrá de ir haciéndolo en próximos números de esta revista, a comenzar ya por el próximo (un sugerente estudio del profesor José Luis Monereo). Aquí me limito a dar breve cuenta de los principales aspectos de su régimen jurídico y, sobre todo, a una valoración de conjunto, atendiendo a lo que significa, en sí, como nuevo derecho de ciudadanía social y, más ampliamente, como nueva prestación del sistema de Seguridad Social que pone rumbo a su mayor universalización, pero también ¿a costa de su mutación en un sistema de protección más profundamente asistencial –a más cobertura, menos intensidad protectora–?

Sucintamente, en el plano de la caracterización técnico-jurídica ([art. 3 RDL 20/2020](#)), el IMV se diseña como una prestación para «unidades de convivencia» (aunque se exige solo 1 año mínimo –[art. 7](#)–) más que para personas individuales, aunque también se contemplan las «familias unipersonales» si es «un hogar estable» (al menos 3 años constituido). Cada unidad tendrá un titular solicitante ([art. 5](#)), exigiéndose una edad máxima y mínima (entre 23 y 65 años –[art. 4](#)–) y residencia legal ([art. 7](#); al menos 1 año ininterrumpido, salvo violencia de

género, trata o explotación sexual). Asimismo, sus recursos deben estar por debajo del umbral de renta garantizada para unidad, sin que su patrimonio, descontada la vivienda habitual, sea superior a 3 veces la renta garantizada anual por unidad –incrementándose por cada miembro más-. Con ello se pretende que el IMV llegue a personas en situación realmente vulnerable.

La prestación es mensual. Las cuantías ([art. 10](#)) son variables (anexos I y II RDL 20/2020):

	Anclaje de la renta garantizable (1)	Escala de incrementos (2)	Renta garantizable (3 = 1 * 2)
1 adulto solo	5.538	1	5.538
1 adulto y 1 niño		1,3 + 0,22 = 1,52	8.418
1 adulto y 2 niños		1,6 + 0,22 = 1,82	10.080
1 adulto y 3 o más niños		1,9 + 0,22 = 2,12	11.741
2 adultos		1,3	7.200
2 adultos y 1 niño		1,6	8.861
2 adultos y 2 niños		1,9	10.523
2 adultos y 3 o más niños		2,2	12.184
3 adultos		1,6	8.861
3 adultos y 1 niño		1,9	10.523
3 adultos y 2 o más niños		2,2	12.184
4 adultos		1,9	10.523
4 adultos y 1 niño		2,2	12.184
Otros		2,2	12.184

La solicitud ([arts. 21 y ss.](#) y [disp. trans. segunda](#)) será a partir del 15 de junio y multicanal (sede electrónica de la Seguridad Social o enviando la documentación por correo ordinario; ayuntamientos una vez se firmen los convenios previstos, etc.). Aunque, para las solicitudes presentadas en los 3 primeros meses, se concederá con efectos retroactivos al 1 de junio. Además, durante el primer mes de vigencia de la prestación, se actuará de oficio (beneficiará a unos 100.000 hogares).

Pero, como en el caso de la técnica de las RMI autonómicas, también de la RAI, y a diferencia de la RBC o RU (renta incondicionada a la búsqueda de empleo), el fin del IMV no es solo la garantía de una renta mínima de vida digna (financiada con transferencia fiscal, no cuotas, ex [art. 109 LGSS](#); [art. 32 RDL 20/2020](#)), sino que pretende incluir medidas de inclusión sociocupacional ([art. 33 RDL 20/2020](#)). Pero esto queda mucho más diluido en la norma, tanto que realmente será una asignatura pendiente. La renta pretende articular todo un proceso individualizado de transición desde la situación de pobreza severa (vivir por debajo del 40 % renta mediana: 1.552 €/mes unidad media –2 adultos, 2 niños–; [art. 8](#)) a otra de menor vulnerabilidad, para, después, alcanzar una situación mejor (integración en el bienestar), hasta lograr un estatuto de persona trabajadora con un estándar de empleo decente. De ahí su carácter progresivo. Para todo ello –otra vez– se apela a políticas de cooperación a tres niveles territoriales. Como siempre, esta es la parte más débil. Primero, porque no incluye un derecho a servicios de empleabilidad, solo referencias vagas. Segundo, porque la experiencia previa ha sido un absoluto fracaso. Nada hay en esta «nueva prestación» para salir de la recurrente «maldición» de ineficacia en lo que hace al objetivo de la inserción sociocupacional.

Precisamente, enlazando con esta última observación, y desde un plano de valoración político-jurídica y socioeconómica, conviene hacer algunas observaciones críticas, sucintas, por supuesto. En primer lugar, respecto al [debate](#) en el plano estrictamente ideológico, presentando este nuevo derecho social, como un «triunfo de la izquierda» (concepción progresista) y, por lo tanto, una «derrota de la derecha» (concepción liberal-conservadora), convendría recordar, de un lado, que la lucha contra la pobreza no debiera ser un objetivo político discrecional, sino un mandato tanto constitucional como internacional (por ejemplo, [art. 30 Carta Social Europea revisada](#)). De otro, que el IMV solo ataja la pobreza severa, no la pobreza, lo que limita su valor –precisamente por primar el «precio» o coste financiero de otro más coherente con el derecho a una renta de existencia digna ex arts. [10](#) y [15 CE](#)–. Finalmente, más que su origen ideológico, cuentan –o deben contar más– sus efectos (eficacia social, eficiencia de gestión de recursos públicos, dignidad...).

Al respecto, conviene traer a colación la existencia de una reducida, incluso elitista, pero muy influyente (principales fortunas del mundo, sobre todo de las empresas tecnológicas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), corriente de pensamiento económico-tecnológico, que viene avalando, incluso con unas importantes donaciones (no son inversiones), medidas de este tipo, sobre todo en los países de mayor pobreza, como los africanos. La sombra de las grandes fortunas tecnológicas sobre esta medida está más presente de lo que se quiere reconocer y la asumen como «el precio» (coste) a pagar por una inexorable visión de la transformación digital como destructora de más empleos que crea. Este tipo de garantía de rentas mínimas formaría parte de un nuevo «contrato social» para la era digital, en la que el intercambio ya no es –como en el de mediados del siglo XX– trabajo decente para todas (o la mayor parte) las personas a cambio de garantizar la rentabilidad de las inversiones de capital, sino «dar» una renta mínima a cambio de la inactividad «decretada», no por el Gobierno, en pandemia, sino por los «designios» de la automatización digital. Esta garantía de renta mínima sería la fórmula (rebajada) de reparto de riqueza a cambio de la paz digital:

«Habrà alguien que siga pensando en ello como una vieja idea del socialismo, pero [...] tendremos que usarla, porque se trata de una buena idea y una mejor solución» (Sam Altman, presidente de Y Combinator, la incubadora de *start-up* más importante de Silicon Valley, que [vaticina una robotización casi total e impulsa la renta básica en Oakland](#), California).

En segundo lugar, cuando se critica el alto coste de su implantación, difícil de sostener, más en un entorno ya profundamente desequilibrado del sistema –de Seguridad Social–, piénsese que esta renta ha pasado, en apenas unos meses, de los 7.000 millones de euros que planteaba uno de los partidos que conforman el Gobierno y más han presionado para su actualización, e incluso de los 4.000 millones de euros que establecía la AIReF, cuando era presidida por el actual ministro de Seguridad Social e Inclusión, a 3.000 millones de euros. El impacto de la racionalidad económica es aquí manifiesto. Pero, además, no suelen tenerse en cuenta los elevados retornos económicos, porque permiten impulsar otro componente del crecimiento económico, como es el consumo. Desde esta perspectiva, y si bien la premura que ha impuesto una parte del Gobierno a la otra podría haberla desdibujado, hay que recordar que, en la concepción inicial de esta prestación, la eficiencia en la gestión del complejo y estratificado sistema de ayudas y rentas en España de esta naturaleza era –y es– un objetivo básico. De ahí que la coordinación necesaria entre el Estado y las comunidades autónomas impulse un proceso de redefinición de las rentas autonómicas (incluidas en la tarjeta social universal –hoy «digital» según la [disp. final quinta del RDL 20/2020](#); despectivamente llamada «carné para pobres»–).

A lo que hay que añadir que es también una clara inversión en «bienestar económico-emocional». Como acaba de evidenciar la experiencia finesa –piloto y acotada, financiera y temporalmente–, su modelo de renta básica, aun incondicional, se ha revelado un importante factor de mejora del bienestar económico y emocional. Se reduce notablemente el riesgo de malestar, estrés, depresión, infelicidad, etc., como bien saben quienes se dedican a la gestión diaria, incluso institucional, de la pobreza. Pues [es bien sabido, aunque se silencie, que:](#)

La pobreza es una mierda. Se ha hablado mucho estos días [...] sobre si existe una cultura de la pobreza [...]. La realidad es que cualquier persona [...] que viva bajo los niveles de estrés, angustia y temor de estar cerca de la pobreza no tendrá las más mínimas ganas de que alguien le explique sus errores. Sencillamente estará demasiado agotado para prestarle atención.

Finalmente, es necesario salir al paso de la crítica por el eventual efecto desincentivador del trabajo. Poniendo de relieve que no es una renta incondicionada (RB), sino una RMI, el IMV trata de incentivar la participación en el mercado laboral. Cuando el titular del IMV no tenga empleo y lo halle, parte de su salario estará exento transitoriamente en el cálculo de la prestación. Si está ocupado, cuando su salario aumente, la cuantía de la prestación se reducirá en una cantidad inferior. En el caso de que el titular no esté ocupado, se exigirá la inscripción como demandante de empleo. El [ejemplo finlandés](#) de una renta básica –incondicional–, dotada con 560 euros al mes y sin condición de buscar empleo, evidencia que

quienes se beneficiaron de esta prestación (desempleadas entre 25 y 58 años) aumentaron su participación laboral. El IMV usa elementos típicos de los impuestos negativos sobre la renta para incentivar tal participación. No supone, pues, el reconocimiento y pago de una suerte de derecho a la pereza (Lafargue).

En suma, es evidente que el IMV ni será esa «bala mágica» contra la pobreza actual, ni tendrá el efecto suficiente de modernización del sistema de Seguridad Social para adaptarlo a los desafíos de un mercado laboral en la era digital (efecto de destrucción masiva de empleo por la automatización de actividades). Por supuesto, quienes lo han diseñado opinan lo contrario y ven en esta figura (como ya vieron antes quienes pergeñaron las rentas autonómicas o la RAI –ya sabemos qué sucedió–) nada menos que una **nueva generación de políticas públicas**. Presume incluso de un uso inaudito de *big data* (utilización masiva de datos) en su diseño. El tiempo dirá, también la evaluación anual que se establece del IMV, nunca –hasta ahora– cumplida.

Pero no puede negarse ni su necesidad ni sus –aún limitados– efectos positivos, incluso para la sostenibilidad del estado de bienestar. La ambivalencia típica (alma económica y alma social) de todo derecho social de garantía de una renta mínima (que no suficiente en sentido estricto), como es el IMV, nos recuerda la propia historia del principio social del Estado constitucional de derecho. Lejos de responder a una idea progresista, respondió a un imperativo del propio orden mercantil (los célebres mercados), que debía renunciar a ser liberal para seguir siendo capitalista. Pues bien, parafraseando a mi maestro, con su habitual capacidad crítica forjada de fina ironía, el IMV integra una prestación típica del «derecho de personas pobres», y los «derechos de pobres –aún «laboriosos»– (*poor workers rights*), temía el añorado maestro, ¿no devienen «pobres derechos» (*poor workers laws*), aun con técnicas de vanguardia digital?

12. Normas de emergencia sanitaria y «amor a las leyes de Seguridad Social»: entre progresos y regresiones. Este último interrogante reabre un debate mucho más estructural, la delimitación de cuál es hoy el papel reservado a la institución de la Seguridad Social como función social por antonomasia del Estado constitucional de derecho, devenida no ya solo como un derecho social humano fundamental, sino también como la inversión más productiva, social y económicamente, nunca inventada por la sociedad. Los estragos sociolaborales de la pandemia han revitalizado el papel de técnicas de auxilio social que, como las redes de solidaridad vecinal, la red de bancos privados de alimentos, los «meceñas sociales», e incluso los **montes de piedad** (más incluso que en la crisis de 2008), etc., la técnica de seguridad social pretende hacer residuales, innecesarias incluso. Junto a los principios contributivo (clásico) y de estabilidad financiera (contemporáneo), la solidaridad y la universalidad en igualdad integran también los imperativos fundamentales de todo sistema jurídico de Seguridad Social que se precie como tal (**art. 2 LGSS**), impidiendo que su altísimo margen de configuración político-legislativa devenga incontrolable (**STC 133/2019**).

Las descomunales consecuencias sociolaborales de la pandemia del nuevo coronavirus, de cuyo alcance final todavía no podemos tener certeza alguna, están sirviendo para

evidenciar la necesaria universalización solidarista, corrigiendo la –irrenunciable– dimensión contributiva tan intensamente revalorizada en la reforma precedente –también de la rama de desempleo– del sistema de Seguridad Social. Compárese el modelo alternativo (Estados Unidos) y nos daremos cuenta de la importancia del modelo social europeo. Ahora bien, ese imperativo tampoco puede ser una patente de corso para el desprecio –«desamor»– a su técnica jurídica, reduciéndola a pura legalidad administrativa, forjada a golpe de decisión de autoridad gubernativa –central– y alumbrada en los diferentes «despachos ministeriales» a golpe de tuits reivindicativos.

Por supuesto, la crítica no corresponde solo a la típica denuncia leguleya y de ritualista rigor técnico, sino que está en juego el doble valor de la seguridad jurídica y la igualdad tutelar, pues esa forma de intervención legislativa (que usa intensamente el BOE, pero que precisa, para ser aplicada, de los boletines informativos de los órganos administrativos de la autoridad), aun animada por un fin de protección social, rendiría imprevisibles e inequitativas las expectativas de tutela de situaciones de necesidad análogas. El colectivo más hábil en las redes mejorará su probabilidad de allegar sus reivindicaciones a los «buzones» ministeriales, trasladadas luego al BOE. Pero mi inquietud por este creciente «amor gubernativo» por la total «facturación» a cargo de la Seguridad Social de todo tipo de necesidad socioeconómica que se tercié, sin garantizar, como procedería, el equilibrio financiero del sistema, asignándole los recursos que precisa, no ya por la vía de los préstamos (que luego hay que devolver –o no, pero que crea inseguridad y zozobra financiera–), sino de la provisión [ex artículo 109 de la LGSS](#), va más allá y llega al fondo sustantivo. Como ningún Gobierno puede obviar los condicionantes financieros –si el [art. 135 CE](#) no es suficiente para recordarlo, las autoridades de la gobernanza económica mundial y europea están para evidenciarlo cuando alguna autoridad nacional «se despista» o «se desvía»–, la condición de esa universalización tiende a ser la de imprimir un carácter cada vez mucho más asistencial al sistema de Seguridad Social.

Consecuentemente, la cobertura subjetiva no solo está en manos de la discrecionalidad gubernativa, sino también la intensidad protectora, que tiende a reducirse (por cierto, ahora que tanto se vuelve al estéril debate de si contrarreforma laboral íntegra o parcial –cuando lo que toca es hacer un Estatuto de las personas trabajadoras a la altura de nuestro tiempo, en vez de puro decisionismo gubernativo por la vía del real decreto-ley, pues su signo político no impide su sesgo autoritario–, a ninguna autoridad escucho recordar que la rama de desempleo también sufrió importantes recortes que ahora han evidenciado sus disfunciones). De este modo, que la Seguridad Social se convierta en el principal instrumento financiero de la gestión de la crisis económica derivada de la emergencia sanitaria, sosteniendo el proceso de dinámica transición hacia una –desconocida– «nueva normalidad», con un coste ingente, no impide la «devaluación» paralela de derechos y posiciones de todas las personas trabajadoras, asalariadas y autónomas, porque la renta de sustitución está muy por debajo de lo necesario para una vida digna. Un claro contraste o desajuste que todavía se agudiza más ante las patentes lagunas de protección en los planos no estrictamente contributivos (grupos excluidos –empleadas de hogar–, personas sin la debida carrera de seguro, por la precariedad, intermitencia o informalidad de sus trayectorias profesionales y, en consecuencia, de carrera de seguro –muchas deficientes o inexistentes–).

El resultado es profundamente contradictorio –social, económica y jurídicamente–: el sistema de Seguridad Social –no solo Hacienda– deja de ingresar miles de millones de euros (vía exenciones, aplazamientos, moratorias, etc.) y gasta muchos más (prestaciones extraordinarias, reglas de compatibilidad excepcionales, ausencia de [corresponsabilidad fiscal por parte de las comunidades autónomas en el IMV](#), que son, sin embargo, competentes en prestaciones de lucha contra la pobreza, etc.). Pero no tiene la financiación más adecuada ni –por las deficiencias del sistema, hasta ahora no atendidas– cubre las situaciones de necesidad ex [artículo 41 de la CE](#) con la suficiencia debida. Por lo tanto, pese al extraordinario –y loable– esfuerzo fiscal, crecen las desigualdades y la pobreza ([España tiene una tasa de pobreza severa del 9,2 %, una de las más altas –junto con Italia– de la Unión Europea](#)), sin que el IMV pueda afrontarlo con eficacia, pues se concentra en la pobreza severa (por motivos de equilibrio financiero o causas de racionalidad económica –por cierto, la [reforma deslocalizada del art. 33 ET y su nuevo apdo. 11](#), a fin de evitar que el silencio administrativo positivo perjudique la cobertura del Fogasa, es también expresión de ajuste–).

Cierto, podría pensarse que quien incurre en contradicción soy yo, pues no parece lógico o coherente criticar el –evidente– exceso de «facturación» al sistema de los costes de la tragedia socioeconómica y, a la vez, el –no menos manifiesto– déficit de intensidad protectora, pues cubrir esa deficiencia –de protección– llevaría a incrementar aquel –desequilibrio financiero–. Además, un mayor déficit implicaría un mayor traslado a las generaciones futuras (ya muy «golpeadas»), pues se tardará décadas (AIReF) en pagarla (impuesto –inequitativo– a jóvenes). Podría ser.

Pero no me lo parece. De un lado, porque lo que cuestiono no es la modernización y mejora del sistema –incontestable–, sino la técnica para hacerlo, por lo autoritario, incoherente e imprevisible del modo en el plano de la fuente jurídica. De otro, porque mi crítica al déficit financiero proviene del recurso a técnicas de financiación coyunturales, de emergencia, que apelan a la lógica del «crédito extraordinario» o «préstamo», que termina abocándonos otra vez a la lógica del crédito, del recurso a los mercados. Por lo que, sin el debido equilibrio financiero –aumentando ingresos, no rebajando gastos (normalizados, claro, no los derivados de esta crisis tan intensa)–, la sombra de la insostenibilidad del sistema de Seguridad Social, ahora no ya solo en su rama de pensiones, sino en su rama de prestaciones por desempleo y en la no contributiva, volverá a centralizar el debate. Y, como es sabido, por ser una lección de experiencia, cuando eso sucede –como se ha comprobado para las pensiones–, la siguiente fase ya se intuye: la propia de los reajustes a la baja, volviendo la voz inversión social en gasto social. Esas voces ya se oyen.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). «Tormenta sociolaboral perfecta» y «encomiendas a santa Bárbara»: la Seguridad Social, ¿«bala mágica» frente al riesgo de COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 5-36.



Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral

María Teresa Igartua Miró

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

Extracto

La aprobación del Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso invita a la reflexión, por un lado, por los positivos avances hacia un tratamiento integral, inclusivo y preventivo del acoso y, por otro, al prestar cierta atención a los denominados «canales de denuncias internas» en las empresas y la correspondiente protección del denunciante. Se trata de una faceta aún bastante descuidada en el ordenamiento jurídico interno, que necesitaría ajustes concretos para imponer expresamente la obligatoriedad de estos canales, así como configurar sus elementos y garantías mínimos en aras de fomentar las denuncias, a fin de coadyuvar a frenar la ocultación o banalización del problema. La adecuada protección del «denunciante» (sea la víctima o un tercero) puede contribuir a la evitación de situaciones de acoso o, al menos, a su detección y remedio temprano.

Palabras clave: acoso; tutela; canales de denuncia; *whistleblowing*; prevención.

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de revisión: 05-05-2020 / Fecha de aceptación: 05-05-2020

Cómo citar: Igartua Miró, M.^a T. (2020). Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 37-69.





Internal complaint channels (whistleblowing) as a mechanism for protection against harassment in the workplace

María Teresa Igartua Miró

Abstract

The approval of ILO Convention 190 on violence and harassment calls for reflection, on the one hand, on the positive progress made towards a comprehensive, inclusive and preventive treatment of harassment and, on the other, on paying some attention to the so-called «internal complaints channels» in companies and the corresponding protection of the complainant. This is a rather neglected area in the domestic legal system, which would require specific adjustments to expressly make these channels mandatory, as well as to configure their elements and minimum guarantees in order to encourage complaints, so as to help halt the concealment or trivialization of the problem. Adequate protection of the «complainant» (whether the victim or a third party) can contribute to the avoidance of harassment situations or, at least, to their early detection and remedy.

Keywords: harassment; guardianship; reporting channels; whistleblowing; prevention.

Citation: Igartua Miró, M.^a T. (2020). Internal complaint channels (whistleblowing) as a mechanism for protection against harassment in the workplace. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 37-69.





Sumario

1. Acoso y canales de denuncia (*whistleblowing*)
 2. Algunas reflexiones sobre el concepto de acoso
 - 2.1. Consideraciones previas
 - 2.2. El concepto omnicomprendivo de acoso de la OIT
 - 2.3. Lagunas en la tipificación legal del «acoso» en el orden interno
 - 2.4. La clamorosa ausencia de un concepto legal de acoso moral (*mobbing*)
 - 2.5. Hacia un concepto omnicomprendivo e inclusivo de acoso
 3. Los sistemas de denuncias internos en la regulación sobre acoso
 - 3.1. El Convenio 190 OIT: política de empresa y canales de denuncia
 - 3.2. Protección de denunciadores en la Unión Europea
 - 3.3. El derecho interno
 4. ¿Resultan obligatorios los canales de denuncias internas frente al acoso?
 5. Elementos básicos de los sistemas de denuncia interna en materia de acoso
 6. Tutela del denunciante
 - 6.1. Confidencialidad versus anonimato
 - 6.2. Sujetos tutelados y represalias prohibidas
 - 6.3. Carga de la prueba y nulidad del despido
 - 6.4. Actuación de buena fe y denuncias falsas
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PGC 2018-095263-B-100: «Desarrollo tecnológico, cambio sociolaboral y trabajo sostenible», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. Acoso y canales de denuncia (*whistleblowing*)

La aprobación por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 21 de junio de 2019 del Convenio 190 sobre violencia y acoso en el trabajo (y la Recomendación 206, que le sirve de complemento), de camino hacia su ratificación por España, abre distintos ámbitos para la reflexión, en particular dados los desajustes y las carencias que, aún hoy, muestra nuestro ordenamiento jurídico laboral en relación con esta temática. No pretendemos abordar todas las cuestiones suscitadas por el concepto de acoso ni el ámbito de aplicación de la norma, la conveniencia de determinados ajustes legales o la necesidad de seguir progresando en el terreno preventivo afrontando nuevos desafíos (por todos, Molina, 2019). Nuestro objetivo en este caso se centra en un asunto bastante más concreto: los canales de denuncias internos y su contribución a la tutela frente al acoso en el mundo laboral. La materia despierta un doble interés debido a la interrelación entre dos aspectos objeto de notoria preocupación y atención en la actualidad. Resultan conocidos los tintes escandalosos cobrados en los últimos tiempos por el problema del acoso, en todas sus formas y en diversos ámbitos, frente a la relativa situación de «ocultamiento» vivida en épocas precedentes, en ocasiones amparada por la superioridad de quien comete los actos violentos o de acoso o por la intimidad del ámbito donde se realizan, que, unido a las carencias preventivas de las empresas, han llevado a un claro déficit de denuncias (Ramos, 2018a, p. 36). En el planteamiento del convenio, que apuesta por un tratamiento del problema desde la perspectiva de la seguridad y salud, la protección del denunciante puede contribuir a paliar esta situación de partida.

Por su parte, con carácter bastante más general se ha puesto sobre el tapete la necesidad de proteger a los denunciantes, a fin de destacar su contribución a la hora de corregir irregularidades o incumplimientos en distintos ámbitos. Así, recientemente, la Unión Europea ha dado un relevante paso en este camino con la aprobación de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (coloquialmente, Directiva de los *whistleblowers*), con plazo de trasposición antes del 17 de diciembre de 2021 (17 de diciembre de 2023 para entidades privadas de entre 50 y 249 trabajadores). Aun cuando la directiva no resulta aplicable al ámbito que planteamos, no incluido en su campo objetivo o material de actuación (art. 2), sí puede contribuir a dar algunas pistas sobre los elementos básicos de los sistemas de denuncias. En lo que ahora nos interesa, la directiva pone de manifiesto el objetivo perseguido ya desde el primero de sus considerandos, donde expresamente señala que:

[...] los denunciadores potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciadores.

En el orden interno, en la regulación sobre el acoso sexual o por razón de sexo encontramos una referencia expresa a esta cuestión, si bien excesivamente genérica, planteando incluso dudas acerca de la propia obligatoriedad de los sistemas de denuncias internas, como veremos.

El interés por seguir analizando el tema del acoso es indudable, pues, aunque nuestro ordenamiento contempla medidas para luchar contra esta lacra, sigue siendo una asignatura pendiente (Ginés, 2018, p. 297) en el ámbito laboral y, de forma especial, en los aspectos preventivos y en las respuestas efectivas y eficientes por parte de las empresas, problema que se agrava en las de muy pequeñas dimensiones. Y a ello contribuye también, a buen seguro, la inexistencia de un adecuado sistema de quejas o reclamaciones internas, que podría ayudar de manera eficaz a la solución temprana y eficiente de este gravísimo problema y a minimizar los daños, actuando como un elemento vehicular en la tutela frente al acoso, sobre todo en sus etapas iniciales. Sin que ello obste la conveniencia de una regulación integral y especialmente preventiva del asunto.

Por último, queremos hacer una aclaración de corte terminológico sobre el empleo del término «*whistleblower*», de claro origen anglosajón y literalmente referido al hecho de tocar el silbato (*to blow the whistle*), traducido aproximadamente como denunciante o alertador, que a veces resulta peligroso y más en el concreto ámbito que ahora nos ocupa. Como se sabe, tradicionalmente ha tenido unas connotaciones bastante negativas, empleándose en castellano términos como «chivato», «traidor», «topo», entre otros (por todos, Pérez, 2018, p. 286), y, aunque su evolución posterior tiende a liberarlo de las mismas, apostando la doctrina por superar los prejuicios existentes (Goñi, 2011, p. 5), debemos mirar sobre todo al deber de proteger adecuadamente a las víctimas (y a quienes contribuyen con sus denuncias a su tutela), que necesitan saberse custodiadas para dar el paso de actuar frente a los comportamientos de acoso. En este supuesto, más que en ningún otro, el cariz de los hechos denunciados impone una valoración positiva de quien pretende desvelarlos o contribuir a su esclarecimiento, despojando a la denuncia de cualquier cariz de «estigmatización».

2. Algunas reflexiones sobre el concepto de acoso

2.1. Consideraciones previas

Agotar todas las cuestiones atinentes al complejo concepto de acoso, sus múltiples acepciones y el distinto acercamiento por parte de los ordenamientos internacionales e interno y

de la enorme casuística judicial, desborda las pretensiones de un trabajo de estas características y extensión. Ahora bien, es conveniente enmarcar la aplicación de los sistemas de denuncias al vasto problema del acoso, y para ello se hace preciso contrastar el concepto manejado por el Convenio 190 OIT y la situación jurídica interna, en especial desde la disparidad de tratamientos y las lagunas que presenta el tratamiento jurídico laboral del problema.

2.2. El concepto omnicomprensivo de acoso de la OIT

La OIT insta a los Estados a adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso, enfoque que brilla por su ausencia en nuestro ordenamiento, donde las disposiciones están bastante dispersas y se centran de forma especial en el acoso como forma de discriminación, ámbito donde se encuentran las referencias legales a la cuestión que nos atañe, siendo patente la carencia de una regulación específica y completa en el ámbito jurídico laboral. El convenio propone un concepto amplio y omnicomprensivo de acoso y violencia en el mundo del trabajo, con la pretensión de dar cabida a todas sus manifestaciones, algo no exento de dificultades, sea por las diferencias terminológicas o por la falta de una definición universal (Ramos, 2018b, p. 92), pero que puede favorecer la existencia de un mayor margen de flexibilidad a los Estados para formular las respuestas nacionales contra tales conductas, de forma conjunta o separada. Ello, además, sin perjuicio de combinar este criterio general con una distinción o modalización de las distintas formas de acoso, a fin de ajustar las respuestas pertinentes (sobre los tipos concretos recogidos en el informe previo al convenio, incluida la violencia doméstica laboral, Ramos, 2018b, p. 95). Afirma que la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo:

[...] designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (art. 1).

Aun cuando no impide que la legislación nacional los aborde como un concepto único o como conceptos separados.

El planteamiento, en línea de principio, parece acertado, combinando la definición de la conducta (incluidas las amenazas) con su resultado y flexibilizando algunas de las tradicionales exigencias relativas al acoso, como la reiteración. Nos parece positivo el avance en el tratamiento de los daños, que no resultan indispensables para la existencia del acoso, siendo suficiente que sea susceptible de causarlos, aun cuando quizás se echa en falta una referencia al daño a la propia dignidad de la persona o el daño moral, que concurre en todo caso. Para algunos autores hubiera sido deseable incluir otras distinciones con amplio consenso internacional, como violencia en el trabajo y de terceros, y acoso y acoso discriminatorio, que

hubieran dado mayor profundidad al convenio y hubieran aportado conceptos universales (Velázquez, 2019, p. 124). En lo que ahora nos interesa, y más allá de estrictas conceptualizaciones jurídicas, la imperiosa necesidad de garantizar los sistemas internos de denuncia se extiende a todas estas conductas reprochables, conjuntamente o por separado.

La orientación del convenio también es amplia en lo relativo a los sujetos activos del acoso (incluyendo clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes o el público –art. 3–) y sus modalidades, sea horizontal o vertical. Lo mismo ocurre con los sujetos tutelados (más allá de un concepto estricto de trabajador por cuenta ajena –art. 2–), con una posible extensión a los autónomos, con la referencia a «las personas que trabajan», dando cabida expresamente a personas en formación, pasantes y aprendices, algo de especial relevancia en relación con posibles colectivos vulnerables como los becarios.

Por último, reviste gran trascendencia la notable expansión y flexibilización de la definición del lugar de trabajo, sustituido por el de «mundo del trabajo», tendiendo a fijar la atención de forma esencial en su conexión –directa o mediata– con el trabajo, que se marca en las referencias a «en el transcurso del trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo», según el artículo 3, trascendental hoy ante la licuación del espacio físico de desarrollo del trabajo y el notorio avance de las nuevas tecnologías y, lamentablemente, también de su empleo como vehículo para el acoso. Aspectos que no resultan indiferentes a la hora de diseñar sistemas de denuncia adecuados y eficaces, con garantías mínimas para los denunciantes, que han de servir de complemento al imprescindible tratamiento preventivo que, hoy por hoy, resulta insuficiente.

2.3. Lagunas en la tipificación legal del «acoso» en el orden interno

Dar un concepto jurídico de acoso supone una tarea extremadamente compleja (Dolz, 2018). Centrados de forma exclusiva en el orden jurídico-laboral, la normativa hace ya tiempo incluye la protección frente al acoso (por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso por razón de sexo) entre los derechos básicos del trabajador (art. 4.2 e) Estatuto de los Trabajadores –ET–), entre las posibles causas de despido (art. 54.2 g) ET; *in extenso*, Gorelli y Marín, 2004), y aporta definiciones de diversos tipos de acoso (acoso discriminatorio, acoso sexual y acoso por razón de sexo) en dispersos textos legales provenientes del ordenamiento comunitario, aunque con algunas diferencias (Ginés, 2018, p. 304), en las que no hemos de entrar¹.

¹ En esencia, las normas que comentamos vienen a trasponer el artículo 1.2 de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; artículo 2 de la Directiva 2004/113/CE,

Un sucinto acercamiento a las principales acepciones legales basta para demostrar su insuficiencia y la falta de un concepto omnicompreensivo e inclusivo de acoso. El «acoso discriminatorio» viene definido en el artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, trasposición de sendas directivas comunitarias en materia de igualdad, entendiéndose por tal:

[...] toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de la persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Definición que no incluye todas las posibles causas de acoso discriminatorio, sino que se ha ceñido a las reguladas en la norma comunitaria.

Otras normas específicas contienen otras definiciones de acoso, por ejemplo, en relación con la discapacidad, el artículo 2 f) del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

Por su parte, en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), se incluye una definición de «acoso sexual» en términos de «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo» (art. 7.1).

El Tribunal Constitucional (TC) venía delimitando sus notas básicas (Sentencias del TC –SSTC– 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio; y 5/2003, de 7 de abril), en cuyo estudio no hemos de entrar, poniendo el acento de forma especial en la gravedad de la conducta y en que resulte «no deseado». Aserto que, sin embargo, ya no figura en la norma legal, algo que es aplaudido por un sector de la doctrina (Morato, 2018, p. 2), en consonancia con otros autores que ya se habían mostrado muy críticos con su inclusión en las normas de la Unión Europea (Pérez, 2009, p. 151), aunque ya la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había flexibilizado su aplicación (Robles, 2014, p. 844). La literalidad de la norma impone relativizar la exigencia y la forma de exteriorizar o manifestar el carácter no deseado de la conducta, siendo suficiente cualquier indicio de que es rechazada por la otra parte o, simplemente, que le incomoda, centrando la atención en su carácter ofensivo (en un sentido parecido, Bustamante, 2012, p. 128; Ginés, 2018, p. 304) y

de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y artículo 2.1 d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

atentatorio contra los derechos básicos a la dignidad y/o la libertad. La gravedad debe medirse con parámetros objetivos y no solamente según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece (STC 224/1999), habiéndose destacado los inconvenientes del empleo de un estándar subjetivo (Pérez, 2009, p. 167, que apuesta por un criterio ecléctico).

El «acoso por razón de sexo», en cambio, viene definido en la misma norma (art. 7.2) como los comportamientos realizados en razón del sexo de una persona y con el mismo propósito o efecto de atentar contra su dignidad, crear un entorno discriminatorio, degradante u ofensivo. Este acoso se considera que, en todo caso, es discriminatorio (art. 7.3). En puridad, estamos ante una conducta que se basa más en el género, pues normalmente el acosador actúa en relación con los estereotipos sociales asociados al sexo femenino de la víctima². Aunque no se contempla de modo expreso el chantaje sexual o acoso por intercambio (por superior jerárquico, al que se condiciona algún derecho laboral o acceso al empleo...), el artículo 7.4 de la LOIEMH considera que el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo. También el TC admite ambos tipos de comportamientos como integrantes de la conducta prohibida (STC 224/1999, de 13 de diciembre).

Pese a las fronteras aparentemente nítidas entre los distintos tipos de acoso señalados, en la práctica, sin embargo, suele apreciarse cierta confusión entre los términos de acoso sexual y por razón de sexo, incluso moral (sobre esta compleja distinción, entre otros, Bustamante, 2012, pp. 115-142). Así en la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2009 (rec. 2677/2009) que estima que las expresiones machistas e inapropiadas de un superior, distintas de una finalidad sexual, no son acoso sexual, al no tener connotaciones sexuales, ni existe un sistemático acoso psicológico, aunque seguramente pasa por alto el pronunciamiento que bien pudiera tratarse de un acoso por razón de sexo (o género). La demarcación no resulta tan sencilla, porque en el acoso sexual lo predominante puede no ser el deseo sexual, sino la finalidad de dominio o la afirmación del poder de género (Pérez, 2009, p. 158). En la misma línea, la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de marzo de 2012

² Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla de 19 de enero de 2010 (rec. 1675/2009), en este tipo de acoso el objetivo del acosador no es sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando, en el fondo, en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual, sino una finalidad de dominio o afirmación de poder. En muchos supuestos, los comportamientos propios del acoso comienzan tras la baja por maternidad o solicitudes de reducción de jornada por cuidado de menores (entre otras, STSJ de Andalucía/Granada de 25 de enero de 2018, rec. 1846/2017). En relación con aborto sufrido y comunicación de nuevo embarazo, STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2011 (rec. 463/2011). La STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2007 (rec. 4705/2006) habla de acoso sexista y lo define como aquel que discrimina, excluye, subordina, subvalora, estereotipa a las personas en atención a su sexo, constituyendo un atentado contra la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

(rec. 314/2012)³ afirma que el relato de hechos probados demuestra más la violencia del demandado que su deseo sexual por la trabajadora. No es infrecuente que concurren ambas conductas (a modo de ejemplo, STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018, rec. 421/2018)⁴.

2.4. La clamorosa ausencia de un concepto legal de acoso moral (*mobbing*)

Vistas someramente las definiciones legales, la ausencia es clamorosa en lo relativo al acoso moral propiamente dicho; apartándose del concepto omnicomprendido manejado por el convenio. Los tipos de acoso referenciados se pueden englobar perfectamente en el género acoso laboral, pero son claramente insuficientes para abarcar todas las conductas integrantes del mismo, puesto que solo para el acoso moral se han catalogado hasta 45 tipos (Pérez, 2009, p. 159, deudora de Molina, 2001, p. 61). Tampoco existe siquiera una denominación universal, hablándose de acoso laboral, *mobbing*, acoso psicológico o moral u hostigamiento laboral, entre los más frecuentes.

Esta ausencia, aunque existen escuetas menciones expresas a nivel legislativo⁵, ha propiciado una amplia y encomiable labor judicial de construcción de la definición jurídica de acoso⁶, en la que se aprecia una clara tendencia a imponer requisitos que igual conducen a un excesivo rigor y, en ocasiones, a cierta desprotección de los trabajadores que sufren este tipo de comportamiento y, a buen seguro, a cierta inseguridad jurídica. Suele entenderse por acoso moral cualquier conducta que atenta contra el derecho de dignidad de la persona, que crea un entorno intimidatorio, humillante, degradante u ofensivo para la persona afectada y que es susceptible de causar daños a la salud del acosado, constituyendo un atentado a su dignidad e integridad. Por tanto, y en primer lugar, son innumerables los

³ Más discutible es su distinción entre el acoso sexual recusable frente al que no lo es, aceptando una ratio razonable de violencia sexual. *Vid.* STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2019 (rec. 1630/2019).

⁴ Acoso discriminatorio sexista en relación con acoso sexual. O la STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2015 (rec. 1932/2015), que aprecia acoso sexual y acoso discriminatorio tanto por razón de sexo como de raza, dado que se refería por carta a una trabajadora de color con claro contenido sexual, manifestando de forma inapropiada su predilección por las mujeres de color.

⁵ Artículo 14 h) del Estatuto Básico del Empleado Público (RDleg. 5/2015, de 30 de octubre); artículo 286.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; o artículo 4.3 c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

⁶ Para el grupo de estudio Violencia en el trabajo de la Comisión Europea sería el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/s es objeto de acoso y ataques sistemáticos, durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío. El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (NTP 854) lo define como «la exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra u otras que actúan frente a aquellas desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica)».

comportamientos (verbales, físicos o de cualquier otro tipo) que podrían encajar en el concepto de acoso moral, difíciles de agrupar pese a los intentos doctrinales (Gorelli y Gómez, 2003, p. 9), pero, como ha sostenido el TC (STC 106/2011, de 20 de junio), ha de enmarcarse necesariamente en el ámbito del artículo 15 de la Constitución española (CE), no solo por la referencia que hace este precepto a la integridad moral, siendo incuestionable que el acoso denunciado afectaría a la dignidad profesional de la persona, sino también en relación con la integridad física, por los efectos derivados para la salud. En brevísima síntesis, los tribunales vienen exigiendo los siguientes requisitos para apreciar el acoso: habitualidad o reiteración, trato (o ambiente) humillante o vejatorio, finalidad y daño⁷.

Una de las notas más destacadas, considerada diferencial respecto a la violencia en el Acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de abril de 2007 (AMEVT)⁸, es la reiteración y frecuencia de las ofensas. También los tribunales ponen el acento en que la conducta se ejerza de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo más o menos prolongado⁹, siendo difícil que se aprecie ante una única conducta, aunque sea muy grave (también Gorelli y Gómez, 2003, p. 11; Morato, 2018, p. 5; Poquet, 2016, p. 3; Sierra, 2017, p. 5). Se ha llegado incluso a cifrar en 6 meses (NTP 476 INSSST), aunque el lapso temporal se va flexibilizando, bastando que se prolongue en el tiempo (NTP 854). Esta nota ha sido objeto de discusión en el seno de la propia OIT donde hay expertos valedores de la posibilidad de que sea un evento puntual, según su gravedad, lo que supone una revisión del concepto tradicional (Ramos, 2018b, p. 98). El convenio da un paso en esta dirección, con una definición que admite comportamientos, prácticas y amenazas de manera puntual o recurrente. Aspecto de crucial importancia que debería aclararse en el orden interno con una definición omnicomprendensiva y flexible que incluya un amplio abanico de conductas ofensivas, siendo lo preponderante la gravedad, valorándose la duración en el tiempo en su apreciación, mas no determinando necesariamente su exclusión. Es verdad que en el orden interno también el Código Penal (CP) incluye entre los tipos delictivos el acoso (arts. 173.1.2.º y 184), fuera del título XV dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, pero conviene recordar que el derecho penal es la última ratio del ordenamiento, el último recurso y, por ende, queda reservado a las conductas más graves, merecedoras del máximo

⁷ La STSJ de Andalucía/Sevilla de 31 de marzo de 2009 (rec. 2465/2008) distingue entre sus elementos esenciales o estructurales, sin cuya concurrencia no puede apreciarse el *mobbing*, aun pudiendo ser una conducta antijurídica a efectos laborales, que son el elemento cronológico (reiteración) y el elemento medial (la complejidad de la conducta) y los accidentales o contingentes, que pueden estar o no presentes (elementos finalista o subjetivo, voluntad de destruir la personalidad y el resultado, daño psíquico). *Vid.* también la STSJ de Andalucía/Granada de 14 de diciembre de 2017 (rec. 1604/2017).

⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, Bruselas, 8 de noviembre de 2007, COM (2007) 686 final.

⁹ STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2018 (rec. 1172/2018). También desestima el acoso por considerar que se trataba de situaciones puntuales, no permanentes, la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2019 (rec. 760/2019).

reproche, mientras que el ordenamiento laboral debe dar respuesta a otras conductas ofensivas también reprobables aunque no revistan el mismo grado de gravedad. Por ello nos parece más adecuado mantener un claro deslinde entre ambos conceptos sin que resulten trasladables los requisitos de permanencia, gravedad o, incluso, prevalimiento plasmados por la norma penal e interpretados por la jurisprudencia¹⁰ al ámbito que nos ocupa.

Por su parte, el requisito de la reiteración se ha cuestionado en el acoso sexual, siendo las posturas divergentes sobre el carácter persistente o reiterado de la conducta, que en modo alguno es impuesto por la LOIEMH. Así, existen valedores de su inexigibilidad (Ginés, 2018, p. 308, y Pérez, 2009, p. 160, entre otros), pero también algunos autores (Sánchez, 2015, p. 5) ven harto dudoso que un único incidente pueda tener la consideración de acoso sexual, aunque podría considerarse ofensivo. De ahí la necesidad de tratar de objetivar las conductas «ofensivas» y su graduación en función de la gravedad, tendiendo a difuminar tal distinción. Nos parece de recibo traer a colación la STSJ de Andalucía de 14 de abril de 2011 (rec. 3081/2010) que reflexiona sobre cuántos actos de naturaleza sexual se necesitan para constituir acoso sexual, estimando que, en puridad, va a depender de la gravedad, pues, al exigir la norma que se cree un entorno intimidatorio, parece excluir un hecho aislado.

Para el acoso por razón de sexo, la STSJ de Asturias de 27 de julio de 2014 (rec. 564/2014) descarta su existencia al entender que se trata de un acto aislado (también la STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2011, rec. 463/2011), aun cuando la STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2008 (rec. 1396/2008), con mejor criterio, afirma que el acoso en el caso concreto es sexista, discriminatorio y, por tanto, no necesita reiteración de la conducta. Asimismo, en algún supuesto se opta por la valoración en cada caso en función del supuesto concreto¹¹.

Otro de los requisitos que suelen manejarse es la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o destruir su reputación, causar un daño, hacerle el vacío y lograr que la persona abandone la empresa. Esta circunstancia no es compartida por un sector de la doctrina, que estima suficiente que la intencionalidad pueda presumirse. O, como se ha sostenido, nuestra legislación admite la calificación como acoso de una conducta carente de propósito hostigador, siendo suficiente, en su defecto, que la acción provoque un ataque contra la dignidad e intimidad de la persona, por tanto, sin exigir el dolo (Morato, 2018, p. 5; planteamiento objetivo también en Gorelli y Gómez, 2003, p. 13; tendencia patente en el ámbito comunitario, Robles, 2014, pp. 837 y ss.). En este punto, si bien el Convenio 190 OIT alude

¹⁰ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 23 de junio de 2000 (rec. 325/1998), 26 de abril de 2012 (rec. 349/2012) y 22 de octubre de 2015 (rec. 888/2015).

¹¹ Para la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (rec. 520/2010) debe valorarse en cada caso, y no resulta imprescindible que quienes acosan lo hagan por una intencionalidad u objetivo, es suficiente que los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante.

en su preámbulo a la dignidad de las personas, se echa en falta su inclusión como elemento integrante de la definición propuesta.

Ahora bien, a nuestro juicio, si un requisito ha de ponerse en tela de juicio en la construcción judicial es la exigencia de que cause daños a la salud, más a raíz del convenio OIT que incluye conductas que tengan por objeto, causen o sean susceptibles de causar daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos. Es indudable que con frecuencia las situaciones de acoso provocan alteraciones de tipo psíquico o psicosomático, más o menos graves, como el estrés, la depresión, la ansiedad, trastornos emocionales o del sueño e, incluso, llegado el caso, el suicidio, pero también lo es que debería ser suficiente en su apreciación el daño moral, inherente al acoso, sin necesidad de desencadenar o sufrir una dolencia o enfermedad (también Gorelli y Gómez, 2003, p. 14; Gudín, 2008, p. 27; Morato, 2018, p. 6; Pérez, 2009, p. 168). Algunas sentencias, con buen criterio, consideran que la existencia de una patología no es en sí misma un elemento integrante del concepto jurídico de *mobbing*. Más bien ha de servir como un indicio de su existencia (STC 160/2007, de 2 de julio), de forma que se admita aun cuando no haya daños a la salud (SSTSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2007 y 4 de abril de 2014, recs. 4275/2007 y 27/2014) o como un plus a la hora de fijar la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, para la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2009 (rec. 1780/2009), si no se ve quebrada la salud físico-psíquica, no cabe apreciar acoso. Tesis restrictiva en exceso, escasamente ajustada al amplio planteamiento de la OIT, llegando a la posible desprotección de aquellos individuos que se muestren más fuertes psicológicamente, más capaces de soportar la presión o los comportamientos violentos. Lógicamente, ello enlaza con las propias dificultades de la comprobación y valoración de la conducta del acosador, que ha de guiarse por criterios objetivos y no exclusivamente por juicios de valor personales de quien sufre la conducta ofensiva. En este sentido, resulta interesante la STC 56/2019, de 6 de mayo, que avanza en este terreno al matizar los elementos esenciales para la existencia del acoso, tanto la intencionalidad, puesto que la tutela no puede quedar supeditada a la indagación de factores psicológicos y subjetivos, pudiendo bastar la presencia de nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido, como el daño, profundizando en pronunciamientos anteriores que ya consideraban suficiente la existencia de un riesgo relevante de que la lesión pudiera llegar a producirse. Ambos elementos deberían desterrarse o matizarse al menos de la definición si España ratifica el Convenio 190 OIT (para la intencionalidad, Velázquez, 2019, p. 126).

La ausencia de definición legal en nuestra normativa suscita algunas dudas sobre los tipos de acoso prohibidos, aunque nuestros tribunales admiten tanto el acoso vertical (más frecuente el descendente) como el horizontal (entre compañeros de trabajo). Con frecuencia se habla también del acoso ambiental, si no va dirigido contra una persona concreta, sino que afecta a grupos de trabajadores, a toda o una parte importante de la plantilla. En la actualidad resultan notorias las nuevas dificultades que plantean las formas de ciberacoso. Aunque, someramente, también el convenio incluye expresamente el acoso que acontezca «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación» (art. 3 d) Convenio 190 OIT).

2.5. Hacia un concepto omnicomprensivo e inclusivo de acoso

Las clases de acoso tipificadas legalmente y el concepto jurídico de acoso moral construido por los tribunales resultan restrictivos en exceso, vetan solamente determinadas formas de acoso y, en ocasiones, hacen sumamente difícil la prueba del comportamiento prohibido (*in extenso*, Poquet, 2016). Por su parte, el exigir la reiteración puede suponer un sufrimiento innecesario para la víctima, que debe esperar en su puesto de trabajo, desarrollando las tareas propias de su relación laboral, hasta poder preconstituir una prueba que garantice su tutela. Con la doctrina, cabe sostener que lo esencial no es la duración en sí, sino la actitud persistente del agresor o agresores (Morato, 2018, p. 5). Algún autor abre la puerta también a que un solo acto pueda constituir ciberacoso, en todas sus variables (Molina, 2019), aunque las fronteras para su delimitación de otras conductas de violencia cibernética pueden no resultar en absoluto sencillas.

Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, los tribunales suelen mostrarse proclives a exigir la presencia de un daño físico o psíquico para el reconocimiento de la existencia del acoso, rechazándolo en caso contrario. Planteamiento que penaliza a las personas más resistentes en cuanto a la afectación de la salud. La existencia de la situación de acoso o de violencia, aunque su prueba no está exenta de complejidad, no debe condicionarse a la demostración del daño, puesto que al ser el acoso una conducta pluriofensiva, en todo caso supone una lesión a la dignidad de la persona, y esta se dará al margen de la posible manifestación de una dolencia o enfermedad.

De todo lo anterior deriva la imperiosa necesidad de una definición del acoso y la violencia en términos omnicomprensivos, en la línea del convenio, con un reconocimiento expreso del principio de tolerancia cero hacia los mismos, en el marco de una política integrada e integral, a ser posible en forma de un único texto normativo que aborde la problemática de forma conjunta en el ámbito laboral, dotada de cierta flexibilidad que permita su adaptación a nuevas realidades y diversidad de conductas. Y ello con independencia de una definición y precisión más concreta de algunas de sus manifestaciones o para determinados colectivos o sectores especialmente vulnerables. La propuesta no es del todo nueva, pues ya a nivel comunitario, ante el despropósito conceptual del acoso, se ha avanzado la necesidad de una acción normativa europea dirigida a definir un único concepto de acoso como categoría jurídica autónoma y genérica a partir de la cual identificar y reformular las distintas modalidades, también en los distintos ámbitos (Robles, 2014, p. 844). Nuestra legislación adolece aún de importantes carencias en orden a la plasmación legal de un concepto general de acoso que facilite su identificación y otorgue seguridad jurídica, requisito no satisfecho con su configuración judicial, sin que ello obste la conveniencia de incluir también definiciones más detalladas o, incluso, elencos ejemplificativos de conductas que constituyen acoso¹².

¹² A este respecto, puede verse el anexo II del Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado, Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública (BOE de 1 de junio de 2011).

Por su parte, y siendo imposible ignorar la creciente digitalización del mundo laboral, debe darse cabida a las nuevas formas de acoso en ocasiones fomentadas por el anonimato que favorecen las redes sociales o por la facilidad de acceso a los dispositivos tecnológicos y a sistemas de mensajería instantánea, que han de ser en todo caso prevenidas y reprimidas, en especial en el ámbito laboral o en relación con el mismo, con independencia de quién, cuándo –fuera del tiempo de trabajo–, con qué motivación o a través de qué vías las realice, siempre que la conexión entre acosador y víctima pueda trazarse en el ámbito laboral (sobre esta cuestión en la que no hemos de entrar, por todos, Molina, 2019; Vicente, 2018).

3. Los sistemas de denuncias internos en la regulación sobre acoso

3.1. El Convenio 190 OIT: política de empresa y canales de denuncia

Como hemos señalado, si bien uno de los aspectos más positivos del convenio es su puesta en valor de la vertiente preventiva del acoso y la adopción de medidas dentro de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, partiendo de la evaluación de riesgos (art. 9 b) y c), en este momento queremos centrar la atención en la denominada «política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso» (política de empresa), que debe adoptarse y aplicarse en consulta con los trabajadores y sus representantes (art. 9 a).

Esta alusión a la política interna de la empresa ya ha aparecido en relación con el derecho a la desconexión digital (art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPD–), término de notoria amplitud, con pocas pistas legales sobre su contenido y sin incluir los instrumentos o herramientas básicas que hayan de integrarlo (Igartua, 2019, p. 83). Al igual que allí, aun cuando parece apuntar a dos políticas diversas, nada obsta un tratamiento conjunto, a fin de dar coherencia a las distintas actuaciones emprendidas. Seguramente es la presencia de bienes jurídicos diferenciados, más allá de la tutela del derecho a la vida e integridad física, lo que lleva a buscar enfoques más omnicomprendivos que presten atención a otras facetas del problema y busquen respuestas que tutelen los diversos derechos implicados, algo que cohonesta bien con el carácter pluriofensivo del acoso (con afectación también de la dignidad y la intimidad, entre otros bienes jurídicos).

Aun cuando el convenio no concreta el contenido de la política, encontramos una serie de menciones ejemplificativas en el apartado 7 de la Recomendación 206, que, junto al principio de tolerancia cero, los programas de prevención con objetivos medibles, definiciones de derechos y obligaciones, recomienda contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación o, entre otros, incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

De forma más concreta, el artículo 10 b) del convenio establece que todo Estado miembro deberá adoptar medidas apropiadas para:

[...] garantizar un fácil acceso [...] a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, tales como: i) procedimientos de presentación de quejas e investigación (y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo o externos) [...] iv) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

[En cualquier caso, se debe] proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida (art. 10 c).

3.2. Protección de denunciantes en la Unión Europea

La Unión Europea ha mostrado reiteradamente su preocupación por el tema del acoso, aunque han faltado actuaciones concretas y específicas, incluidas las intervenciones normativas, para la eficacia de la prevención de este tipo de riesgos. No obstante, en sus recomendaciones se destaca esta perspectiva (*in extenso*, Ramos, 2018a) y de modo particular tanto en el código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual¹³ como en el AMEVT, seguido por su acuerdo de seguimiento del año 2011. Dejando al margen en este momento la ineludible inclusión entre los deberes preventivos y su encuadre en la directiva marco, nos ceñiremos a los sistemas de denuncias internos.

El código de conducta establece principios de gran importancia, donde todavía queda un amplio camino por recorrer; así se considera que las políticas preventivas deben apoyarse en la consulta y/o negociación con los representantes de los trabajadores y fundamentarse en cuatro principios básicos: declaración de no tolerancia, medidas preventivas, procedimiento específico y régimen disciplinario; incluyendo además una serie de recomendaciones concretas. En este sentido, resultan bastante reveladoras las palabras contenidas en el propio texto, que ya hace casi 30 años señalaba que:

[...] la ausencia de quejas o denuncias de acoso en una empresa no es en absoluto prueba determinante de su inexistencia pues se ha constatado la renuencia de las víctimas de este tipo de actuaciones a presentar denuncia formal, sobre todo si no tienen seguridad absoluta de ser comprendidas y escuchadas e, incluso, de no ser represaliadas.

¹³ Anexo a la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (DO L 49, de 24 de febrero de 1992).

Por su parte, el AMEVT es aún más claro al fijar la obligación empresarial de protección frente al acoso, incluyendo también una serie de medidas concretas bastante similares, insistiendo en el procedimiento para tramitar las incidencias caracterizado por la discreción, imparcialidad, celeridad en la investigación, acción disciplinaria frente a denuncias falsas, así como apoyo a las víctimas. Pese a no tratarse de medidas propiamente preventivas, sí parecen capaces de contribuir a la efectividad de las denuncias y la adopción de medidas frente a los culpables, desplegando seguramente un efecto ejemplar frente a futuros comportamientos de este tipo.

Más recientemente, con carácter general y no centrada exclusivamente en el ámbito laboral, se aprueba la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2017, sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales en la Unión Europea¹⁴, que aborda el tema (considerando F) como un problema de salud y seguridad y como tal deben ser considerados y ser objeto de medidas de prevención. Asimismo, incide en el principio de tolerancia cero, condenando con firmeza toda violencia sexual y de acoso físico o psicológico y deplorando que estos actos sean tolerados con facilidad, cuando en realidad constituyen una violación sistémica de derechos fundamentales y un delito grave que debe recibir el castigo correspondiente; subrayando que debe ponerse fin a la impunidad llevando a los agresores ante los tribunales (punto 1). Entre otras recomendaciones de interés, entre las acciones clave para combatir el acoso sexual, deben incluirse subsanar las causas de que no se denuncien muchos casos y de la estigmatización social, así como establecer procedimientos de rendición de cuentas en el lugar de trabajo. Destaca, igualmente, la importancia de organizar acciones de formación específicas y campañas de sensibilización sobre los procedimientos formales existentes para la notificación de casos de acoso sexual en el lugar de trabajo y los derechos de las víctimas, reforzando así el principio de dignidad en el trabajo y promoviendo la tolerancia cero como norma (punto 14).

En general, el tema de los canales de denuncias internas (*whistleblowing*) ha irrumpido con fuerza en los últimos tiempos a nivel comunitario, lo que ha llevado a la aprobación de la Directiva 2019/1937 ya citada, que, como dijimos, no resulta de aplicación al supuesto del acoso y, además, presenta una importante restricción en cuanto al tamaño de la plantilla de la empresa para que el proceso resulte obligatorio. No obstante, la norma sienta algunos principios relevantes, que podrían servir de inspiración para una regulación de la materia en relación con el acoso, a los que se hará referencia en los lugares oportunos del trabajo.

¹⁴ 2017/2897 (RSP) (DOUE de 27 de septiembre de 2018, C 346/192). En el considerando E señala que:

[...] los casos de acoso sexual y de intimidación no se notifican lo suficiente a las autoridades debido a una persistente falta de sensibilización sobre el tema, a la insuficiencia de los canales de apoyo a las víctimas y a la idea de que se trata de un tema sensible para la sociedad, a pesar de que existen procedimientos formales para abordar esta cuestión en el lugar de trabajo y en otras esferas.

3.3. El derecho interno

Algunas de las cuestiones objeto de nuestro interés aparecen apuntadas de forma expresa en el artículo 48 de la LOIEMH. Este artículo se dedica a regular «medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo», incluyendo tanto la prevención primaria (medidas para evitar las conductas, prevención y concienciación, entre otras, y puesta en marcha de procedimientos de solución de conflictos), como los procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones (prevención secundaria o terciaria) (Serrano, 2014, p. 632). En definitiva, tratamos de poner de manifiesto que los procedimientos para cursar las denuncias despliegan también un efecto preventivo, además de protector, aunque no podamos incluirlos entre las medidas preventivas «de primer orden». Para algunos es una medida «reactiva», por ser su aplicación posterior al problema, pero que puede desplegar ciertos efectos preventivos (Lacomba, 2018, p. 1, siguiendo el criterio técnico de prevención Inspección de Trabajo y Seguridad Social –ITSS– 69/2009). En general tiende a destacarse que los sistemas de denuncias tienen varias virtualidades y, entre ellas, la prevención, ya que pueden ayudar a disuadir la realización de actuaciones irregulares a los integrantes de la organización (Pérez, 2018, p. 292).

En relación con el contenido del precepto legal, aparte de ser de aplicación exclusivamente al acoso sexual o por razón de sexo, aunque nada obstaría su extensión a todo tipo de acoso, se muestra bastante parco, generando diversas dudas interpretativas. No existe unanimidad doctrinal sobre el carácter unitario (incluyendo todos los tipos de acoso) o separado, al tener un origen distinto, que deben revestir instrumentos como el protocolo o los sistemas de denuncias internos (en esta línea, Serrano, 2014, p. 635; o Sierra, 2017, p. 15). Dado el tratamiento integral propuesto por la OIT, nos parece más adecuada una política antiacoso conjunta, con una definición amplia e inclusiva del acoso, si bien con un doble planteamiento: por un lado, un tratamiento netamente preventivo que parta de la evaluación de riesgos laborales y, por otro, otras medidas de sensibilización y actuación frente al acoso, donde se regule de manera adecuada el sistema de denuncias internas.

El precepto legal (art. 48 LOIEMH) se limita a establecer que las empresas deberán «promover» condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. A lo que añade que «con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación». Al alcance de esta norma, por su interés, dedicaremos cierta atención *infra*.

Por otra parte, una sucinta referencia a los canales de denuncia internos encontramos también en el artículo 24 de la LOPD. Norma en la que ni se contiene referencia al tema específico que nos ocupa ni se impone obligación alguna en relación con su establecimiento, más allá de la «normalización» de su existencia en la empresa, proclamando su licitud,

estableciendo el deber de la empresa de comunicar a empleados y terceros la existencia del canal de denuncias, protección de la confidencialidad y encargados de la gestión del canal, así como determinadas prescripciones mínimas centradas en la protección de datos personales (*in extenso*, Lousada, 2019).

Cabe encontrar otros ejemplos a nivel interno, en especial en normas anticorrupción, reguladoras de instrumentos financieros o prevención del blanqueo de capitales (RDL 11/2018, de 31 de agosto, art. 26 bis), pero también han cobrado una relevancia creciente en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación con la cual el artículo 31 bis del CP alude expresamente al canal de denuncias internas como parte de los programas de cumplimiento de las empresas para prevenir riesgos e incumplimientos, dentro de los modelos de *compliance* (puede verse la Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado, que considera esencial la protección del denunciante para informar de los incumplimientos, desde la confidencialidad y sin riesgos de represalias; asimismo la Norma UNE 19601, que, como se sabe, no tiene carácter vinculante). Normas que ponen de manifiesto la relevancia y la actualidad que está tomando la cuestión.

4. ¿Resultan obligatorios los canales de denuncias internas frente al acoso?

Partiendo de la regulación contenida en el artículo 48 de la LOIEMH, la doctrina ya ha puesto de manifiesto su desafortunada redacción, apostando por una interpretación de la norma («se podrán establecer») que rechaza su carácter facultativo, y ello con base en su naturaleza claramente imperativa cuando se refiere a la adopción de medidas para evitar el acoso (Ginés, 2018, p. 322; Pérez, 2009, p. 173). Dando por bueno este planteamiento, resultando preceptivas las medidas, lo que quedaría en manos del empresario y la negociación es decidir qué instrumentos resultarían más adecuados para la evitación del acoso. Quizás hubiera sido más apropiado optar por respuestas más cerradas o bien por una lista no exhaustiva de mecanismos, con previsión de algún instrumento concreto, con unas normas mínimas también para los sistemas de denuncias, que entrasen en juego en defecto de pacto.

Tampoco es diáfano el alcance del deber de negociar ni su contenido, esto es, si alude solamente a las medidas de prevención o también a los procedimientos y vías para las denuncias, siendo seguramente esta interpretación omnicomprensiva la más adecuada al tenor literal de la norma (también Ginés, 2018, p. 323). Por tanto, entre otras, una fórmula apropiada sería la adopción de protocolos antiacoso, donde se regulen de forma específica los canales de denuncia y la protección del denunciante, siendo el cauce más adecuado la negociación colectiva, que podría asumir un papel muy relevante (por todos, Lousada, 2015). Por su parte, como ocurre con otras disposiciones similares, el deber alcanza exclusivamente a la negociación, mas no a la adopción de acuerdos, siendo más dudosa la cuestión relativa a la obligación empresarial de adoptar medidas, en defecto de acuerdo, a la que cabe dar, con la doctrina, una respuesta también positiva (Ginés, 2018, p. 323).

Centrándonos en los canales de denuncia, ya hemos apuntado que su relevancia suele cifrarse en la necesidad de hacer aflorar el problema y aumentar las cifras de denuncias, que aún son relativamente bajas. De modo especial, en relación con el acoso sexual y por razón de sexo, se destaca su relevancia para generar confianza en las mujeres, con la garantía de que el objetivo es protegerlas, aclarar la situación y ahorrar costes y dinero, pero no buscando a toda costa la transacción, que parecería legitimar la violencia contra las mujeres (Serrano, 2014, p. 636). La relevancia de los canales de denuncias, pese a no ser prevención *stricto sensu* y tener un importante componente «reactivo», pues la conducta ya se ha producido, tiene un efecto destacado a la hora de implementar nuevas medidas preventivas y evitar casos futuros. En todo caso, si el conflicto no se solventa a nivel interno, puede servir como prueba irrefutable del conocimiento por la empresa de una situación ya manifestada y, en su caso, de su inacción, esencial frente a las habituales alegaciones empresariales de falta de conocimiento o conocimiento insuficiente de los hechos acaecidos (por todas, el juego de la denuncia previa en STC 74/2007, de 16 de abril). La regulación arroja notorias carencias en lo relativo al procedimiento para tramitar denuncias, puesto que las especificaciones legales en cuanto a sus principios, trámites o garantías mínimas brillan claramente por su ausencia.

En su apartado 2, el artículo 48 de la LOIEMH establece que los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos. Por tanto, deberían ser también parte relevante en los procedimientos de denuncias pactados.

En el ámbito de las Administraciones públicas, del que no hemos de ocuparnos, la tutela es algo más completa en tanto el artículo 62 de la LOIEMH regula la negociación con los representantes legales de los trabajadores de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, con un contenido mínimo preestablecido, en el que se incluye el compromiso de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo¹⁵. Aquí se produce un ajuste mayor con los principios y recomendaciones vistos en el ámbito europeo (en la misma línea, Ginés, 2018, p. 325) y con el planteamiento de la OIT.

¹⁵ Entre otros, pueden verse la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE de 1 de junio); Resolución 400/38199/2015, de 21 de diciembre, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas (BOE de 30 de diciembre); Protocolo frente al acoso sexual, por razón de sexo, discriminatorio y frente a todas las formas de acoso y violencia en la carrera judicial (BOE de 17 de febrero de 2016). Puede verse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2017 (rec. 810/2015) que descarta la existencia de acoso y de incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones preventivas.

Se echa en falta un mayor grado de detalle sobre los aspectos esenciales o básicos de la tramitación y un reforzamiento de las citadas garantías, en especial, a la hora de proteger la confidencialidad (o, incluso, el anonimato) del denunciante y de tutelarlos frente a posibles actos de retorsión o represalias empresariales, aspecto que propiciaría que las quejas salieran a la luz, disminuyendo el número de estos comportamientos que quedan en el ámbito de la intimidad del acosado, que tiene normalmente grandes reservas para hacer «pública» la situación denigrante sufrida.

Nuestro ordenamiento carece, en general, a la espera también de la trasposición de la directiva comunitaria, que parcialmente podría cubrir esta laguna, de un sistema de protección del denunciante y en el terreno que nos ocupa, aunque hemos defendido su obligatoriedad en relación con el acoso sexual y por razón de sexo, sería conveniente un diseño legal de un sistema ágil y eficaz de denuncia, y ulterior protección del denunciante. Aun cuando nuestro TC (por todas, STC 183/2015, de 13 de octubre) y los tribunales ordinarios no dudan en acudir a la construcción sobre la garantía de indemnidad, que se ha extendido incluso a actos previos y no estrictamente judiciales, esta protección resulta insuficiente para la cuestión aquí tratada. Y ello porque, anticipándose a esta tutela, se debe facilitar en el seno de la propia empresa la existencia de vías para afrontar el problema, garantizando los derechos básicos del denunciante (sea o no la víctima), protegiéndolo también frente a posibles represalias, sin necesidad de acudir a otros cauces públicos, por eficaces que estos pudieran ser y que, en principio, deben quedar reservados para el incumplimiento de la opción preferente. Y ello sin desconocer tampoco que se van dando pasos importantes en la extensión de la garantía, así resulta significativa la Sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/2018, asunto Hakebbracht y Vandebon) que, en relación con la discriminación por razón de sexo, amplía su ámbito de aplicación a los testigos informales. La sentencia profundiza en la tendencia expansiva de la protección brindada por la tutela judicial, incluyendo incluso las quejas internas, con una interpretación amplia del precepto legal, a fin de evitar que el temor a las medidas de reacción pueda disuadir a los trabajadores de intentar su defensa y retraer a otras personas que hubieran defendido al sujeto protegido o declarado como testigos a su favor (Rodríguez, 2020, pp. 9-10; Sánchez, 2019, p. 5).

La implementación de esta tutela resulta esencial para el incremento del número de denuncias, la puesta en práctica por las empresas de la tolerancia cero y el rechazo de estas conductas, unida a posibles sanciones disciplinarias u otras acciones frente al presunto responsable. Mecanismos que no restan un ápice de su valor a la aplicación plena del artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) y su grupo normativo, que obligan al empresario a adoptar medidas preventivas (suficientes, adecuadas y eficaces) frente al acoso. Igual que no obsta, en absoluto, que la persona víctima del acoso u otra distinta pueda poner las conductas en conocimiento de los delegados de prevención o de los servicios de prevención, recabando su asesoramiento y, en su caso, la exigencia al empresario de la adopción de medidas preventivas que, en todo caso, se imponen *ex lege* sin necesidad de exigencia o denuncia expresa. La denuncia, de todas formas, actualiza la situación de riesgo (incluso

de daño) y exigirá la adopción de medidas adicionales frente a la gravedad de la situación planteada. Las denuncias tempranas, en fases incipientes, acompañadas de las decisiones empresariales oportunas en todos los órdenes, pueden contribuir, si bien se mira, a minimizar el alcance de los daños causados a la víctima.

El artículo 48 de la LOIEMH no hace referencia a un umbral mínimo de trabajadores para su aplicación, lo que lógicamente lleva a sostener que las medidas resultan obligatorias en los términos vistos con independencia del número de trabajadores. Ahora bien, a nadie escapan las notorias dificultades que se darán con los canales de denuncia, en especial, para garantizar la objetividad e independencia. En consecuencia, cobran especial interés, dadas las dimensiones de un gran número de nuestras empresas, los mecanismos a los que alude el artículo 10 b) ii) del convenio, consistentes en facilitar por parte de las autoridades protocolos externos de gestión de quejas sobre violencia y acoso en el trabajo, que existen ya en algunos países de nuestro entorno.

Dadas estas notorias insuficiencias, seguramente lo más adecuado sería que el propio ET incidiera en este aspecto y desarrollara la política de empresa (también Velázquez, 2019, p. 137), fijando un contenido mínimo, regulando de manera más concreta la obligación de desarrollar canales internos de denuncia y los derechos mínimos que habrían de asistir al denunciante, arbitrando soluciones para las empresas de pequeñas dimensiones. Sin perjuicio de las posibles y necesarias actuaciones normativas en el contexto de una modernización del marco normativo de la prevención de riesgos laborales o, más allá incluso, apostando por la elaboración de una ley integral contra la violencia y el acoso en el trabajo.

5. Elementos básicos de los sistemas de denuncia interna en materia de acoso

Aun cuando los procedimientos de denuncia pueden ser de distinto tipo y desplegar mayor o menor grado de exigencias formales, en todo caso deberían contener una serie de elementos mínimos. Pese a la inexistencia de una definición unívoca de canal de denuncias (o *whistleblowing*), sí hay cierto consenso a la hora de considerarlo como un mecanismo interno establecido en una organización para comunicar de forma confidencial una información relevante sobre alguna infracción en su seno (Pérez, 2018, p. 291).

Si, como vimos, el artículo 48 de la LOIEMH es excesivamente parco y no aporta detalles sobre los procedimientos de denuncias, su forma, contenido, principios informadores o derechos y deberes mínimos de las partes, hemos de recurrir a algunos otros instrumentos para intentar delimitar la cuestión abordada, empezando por el artículo 62 de la LOIEMH también citado que, aunque tampoco demasiado explícito, sí incluye dos principios mínimos que han de figurar en todos los sistemas de denuncias: el tratamiento

reservado de las denuncias y la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia. El recurso al convenio de la OIT tampoco arroja demasiada luz sobre la cuestión, al limitarse a señalar algunas notas básicas de los procedimientos de presentación de quejas e investigación que deben ser seguros, equitativos y eficaces. Siendo opcionales (si procede) los mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo.

En esta tarea puede servirnos de orientación, aunque no resulte exigible, el elenco de elementos que, a tenor de la Directiva del *whistleblower*, debe cumplir todo canal de denuncias internas (art. 9): diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura que garantice la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero mencionado en la denuncia e impida el acceso a personal no autorizado; acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo máximo de 7 días a partir de la recepción; designación de una persona o servicio imparcial que sea competente para tramitar las denuncias; tramitación diligente de las denuncias (incluidas las anónimas si las prevé el ordenamiento interno); plazo razonable para dar respuesta al denunciante sobre la tramitación de la denuncia, que no sea superior a 3 meses a contar desde el acuse de recibo o, si no hubo acuse de recibo, desde el vencimiento del plazo de 7 días desde la presentación; información clara y fácilmente accesible sobre las condiciones y procedimientos de denuncia externa ante las autoridades competentes. Por su parte, contempla de manera flexible la posibilidad de que la denuncia se presente por escrito en formato electrónico o en papel, o bien oralmente o vía telefónica, grabadas o no grabadas, o también reuniones presenciales con la persona o el servicio designados para recibir denuncias a petición del denunciante (art. 9.2).

Por su parte, la doctrina considera que los canales de denuncia, para el logro de sus objetivos, deben cumplir una serie de exigencias o características: respaldo por la dirección, información previa a los destinatarios del mecanismo, accesibilidad y proporcionalidad del sistema, documentación del sistema, independencia del órgano de gestión de las denuncias, completud del sistema de infracciones o sanciones y protección del denunciante o alertador (Pérez, 2018, p. 292).

De todo lo anterior, podríamos sintetizar los cuatro elementos ineludibles en cualquier sistema de denuncias: información y accesibilidad, designación de los responsables de gestión del sistema con garantía de imparcialidad e independencia, incluidos mecanismos de separación de alguno de ellos, celeridad y transparencia en la tramitación y protección del denunciante; dada la relevancia de este último apartado, le dedicaremos mayor atención en el epígrafe siguiente.

El cauce más idóneo para la regulación de estos canales de denuncias internos, que resultan obligatorios, es la negociación colectiva, donde, hasta la fecha, el tratamiento viene siendo bien dispar. Sin que las características del estudio admitan un análisis detallado de convenios, sí puede traerse a colación algún ejemplo de regulación adecuada de

un procedimiento de tramitación de denuncias en caso de acoso¹⁶. Así puede verse el artículo 118 del Protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso (sexual y por razón de sexo y discriminatorio) contenido en el XIX Convenio colectivo de la industria química¹⁷, donde se recogen los principios básicos (confidencialidad, prioridad y tramitación urgente, investigación, garantía de actuación, indemnidad frente a represalias, indicando también las consecuencias adversas de las denuncias falsas) y las reglas de tramitación, con intervención de los representantes (salvo negativa de la víctima), previendo incluso la adopción de medidas cautelares.

Por su parte, dado el pequeño tamaño de algunas empresas y las notorias dificultades para dotar de eficacia al sistema y de forma especial garantizar la independencia del órgano encargado de tramitar y resolver las denuncias, cabe acudir a fórmulas donde se prevea la intervención de terceros ajenos a la empresa, siempre que se garantice la confidencialidad y la protección del denunciante. Así, pueden rastrearse buenas prácticas tales como la creación de una comisión sectorial ajena a las empresas, donde plantear los casos de mayor gravedad, dotándola de medios para la investigación de las denuncias formuladas y proponer soluciones al conflicto, vinculantes para la empresa. También convenios donde se crea una Defensoría de Igualdad que actúa como receptora y asesora en las denuncias de acoso sexual y por razón de sexo (así en el Protocolo anejo al Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora 2019-2020, BOE de 1 de octubre de 2019)¹⁸. Por tanto, la negociación abre una serie de posibilidades en la materia, insuficientemente exploradas hasta el momento y que permitirían afrontar supuestos de acoso moral, sin necesidad de acudir a la vía judicial (Rodríguez, 2014, p. 571). Mucho más excepcional resulta encomendar a la Comisión mixta del convenio la evaluación y seguimiento del funcionamiento e implantación en las empresas afectadas de los procedimientos de actuación frente al acoso (Rodríguez, 2014, p. 572).

¹⁶ Otro ejemplo digno de mención en el Protocolo para la prevención del acoso laboral y sexual anexo al Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y Editores (BOE de 20 de diciembre de 2019). *Vid.* artículo 57 del XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 23 de noviembre de 2018); Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (BOE de 12 de junio de 2018). En algunos casos se crean buzones de denuncias, además de difundir el código de buenas prácticas, así en el Plan de igualdad de ENAIRE, EPE, y el colectivo de controladores laborales de tránsito aéreo (BOE de 18 de marzo de 2019).

¹⁷ BOE de 8 de agosto de 2018.

¹⁸ En otros casos se prevé la actuación de la Comisión por la igualdad, así en Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2020) (BOE de 2 de octubre de 2019). En ocasiones, sin embargo, solamente se prevé genéricamente una garantía de indemnidad frente a represalias para los denunciantes dentro del protocolo antiacoso, así Convenio colectivo de la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, Norbega, SLU, para sus centros de trabajo de Galdakao, San Sebastián, Vitoria, Santander, Pamplona, Burgos y Logroño (BOE de 3 de octubre de 2019).

Una brevísima referencia merece la cuestión de la participación de los delegados de prevención, donde existiesen, en los procedimientos de denuncias internas. En este sentido, normas recientes en el ámbito de la Administración pública (así art. 6.3 RD 1932/1998, reformado por RD 60/2018) consideran tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario, el que se dedique por los delegados de prevención a las actuaciones derivadas de la aplicación de los protocolos de acoso existentes en el Ministerio de Defensa, siempre que dichas actividades estén previstas en los mismos, hayan sido formalmente solicitadas por alguno de los afectados o se realicen a instancias de la instrucción del caso de que se trate, que se mueve en la línea ya contenida por el Real Decreto 67/2010. Y, en este sentido, sería conveniente que en los procedimientos de denuncia se previera la participación de los delegados de prevención en la instrucción de los expedientes tramitados o que asumieran otras funciones específicamente diseñadas para ellos.

6. Tutela del denunciante

Para concluir, baste una sucinta referencia a la protección del «denunciante». Ha de tenerse en cuenta que, obviamente, el tema guarda una clara conexión con la garantía de indemnidad del trabajador, bien construida por nuestro TC y estudiada por la doctrina, ligada, como es sabido, al ejercicio de acciones judiciales de defensa de sus derechos por parte del trabajador. Ahora bien, normalmente se han planteado más problemas ante actos previos al proceso, denuncias ante la ITSS o protección de testigos. Con las denuncias internas lo que se pretende es anticipar la protección, intentar dar una respuesta inmediata al problema, desplegar efectos preventivos y que la garantía del denunciante quede ligada incluso a los primeros eslabones de utilización de los propios cauces establecidos por la empresa, normalmente encaminados a la adopción de medidas de contención y/o puesta en marcha del protocolo antiacoso. La posible denuncia por parte de la víctima o de otra persona concedora de la posible situación de acoso debe garantizar al máximo posible la tutela frente a cualquier tipo de represalia, por sutil que esta sea.

6.1. Confidencialidad versus anonimato

Si elemento central de los canales de denuncias internas es la protección del denunciante, una primera cuestión suscitada hace referencia a las denuncias anónimas y a la garantía de la confidencialidad del denunciante (incluso, dentro de lo posible, del denunciado), respecto a las que conviene realizar alguna precisión adicional. Hipotéticamente podría pensarse que lo más adecuado (en especial, si quien denuncia no es la víctima) es garantizar la presentación de denuncias de forma anónima, como la forma más eficaz de frenar las represalias. Ahora bien, es lugar común indicar que el anonimato abre la puerta a abusos, denuncias falsas e, incluso, «masivas». En la práctica están bastante extendidos sistemas que garantizan la confidencialidad, mas no el anonimato. La LOPD admite

esta doble posibilidad, ya que el precepto se refiere a «incluso anónimamente». En su día, la Agencia Española de Protección de Datos se decantó por no admitir las denuncias anónimas, como reflejó en el Informe 0128/2007 sobre creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (*whistleblowing*), apostando por el tratamiento confidencial de las denuncias, para evitar denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información. En este terreno se aprecia cierta división doctrinal, apostando algunos por tolerar las denuncias anónimas (Pérez, 2018, p. 294), capaces de garantizar que no se tomen represalias ni se los considere «chivatos» por sus colegas; otros, más matizadamente, aunque piensen que para la veracidad de las acusaciones es más efectivo que el denunciante no sea anónimo, afirman que la decisión debe quedar en manos de este, para evitar el efecto «disuasión» (Blázquez, 2019, p. 581). Por su parte, el vetar denuncias anónimas ha recibido importantes críticas, entre otras razones, por ser poco realista, pues no es de esperar que las organizaciones rechacen este tipo de denuncias si existen rasgos de certeza en las mismas (así, Goñi, 2011, p. 11; y Lousada, 2019, p. 6).

En este terreno es poco esclarecedor el convenio OIT, que se limita a señalar que es preciso «proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida» (art. 10 c). La recomendación, por su parte, avanza algo más en este terreno considerando que las legislaciones deberían definir el derecho de las personas a la privacidad y confidencialidad, manteniendo un equilibrio con el derecho de todos los trabajadores a estar informados de todos los riesgos. Por ende, admitiendo que sean los Estados los que definan la admisibilidad o no de las denuncias anónimas y el grado de tutela que otorga a la confidencialidad de los denunciantes.

La directiva, por su parte, garantiza la confidencialidad del denunciante (art. 16) y deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de admitir denuncias anónimas. Recientemente, el TS (Sala de lo Penal), en su Sentencia de 6 de febrero de 2020, razona también sobre la importancia de las denuncias anónimas en aplicación de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. En el terreno que nos ocupa, aun asumiendo algún riesgo en relación con las denuncias falsas, deberían atenderse también con mínimas garantías sobre la veracidad las quejas anónimas.

De manera concreta, las nuevas formas de comunicación y de difusión de la información y su posible relación con conductas de acoso propician la existencia de potenciales denunciantes anónimos en supuestos de ciberacoso o de difusión de vídeos íntimos de trabajadores, al modo de lo ocurrido en el caso IVECO, y que, seguramente, deberían ser tenidos en cuenta por la empresa para poner en marcha de forma inmediata los correspondientes protocolos de actuación. En tales hipótesis, aparte de la necesaria información a los trabajadores y sensibilización respecto a que la conducta consistente en la difusión de imágenes u otros contenidos bien pudiera constituir un hecho delictivo, cabría incluso cuestionarse si cabría exigir la denuncia (o, al menos, su impulso) por parte de los trabajadores, al amparo de las obligaciones contenidas en el artículo 29 de la LPRL y, en concreto, de su deber

de informar de inmediato a su superior jerárquico directo y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. Este tipo de colaboración, incluso informal, también debiera dar lugar a la protección. En estos casos habría que ser bastante flexibles tanto con el anonimato como con la buena fe, de forma que prácticamente esta se presume si el denunciante (informante) cree objetivamente en la existencia del riesgo y siempre que se articule primero por los cauces internos oportunos. Ello, lógicamente, no interfiere en otros procedimientos externos a disposición de los trabajadores ni en el ejercicio de su libertad de expresión o derecho de información, si bien aquí, lógicamente, la exigencia de la buena fe será bastante más estricta, en especial si se da publicidad y difusión a la pertinente denuncia cuando no sea estrictamente necesaria (principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad).

6.2. Sujetos tutelados y represalias prohibidas

Resulta patente que la clave de bóveda de los canales de denuncia internos no es otra que la protección del denunciante. En este sentido, el texto del convenio OIT, aparte de exigir esta protección, aporta pocas pistas sobre el alcance de la tutela. Tampoco es mucho más expresiva la recomendación, que se limita a indicar la conveniencia de incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias. En línea con la ampliación del concepto de acoso, del de lugar de trabajo y de las víctimas y los acosadores, también la tutela se brinda a cualesquiera sujetos que aporten información o se dirijan, de una u otra forma, a los canales de denuncia internos.

La postura de la directiva en este punto es tajante en cuanto impone a los Estados miembros la adopción de cuantas medidas sean necesarias para prohibir «todas las formas de represalias, ya sean directas o indirectas, sobre los informantes [...]». Esta declaración de principios se completa con un listado no exhaustivo de posibles represalias en el puesto de trabajo (arts. 19 y 20), entre las que se contemplan la suspensión o despido, no renovación o terminación anticipada de un contrato temporal, coacciones, falta de formación o de promoción, cambio de puesto de trabajo, reducción salarial o discriminación, entre las más relevantes y frecuentes. También cabe destacar la previsión de apoyo económico para afrontar procesos judiciales frente a represalias.

A la espera de la regulación interna para el cumplimiento de la directiva, que podría significar tanto su extensión a otros tipos de materias no contemplados en la misma como la ampliación de su ámbito de aplicación a empresas de menor tamaño, para un sector de la doctrina sería deseable que el legislador no se limitara a esta regulación de mínimos y adoptase una regulación completa del *whistleblowing* (Bachmaier, 2019). Ello no obsta el

cumplimiento del deber mencionado en relación con el acoso e, incluso, más allá de eso, la conveniencia de una regulación integral y preventiva en el ámbito jurídico laboral que contemplara sus múltiples formas y consecuencias.

Especial interés reviste la posible repercusión de la denuncia realizada por una persona que haya participado en los hechos a la hora de enjuiciar su conducta, esto es, si sería factible que se atenuaran las posibles consecuencias sancionadoras debido a su «arrepentimiento». Es una cuestión ciertamente difícil de determinar y habría que sopesar tanto la gravedad de la conducta y los bienes jurídicos en juego, como los efectos positivos de una denuncia temprana (dado el carácter habitualmente prolongado en el tiempo de las conductas), en especial en la salud de la víctima. Ahora bien, sin que ello pueda ser objeto de automatismos ni de un exceso de «recompensa».

6.3. Carga de la prueba y nulidad del despido

Como se sabe, la principal ventaja de la construcción jurídica sobre la garantía de indemnidad, firmemente consolidada en doctrina y jurisprudencia, es su asentamiento sobre las reglas de alteración de la carga de la prueba (prueba indiciaria) y la nulidad del despido consecuencia del ejercicio de una acción judicial (y sus progresivas extensiones). En este sentido, no sorprende la importancia que la directiva otorga al papel de la carga de la prueba, de forma que, aportados indicios razonables para creer que el menoscabo tuvo relación con el hecho de haber efectuado la denuncia o revelación, se desplaza la carga de la prueba al empresario, que debe probar que el menoscabo no es consecuencia de la denuncia.

Ahora bien, aunque, llegado el caso, el trabajador gozara de esta protección, la relevancia de los sistemas de denuncia internos, reforzados por la protección al denunciante, radica en las posibilidades de denunciar las conductas tempranamente, en la propia empresa, y el anticipo de la garantía frente a las represalias a este mismo momento, sin necesidad de recabar la tutela judicial. Las vías internas pueden suponer una respuesta rápida al problema incipiente con claros efectos positivos, en especial sobre la salud e integridad de la víctima. Si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento la protección de la indemnidad ha funcionado relativamente bien, igual el efecto es más casi de «placebo» que real, pero, si bien se mira, puede cumplir el objetivo primario señalado que no es otro que el de evitar la «disuasión» de los denunciantes o alertadores, en especial, cuando son otros trabajadores que no sufren la situación de acoso o la padecen de manera menos intensa, si estamos ante situaciones de acoso personalizadas, pero que acarrearán también acoso ambiental.

La ineludible conexión del acoso (en cualquiera de sus manifestaciones) con un nutrido grupo de derechos fundamentales, y de forma especial con la integridad moral (art. 15 CE), debe suponer que cualquier acto de retorsión al trabajador, ya en estas primeras etapas de recurso a los mecanismos internos de denuncia, deba considerarse, en todo caso, como

una transgresión de derechos fundamentales, desplegando, caso de ser necesario, todos los mecanismos que el ordenamiento jurídico brinda para su protección, sin que quede vinculado, lógicamente, al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, en relación con la igualdad de trato y no discriminación, incluye entre las infracciones muy graves las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa (art. 8.12).

6.4. Actuación de buena fe y denuncias falsas

En línea de principio, la protección debe brindarse exclusivamente al denunciante de buena fe, por tanto, debe mantenerse «un equilibrio entre el incentivo de las denuncias y el rechazo de las denuncias falsas y de mala fe» (Pérez, 2018, p. 296). Por ello reviste crucial relevancia el conocimiento por todos los integrantes de la organización de la existencia de los canales de denuncias y la protección brindada frente a las represalias. Información que debería extenderse a las consecuencias jurídicas de todo orden que corresponden a las denuncias falsas o de mala fe, dando especial relevancia a las sanciones disciplinarias, al movernos aún en los canales internos de denuncia.

La directiva viene a reconducir la protección al denunciante a aquellos casos en que «tenga motivos razonables para creer que la información que va a revelar es cierta en el momento en el que interpone la denuncia» (art. 13.1). Si acudimos al considerando 60, señala expresamente que:

[...] deben creer razonablemente, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que notifican son veraces. Esta creencia razonable debe presumirse hasta que se demuestre lo contrario. Se trata de una salvaguarda esencial contra las denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas y para garantizar que quienes deliberada y conscientemente comunican información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Al mismo tiempo, garantiza que la protección no se pierde cuando el informante comunique información inexacta por error cometido de buena fe («*honest error*»).

A nadie escapa la problemática de las denuncias falsas, situación real, pero que está lejos de ser una conducta generalizada, y por ello no puede constituir una pretendida vía de escape frente a la adopción de las pertinentes garantías. Lógicamente, la constatación de este tipo de conductas, que merecen un alto grado de reproche, abre la puerta a la adopción de medidas disciplinarias contra el trabajador que incurrió en el acto fraudulento. Es más, dado el efecto lesivo que despliegan contra el denunciado y contra la tutela de las propias situaciones

de acoso, las respuestas de la empresa deberían ser contundentes¹⁹. También la directiva incide en las sanciones a imponer tanto a quienes realicen denuncias falsas como a quienes tomen represalias contra los denunciantes (art. 17).

7. Conclusiones

El déficit de denuncias en los supuestos de acoso podría paliarse, al menos en parte, con la previsión de sistemas adecuados de protección equilibrada y efectiva del denunciante, que cobra relevancia en nuestro ordenamiento, donde, pese a las medidas ya existentes, sigue siendo una asignatura pendiente en el ámbito laboral, en especial, en la faceta preventiva y en la respuesta temprana que contribuya a evitar el problema y/o minimizar los daños.

Una somera comparación entre el concepto de acoso omnicompreensivo en el «mundo del trabajo» del convenio de la OIT y la tipificación legal no exhaustiva, carente de un concepto de acoso moral, del orden interno aconsejaría acompañar nuestras normas a esta realidad, refiriendo la obligación de organizar canales de denuncias internas a todas las conductas ofensivas que encajan en el concepto «internacional» de acoso. Procedimientos que, si bien se mira, despliegan claros efectos preventivos, además de protectores, pues contribuyen a disuadir de la realización de actos reprochables.

La dicción literal del artículo 48 de la LOIEMH resulta parca y poco acertada, pero permite descartar el carácter «facultativo» de la adopción de medidas, que resultan de todo punto insoslayables, aunque la negociación y/o el empresario ostenten la capacidad de decidir sobre los instrumentos más adecuados para evitar el acoso, entre los que se deben incluir canales de denuncias internos. Hubiera sido más adecuada la previsión de unas normas mínimas que resultasen en todo caso de aplicación o, al menos, que entrasen en juego en defecto de pacto, con garantías para el denunciante, aspectos que podrían abordarse en el propio ET, aclarando el concepto de política de empresa, con soluciones para las de pequeñas dimensiones. Ello sin perjuicio de otras intervenciones legislativas en el contexto de una modernización del marco normativo de la prevención de riesgos laborales o, más allá incluso, apostando por la elaboración de una ley integral contra la violencia y el acoso en el trabajo.

Podríamos cifrar, en breve síntesis, los cuatro elementos ineludibles en cualquier sistema de denuncias en la información y accesibilidad, la designación de los responsables de gestión del sistema con garantía de imparcialidad e independencia, incluidos mecanismos de separación de alguno de ellos, celeridad y transparencia en la tramitación y, por último, pero no por ello menos importante, la protección del denunciante. Es sin duda la negociación

¹⁹ Entre otras, SSTSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2017 (rec. 4179/2017), Madrid de 16 de abril de 2018 (rec. 1427/2017) o Murcia de 29 de mayo de 2019 (rec. 1632/2018).

colectiva, que arroja resultados bien dispares, el cauce más idóneo para la regulación de estos canales de denuncias internos, que resultan obligatorios, debiéndose reclamar un rol más incisivo para los delegados de prevención en estos procedimientos.

Una regulación legal de esta cuestión debería abordar la confidencialidad del denunciante y la posible oportunidad de admitir denuncias anónimas, sobre todo si se pretende que el trabajador cumpla con su deber (*ex art. 29 LPRL*) de informar a su superior jerárquico y a los responsables de la prevención de conductas de acoso (en especial, ciberacoso) que suponen, obviamente, una situación de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. La tutela debe abarcar todo tipo de represalias y extenderse tanto a los denunciantes como a las víctimas, los testigos y los informantes, y viene a cumplir el objetivo primario ya señalado de frenar la «disuasión» de los denunciantes o alertadores, en especial, si son terceros que no sufren el acoso.

Para concluir, la protección ha de centrarse en el denunciante de buena fe o quien tiene motivos para creer en la certeza de la información que denuncia, evitando las conductas malintencionadas, frívolas o abusivas, garantizando que quienes deliberada y conscientemente comuniquen información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Actuaciones reprobables que deben merecer una respuesta disciplinaria contundente por parte del empresario.

Referencias bibliográficas

- Bachmaier Winter, L. (2019). *Whistleblowing europeo y compliance: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del derecho de la Unión*. *Diario La Ley*, 9527.
- Blázquez Agudo, E. M. (2019). El canal de denuncias o *whistleblowing* en el ámbito laboral: un instrumento preciso a instaurar en la empresa. En A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social* (pp. 561-586). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bustamante Ruano, M.^a Á. (2012). [Acoso, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio, ¿tres denominaciones para una misma cosa?](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 353-354, 115-142.
- Dolz Lago, M. J. (2018). El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinares. *Diario La Ley*, 9112.
- Ginés i Fabrellas, A. (2018). Acoso sexual y por razón de sexo en la Ley orgánica de igualdad. Prevención y responsabilidad empresarial. En A. Romero Burillo (Dir. y Coord.), *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (pp. 295-367). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- Goñi Sein, J. L. (2011). Sistemas de denuncia interna de irregularidades («whistleblowing»). En J. L. Goñi Sein (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta* (pp. 1-22). Madrid: La Ley.
- Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T. (2003). El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2, 1-46.
- Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I. (2004). El acoso como causa de despido disciplinario. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 7, 1-57.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2008). *Mobbing* como accidente laboral: crónica de un desiderátum jurídico. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 18, 1-32.
- Igartua Miró, M.^a T. (2019). [El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 432, 61-87.
- Lacomba Pérez, F. R. (2018). Problemas aplicativos de los protocolos antiacoso. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211, 1-16.
- Lousada Arochena, J. F. (2015). Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión. *Aequalitas*, 36, 15-24.
- Lousada Arochena, J. F. (2019). Sistemas de denuncias internas (*whistleblowing*) y derechos fundamentales en el trabajo. *Trabajo y Derecho*, 42, 1-16.
- Molina Navarrete, C. (2001). La tutela frente a la «violencia moral» en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización. *Aranzadi Social*, 5.
- Molina Navarrete, C. (2019). Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío. *Diario La Ley*, 9452.
- Morato García, R. M.^a (2018). Principales vías de tutela frente al acoso moral en el trabajo y su problemática jurídica. *Trabajo y Derecho*, 37, 1-23.
- Pérez del Río, T. (2009). *La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo. Guías de negociación*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Pérez Triviño, J. L. (2018). *Whistleblowing. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 14, 285-298.
- Poquet Catalá, R. (2016). Las dificultades probatorias del acoso laboral. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 1-15.
- Ramos Quintana, M. I. (2018a). [Actos de violencia y estrés en el trabajo: análisis jurídico y marco europeo de prevención y protección](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 19-44.
- Ramos Quintana, M. I. (2018b). Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 138, 91-114.
- Robles Carrillo, M. (2014). El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 49, 805-846.
- Rodríguez Escanciano, S. (2020). La extensión de la garantía de indemnidad a testigos informales de situaciones de discriminación por razón de sexo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, C-404/2018, asunto Hakebbracht y Vandenbon. *Trabajo y Derecho*, 61, 1-16.
- Rodríguez Pérez, M.^a C. (2014). Los protocolos de actuación en situaciones de acoso

- laboral. En L. Mella Méndez (Ed. y Coord.), *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudios desde el derecho internacional y comparado* (pp. 570-586). Módena: Adapt University Press.
- Sánchez Pérez, J. (2015). El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales. *Revista de Información Laboral*, 8, 1-15.
- Sánchez Trigueros, C. (2019). Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5/2019, 1-8.
- Serrano Argüeso, M. (2014). La prevención de las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito empresarial. Una visión desde la responsabilidad social corporativa. En L. Mella Méndez (Ed. y Coord.), *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudios desde el derecho internacional y comparado* (pp. 625-640). Módena: Adapt University Press.
- Sierra Hernáiz, E. (2017). Los protocolos de acoso moral y política preventiva de la empresa: puntos críticos y propuestas de mejora. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 203/2017, 1-21.
- Velázquez Fernández, M. P. (2019). [El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142.
- Vicente Pachés, F. (2018). *Ciberacoso en el trabajo*. Barcelona: Atelier.



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

La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa

Laura María Melián Chinaea

*Personal docente e investigador en formación (FPU)
en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de La Laguna*

Extracto

El fenómeno de la descentralización productiva conduce, generalmente, a un notorio debilitamiento de los derechos laborales. Con el fin de lograr una mayor protección de las personas trabajadoras, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, determina la obligatoriedad de incluir cláusulas sociales en la contratación administrativa con el fin de garantizar una compra pública responsable. Las cláusulas sociales están dirigidas a favorecer, entre otras cuestiones: la estabilidad en el empleo; la igualdad; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; y la promoción del empleo para personas en situación o riesgo de exclusión social. Ahora bien, el procedimiento administrativo común previsto en la citada norma no es aplicable en supuestos excepcionales, como en la adjudicación de contratos públicos durante la pandemia ocasionada por la COVID-19. El artículo 120 de la citada ley reconoce que «cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» se acudirá a la tramitación de emergencia.

Palabras clave: descentralización productiva; sector público; compra pública responsable; cláusulas sociales; supuestos excepcionales (COVID-19).

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de revisión: 02-05-2020 / Fecha de aceptación: 02-05-2020

Cómo citar: Melián Chinaea, L. M.^a (2020). La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 71-98.



Outsourcing in the public sector: the inclusion of social clauses in administrative contracts

Laura María Melián Chinaea

Abstract

Outsourcing usually leads to a remarkable weakening of workers' rights. In order to reach a better protection of employees, the new Spanish Act 9/2017, November the 8th, on public sector contracts, which transposes into national law Directives 2014/23/UE and 2014/24/UE, stipulates the obligation to include social clauses in administrative contracts to ensure a responsible public purchasing. These social clauses can be defined as the inclusion of social policy issues into the public procurement processes. The social clauses are aimed at fostering, among other topics: the employment stability; the equality; the reconciliation between family, personal and working life; and the promotion of employment for people at risk of social exclusion. However, the common administrative procedure legally regulated is not applicable in exceptional cases, such as the award of public contracts during the pandemic caused by COVID-19. Article 120 of the Act 8/2017 sets that the government can apply to the urgent procedure when immediate action must be taken in cases of catastrophic events, situations of serious risk or affecting national defence.

Keywords: outsourcing; public sector; responsible public; social clauses; exceptional cases (COVID-19).

Citation: Melián Chinaea, L. M.^a (2020). Outsourcing in the public sector: the inclusion of social clauses in administrative contracts. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 71-98.





Sumario

1. Introducción
 2. Descentralización productiva en el sector público y digitalización del proceso. Posibles factores de riesgo para el ejercicio de la función pública
 3. Principales novedades de la LCSP. La compra pública socialmente responsable
 4. Cláusulas sociales y régimen jurídico aplicable
 5. Inclusión de cláusulas sociales y supuestos de excepcionalidad (COVID-19)
 6. Conclusiones y propuestas de mejora
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Debido a los efectos de la fuerte recesión económica a comienzos del año 2007 y a la intensa preocupación por reducir las tasas de desempleo, los Gobiernos neoliberales europeos encontraron el argumento perfecto para introducir políticas de austeridad. La Unión Europea adoptó diversas recomendaciones con el fin de constitucionalizar un nuevo derecho económico que garantice: el pago prioritario de la deuda pública, el principio de estabilidad presupuestaria y el límite del déficit público. Para afrontar esta situación, la mayor parte de los Estados no elevan los impuestos a los ciudadanos con mayor poder adquisitivo, sino que optan por recortar los derechos de la clase trabajadora que conforman el Estado social (Guamán y Noguera, 2014, pp. 240-241).

En España, concretamente, no solo se aprobaron sucesivas reformas laborales que han flexibilizado las condiciones de trabajo generando o propiciando una elevada precariedad laboral, sino que, también, se recurrió a «la prestación indirecta de servicios a los ciudadanos por medio de agentes privados, quienes, tras un procedimiento reglado en competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las atribuciones de las Administraciones» (Rodríguez, 2019, p. 22). Antes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero (BOE de 9 de noviembre) (LCSP), cada Administración adjudicaba el contrato administrativo a la entidad que, generalmente, realizaba la oferta más económica. En otras palabras, el precio era el elemento determinante en la adjudicación. Las empresas se descolgaban de los convenios colectivos sectoriales con el fin de reducir sus costes de producción, especialmente los costes laborales. Con el fin de encauzar esta situación, se aprobó la citada LCSP.

En el presente trabajo de investigación se analiza cómo el sector público también participa en el fenómeno complejo de la descentralización productiva. Su actuación tiene un gran impacto en el mercado. Por este motivo, se estudian las diversas medidas adoptadas para garantizar que la contratación pública esté comprometida con la sociedad y sus necesidades vitales, pues no hay que olvidar que la función principal de la actividad administrativa es la satisfacción del interés general que se concreta a través de sus actos¹. El epicentro

¹ De conformidad con el artículo 103.1 de la Constitución española (CE): «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho». En todo caso, «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican», en virtud del artículo 106.1 de la CE.

de esta investigación se encuentra, bajo mi punto de vista, en el análisis del desarrollo de la contratación administrativa a través de la incorporación de criterios sociales, medioambientales y éticos, con el fin principal de efectuar una compra pública responsable.

2. Descentralización productiva en el sector público y digitalización del proceso. Posibles factores de riesgo para el ejercicio de la función pública

La descentralización productiva, también llamada por el sintagma anglosajón *outsourcing*, es, en términos generales, una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios. Se trata de una estrategia de gestión empresarial que se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades que integran un único ciclo de producción² (Rivero, 2003, p. 25); en segundo lugar, la intervención de empresas especializadas y proveedores externos, comúnmente en régimen de subcontratación; y, en tercer lugar, la coordinación global de las actividades desarrolladas por parte de la empresa principal, manteniendo el control del proceso productivo pese a la elevada disgregación o atomización (Sanguinetti, 2006, p. 221).

Los principales motivos que fomentan la externalización pueden ser muy dispares, destacando el incremento de la incertidumbre económica debido a la anterior crisis global del capitalismo unido a la progresiva expansión de la competencia (Sanguinetti, 2016, p. 2); la especialización de la empresa en determinadas actividades; la configuración de alianzas estratégicas; y, especialmente, el aumento de ganancias a través de la reducción de los costes (Lasierra, 2003). Crear lugares de trabajo fisurados permite a las empresas reducir gastos o costes de producción –Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2017)–. Los intereses empresariales mencionados explican el grave descenso de los salarios de aquellos trabajadores que prestan servicios en empresas contratadas o subcontratadas, especialmente en el sector de la limpieza, la vigilancia o la seguridad, esto es, entidades que se someten a los dictados económicos del empresario principal.

La descentralización productiva representa una auténtica medida de flexibilidad interna y externa, puesto que fomenta, por un lado, la modificación de las condiciones de trabajo y, por otro lado, la disminución del número de empleados necesarios para realizar una obra o prestar un servicio.

² Estos componentes definitorios permiten diferenciar la descentralización productiva externa de la interna. Esta última tiene lugar cuando la empresa cuenta con la propia estructura de medios y con los propios trabajadores, delegando funciones y atribuyendo a sus unidades de gestión un mayor grado de iniciativa y capacidad de autoorganización.

La externalización es, en todas sus vertientes –contratas y subcontratas, grupos de empresas, redes empresariales, empresas multiservicios, plataformas digitales, entre otros–, producto de una decisión estratégica renovada, la cual pretende la consecución de una mayor eficiencia en la organización de la producción y del trabajo en una realidad económica cambiante (Palomeque, 2018, p. 7). Por este motivo, se concibe como un fenómeno poliédrico que no presenta una fisonomía única, sino multidireccional. Este comprende un conjunto de fórmulas de organización empresarial que se resisten a ser integradas en un molde común (Valdés, 2010, p. 22).

Las nuevas formas organizativas no representan un modelo de producción mejor, sino la crisis del modelo vinculado a la gran empresa vertical con el control oligopólico de los mercados. La figura de la gran empresa con miles de trabajadores socialmente cohesionados para el ejercicio de la acción sindical y la defensa de unos intereses comunes empieza a formar parte de la prehistoria económica (Valdés, 2002, p. 43). Ahora bien, esto no significa que la empresa tradicional, aquella que concentra en el interior de una organización autónoma todas las fases de la producción, haya desaparecido, sino que ha perdido protagonismo en la actualidad.

La descentralización productiva está sostenida por el consenso económico neoliberal. Una de las consecuencias más dramáticas se encuentra en su «efecto centrípeto», esto es, en la enorme concentración de poder económico en las empresas, especialmente multinacionales (Monereo y Moreno, 2004, p. 41). Además, no se trata de una situación coyuntural, sino que representa una nueva realidad estructural fuertemente instaurada que se extiende imparablemente a costa del menoscabo del trabajo estable y protegido, mermado por el nuevo auge del trabajo autónomo y el emprendimiento en general como fórmula no laboral de inserción en el mercado.

La complejidad de este fenómeno se ha intensificado debido a la notoria participación del sector público en la descentralización productiva. Diversas técnicas de tercerización han sido cada vez más implantadas por la Administración pública, tanto en aquellas actividades precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las necesarias para dispensar servicios de interés general a los ciudadanos (Rodríguez, 2019, p. 22).

Además, la normativa actual no impide que las sociedades mercantiles que integran el sector público conformen un grupo de empresas si entre ellas existen relaciones societarias y de administración común (Roqueta, 2018, pp. 76-77). A modo de ejemplo, destaca la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Se trata de un instrumento estratégico en la aplicación de la política diseñada por el Gobierno para rentabilizar las participaciones empresariales y orientar todas las actuaciones atendiendo al interés público. Respecto a su ámbito de actuación, este abarca a 15 empresas participadas de forma directa y mayoritaria, con una plantilla final superior a 78.000 personas. Por otro lado, es accionista de la Corporación RTVE, tiene una fundación pública tutelada y participaciones directas minoritarias en

9 empresas e indirectas en más de 100 sociedades. Mercasa, como empresa pública que forma parte de la SEPI, ofrece también servicios de asistencia técnica internacional dirigidos a las Administraciones públicas (Gobiernos estatales, autoridades regionales y municipales), instituciones financieras internacionales y promotores privados³.

La Administración pública, a través de la externalización, puede, indirectamente, participar en estructuras productivas complejas cuyo fin principal es huir de la aplicación del derecho del trabajo. En otras palabras, la contratación administrativa no se limita a la relación entre la entidad pública y la empresa adjudicataria, puesto que esta última puede subcontratar a otras empresas. Así, puede suceder que la empresa adjudicataria –cumpliendo con las condiciones salariales previstas en el convenio de sector, como con los criterios sociales correspondientes– pertenezca a un grupo o red empresarial con convenio colectivo propio. También, es posible que la empresa adjudicataria subcontrate a una empresa multi-servicios generando importantes beneficios a costa de la reducción de gastos de personal.

En este sentido, se pronunció la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 30 de enero de 2020, C-395/18, señalando que, cuando la entidad adjudicadora procede a comprobar durante el procedimiento de licitación si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE y cuando la normativa nacional establece que tiene la facultad de excluir al operador económico por el hecho de que un subcontratista haya incumplido las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, la entidad adjudicadora está obligada, en aras de la observancia del principio de igualdad de trato, a comprobar la existencia de cualquier incumplimiento de tales obligaciones no solo en relación con todos los operadores económicos que han presentado ofertas, sino también con respecto a todos los subcontratistas que los operadores económicos hayan mencionado en sus respectivas ofertas. Cuando el operador económico que ha presentado la oferta corra el riesgo de quedar excluido de la participación en el procedimiento de licitación como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral imputable a alguno de los subcontratistas a los que tenga la intención de recurrir, dicho operador económico podrá demostrar a la entidad adjudicadora que sigue siendo fiable pese a la existencia de ese motivo de exclusión y la entidad adjudicadora, de conformidad con el artículo 57, apartado 6, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24/UE, deberá valorar las pruebas presentadas por el operador económico en función de la gravedad de la situación y de las circunstancias particulares del caso.

Este escenario complejo puede agravarse aún con el avance imparable de la tecnología. En los últimos años, numerosas entidades –tanto públicas como privadas– han recurrido a la digitalización del empleo o a la robotización con el fin principal de reducir los costes de producción. Como indica la OIT (2019):

³ Información obtenida de la página web oficial de la SEPI (<<http://www.sepi.es/es/conozca-sepi/quienes-somos>>).

La externalización de trabajo en plataformas que se observa a escala mundial ha dado lugar al desarrollo de una economía que funciona las 24 horas del día. Este proceso ha alargado la cantidad de horas consecutivas de trabajo remunerado y no remunerado.

A modo de ejemplo, la firma privada Deloitte presentó en Madrid, en el año 2018, una plataforma tecnológica (Business Digital Hub) que permite a las empresas con las que trabaja externalizar sus procesos administrativos y financieros para obtener una mejor gestión económico-financiera.

La conectividad, el acceso a mucha mayor cantidad de información y la inmediatez en las comunicaciones, junto a un redimensionamiento del espacio y el tiempo han generado una revolución en las relaciones sociales capaz de desmaterializar procesos sociales, así como desdoblarse personalidades, según se trate del entorno físico o de aquel virtual (Trillo, 2016, p. 61).

Debido a que la tecnología es una ciencia aplicada que evoluciona cada día, es fundamental encontrar un nuevo equilibrio entre el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y el bienestar social, ya sea a través de la intervención legislativa o de la intervención de la autonomía colectiva, tanto a nivel nacional como a nivel transnacional. Como así manifiesta la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, la prioridad no es proteger determinados empleos, sino al trabajador.

Algunas voces han señalado que las TIC constituyen la base de la economía actual⁴ (Castell, 2001, p. 211). Estas inciden directamente sobre la productividad global por tres motivos: en primer lugar, los ordenadores, desde hace años, cuentan con una creciente capacidad de procesamiento; en segundo lugar, el precio de los ordenadores disminuye con carácter anual, fomentando su adquisición y uso; y, en tercer lugar, los ordenadores potencian, extraordinariamente, la capacidad de comunicación entre empresas, entre individuos y entre ambos (Requeijo, 2017, p. 332). En definitiva, el grado de afectación de la tecnología sobre la productividad global ha aumentado, especialmente, desde el momento en el que los Gobiernos más avanzados han renunciado al control de las operaciones.

¿Cómo se ha llegado a esta situación? El nuevo escenario económico responde, principalmente, a la utilización masiva de las TIC y al liberalismo político que genera espacios

⁴ A modo de ejemplo, destaca la empresa Cisco Systems. Se trata de una empresa industrial, manufacturera, que fabrica, pero no tiene fábricas. Esta empresa se relaciona con numerosas fábricas, privilegiadas, que no forman parte de Cisco Systems, pero ofrecen productos que se adaptan a la especificación técnica de esta –indicando en qué tiempo y con qué costo resultará lo que los clientes están pidiendo–. A partir de ahí se realiza la transacción. El 85 % de las operaciones de Cisco Systems pasan por el *webside* y el 50 % de las ventas se realizan sin ninguna intervención de los ingenieros de Cisco Systems.

de desregulación. Ahora bien, el cambio no se percibe en todos los lugares con la misma intensidad, pues las peculiaridades nacionales impiden que los efectos se produzcan de una manera uniforme. No obstante, hay dos fenómenos ligados al nuevo mercado de trabajo global y descentralizado: las altas tasas de desempleo y la precarización del trabajo con la consiguiente pérdida de calidad y estabilidad en el empleo (Rivero, 2001, versión digital BIB 2001\1566).

En el sector público, la digitalización de la contratación parece ofrecer, *a priori*, varias ventajas «como un ahorro considerable para todas las partes, procesos simplificados y de menor duración, menores cargas burocráticas y administrativas, y mayor transparencia e innovación, así como un mejor acceso de las pymes a los mercados de contratación pública»⁵. La inscripción de los contratos en registros oficiales permite mejorar la gestión de los mismos, favoreciendo el cumplimiento de aquellos principios sobre los que se rige la actuación administrativa. En algunos países, aquellos contratos que no son inscritos en el registro son declarados nulos. En consecuencia, el cumplimiento de este requisito permite a los poderes adjudicadores mejorar la gobernanza de la contratación pública. «En Portugal, el portal de contratación pública permite realizar un seguimiento del gasto y el volumen de la contratación pública, así como elaborar estadísticas sobre el tipo de contrataciones, las empresas adjudicatarias de las licitaciones, etc.»⁶.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, dispone, en su artículo 36, que los poderes adjudicadores podrán exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico. Los Estados miembros podrán hacer obligatoria la utilización de los mismos en relación con determinados tipos de contratación. Además, las ofertas presentadas en forma de catálogo electrónico podrán ir acompañadas de otros documentos anexos. En algunos supuestos, numerosas entidades –especialmente pymes– son conocedoras de la gran ventaja que genera la digitalización del proceso, pues desaparece la excesiva carga burocrática (que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección).

Por otro lado, la misma directiva europea manifiesta, en su artículo 59, que, en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán, como prueba preliminar, el documento europeo único de contratación. Se trata de una declaración actualizada del interesado que sustituye los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirman que el operador cumple

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2018, sobre las normas internacionales de información financiera: NIIF 17, Contratos de seguro (2018/2689(RSP)), (2020/C 011/02).

⁶ Documento de la Comisión Europea, recuperado de <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf>.

determinadas condiciones⁷. Tal documento europeo único de contratación se ofrecerá exclusivamente en formato electrónico.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)) insta a los Estados miembros a que se esfuercen en favor de una rápida transformación digital de los procedimientos y la introducción de procesos electrónicos para la totalidad de las fases principales, desde la notificación, el acceso a los documentos de la licitación y la presentación hasta la evaluación, la adjudicación, el pedido, la facturación y el pago. Por otro lado, a través de esta resolución, se pide a la Comisión que analice la posibilidad de interconectar los registros de contratos nacionales con TED –*tenders electronic daily* (diario electrónico de licitaciones)–, con el objetivo de que los poderes adjudicadores no tengan la obligación de publicar la misma información en distintos sistemas.

La modernización de la contratación administrativa ha sido un auténtico reto para el sector público. Tal es así que, recientemente, en la última edición del Congreso Nacional de Innovación y Servicios Públicos celebrado en Madrid, el Gobierno de Aragón recibió el premio al mejor proyecto con tecnologías innovadoras, por la elaboración e implantación de un sistema de licitación electrónica en el que las ofertas se registran en una *blockchain*. Se trata de una plataforma que permite almacenar, transmitir y confirmar los datos de la estructura. El sistema galardonado permite además la evaluación automatizada de los criterios de adjudicación a través de *smart contracts* autoejecutados en la *blockchain*.

La digitalización de la contratación pública representa un evidente avance tecnológico en el sector público frente a la elevada burocratización. Sin embargo, esta transformación no se traduce siempre en resultados positivos, directos y automáticos. Utilizar plataformas digitales supone la aplicación de algoritmos que pueden generar situaciones de riesgo. Su incorporación debe ser responsable, ética, equitativa y transparente, evitando resultados discriminatorios. En otras palabras, la contratación electrónica puede afectar negativamente al cumplimiento de las cláusulas sociales en las distintas fases que componen el procedimiento administrativo común. Con el fin de encauzar esta situación, es necesario establecer límites en la digitalización o desarrollo tecnológico con el propósito de evitar que la contratación electrónica se aleje de la regulación nacional y europea en la materia.

En consecuencia, la descentralización productiva y el uso o la implementación de medios electrónicos en el procedimiento de contratación no implican automáticamente la mejora del ejercicio de la función pública: la satisfacción de los intereses generales. En este sentido, se exponen a continuación los diferentes posibles efectos negativos.

⁷ A modo de ejemplo, es conveniente demostrar que no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos contempladas en el artículo; que cumple los criterios de selección pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 58; y, finalmente, que, cuando proceda, cumple las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con arreglo al artículo 65.

En primer lugar, se ha demostrado que el sector público es excesivamente lento a la hora de adoptar cambios en su sistema estructural por su notoria rigidez organizativa, pudiendo obtener resultados a muy largo plazo.

En segundo lugar, la externalización o tercerización en el sector público también puede implicar un aumento de la precariedad e inestabilidad laboral por el carácter temporal de la adjudicación y la posible intervención de estructuras productivas complejas.

En tercer lugar, debido a la agilidad procedimental que proporciona la digitalización de la licitación, se puede producir, por un lado, un evidente aumento del número de contratos administrativos y, por otro lado, una reducción del número de empleados públicos. En consecuencia, se aprobarían menos ofertas públicas de empleo.

En cuarto lugar, en relación con el párrafo anterior, la disminución del empleo público, especialmente de la relación de carácter funcional –caracterizada por la nota de la inamovilidad–, podría dificultar la idea del buen gobierno. A través de la estabilidad o permanencia de los funcionarios en el puesto⁸, el sector público cuenta con un cuerpo de servidores independientes frente a las diversas eventualidades de la acción política. La permanente dedicación al servicio no solo representa la objetividad y neutralidad necesarias para la satisfacción del interés general, sino que, además, opera como un auténtico límite ante posibles actos de corrupción.

Por todo lo expuesto, tanto la descentralización productiva en el sector público como la digitalización del procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo constituyen factores de riesgo que pueden alterar gravemente el empleo público y el propio ejercicio de la función pública en la satisfacción de los intereses generales⁹.

3. Principales novedades de la LCSP. La compra pública socialmente responsable

Los procesos productivos se han transformado sustancialmente –tanto en el sector privado como en el sector público–, pudiendo distinguir entre un modelo tradicional o centralizado

⁸ Tales caracteres se manifestaban desde la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 (<<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/343/D00001-00014.pdf>>). El artículo 41 determinaba que:

Los nombramientos, excedencias y jubilaciones de los funcionarios públicos se harán conforme a las leyes. Su inamovilidad se garantiza por la Constitución. La separación del servicio, las suspensiones y los traslados solo tendrán lugar por causas justificadas previstas en la ley.

⁹ A modo de ejemplo, recientemente, se aprobó el anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón, cuyo punto 24 admite la utilización de la tecnología de «registro distribuido» o el almacenamiento de la información en los procedimientos de contratación pública. Informe 14/2018, de 13 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

y un modelo moderno o descentralizado. La globalización, la tercerización y, especialmente, los constantes avances de las TIC constituyen factores indiscutibles que han propiciado un gran cambio en la forma de prestar servicios públicos y satisfacer los intereses generales de la sociedad.

En este sentido, el incremento de la externalización de actividades que se desarrolla en el campo de lo público ha sido objeto de una nueva regulación en la LCSP. Actualmente, esta norma se enmarca en la «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual la contratación pública se configura como uno de los instrumentos que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso razonable de los fondos públicos¹⁰.

Esta ley cuenta con un doble objetivo: en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública; y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación entre la calidad y el precio. Con el fin de lograr tales objetivos, la nueva ley incorpora numerosas novedades¹¹. Desde el punto de vista estrictamente laboral, destacan fundamentalmente dos cuestiones:

A) La adjudicación de un contrato administrativo deberá respetar las condiciones salariales recogidas en los convenios sectoriales

Esta medida es fundamental para lograr una mayor protección de los derechos laborales, pues –como ya denunciaban numerosas organizaciones sindicales– en múltiples ocasiones las empresas se descolgaban de los convenios sectoriales con la finalidad de presentar las ofertas más económicas y rentables en el procedimiento de contratación. Por tanto, la restricción de la prioridad aplicativa del convenio empresarial es una medida trascendental para lograr un mejor mercado laboral en términos de justicia e igualdad. A través de esta regulación, el legislador evita abaratar los costes laborales que conlleva el desplazamiento del convenio sectorial.

Merece destacar que la aplicación del convenio sectorial con carácter prioritario sobre el de empresa era ya, en ocasiones, un requisito exigido en algunos procesos de contratación pública anteriores a la entrada en vigor de la LCSP (Lahera, 2018, p. 44). Así, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 31 de enero de 2018, concedió plena validez a la exigencia de aplicar las tablas salariales del

¹⁰ Información prevista en el primer apartado de la exposición de motivos de la LCSP.

¹¹ Destacando, entre otras, la reducción de las exigencias relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional o la reducción de la carga de las garantías con el fin de facilitar el acceso a la contratación pública a las pymes. En 2017, en España solo un 28 % de los adjudicatarios de procedimientos de contratación pública eran pymes, porcentaje muy inferior al promedio de la Unión Europea, que es del 52 %. Así pues, la igualdad de condiciones en la contratación pública puede estimular el crecimiento de las pymes y potenciar una asignación eficiente de los recursos –Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2018)–.

Convenio colectivo estatal de seguridad contenida en el pliego de cláusulas administrativas. En numerosos preceptos de la LCSP se aprecia la denominada «contrarreforma laboral», disponiendo que la adjudicación de un contrato administrativo dependerá del cumplimiento del convenio sectorial. A modo de ejemplo, el artículo 101.1 de la LCSP dispone que:

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

Por su parte, el artículo 102.3 de la LCSP manifiesta que «en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios».

Y el artículo 149.4 de la LCSP señala que:

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Como se puede desprender de los citados preceptos, la LCSP reconoce el nivel sectorial como el espacio más apropiado para la determinación de específicas condiciones de trabajo, concretamente de los salarios. Para el resto de materias, se atenderá a lo dispuesto en el convenio colectivo que sea de aplicación conforme a las reglas de concurrencia previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, con excepción de las condiciones salariales, puede resultar de aplicación preferente el convenio de empresa salvo que en el pliego de condiciones del contrato público se haya incluido, como condición especial de ejecución, la garantía de cumplimiento de los convenios sectoriales vigentes en todas sus normas de conformidad con los artículos 201 y 202 de la LCSP. Esta excepción de la excepción es válida al ser una decisión del poder público adjudicador y no de una imposición legal (Cavas, 2018, p. 1.195).

La LCSP constituye un referente jurídico para el futuro Estatuto de los Trabajadores y su aplicación contribuiría a reducir el elevado *dumping* social, así como la competencia desleal entre empresas de un mismo sector¹². No obstante, considero que se podrían obtener

¹² Si se permitiera la fragmentación a unidades inferiores privilegiadas, estaríamos permitiendo la competencia mercantil sobre las condiciones laborales a un nivel local, lo que conllevaría el riesgo de degradar por completo los estándares laborales e, incluso, a la destrucción de otras empresas, competencia desleal y al *dumping* social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 18 de mayo de 2015, rec. 197/2015).

mejores resultados desde un punto de vista socioeconómico si el texto normativo exigiera el cumplimiento de la norma convencional supraempresarial en su totalidad o, al menos, de aquellas materias más relevantes como la jornada o la conciliación de la vida laboral y familiar –conformando este último derecho parte del contenido del derecho fundamental a la igualdad (Rodríguez, 2016, p. 51)–.

B) La oferta con mejor relación entre calidad-precio como factor determinante en la adjudicación

Debido a que en el año 2017 el 55 % de los procedimientos en Europa utilizaban el precio más bajo como único criterio de adjudicación¹³, se aprobó el «Paquete de medidas de la estrategia de contratación pública». Esta resolución manifiesta la necesidad de realizar una compra pública responsable, pues se ha demostrado que el gasto ligado a la contratación pública representa el 20 % del PIB mundial¹⁴.

A través de esta novedad legislativa, se fomenta la compra pública responsable mediante la preceptiva u obligatoria incorporación de cláusulas sociales en los procesos de contratación administrativa.

La compra pública responsable encuentra su origen en España en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de mayo de 1997 (rec. 12365/1991), la cual manifiesta que «la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público»¹⁵. En este mismo sentido, ya se había pronunciado el TJUE el 20 de septiembre de 1988, Gebroeders beentjes bv contra Estado de los Países Bajos, asunto 31/87¹⁶.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para hacer que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, COM/2017/0572 final/2.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)).

¹⁵ El tribunal considera que:

[...] los documentos existentes en el expediente justifican claramente la decisión del órgano de contratación al valorar las dos ofertas más favorables (la de la apelante y la de la empresa que resultó adjudicataria) e inclinarse por la segunda, ya que en la experiencia de la propia Administración municipal respecto de contratos anteriores con ambas empresas se consideró, por las ponderadas y no desvirtuadas razones que expresan los informes municipales, que la oferta de la segunda empresa no había incurrido en deficiencias en la prestación de servicios, y era la más conveniente a los intereses de la Administración contratante.

¹⁶ El TJUE reconoció como condición particular adicional el empleo de trabajadores en paro prolongado. Manifestó, además, que la condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad.

Para realizar una compra pública responsable, la Administración debe incorporar cláusulas sociales, laborales o medioambientales en los procedimientos de contratación, no pudiendo limitarse a ponderar solo aspectos económicos. El objetivo principal es impedir la transferencia de dinero público a empresas que no tienen un comportamiento considerado o lícito con la sociedad y el entorno, es decir, entidades que contaminan, que no respetan los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras o practican la discriminación por género, entre otras posibles conductas. Cuando la Administración, en términos generales, es una compradora responsable, está aportando un valor añadido al ejercicio de la función pública, pues gestiona de una manera eficiente el presupuesto y –al mismo tiempo que satisface el interés público– desarrolla una acción política más amplia.

La noción de compra pública responsable comprende diferentes tipos como:

- La compra pública ética, relacionada con el cumplimiento de las convenciones internacionales y estándares sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, lucha contra el trabajo infantil, etc.
- La compra pública verde, relacionada con los efectos medioambientales de los materiales y productos utilizados o adquiridos. Comúnmente, durante el procedimiento de contratación, se exige a las empresas licitadoras los certificados de gestión medioambiental como condición o requisito de solvencia técnica. La finalidad es acreditar la experiencia o el buen hacer de la entidad con la protección del entorno.
- La compra pública social, relacionada con la calidad del empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad y personas en situación o riesgo de exclusión social, así como la subcontratación de empresas de inserción sociolaboral o centros especiales de empleo¹⁷.

Por lo expuesto, es necesario que el sector público adopte o apruebe medidas que favorezcan la inserción sociolaboral, el comercio justo o el empleo de calidad. La compra pública responsable no puede concebirse como una política residual, sino como una política sustancial por los efectos que puede generar en nuestra sociedad¹⁸. En síntesis, los

¹⁷ A modo de ejemplo, de conformidad con el artículo 71 de la LCSP, que regula las prohibiciones de contratar, en materia de discapacidad, las empresas que no cumplen con el requisito de que, al menos, el 2 % de los trabajadores en entidades con una plantilla de 50 o más sufran algún tipo de discapacidad no pueden contratar con el sector público.

¹⁸ La STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2019 (rec. 1/2018) manifestó que:

[...] en el momento actual se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las

Gobiernos, como grandes compradores, tienen un impacto significativo para garantizar que las prácticas empresariales sean responsables y sostenibles. Así, «dentro de los incentivos más potentes de entre los demandados por el sector empresarial en el proceso de definición de la Agenda 2030 se encuentra la inclusión de criterios de sostenibilidad en los procesos de contratación pública» (Gobierno de España, 2018).

4. Cláusulas sociales y régimen jurídico aplicable

Las cláusulas sociales han sido definidas a través de diversos dictámenes, informes, instrucciones y guías de trabajo publicadas. Concretamente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña ha entendido que estas constituyen una serie de estipulaciones que obligan a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a cumplir no solo con el objeto social del contrato, sino, además, con los fines específicos de la política social prevista en los pliegos (Medina, 2019, p. 58). En definitiva, tras la LCSP, las cláusulas sociales son disposiciones contractuales de carácter sociolaboral, cuyo incumplimiento debiera ser sancionable y generar una responsabilidad solidaria, tanto para la empresa como para el ente público contratante.

La compra pública responsable es una materia objeto de regulación en distintos espacios o niveles:

A) Atendiendo al nivel europeo, la Unión Europea ha manifestado su fiel compromiso de ser, junto con sus países miembros, una de las pioneras en la aplicación de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas

Con el fin de lograr los 17 objetivos de desarrollo sostenible, hacer realidad los derechos humanos de todas las personas, alcanzar la igualdad entre géneros, así como el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, la Unión Europea aprobó las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014¹⁹. Estas normas destacan por posibilitar, expresamente,

empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas directivas de contratación que se refieren a la contratación estratégica, que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

¹⁹ Como así se contempla en el primer apartado de la exposición de motivos de la ley:

Las nuevas directivas vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos

la exigencia de la integración de aspectos sociales en las distintas fases del procedimiento de adjudicación en los Estados miembros. No obstante –aunque desde el punto de vista jurídico la mayor parte de las disposiciones de las directivas tienen un efecto directo– la ausencia de incorporación o la mala calidad de la misma dificultan gravemente que los ciudadanos y empresarios obtengan todos los beneficios del mercado interior en el ámbito de la contratación pública²⁰.

Además, recientemente, se formuló una Recomendación del Consejo relativa al Programa nacional de reformas de 2019 de España, por la que se emite un Dictamen del Consejo sobre el Programa de estabilidad de 2019, manifestando que la LCSP es decisiva para aumentar la eficiencia del gasto público y prevenir las irregularidades²¹.

B) Atendiendo al nivel nacional, la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y éticas en los procedimientos de contratación administrativa se regula en distintos niveles

- La CE. La compra pública responsable encuentra su fundamento constitucional en el artículo 40.1 de la CE que dispone que «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». En un contexto más amplio, pero no menos significativo, el artículo 9.2 de la CE establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Por otro lado, como ya tuve ocasión de comentar, la compra pública responsable está vinculada con la satisfacción del interés general; en este sentido, el artículo 128 de la CE dispone que «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios

en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas hace ahora una década, y que habían sido transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

²⁰ «Libro verde de la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del señor Monti.

²¹ Bruselas, 5 de junio de 2019, COM (2019) 509 final.

esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

- Normas estatales. Ya en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas (BOE de 19 de mayo), su artículo 20 contemplaba, entre las diversas prohibiciones de contratar, «haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo o por delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, o haber sido condenadas o sancionadas con carácter firme por delito o infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social».

Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (BOE de 31 de octubre), adelantó, en su exposición de motivos, número IV, la introducción de consideraciones de tipo social y medioambiental en el procedimiento de contratación administrativa, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, acogiendo nuevos requerimientos éticos y sociales.

A continuación, se aprobó el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), el cual contempló varias posibilidades para que los órganos de contratación incorporasen las denominadas «cláusulas sociales» en sus contratos públicos como criterios de valoración en las ofertas presentadas.

Finalmente, la LCSP ha endurecido la regulación. La incorporación de las cláusulas medioambientales y sociales adquiere carácter preceptivo y obligatorio²². En el año 2019, con el fin de fortalecer la compra pública socialmente responsable, se adoptó el Acuerdo por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública social en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos

²² A modo de ejemplo, de conformidad con el artículo 1.3 de la LCSP:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Además, en virtud del artículo 149 de la LCSP:

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

del sector público (BOE de 25 de mayo de 2019). Este plan refuerza la necesidad de promover una «contratación pública estratégica socialmente responsable» y fomentar oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, la más amplia aplicación de las normas sociales, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas²³. Adicionalmente, el plan presta especial atención a la formación de las personas que tramiten los expedientes y procedimientos de licitación de contratos oportunos, así como de aquellas que deban realizar el seguimiento y la supervisión de su ejecución, siguiéndose de esta manera la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión Europea, de 3 de octubre, sobre la profesionalización de la contratación pública.

- Normas autonómicas. En los últimos años, las comunidades autónomas han venido aprobando normas tendentes a impulsar la denominada «contratación pública responsable». Entre distintos ejemplos de buenas prácticas de implantación de cláusulas sociales, destaca la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas de la comunidad autónoma de Cataluña (BOE de 29 de septiembre), cuyo artículo 19 modifica el artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, disponiendo que los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalidad deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral reguladas por la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por las normas del Estado y de la Generalidad que les sean aplicables y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tengan relación directa con el objeto del contrato.

Por otro lado, destaca especialmente el Decreto 47/2018, de 16 de abril, por el que se aprueban los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares en el ámbito de la Administración pública de la comunidad autónoma de Canarias y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (BOE de 7 de mayo), para la contratación de obras, suministros y servicios por procedimiento abierto, abierto simplificado y abierto simplificado sumario y negociado con y sin publicidad.

²³ Tal es así que la adjudicación se deberá producir atendiendo a varios criterios y no únicamente al precio, como así ha señalado la STS 1791/2019, de 30 de mayo (rec. 109/2016):

[...] la motivación de la adjudicación es un elemento esencial para evitar la arbitrariedad. Y en este caso, y conforme a lo expuesto, el precio, dadas las características del contrato en cuestión, ni podría ser el único criterio de adjudicación, y desde luego, la justificación del precio como único criterio.

A través de este decreto se recomienda, con carácter preferente, la existencia de un porcentaje de contratación indefinida superior al 50 % y la mejora de las condiciones salariales y laborales por encima del convenio sectorial y territorial de legal aplicación.

- Normas locales. Algunos municipios llevan incorporando, desde hace tiempo, consideraciones, especialmente de tipo social, en los procedimientos de contratación pública. En este sentido, conviene mencionar el pliego de condiciones técnicas del Ayuntamiento de Salamanca, cuyo objeto del contrato consiste en el desarrollo de un proyecto de inserción sociolaboral con personas que sufren algún tipo de discapacidad para la realización de trabajos de conservación, mantenimiento y limpieza de determinadas zonas verdes²⁴.

5. Inclusión de cláusulas sociales y supuestos de excepcionalidad (COVID-19)

La inserción de cláusulas sociales en los procedimientos administrativos de contratación se produce, generalmente, con carácter preceptivo salvo supuestos excepcionales. La inclusión de criterios sociales puede producirse en distintas fases.

En primer lugar, respecto a la preparación del contrato, el artículo 35 de la LCSP establece que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, con carácter obligatorio, entre otras cuestiones, la definición del objeto, teniendo en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación. En este sentido, en virtud del artículo 99 de la LCSP, la determinación del objeto del contrato es el primer requisito a cumplir. Este se podrá definir atendiendo a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer. Sin embargo, la libertad para definir el objeto por parte del sector público no es ilimitada o incondicionada, pues la inclusión de determinados criterios puede afectar a algunos principios previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como es el principio de libre circulación de mercancías, de libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como otros principios que derivan de estos como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (Almodóvar, 2018, p. 393).

En segundo lugar, como requisito previo a la licitación, la Administración puede reservar la participación en el procedimiento exclusivamente a un tipo de empresas. Normalmente, se trata de centros especiales de empleo y empresas de inserción. Como requisito necesario

²⁴ El siguiente enlace contiene el pliego de condiciones técnicas del Ayuntamiento de Salamanca: <<https://www.aytosalamanca.gob.es/es/perfilcontratante/perfildelayto/docs/PA.JA.CEN.pdf>>.

e imprescindible, la entidad pública debe señalar la especificidad en el anuncio de convocatoria a través de la inclusión de la denominación «contrato reservado», indicando que únicamente pueden acceder a la licitación determinadas entidades, expresando también la vinculación del objeto del contrato con el fomento de la política social.

De conformidad con el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre), los centros especiales de empleo son aquellos entes cuyo fin principal es desarrollar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado. A través de su participación, aseguran un empleo retribuido para las personas con discapacidad y, a su vez, constituyen un medio esencial de inclusión del mayor número de tales colectivos vulnerables en el régimen de empleo ordinario.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 154 de la LCSP, cuando se considere que la divulgación de cierta información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, podrán no publicarse algunos datos relativos a la celebración del contrato, justificándolo siempre en el expediente.

En tercer lugar, tras la admisión de las empresas que participan en el procedimiento de licitación, es posible introducir criterios de adjudicación relativos a cláusulas sociales, laborales o medioambientales y, en todo caso, cuando el objeto del contrato exprese estos aspectos de forma literal. Los criterios de valoración en la adjudicación se encuentran vinculados a la relación calidad-precio y esta se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Atendiendo al artículo 145.2 de la LCSP, los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación podrán incluir diversos aspectos sociales como los siguientes: el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

En el supuesto de producirse un empate en la valoración de la adjudicación entre 2 o más empresas, el legislador aplica los siguientes criterios sociales por orden de exclusión: a) mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas; b) menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas; c) mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas; y d) el sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

En cuarto lugar, como condición especial en la ejecución del contrato administrativo. Se trata de consideraciones de tipo social que deben cumplirse con carácter preceptivo por la empresa adjudicataria. En particular, la ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202 de la LCSP, como contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional y favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral.

Prestando especial atención al control del cumplimiento, los pliegos de cláusulas administrativas particulares especificarán la documentación que el contratista debe presentar durante el desarrollo del contrato para acreditar la observancia de las cláusulas sociolaborales asumidas. El responsable de la aprobación del contrato administrativo será quien debe verificar la documentación presentada y evaluar la adecuación y la conformidad respecto de los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución. Debido a la posible complejidad de la tarea, como apoyo al responsable del contrato, se podrán crear unidades específicas encargadas del seguimiento y ejecución (art. 62 LCSP).

Respecto al régimen de invalidez del contrato administrativo, en caso de incumplimiento por parte del contratista, los órganos de contratación podrán optar –en función de las circunstancias– por la aplicación de penalidades (art. 201 LCSP), siempre que así se hubiese previsto en los pliegos, o bien por la resolución del contrato, si el cumplimiento de una cláusula específica se hubiese configurado como una obligación contractual esencial²⁵.

²⁵ En virtud del artículo 201 de la LCSP:

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.

El artículo 192 de la LCSP establece que:

[...] cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

La LCSP, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y se endurece la regulación, determina el carácter preceptivo de la incorporación de cláusulas sociales en la contratación administrativa. No obstante, esta normativa no es aplicable en supuestos excepcionales. El artículo 120 de la LCSP reconoce que «cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» se acudirá a la tramitación de emergencia.

En consecuencia, tras la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo), el órgano contratante:

[...] podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente (art. 120.1 a) LCSP).

En otras palabras, debido a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que hostiga desde hace meses a la población mundial, especialmente a las personas más vulnerables, el sector público podrá adjudicar con inmediatez un contrato administrativo a aquellas empresas cuyas prestaciones y servicios resulten indispensables para preservar la salud de los ciudadanos y disminuir el número de contagios y fallecimientos. En virtud del apartado 1 c) del artículo 120 de la LCSP, el plazo de inicio de la ejecución es de 1 mes. En caso de incumplirse el mismo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario, debiendo prestar especial atención a criterios sociales, éticos y medioambientales.

Debido al adverso y complicado escenario actual, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE de 13 de marzo), acordó encargar a la Comisión Europea el análisis de las necesidades y la puesta en marcha de iniciativas para evitar situaciones de desabastecimiento mediante contrataciones públicas conjuntas. Asimismo, el artículo 34.1 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo), estableció que las contrataciones de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley:

[...] quedarán automáticamente suspendid[a]s desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Ahora bien, en estos supuestos, la entidad adjudicataria deberá abonar al contratista los daños y perjuicios sufridos²⁶ durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista.

La rapidez en la evolución de la situación de emergencia ocasionada por la COVID-19, así como la necesidad de buscar el equilibrio entre la protección de la salud y la minimización del impacto económico y social, conllevó la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE de 29 de marzo). En consecuencia, el objetivo principal perseguido es limitar al máximo los desplazamientos ocasionados por la actividad laboral y profesional, reduciéndolos hasta los niveles que permitan conseguir el efecto deseado: disminuir el número de contagios y fallecimientos a causa de la pandemia declarada por la OMS. De conformidad con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, este real decreto-ley responde a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Con el fin de evitar un perjuicio en la renta de las personas trabajadoras por cuenta ajena, el presente real decreto-ley regula un permiso retribuido recuperable para el personal laboral, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos). Este permiso garantizará que las personas trabajadoras conserven el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales. La recuperación de las horas laborales se podrá efectuar desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020. En todo caso, la citada recuperación será una materia negociable en periodo de consultas abierto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. Este proceso de diálogo tendrá una duración máxima de 7 días.

El texto normativo afecta a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que prestan servicios en empresas o entidades del sector público cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración del estado de alarma²⁷. Las autoridades competentes

²⁶ Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes: 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito. 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva. 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato. 4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato.

²⁷ El tercer apartado de la exposición de motivos señala que «quedan exceptuados de la aplicación del presente real decreto las personas trabajadoras que tengan su contrato suspendido durante el periodo indicado y aquellas que puedan continuar prestando servicios a distancia».

delegadas podrán modificar o especificar las actividades que se puedan ver afectadas por el permiso retribuido recuperable.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 10/2020 establece que «podrán continuar las actividades no incluidas en el anexo que hayan sido objeto de contratación a través del procedimiento establecido en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público». Prestando especial atención al apartado 18 del anexo, no será objeto de aplicación el permiso retribuido a las personas trabajadoras que prestan servicios de limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia, así como aquellas que prestan servicios en materia de recogida, gestión y tratamiento de residuos peligrosos, entre otros servicios, en cualquiera de las entidades pertenecientes al sector público, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la LCSP²⁸.

6. Conclusiones y propuestas de mejora

La LCSP regula la inclusión de cláusulas sociales con carácter obligatorio y preceptivo ante el incremento de la descentralización productiva en el campo de lo público, salvo supuestos excepcionales a causa de acontecimientos que supongan un grave peligro para la población (COVID-19). En estos supuestos extraordinarios, el órgano contratante podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP.

El objetivo principal de las denominadas «cláusulas sociales» es impedir la entrega de dinero público a empresas que no tienen un comportamiento lícito o solidario con la sociedad y el entorno, es decir, entidades que contaminan, que no respetan los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras o practican la discriminación por género, entre otras posibles conductas. Cuando la Administración, en términos generales, es una compradora responsable, está aportando un valor añadido al ejercicio de la función pública, pues gestiona de una manera eficiente el presupuesto y –al mismo tiempo que satisface el interés público– desarrolla una acción política más amplia.

Ahora bien, tanto la excesiva descentralización productiva en el sector público como la digitalización del procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo constituyen factores de riesgo que pueden afectar gravemente no solo al cumplimiento de la compra pública responsable, sino también al empleo público y al propio ejercicio de la función pública. Por este motivo, es conveniente reflexionar sobre la necesidad de restringir

²⁸ Esta norma se desarrolla, a su vez, atendiendo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1 de abril).

o limitar la adjudicación a aquellas entidades que desarrollen su actividad de forma autónoma e independiente, evitando un encadenamiento de subcontratas que puede perseguir un fin fraudulento.

De conformidad con el artículo 128.2 de la CE:

[...] se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

La LCSP debería exigir que, en cada convocatoria de licitación, la Administración correspondiente justifique la necesidad e idoneidad de la misma.

La limitación de la descentralización productiva en el sector público permitiría, entre otras cuestiones:

- Controlar de forma más exhaustiva la integración de criterios sociales, éticos y medioambientales en el procedimiento de contratación administrativa, evitando futuros incumplimientos por la empresa adjudicataria a través de su conexión con otras entidades por razones organizativas o productivas.
- Cumplir con la observancia de los principios legales del procedimiento administrativo, como el principio de transparencia. La digitalización y la agilidad de la contratación, así como la utilización de algoritmos, pueden provocar resultados discriminatorios e injustos.
- Proteger el empleo público, especialmente al personal laboral fijo y a los funcionarios de la Administración, pues la externalización es una posible vía para reducir la plantilla, pudiendo aumentar las cifras de corruptela. El carácter inamovible de estos últimos, como cuerpo de servidores independientes que perciben una retribución permanente²⁹, les permite operar frente a las diversas eventualidades de la acción política.

²⁹ De conformidad con el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, «son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente».

Referencias bibliográficas

- Almodóvar Iñesta, M. (2018). Las cláusulas sociales en la contratación pública. En M. Fernández Salmerón y R. Martínez Gutiérrez (Dirs.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (pp. 387-422). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castell, M. (2001). La ciudad de la nueva economía. *Papeles de la Población*, 27(7), 207-221.
- Cavas Martínez, F. (2018). Negociación colectiva y contratación pública: ¿el principio del fin del primado del convenio colectivo de empresa? *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1.190-1.197.
- Gobierno de España. (2018). *Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia española de desarrollo sostenible*. Recuperado de <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>>.
- Guamán Hernández, A. y Noguera Fernández, A. (2014). *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Albacete: Bomarzo.
- Lahera Forteza, J. (2018). Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 144, 43-52.
- Lasierra Esteban, J. (2003). Dimensión económica de la descentralización productiva. En J. Rivero Lamas y A. L. de Val Tena (Coords.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing»* (pp. 67-80). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Medina Arnáiz, T. (2019). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. En B. García Romero y M. Pardo López (Dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 55-80). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.^a N. (2004). Las empresas de trabajo temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 48, 39-65.
- OCDE. (2018). *Estudios económicos de la OCDE. España*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/economy/surveys/Spain-2018-OECD-economic-survey-vision-general.pdf>>.
- OIT. (2017). *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf>.
- OIT. (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf>.
- Palomeque López, M. C. (2018). El derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa. En W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano (Coords.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 3-11). Granada: Comares.
- Requeijo González, J. (2017). *Economía mundial*. Madrid: McGraw-Hill Education.
- Rivero Lamas, J. (2003). Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral. En J. Rivero Lamas y A. L. de Val Tena (Coords.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing»* (pp. 23-62). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.



- Rodríguez Escanciano, S. (2019). Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 21, 20-40.
- Rodríguez González, S. (2016). *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares.
- Roqueta Buj, R. (2018). *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de contratos del sector público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanguinetti Raymond, W. (2006). Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles? *Revista de Derecho Social*, 33, 219-258.
- Sanguinetti Raymond, W. (2016). *Redes empresariales y derecho del trabajo*. Granada: Comares.
- Trillo Párraga, F. (2016). Economía digitalizada y relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 76, 59-82.
- Valdés Dal-Ré, F. (2002). La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En A. Pedrajas Moreno (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar* (pp. 23-45). Valladolid: Lex Nova.
- Valdés Dal-Ré, F. (2010). Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales. En F. Valdés Dal-Ré y J. Lahera Forteza (Dirs.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización* (pp. 15-42). Madrid: Cinca.



La promoción del empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas en la Unión Europea

Silvia Fernández Martínez

Investigadora posdoctoral en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Alcalá

*Programa de Atracción del Talento Investigador a Grupos
de Investigación de la Comunidad de Madrid*

Extracto

La competencia en el ámbito de la política de empleo corresponde a los Estados miembros. Sin embargo, la Unión Europea cuenta con una competencia de coordinación en esta materia y, a través de los distintos instrumentos que tiene a su disposición, guía la actuación de los Estados miembros. En particular, respecto a los colectivos más desfavorecidos y que requieren de actuaciones específicas, la Unión Europea se ha centrado en los trabajadores de mayor edad y en los discapacitados, mientras que no ha prestado la misma atención a los trabajadores con problemas de salud. No obstante, ellos también tienen especiales necesidades para integrarse y permanecer en el mercado de trabajo. En este sentido, y aunque una reciente resolución del Parlamento Europeo ha evidenciado la necesidad de poner en práctica políticas activas dirigidas a los trabajadores con enfermedades crónicas, en la actualidad, tales medidas no existen. Con todo, se entiende que es necesario que la Unión Europea elabore unas orientaciones específicas y articule los instrumentos de financiación necesarios para que los Estados miembros promuevan el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas, en particular a través de medidas de formación y mediante el abono de los costes derivados de la adaptación de las condiciones de trabajo.

Palabras clave: política de empleo; políticas activas de empleo; Unión Europea; trabajadores con problemas de salud; enfermedades crónicas.

Fecha de entrada: 29-04-2020 / Fecha de revisión: 04-05-2020 / Fecha de aceptación: 04-05-2020

Cómo citar: Fernández Martínez, S. (2020). La promoción del empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas en la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 99-127.





The employment promotion of workers with health conditions in the European Union

Silvia Fernández Martínez

Abstract

The European Union coordinates the employment policies of the Member States, in particular by defining guidelines, but Member States still having the competence in this field. Regarding the most disadvantaged groups that require specific actions, the European Union has focused on older workers and in people with disabilities, but not in workers with health conditions. However, they also face specific challenges in the labour market. A recent European Parliament Resolution has highlighted the need to put in place active labour market policies aimed at workers with chronic diseases. However, such measures do not currently exist in the European Union. Against this framework, the European Union should develop specific guidelines and financing instruments for the Member States, aiming at increasing the levels of employment of workers with health conditions. Training measures and programmes to fund the costs of the adaptation of working conditions are key to achieve this objective.

Keywords: employment policy; active labour market policies; European Union; workers with health conditions; chronic diseases.

Citation: Fernández Martínez, S. (2020). The employment promotion of workers with health conditions in the European Union. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 99-127.





Sumario

1. Introducción
 2. El reparto de las competencias en materia de política de empleo entre España y la UE
 3. Los trabajadores con problemas de salud como destinatarios de la política de empleo
 4. Las medidas de promoción o de fomento del empleo
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo es una reelaboración y ampliación de la ponencia presentada en el Congreso Internacional Labour 2030, que tuvo lugar en Oporto en septiembre de 2019, que llevaba por título «La promoción del empleo de los trabajadores con problemas de salud en la Unión Europea». Se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La salud del trabajador ante los retos laborales del futuro» (CM/JIN/2019-029). IP: Silvia Fernández Martínez. Entidades financiadoras: Comunidad de Madrid, Universidad de Alcalá. Programa de Apoyo a la Realización de Proyectos de I+D para Jóvenes Investigadores de la Universidad de Alcalá. Acción financiada por la Comunidad de Madrid en el marco del Convenio Plurianual con la Universidad de Alcalá en la línea de actuación «Estímulo a la investigación de jóvenes investigadores».

1. Introducción

Cuando utilizamos la expresión «trabajadores con problemas de salud» nos estamos refiriendo, principalmente, a quienes padecen enfermedades crónicas o de larga duración que, por lo general, requieren de un tratamiento continuado que puede durar años, e incluso décadas (Eurofound, 2019, p. 5). En este estudio, nos centraremos en las enfermedades con efectos a largo plazo y no en las de duración breve o transitoria. Por lo general, las enfermedades crónicas son, a su vez, enfermedades no transmisibles y, de hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) utiliza ambas expresiones como sinónimos¹. Sin embargo, en otras ocasiones, como ocurre, por ejemplo, con el VIH, también pueden ser transmisibles.

La mayor incidencia de estos problemas de salud está ligada a otros factores como la edad, ya que los trabajadores mayores son los que tienen más probabilidades de experimentarlos, pero también se aprecia que las enfermedades de este tipo afectan de manera especial a las mujeres (Eurofound, 2019, p. 8).

El incremento de la incidencia de las enfermedades crónicas se está convirtiendo en un problema apremiante a nivel mundial, pero su gravedad es todavía mayor en la Unión Europea (UE), entre otras razones, debido al fenómeno del envejecimiento de la población (OECD, 2017, p. 9). Los últimos datos estiman que unos 50 millones de personas conviven con una enfermedad crónica en la UE (OECD-UE, 2016, p. 12).

Además de la duración prolongada en el tiempo, a los efectos que aquí interesan, una de las características más importantes de las enfermedades crónicas es la afectación de la capacidad laboral de los trabajadores que las padecen. En este artículo, cuando nos referimos a los «trabajadores con problemas de salud», también pretendemos incluir a aquellas personas que forman parte de la población económicamente activa, pero que, en un momento determinado, no cuentan con una ocupación, porque han perdido su empleo debido al padecimiento de una enfermedad de estas características. En ocasiones, estos trabajadores son despedidos, precisamente, por las consecuencias derivadas del padecimiento de dichas enfermedades, pues pueden llegar a reconducirse a motivos legítimos de despido, como la ineptitud sobrevenida (art. 52 a) RDleg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que

¹ Véase OMS, «Fact sheets on chronic diseases», recuperado de <http://www.who.int/topics/noncommunicable_diseases/en/>.

se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Los datos nos muestran que las enfermedades crónicas reducen de manera notable las oportunidades de empleo de quienes las padecen. En concreto, las últimas estadísticas disponibles apuntan que, mientras que en la UE la tasa de ocupación de las personas sin problemas de salud se sitúa en torno al 74 %, esta se reduce al 70 % para las personas con una enfermedad crónica, y desciende hasta el 52 % para aquellas con dos patologías con efectos a largo plazo (Eurofound, 2019, p. 1).

En consecuencia, se pone de manifiesto que la situación de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo parece no adecuarse a los objetivos y principios que la UE se marca en sus tratados. En concreto, el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) señala que «la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social». Por su parte, el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que:

En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.

Tal y como puede deducirse de los datos que se han presentado, en la UE los trabajadores con problemas de salud no gozan de los niveles de empleo elevado, y mucho menos del pleno empleo, a los que hacen referencia el TUE y el TFUE. En este sentido, cabe plantearse qué está haciendo, o qué podría hacer, la UE para hacer frente a esta situación. Para ello, es muy importante conocer cuáles son sus competencias en el ámbito de la política de empleo y, en concreto, de la promoción y el fomento del empleo.

2. El reparto de las competencias en materia de política de empleo entre España y la UE

En España, la política de empleo tiene su razón de ser en la Constitución española de 1978 (CE). En concreto, el artículo 40.1 de la CE dispone que:

Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

Este artículo está estrechamente relacionado con el artículo 35.1 de la CE que regula el derecho al trabajo. En este sentido, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 41 de la CE, pero también en el artículo 42 de la CE, en el que se regula el régimen público de Seguridad Social, el artículo 1 del Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de empleo (LE), define la política de empleo como:

[...] el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo.

La definición de política de empleo que ofrece la LE es muy amplia, por lo que un gran número de medidas de diferente naturaleza son susceptibles de considerarse políticas de empleo. Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que «prácticamente cualquier institución del derecho del trabajo podría ser integrada en esta categoría, en cuanto todas tienen en cuenta a la hora de su diseño a las consecuencias que tendrán sobre el empleo» (Rodríguez-Piñero y Castellano, 2001, p. 12). Por lo tanto, puede concluirse que las políticas de empleo se caracterizan por su transversalidad y multidimensionalidad (Monereo, 2016b, p. 47).

Ahora bien, la política de empleo no tiene carácter meramente nacional, sino que, dada la pertenencia de España a la UE, y tal y como señala el inciso final del artículo 1 de la LE, «la política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el TFUE».

Las decisiones que adoptan los Estados en materia de política de empleo no pueden considerarse totalmente libres e independientes, sino que están condicionadas por distintos factores, entre ellos, por la necesidad de adecuarse a los ejes de actuación que marca la actual Estrategia Europa 2020 (Molina, 2016, p. 135). Por lo tanto, desde el Tratado de Ámsterdam², la política de empleo española, al igual que la del resto de países que pertenecen a la UE, está, en gran medida, «comunitarizada» (Monereo, 2016a, p. 189). Ahora bien, para saber hasta qué punto la UE puede influir en las decisiones que adoptan los distintos Estados en relación con la política de empleo, es necesario analizar cuáles son sus competencias específicas en la materia.

En primer lugar, cabe señalar que el TFUE dedica un título específico al empleo, en concreto el IX, mientras que la política social se regula de manera separada, en el título X. El título IX sobre empleo fue introducido *ex novo* por el Tratado de Ámsterdam y sentó las

² Por el que se modifican el TUE, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 en Ámsterdam.

bases para el desarrollo de la Estrategia europea de empleo (EEE). El hecho de que exista un capítulo específico sobre empleo es relevante por distintos motivos. En concreto, a los efectos que aquí interesan y en relación con las competencias de la UE en este ámbito, se pone de manifiesto que la política de empleo se articula de manera independiente, porque no forma parte de la política social ni puede englobarse en esta (Rodríguez-Piñero y Castellano, 2001, p. 30). Por lo tanto, las competencias de la UE en uno y otro ámbito son diferentes.

El objetivo prioritario del nuevo capítulo sobre el empleo era la creación de la estrategia coordinada para el empleo a la que se refiere el inciso final del artículo 1 de la LE (Ortiz, 1999, p. 17). El artículo 145 del TFUE, antiguo artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), apunta que:

Los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 TFUE.

La Cumbre extraordinaria de Luxemburgo, celebrada los días 21 y 22 de noviembre de 1997, fue la encargada de poner en marcha las políticas de coordinación en el ámbito del empleo que mencionaba el artículo 125 del TCE (Cristóbal, 2001, p. 37). Esta cumbre marcó el inicio de la EEE y del denominado «proceso de Luxemburgo», que tenía como finalidad coordinar los esfuerzos de los distintos Estados miembros en materia de empleo (De Pablos y Martínez, 2008, p. 107). La EEE se articulaba en torno a cuatro pilares (empleabilidad, espíritu empresarial, adaptabilidad e igualdad de oportunidades) y se instrumentó a través de un nuevo método de trabajo *ad hoc*: el denominado «método abierto de coordinación» (MAC). Se trata de una nueva forma de regulación, propia del *soft law*, que se diferencia, por lo tanto, del método de armonización aplicable en el ámbito de la política social (Monereo, 2016a). Las medidas previstas en la EEE no adoptaban nunca la forma de directivas, reglamentos o decisiones de la UE, sino que requerían la actuación de los Estados miembros (De Val, 2010, p. 104). La EEE no tenía la consideración de norma jurídica, circunstancia que condicionó el alcance de la respuesta por parte de los Estados.

Posteriormente, los días 23 y 24 de marzo de 2000 se celebró el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa en el que se adoptó la Estrategia de Lisboa. La EEE se incardinó en dicha estrategia y este proceso de integración se consolidó en las sucesivas revisiones, tanto de la EEE como de la «agenda de Lisboa» (Martín, 2008, p. 41). A raíz de la crisis económica, y a propuesta de la Comisión, el 17 de junio de 2010, el Consejo Europeo adoptó la Estrategia Europa 2020, la nueva estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. El fomento del nivel de empleo es uno de sus objetivos principales.

Teniendo en cuenta que la EEE, y también la Estrategia Europa 2020, se articulan a través del MAC, y tal como puede apreciarse a lo largo de todo el título IX del TFUE, queda

claro que la UE no tiene competencia exclusiva ni compartida en materia de empleo, sino que cuenta con unas competencias específicas y limitadas. De hecho, en el título I del TFUE, relativo a las categorías y ámbitos de competencias de la Unión, las políticas de empleo no se mencionan en el artículo 3 del TFUE sobre las competencias exclusivas, ni tampoco en el artículo 4 del TFUE, dedicado a las materias objeto de competencia compartida, entre las que sí se incluye la política social, sino en el artículo 5.2 del TFUE, que apunta que «la Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas».

Según el artículo 146 del TFUE, serán los Estados miembros, a través de sus políticas de empleo, quienes contribuirán al logro de los objetivos que se contemplan en el artículo 145 del TFUE, es decir, a «potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico». Queda claro, por lo tanto, que la política de empleo es competencia de los Estados miembros y que la UE se limita a ofrecer unas orientaciones al respecto. Con todo, el Tratado de Ámsterdam marcó un punto de inflexión, pues reforzó de manera notable el enfoque comunitario sobre la política de empleo. Dicho tratado dejó claro que la promoción de una mano de obra cualificada y un mercado laboral con capacidad para responder a los cambios económicos son cuestiones de interés general, comunes a todos los Estados miembros (De Val, 2010, p. 101).

Por su parte, el artículo 147.1 del TFUE apunta que la UE «contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones». Sin embargo, una vez más, el inciso final del artículo 147.1 del TFUE deja claro que, al llevar a cabo estas tareas de coordinación, la UE ha de respetar las competencias de los Estados miembros. El inciso final del artículo 149 del TFUE también recalca esta idea y afirma que las medidas para fomentar la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito del empleo «no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». En consecuencia, cabe concluir que la UE se limita a realizar una política de coordinación y dirección flexible en materia de empleo (Monereo, 2016a).

Ahora bien, el reparto de papeles entre los Estados y la Unión se ve, en gran medida, alterado por el procedimiento previsto en el actual artículo 148 del TFUE (Rodríguez-Piñero y Castellano, 2001, p. 32). Según este artículo, «el Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y adoptará conclusiones al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión».

A continuación, el artículo 148.2 del TFUE atribuye al Consejo la competencia para elaborar anualmente «orientaciones que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo». Estas orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros conforman, junto con las orientaciones generales de las políticas económicas, las acciones integradas para la aplicación de la Estrategia Europa 2020 y constituyen el instrumento principal para su desarrollo en el ámbito del empleo. Estas orientaciones también se

configuran a través del MAC, por lo que no son más que un marco de actuación para que los Estados adopten, a nivel interno, los programas de reforma nacional necesarios para llevarlas a cabo (Monereo, 2016a).

La Decisión (UE) 2019/1181 del Consejo, de 8 de julio, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, decidió mantener, para 2019, la versión de las orientaciones de 2018, adoptadas con la Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo, de 16 de julio, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, que constituyen, por lo tanto, la última versión de las citadas orientaciones en materia de política de empleo de la UE. Dichas orientaciones están en consonancia con los principios recogidos en el Pilar europeo de derechos sociales que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron conjuntamente el 17 de noviembre de 2017. Las anteriores versiones de las orientaciones para el empleo adoptadas tras la Estrategia Europa 2020 se recogían en la Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, y en la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Aunque en un primer momento recibían el nombre de directrices, dichas orientaciones han existido desde el inicio del «proceso de Luxemburgo».

Posteriormente, tomando en consideración las orientaciones elaboradas por la UE, según el artículo 148.3 del TFUE, «cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo». Por último, el Consejo, basándose en los informes presentados por los Estados miembros, examinará si sus políticas de empleo han tenido en cuenta las orientaciones que había elaborado y, en su caso, podrá formularles recomendaciones. A partir del resultado de dicho examen, la Comisión elabora el informe anual conjunto sobre la situación del empleo en la UE, a partir del cual elaborará sus propias conclusiones, que serán la base para la preparación de las orientaciones en materia de empleo por parte del Consejo.

Una parte de la doctrina consideró que el procedimiento previsto en el actual artículo 148 del TFUE impone unas obligaciones a los Estados que derivan en un control de los objetivos diseñados en sus planes nacionales para que se ajusten a las orientaciones elaboradas en el seno de la UE. En consecuencia, tal y como ya se apuntó, la política de empleo dejaría de ser una materia exclusivamente nacional y se convertiría en una materia de dimensión comunitaria (Cristóbal, 2001, p. 46). Ahora bien, el artículo 148 del TFUE no aclara cuáles son las consecuencias en caso de que el Consejo llegue a la conclusión de que los Estados miembros no han tenido en cuenta sus orientaciones en materia de política de empleo y se limita a señalar que podrá formularles recomendaciones. Con todo, aunque no queda muy claro hasta qué punto los Estados miembros están obligados a seguir las orientaciones o recomendaciones elaboradas por la UE, puesto que, como su propio nombre indica, estas no son vinculantes en sentido estricto y no se prevé ningún tipo de sanción en caso de incumplimiento, en cierto modo, implican una responsabilidad política. Por lo tanto,

aunque los Estados miembros conservan la competencia en materia de política empleo, están sometidos a una cierta presión política por parte de la UE y del resto de los Estados (Rodríguez-Piñero y Castellano, 2001, p. 32). Además, hay que tener en cuenta que, al implementarse la política de empleo por parte de la UE mediante instrumentos de *soft law*, en particular a través del MAC, tampoco cabría la imposición de sanciones específicas a los Estados miembros que no sigan las orientaciones en materia de empleo, puesto que ellos siguen siendo los competentes en esta materia.

3. Los trabajadores con problemas de salud como destinatarios de la política de empleo

Una vez que hemos aclarado que la UE solo tiene competencias de coordinación en materia de políticas de empleo, cabe ahora analizar si ha ejercitado dicha competencia en favor de los trabajadores con problemas de salud, es decir, si los ha mencionado de manera específica en las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros o si ha previsto alguna medida destinada a mejorar su acceso y permanencia al mercado de trabajo. Pues bien, después de haber analizado los distintos instrumentos en el ámbito de la política de empleo que la UE ha ido adoptado a lo largo de los años, desde la EEE a la Estrategia Europa 2020, y por supuesto también las distintas directrices y orientaciones destinadas a los Estados miembros, cabe concluir que la UE no ha previsto medidas específicas de promoción del empleo dirigidas a este colectivo, y ni siquiera contempla el aumento de la incidencia de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa como uno de los retos a los que se enfrenta Europa, aunque, al igual que el envejecimiento de la población, contribuye a la reducción de la población activa. Con todo, en las orientaciones del año 2018, se señala que «los Estados miembros deben incitar de forma efectiva a participar en el mercado laboral a las personas que puedan hacerlo». Esta previsión podría utilizarse para defender que los Estados miembros también están llamados a responder a las necesidades específicas de los trabajadores con problemas de salud, puesto que, con la puesta en práctica de una serie de medidas, en muchas ocasiones de menor entidad, podrían participar en el mercado laboral sin ningún problema.

Al contrario de lo que ocurre con los trabajadores que padecen enfermedades de larga duración, la UE sí que ha prestado especial atención a otros colectivos que, al igual que los trabajadores con problemas de salud, experimentan especiales dificultades en el mercado de trabajo, en particular a los trabajadores de edad avanzada y a las personas con discapacidad. En algunas ocasiones, es posible identificar similitudes entre las necesidades en el mercado de trabajo de los trabajadores con problemas de salud y los de edad avanzada o con una discapacidad. En consecuencia, algunas de las medidas u orientaciones que la UE hace sobre ellos resultarían aplicables también a los trabajadores con problemas de salud o, al menos, podrían servir como punto de referencia para que la UE elaborase unas orientaciones específicas destinadas a mejorar los niveles de empleo de estas personas.

La especial atención que la UE presta a los trabajadores de más edad y a los discapacitados deriva del propio artículo 10 del TFUE que establece que «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En consecuencia, en las orientaciones dirigidas a promover la igualdad de oportunidades y fomentar la integración social, la UE solo se refiere a las causas de discriminación mencionadas en el artículo 10 del TFUE. Por lo tanto, los trabajadores con problemas de salud no podrían acogerse a las medidas que los Estados miembros pongan en práctica para garantizar la igualdad de trato en el empleo y para evitar las discriminaciones por estos motivos.

En relación con el envejecimiento activo, la UE ha llevado a cabo distintas actuaciones a lo largo de los años dirigidas a prolongar la vida laboral de las personas de más edad. En el ámbito de la política de empleo, el interés de la UE por el envejecimiento de la población se remonta a la EEE de 1997 y se mantuvo en las distintas directrices sobre las políticas de empleo, hasta llegar a la Estrategia de Lisboa y a la Estrategia Europa 2020. En este sentido, en las distintas líneas de actuación dirigidas a cumplir el objetivo de alcanzar cuotas de ocupación en la UE que se aproximasen al pleno empleo, a las que hacía referencia la Estrategia de Lisboa, ya se mencionaba la necesidad de modernizar el modelo social europeo para hacer frente a los retos que plantea el envejecimiento de la población. Además, también se indicaba que era necesario fomentar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Por su parte, a los efectos que aquí interesan y de manera similar a lo que ocurría en la Estrategia de Lisboa, la Estrategia Europa 2020 presta particular atención a los retos que plantea el envejecimiento de la población y a la necesidad de promover políticas de envejecimiento activo. Con todo, aunque señala que la evolución demográfica es uno de los desafíos a los que tiene que enfrentarse la sociedad, no se refiere de manera expresa a los trabajadores con enfermedades crónicas, sino que se concentra en el envejecimiento de la población. Sin embargo, el aumento de la incidencia de las enfermedades crónicas en la población económicamente activa es otro de los cambios demográficos que más inciden en la reducción de la población activa.

Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, tanto en su versión de 2015 como en la de 2018, tampoco mencionan en ningún momento a los trabajadores con enfermedades crónicas, sino que hacen referencia únicamente a las estrategias de envejecimiento activo. La UE ha ido elaborando una serie de orientaciones y recomendaciones dirigidas a retrasar la salida efectiva del mercado de trabajo, por lo que, poco a poco, se ha ido consolidando el concepto de «envejecimiento activo» en la política de empleo (Álvarez, 2016, p. 93). Tal y como puede apreciarse, la acción de la UE en este ámbito tiene una larga trayectoria, circunstancia que explica las numerosas acciones que ha desarrollado sobre la temática. Además, la UE también creó un marco específico sobre el envejecimiento activo en el que el empleo jugaba un papel fundamental. La Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012): estrategia futura de 6 de diciembre de 2012 adoptó las «orientaciones que

han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones» elaboradas por el Comité de Protección Social y por el Comité de Empleo con el objetivo, entre otros, de fomentar el envejecimiento activo en el ámbito del empleo. Esta declaración contiene previsiones relacionadas con la educación y la formación profesional permanente; con las condiciones y los entornos laborales saludables; sobre la gestión estratégica de la edad para la adaptación de las carreras profesionales, para evitar la jubilación anticipada; con la atención especializada en los servicios de empleo; medidas para evitar la discriminación por razón de edad; para rentabilizar el conocimiento y la experiencia de estos trabajadores; y una fiscalidad favorable al empleo para que a estos trabajadores les compense más trabajar que jubilarse.

Por su parte, tanto la Estrategia de Lisboa como la Estrategia Europa 2020 se refieren a las personas con discapacidad.

Tanto la UE como todos sus Estados miembros son partes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por las Naciones Unidas en el año 2006, que entró en vigor para la UE en el año 2011. Esto explica el especial interés hacia la situación en el empleo de las personas con discapacidad en el seno de la UE. Dicha convención ha servido para orientar la Estrategia europea sobre discapacidad 2010-2020 elaborada por la Comisión Europea. Uno de sus objetivos consiste en garantizar un aumento del número de trabajadores con discapacidad en el mercado laboral y una mejor accesibilidad a los lugares de trabajo. Al contrario de lo que ocurría en las orientaciones para la política de empleo de 2015, la versión de 2018 alude, en diversas ocasiones, a las personas con discapacidad. En particular, en la orientación 6 de la versión de 2018, que lleva por título «Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias», se indica que «los Estados miembros deben apoyar la adaptación del entorno de trabajo de las personas con discapacidad, entre otros con un apoyo financiero específico y servicios que les permitan participar en el mercado de trabajo y en la sociedad». Además, en la orientación 8 sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para todos, el fomento de la integración social y el combate de la pobreza, se indica que:

Los Estados miembros deben favorecer unos mercados laborales inclusivos, abiertos a todos, instaurando medidas eficaces para luchar contra todas las formas de discriminación, y promover la igualdad de oportunidades de los grupos menos representados en el mercado laboral. Deben garantizar la igualdad de trato en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios, independientemente del género, el origen étnico o racial, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

El Pilar europeo de derechos sociales, cuyo objetivo consiste en otorgar a los ciudadanos unos derechos sociales nuevos y más efectivos, también menciona de manera expresa a las personas con discapacidad. En concreto, uno de los 20 principios en los que se basa se titula «Inclusión de las personas con discapacidad» y señala que «las personas

con discapacidad tienen derecho [...] a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades». Sin embargo, al igual que el resto de los instrumentos de la UE que hemos señalado hasta el momento, tampoco incluye a los trabajadores con enfermedades crónicas.

La discapacidad también es una de las causas de discriminación prohibidas previstas en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Sin embargo, la directiva no define dicho concepto. En consecuencia, se ha generado un importante debate en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en torno a la posibilidad de equiparar las enfermedades de larga duración a la discapacidad. Aunque en un primer momento, con la Sentencia Chacón Navas de 11 de julio de 2006 (asunto C-13/05), el TJUE rechazó esta hipótesis, en los últimos años, desde la Sentencia HK Danmark de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11) hasta la reciente Sentencia Nobel Plastiques Ibérica, SA, de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18), el Alto Tribunal ha venido realizando una interpretación más flexible del concepto de discapacidad señalando que:

Procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

Si cumplen los requisitos a los que se refiere el TJUE, los trabajadores con problemas de salud podrían acceder a la protección en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, en concreto a la tutela frente al despido injustificado y los ajustes razonables. Ahora bien, estas son medidas de protección del empleo que, por sí solas, no serán suficientes para promover y garantizar el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas. Por ejemplo, de nada serviría que se prohíban los despidos de los trabajadores con problemas de salud que, en realidad, debido a su capacidad laboral reducida no pueden desempeñar ninguna actividad que resulte útil para el empresario. Para que este tipo de tutelas sean eficaces y contribuyan al aumento de sus tasas de empleo, tienen que ir acompañadas necesariamente de medidas de promoción del empleo. En consecuencia, no basta con proteger a los enfermos crónicos desde el punto de vista de la tutela antidiscriminatoria, sino que sería indispensable adoptar medidas para que puedan seguir trabajando pese a su capacidad laboral reducida. Uno de los objetivos principales de este tipo de actuaciones consistiría, precisamente, en promover la empleabilidad de estos trabajadores para evitar, precisamente, que el despido derivado de su capacidad laboral reducida llegue a producirse.

Por otro lado, cabe señalar que la interpretación flexible del concepto de discapacidad que realiza el TJUE se limita al ámbito de la Directiva 2000/78/CE y, por lo tanto, a la tutela antidiscriminatoria, mientras que no existe ninguna razón para pensar que los trabajadores

con enfermedades crónicas se equiparen a las personas con discapacidad en todos los ámbitos, entre ellos en la política de empleo. En consecuencia, no podrán acceder a las medidas dirigidas a las personas con discapacidad previstas, entre otros instrumentos, en las orientaciones para la política de empleo de los Estados miembros o en la Estrategia europea sobre discapacidad. Por lo tanto, la labor del TJUE no es suficiente y, para aumentar sus tasas de empleo, sería necesario incluir a los enfermos crónicos entre los grupos desfavorecidos en el ámbito de las políticas de empleo.

Además, volviendo al plano más conceptual, no parece que la equiparación de las enfermedades crónicas a la discapacidad sea la vía más adecuada para proteger a los trabajadores con problemas de salud, pues, en realidad, por sus especiales características y necesidades, se trata de un grupo que puede diferenciarse de manera clara de los discapacitados. En consecuencia, para evitar problemas terminológicos derivados de una asimilación un tanto forzada con otro grupo, con el que puede compartir determinadas características, pero en el que no debería incluirse sin más, se estima que sería más acertada la consideración de la enfermedad crónica como una causa de discriminación autónoma.

Tal y como se ha señalado, los Estados miembros reciben las orientaciones sobre política de empleo de la UE en sus planes nacionales de empleo, tanto las relacionadas con las medidas que deberían adoptar como con los colectivos prioritarios en los que tendrían que centrar sus actuaciones. Por lo tanto, si la promoción del empleo de los trabajadores con problemas de salud no es una prioridad en la UE, es muy probable que tampoco lo sea en los distintos Estados miembros. Por ejemplo, en España, entre los objetivos generales de la política de empleo a los que se refiere el artículo 2 de la LE, el apartado d) indica que la política de empleo pretende «asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral», entre los que incluye a los jóvenes, a las mujeres, a las personas con discapacidad, a los parados de larga duración y a los mayores de 45 años, pero no a los trabajadores con problemas de salud.

Pese a que no existen en el ámbito de la UE medidas específicas dirigidas a promover el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas, en los últimos años, se ha desarrollado un conjunto de iniciativas que tenían como objetivo elaborar una serie de propuestas o recomendaciones acerca de las actuaciones que debería llevar a cabo la UE en esta materia. En particular, en noviembre de 2017, la European Chronic Disease Alliance³, a través de la EU Health Policy Platform⁴, puso en marcha una iniciativa dirigida a mejorar las oportunidades laborales para las personas con enfermedades crónicas (*Call to action*

³ La European Chronic Disease Alliance es una coalición de once organizaciones europeas del ámbito de la salud que tienen el objetivo de luchar contra las enfermedades crónicas a través de políticas de la UE que impacten en la salud.

⁴ La EU Health Policy Platform es una herramienta interactiva de la UE para impulsar debates sobre problemas relacionados con la salud pública.

to enhance labour opportunities for people with chronic diseases) y elaboró una declaración conjunta titulada «Mejorar el empleo de las personas con enfermedades crónicas en Europa» (*Joint statement on improving the employment of people with chronic diseases in Europe*). En dicha declaración, se pide a la Comisión Europea, al Parlamento Europeo y a los Estados miembros que tomen en consideración la importancia de hacer frente a las barreras sanitarias, sociales, económicas y estructurales relacionadas con el empleo de las personas con enfermedades crónicas en Europa. Esta declaración contiene recomendaciones específicas en materia de promoción del empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas, que se dirigen tanto a la UE como a los Estados miembros. Entre las acciones que consideran que debería adoptar la UE, destacan las siguientes: apoyo a las empresas para que inviertan en modelos innovadores de negocio que faciliten la inclusión de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado laboral a través del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas y mediante otros fondos estructurales; creación de unas orientaciones sobre la promoción de la salud en el lugar de trabajo y sobre la conservación del empleo; desarrollo de unas guías para ayudar a los empresarios a apoyar a los trabajadores con enfermedades crónicas; creación de un premio para los empresarios que garanticen la inclusión laboral de los trabajadores con enfermedades crónicas financiado a través del Fondo Social Europeo. En dicha declaración conjunta también se pone de manifiesto que la puesta en práctica de las acciones que proponen contribuiría a alcanzar el objetivo de fomentar el empleo previsto en la Estrategia Europa 2020.

De manera paralela a la elaboración de la declaración «Mejorar el empleo de las personas con enfermedades crónicas en Europa», el fenómeno de los trabajadores con enfermedades crónicas también empezó a suscitar cierta atención en el seno del Parlamento Europeo. El artículo 46 del Reglamento interno del Parlamento Europeo, de acuerdo con el artículo 225 del TFUE y aunque la iniciativa legislativa en el ámbito de la UE corresponde a la Comisión Europea, señala que «el Parlamento podrá solicitar a la Comisión que le presente las propuestas oportunas para la adopción de actos nuevos o la modificación de actos existentes». El Parlamento tiene que realizar dicha solicitud a la Comisión con base en un informe de propia iniciativa de la comisión competente, elaborado conforme al procedimiento previsto en el artículo 52 de su reglamento interno. En este sentido, el 12 de octubre de 2017, la eurodiputada Jana Žitňanská presentó ante el Parlamento Europeo, mediante el citado procedimiento de informes de propia iniciativa, una propuesta de resolución sobre vías de reintegración de los trabajadores en empleos de calidad tras recuperarse de una lesión o enfermedad⁵.

En dicha propuesta se trataban distintos aspectos, pero todos ellos, desde una u otra perspectiva, tenían como objetivo promover la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. En concreto, la propuesta se articulaba en

⁵ En el siguiente enlace pueden consultarse todas las fases del procedimiento de iniciativa: <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017/2277\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017/2277(INI))>.

torno a tres pilares fundamentales: la prevención y la intervención temprana, el regreso al trabajo y el cambio de actitud sobre la reintegración de las personas con problemas de salud en el mercado de trabajo. En este sentido, en lo que se refiere de manera específica a la política de empleo, la propuesta instaba al Parlamento a solicitar a los Estados miembros y a la Comisión Europea que incentivasen a los empresarios para que pusiesen en práctica políticas activas de fomento del empleo para las personas con discapacidad o con enfermedades crónicas. Además, también apuntaba que, si las condiciones médicas lo permitían, el Parlamento Europeo debería potenciar la reintegración de estos trabajadores en el mercado de trabajo mediante la formación y el reciclaje laboral.

Después del correspondiente debate y de la incorporación de las enmiendas que propusieron el resto de los europarlamentarios, el procedimiento de propia iniciativa culminó con la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre vías de reintegración de los trabajadores en empleos de calidad tras recuperarse de una lesión o enfermedad (2017/2277(INI)), que se publicó en el DOUE el 23 de diciembre de 2019 y se remitió al Consejo y a la Comisión Europea. En relación con la política de empleo, en su resolución, el Parlamento:

[...] pide a la Comisión y los Estados miembros que establezcan marcos de políticas activas de mercado de trabajo e incentivos para los empleadores a fin de apoyar el empleo de personas con discapacidad y enfermedades crónicas, entre otras vías, mediante adaptaciones adecuadas y la eliminación de barreras en el lugar de trabajo para facilitar su reintegración; recuerda que es esencial informar a las empresas y a las personas afectadas acerca de los incentivos y derechos existentes.

Tal y como puede apreciarse, en los aspectos relacionados con la política de empleo, la resolución del Parlamento Europeo ha reproducido el contenido de la propuesta que se le presentó. Además, a raíz de una enmienda, la resolución también hace referencia a la declaración conjunta elaborada por la European Chronic Diseases Alliance. En otro orden de cosas, y tal y como se solicitaba en la propuesta de resolución, el Parlamento Europeo también pide a la Comisión que «mejore la financiación para enfoques ascendentes en el marco de los fondos estructurales, en particular del Fondo Social Europeo».

Por su parte, y según el artículo 16 del Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, la Comisión Europea tiene que informar por escrito al Parlamento sobre las medidas que ha adoptado o que pretende adoptar en relación con las solicitudes concretas formuladas por el Parlamento en las resoluciones que le ha remitido. En el caso que estamos analizando, la Comisión Europea cumplió con su cometido y respondió a la resolución no legislativa sobre vías de reintegración de los trabajadores en empleos de calidad tras recuperarse de una lesión o enfermedad el 11 de marzo de 2019. En concreto, en relación con la petición del Parlamento de que establezca «marcos de políticas activas de mercado de trabajo e incentivos para los empleadores a fin de apoyar el empleo de personas con discapacidad y enfermedades crónicas», la Comisión no indica que

tenga intención de presentarle nuevas propuestas dirigidas a desarrollar nuevas políticas activas específicas para los trabajadores con discapacidad o con enfermedades crónicas, sino que parece entender que las medidas existentes en la actualidad son suficientes.

La Comisión hace referencia a la orientación número 6 de las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros del año 2018 sobre el aumento de la oferta de trabajo y la mejora del acceso al empleo, las capacidades y las competencias y señala que en la expresión «es preciso reducir las barreras al empleo, en especial de grupos desfavorecidos» quedan incluidas las personas con discapacidad y con enfermedades crónicas. Ahora bien, en realidad, dicha expresión no aparece en las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros adoptadas por el Consejo en el año 2018, sino que aparecía en la versión de 2015. Con todo, en las orientaciones de 2018 también existe una expresión similar. En concreto, dentro de la orientación número 6 se señala que «los Estados miembros deben procurar eliminar los obstáculos y elementos disuasorios, e incentivar la participación en el mercado de trabajo, en particular para las personas más alejadas de este». En consecuencia, y por analogía, cabría entender que las personas con discapacidad y con enfermedades crónicas son grupos desfavorecidos y están más alejadas del mercado laboral y, por lo tanto, los Estados miembros deben redoblar sus esfuerzos para incentivar su participación en el mercado de trabajo. La Comisión no responde, por lo tanto, a las peticiones del Parlamento, sino que remite a medidas ya existentes, entendido que ya cubren a los trabajadores con enfermedades crónicas. En este sentido, cabe recordar que este tipo de resoluciones del Parlamento no son vinculantes para la Comisión. La Comisión no está obligada a responder de manera afirmativa a su solicitud, por lo que puede decidir no presentar una propuesta legislativa sobre las políticas activas para los trabajadores con enfermedades crónicas.

A continuación, la Comisión reconoce que los objetivos en materia de empleo, educación y reducción de la pobreza previstos en la Estrategia Europa 2020 no pueden alcanzarse sin la inclusión de los grupos más desfavorecidos, como, por ejemplo, las personas con discapacidad. Por ello, mediante la Estrategia europea sobre discapacidad 2010-2020, la Comisión se comprometió a fomentar la participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral. Ahora bien, la Comisión se refiere únicamente a las iniciativas que ha puesto en marcha para fomentar el empleo de las personas con discapacidad, grupo para el cual, como ya se mencionó, sí que existen medidas específicas en el ámbito de la política de empleo. Sin embargo, la resolución del Parlamento, aunque también menciona a las personas con discapacidad, se centra, de manera primordial, en otro grupo, el de los trabajadores con problemas de salud o con enfermedades crónicas, para lo que no existen, en el ámbito de la UE, estrategias concretas dirigidas a potenciar su participación en el mercado laboral.

Por último, la Comisión se refiere a la Directiva 2000/78/CE que, en su artículo 5, regula la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad. Los ajustes razonables son:

[...] medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

Este tipo de previsiones no son políticas de empleo en sentido estricto, sino que pertenecen al ámbito de la lucha contra la discriminación. Con todo, en la medida en que su objetivo es que las personas con discapacidad mejoren sus perspectivas de empleo u obtengan una formación, también pueden considerarse medidas de promoción del empleo. Sin embargo, en principio y salvo en aquellos casos en los que siguiendo la interpretación flexible del TJUE sea posible equiparar las enfermedades crónicas a la discapacidad, los ajustes razonables se dirigen únicamente a las personas con discapacidad y no a los trabajadores con enfermedades crónicas.

Por otro lado, y en relación con la financiación de las iniciativas dirigidas a sufragar la reintegración de las personas más alejadas del mercado laboral, la Comisión apunta que el Fondo Social Europeo apoya acciones dirigidas a promover el empleo sostenible y de calidad y la inclusión social, por lo que puede usarse, por ejemplo, para fomentar la contratación y el regreso al trabajo de las personas con una enfermedad crónica o rara, con una discapacidad o con problemas de salud mental, así como para promocionar un ambiente de trabajo saludable. En este caso, la Comisión señala que ya ha adoptado medidas al respecto, en concreto, propuso integrar el Programa de Salud de la UE en el nuevo Fondo Social Europeo para el periodo 2021-2027 (Fondo Social Europeo Plus), para asegurarse de que los aspectos relacionados con la salud se tengan en cuenta en todo el gasto social y viceversa. Con todo, aunque cabe valorar de manera positiva el hecho de que la Comisión Europea señale que, entre las medidas que apoya el Fondo Social Europeo también cabrían aquellas dirigidas a las personas con enfermedades crónicas y la propuesta que hizo en relación con el Fondo Social Europeo Plus, lo cierto es que la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al Fondo Social Europeo Plus (FSE+) no se refiere de manera expresa a las mismas.

En consecuencia, cabe concluir que la Comisión no ha respondido de manera concreta a las solicitudes que le hacía el Parlamento Europeo y parece poco probable que vaya a poner en marcha iniciativas específicas dirigidas a los trabajadores con problemas de salud, al contrario de lo que sí ha hecho con las personas de más edad o con discapacidad. En conclusión, y pese a los avances que se han producido en el ámbito del Parlamento Europeo en los últimos tiempos, no parece que, a corto plazo, vayan a adoptarse en el ámbito de la UE orientaciones dirigidas a los Estados miembros para que articulen políticas de empleo específicas dirigidas a los trabajadores con enfermedades crónicas.

En particular, parece que prevalece la idea de que los trabajadores con enfermedades crónicas no necesitan políticas de empleo *ad hoc*. Sin embargo, esta idea no puede compartirse,

puesto que, tal y como puede apreciarse analizando los datos sobre sus tasas de ocupación, estos se encuentran en una posición de clara desventaja respecto a las demás personas, incluso respecto a los desempleados de larga duración. Los enfermos crónicos tienen más cosas en común con ciertos colectivos que se consideran de manera expresa como desfavorecidos, sobre todo con los discapacitados y los trabajadores de más edad, por lo que deberían adoptarse medidas de políticas de empleo específicas dirigidas a promover su empleo. Por lo tanto, sería deseable que se escuchasen las peticiones del Parlamento Europeo y que en las próximas orientaciones de la política de empleo para los Estados miembros se hiciese referencia a la necesidad de poner en marcha políticas de empleo específicas dirigidas a los trabajadores con enfermedades crónicas.

La pasividad de la UE en este ámbito puede deberse a distintos motivos. En primer lugar, a un desconocimiento real de la importancia del tema a efectos de política de empleo. Al contrario de lo que ocurre con los discapacitados y los trabajadores mayores, que han sido tradicionalmente objeto de las políticas de empleo, el fenómeno del aumento de las enfermedades crónicas entre la población activa es relativamente nuevo y su impacto desde el punto de vista del empleo empezó a estudiarse no hace demasiado tiempo (Eurofound, 2014). Con todo, hay que tener en cuenta que ya desde el año 2013, el TJUE inició un proceso de flexibilización del concepto de discapacidad, por lo que, en determinadas circunstancias, es posible incluir a los enfermos crónicos. Sin embargo, esta evolución en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria no ha venido acompañada de una expansión similar en el terreno de la política de empleo. Además de que las competencias en ambas materias son diferentes, el rechazo de la UE a la consideración de los trabajadores con enfermedades crónicas como colectivos vulnerables puede deberse a razones presupuestarias. Los datos nos muestran que el porcentaje de personas con enfermedades crónicas es muy elevado, por lo que la puesta en práctica de políticas activas dirigidas a las mismas implicaría un importante desembolso para los Estados miembros, que podrían mostrarse reacios a ponerlas en práctica. Sin embargo, estamos ante un tema importante y urgente, por lo que la UE no debería esperar y tendría que utilizar sus competencias de coordinación en política de empleo para empezar, en primer lugar, a concienciar a los Estados miembros acerca de la importancia de este fenómeno.

4. Las medidas de promoción o de fomento del empleo

La UE debería promover el empleo de los trabajadores con problemas de salud mediante la elaboración de orientaciones específicas al respecto. Por lo tanto, cabe analizar ahora cuáles habrían de ser las medidas coordinadas que la UE debería promover y que los Estados miembros tendrían que adoptar, puesto que, tal y como se explicó, la competencia en materia de política de empleo recae en los Estados miembros.

Tradicionalmente, las medidas adoptadas en el ámbito de la política de empleo se han clasificado en políticas activas y en políticas pasivas de empleo (Molina, 2016, p. 134). La

resolución del Parlamento Europeo se refiere de manera expresa a las primeras. De hecho, la doctrina ya había defendido que, para evitar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores con enfermedades crónicas, sería necesario pasar de las tutelas pasivas que se han venido poniendo en práctica tradicionalmente, como, por ejemplo, la promoción del acceso a las prestaciones de incapacidad permanente (IP), a las políticas activas dirigidas a promover el regreso al trabajo y la inserción laboral de los enfermos crónicos, cuando ello sea posible. Además, para lograrlo, también se requiere de una mayor conexión entre las políticas pasivas y activas de empleo (Tiraboschi, 2015, pp. 26 y 28).

Las políticas activas de empleo siempre han ocupado un lugar muy relevante en el ámbito de la política de empleo de la UE. De hecho, incluso antes de la EEE, ya en el Consejo Europeo de Essen de 1994, una de las cinco áreas prioritarias que se identificaron fue la mejora de la efectividad de las políticas activas de empleo (Cristóbal, 2001, p. 35). El compromiso de la UE con las mismas continúa en la actualidad y, de hecho, uno de los principios en los que se basa el Pilar europeo de derechos sociales es el «apoyo activo para el empleo». Dicho principio apunta que:

Toda persona tiene derecho a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o trabajo autónomo. Esto incluye el derecho a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje. Toda persona tiene derecho a la transferencia de la protección social y el derecho a la formación durante las transiciones profesionales.

De la misma manera, las orientaciones para la política de empleo de los Estados miembros de 2018 señalan que:

Los Estados miembros deben reforzar la eficacia de las políticas activas del mercado de trabajo ampliando su orientación, ámbito de aplicación y cobertura, y mejorando su interacción con ayudas económicas a los desempleados mientras buscan trabajo basadas en sus derechos y responsabilidades.

Queda claro, por lo tanto, que las políticas activas de empleo son uno de los ejes fundamentales en torno a los que se articula la política de empleo en la UE.

Las políticas activas de empleo, o políticas activas del mercado de trabajo, son aquellas que tienen como objetivo el aumento de las oportunidades de empleo de quienes lo buscan, y la mejora de la adecuación entre empleo (vacantes) y los trabajadores (desempleados)⁶. En España, la LE define las políticas activas de empleo en su artículo 36.1 como:

⁶ Definición extraída de la ficha temática del Semestre Europeo: «Políticas activas del mercado de trabajo». Recuperado de <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-fact-sheet_active-labour-market-policies_es.pdf>.

[...] el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.

Por lo tanto, la finalidad principal de las políticas activas de empleo consiste en ayudar a las personas de manera activa, sobre todo, a encontrar un puesto de trabajo, pero también a conservarlo en aquellos casos en los que esté en riesgo, principalmente, a través de la mejora de su empleabilidad.

Por su parte, las denominadas «políticas pasivas de empleo» consisten, principalmente, en cuantías económicas dirigidas a paliar la falta de rentas de la persona que ha perdido su empleo de manera involuntaria, o que ha dejado de prestar servicios, porque reunía los requisitos necesarios para acceder a la jubilación anticipada. Entre ellas se incluyen la protección por desempleo o la jubilación anticipada, ambas reguladas en el 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).

En principio, para lograr la promoción y el fomento del empleo de los trabajadores con problemas de salud, y tal y como señalaba la resolución del Parlamento, es necesario que la UE instituya un marco sobre las políticas activas de empleo. Ahora bien, es necesario señalar que la distinción entre políticas activas y pasivas de empleo no siempre es tan neta. Las orientaciones para las políticas de empleo de 2018 elaboradas por la UE establecen que:

Los Estados miembros deben facilitar a los desempleados unas prestaciones de desempleo adecuadas y de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y con los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deben desincentivar un retorno rápido al trabajo y deben ir acompañadas de políticas activas del mercado de trabajo.

Siguiendo la línea marcada por la UE, en España también existen distintas referencias a la necesidad de combinar las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo. En concreto, el artículo 2 d) de la LE señala que uno de sus objetivos es «mantener un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas». Por su parte, el artículo 36.2 de la LE, en el que se definen las políticas activas de empleo, establece que dichas políticas se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en la LGSS. Por último, el capítulo III de la LE se dedica, de manera específica, a la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo.

Estas referencias a la combinación entre políticas activas y pasivas han llevado a la doctrina a afirmar que en los sistemas más evolucionados de empleo no existe una separación radical entre las mismas, sino dos dimensiones articuladas entre políticas activas y pasivas (Monereo, 2016b, p. 48). En la actualidad, se está produciendo un proceso de transformación continua y profunda de la política de empleo, que ha dado lugar al fenómeno denominado «activación de la política de empleo». Dicho fenómeno ha afectado a las características principales de la política pasiva de empleo, que ha pasado a perseguir finalidades más propias de las políticas activas de empleo. Este proceso de activación tiene su origen, en parte, en la EEE (Molina, 2016, p. 134).

En consecuencia, en el presente estudio se ha preferido utilizar la expresión «promoción del empleo» de los trabajadores con problemas de salud, en lugar de políticas activas de empleo para los trabajadores con problemas de salud, pues se trata de un concepto más amplio, en el que también caben algunas de las consideradas tradicionalmente como políticas pasivas de empleo. De hecho, los artículos 41 de la LE y 300 de la LGSS se refieren, de manera expresa, al denominado «compromiso de actividad» que adquieren los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo. Según el artículo 300 de la LGSS, estos se comprometen a «buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad». Por lo tanto, en ocasiones, también se puede fomentar el regreso al trabajo de los trabajadores con problemas de salud cuando están percibiendo una prestación por desempleo, si, al mismo tiempo, están participando en las políticas activas de empleo.

El concepto de promoción o fomento del empleo es tan amplio que, además de las políticas activas de empleo en sentido estricto, también puede llegar a comprender otra serie de iniciativas, públicas o privadas, destinadas a aumentar las posibilidades de empleo de los trabajadores con problemas de salud, como puede ser, por ejemplo, la obligación de realizar ajustes razonables. La obligación de realizar ajustes razonables puede consistir en la adaptación del puesto o de las condiciones de trabajo. Además, actúa como una medida de prevención del despido de los trabajadores con enfermedades crónicas, cuando es posible equipararlos a los discapacitados, pues, antes de despedirlos, el empresario tiene que intentar adaptar sus condiciones de trabajo. Si logra probar que lo intentó, pero que no le resultó posible, entre otros motivos, por ejemplo, porque su coste era desproporcionado, el despido sería procedente. En consecuencia, en última instancia, la obligación de realizar ajustes razonables no basta por sí sola para evitar el despido, sino que se necesitan políticas activas de empleo dirigidas a facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo.

Las medidas que se limitan a ofrecer una protección en forma de rentas, pero que no promueven la activación o la empleabilidad de los trabajadores que padecen problemas de salud, no pueden considerarse medidas de promoción o de fomento del empleo. Con todo, se reconoce que también sirven para tutelar a los trabajadores que han perdido su empleo a causa del padecimiento de una enfermedad, o que tienen más dificultades para

incorporarse al mercado de trabajo por este motivo. Además, existen otras prestaciones de Seguridad Social, sobre todo la IP, que, aunque no es una política pasiva de empleo en sentido estricto, puede decirse que, en ocasiones, se ha utilizado como si lo fuera, pues se ha fomentado que aquellas personas que no podían desempeñar su trabajo a causa de sus problemas de salud accediesen a la misma, en lugar de facilitar su permanencia en el mercado laboral, mediante la puesta en práctica de políticas activas de empleo.

Centrándonos ahora en las políticas activas de empleo, las intervenciones de los Estados miembros en este ámbito se focalizan, principalmente, en las personas que están fuera del mercado laboral y en aquellos colectivos que se consideran más vulnerables. En este sentido, el artículo 10.4 c) de la LE establece que uno de los ejes, en concreto el eje 3, en los que se articulará la Estrategia española de activación para el empleo, instrumento que reflejará las políticas activas de empleo que se desarrollarán en el conjunto del Estado, versa sobre las oportunidades de empleo, e incluye aquellas actuaciones dirigidas a incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente, de:

[...] los colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género.

En concreto, en el Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, se establece que este eje 3 comprende los siguientes objetivos estructurales: 1) fomentar y sostener la contratación de colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo; 2) fomentar y sostener la contratación y la promoción del empleo en la dimensión local; y 3) promover la activación de perceptores de prestaciones y la vinculación de políticas activas y pasivas.

En la misma línea que el último de los objetivos estructurales contemplados en la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, el artículo 30 de la LE, situado en el capítulo II de dicha ley que lleva por título «Acceso de las personas desempleadas a los servicios», se refiere a aquellas personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, a los que denomina «colectivos prioritarios», y para los que señala que habrá que elaborar programas específicos destinados a fomentar su empleo. Entre ellos incluye a:

[...] jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

Por su parte, la Resolución de 12 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2019, por el que se aprueba el Plan anual de política de empleo para 2019, da cuenta de los distintos servicios y programas de políticas activas de empleo que se desarrollarán para los colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo.

Tal y como puede apreciarse, ni la LE, ni la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020, ni tampoco el Plan anual de política de empleo para 2019 hacen mención alguna a los trabajadores con problemas de salud o a aquellos que padecen enfermedades crónicas que les provocan una limitación de su capacidad laboral.

En las últimas reformas de las políticas activas han ido surgiendo nuevos colectivos emergentes, como, por ejemplo, las mujeres víctimas de violencia de género o los inmigrantes (García, 2015, p. 581). Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con los trabajadores con problemas de salud y no se consideran un colectivo con dificultades especiales en el ámbito del empleo, ni tampoco como un colectivo prioritario a la hora de acceder a los servicios. Ahora bien, podría sostenerse que el hecho de que el artículo 30 de la LE no considere a los desempleados con problemas de salud como un colectivo prioritario no sería un impedimento para que pudiesen beneficiarse de programas específicos e itinerarios individuales y personalizados de empleo, puesto que la doctrina ha entendido que la lista del artículo 30 de la LE no es cerrada (Olarte, 2008, p. 147). Con todo, no han podido identificarse medidas específicas dirigidas a este colectivo. Queda claro, por lo tanto, que, en España, la inclusión laboral de las personas con problemas de salud ha quedado relegada a un segundo plano y que no es uno de los temas a los que se ha prestado más atención en el ámbito de las políticas activas de empleo.

En todo caso, la doctrina también plantea que, si la técnica de la subjetivación de las políticas activas de empleo se realiza de manera demasiado amplia, se corre el riesgo de que pierda su razón de ser, pues se acabaría incluyendo en la categoría de colectivos con especiales dificultades a prácticamente cualquier desempleado. En consecuencia, las políticas activas de empleo solo deberían especializarse cuando se constate que existe una situación de desventaja real y significativa en el acceso y la permanencia en el empleo (Olarte, 2008, p. 253). Ahora bien, no cabe duda de que, por sus características específicas derivadas del padecimiento de una enfermedad crónica, los trabajadores con problemas de salud tienen una serie de dificultades añadidas a la hora de acceder y permanecer en el mercado de trabajo, circunstancia que se refleja en sus tasas de empleo en el ámbito de la UE, por lo que sí cumplirían con los requisitos para ser considerados de manera específica e individualizada como un colectivo prioritario y vulnerable a efectos de la política de empleo.

Dentro de las políticas activas de empleo podemos distinguir, a su vez, entre diferentes tipos de medidas, entre ellas, la política de intermediación laboral, la política de formación para el empleo y la política de fomento del empleo en sentido estricto, o de creación de empleo.

Las políticas formativas son unas de las políticas activas de empleo que pueden resultar más beneficiosas y eficaces para los trabajadores con enfermedades crónicas. Por lo general, el padecimiento de una enfermedad crónica implica la pérdida o la obsolescencia de las competencias necesarias para desempeñar el puesto de trabajo que se venía desarrollando, por lo que aumenta el riesgo de despido por este motivo. La obsolescencia de las competencias es un proceso que tiene lugar cuando estas se deprecian por distintos motivos, entre ellos, por el envejecimiento o por un problema de salud. En muchas ocasiones, aunque existan otros puestos de trabajo disponibles en la empresa, la recolocación de los trabajadores con enfermedades crónicas resulta difícil, porque no cuentan con las competencias necesarias para desempeñarlos. La falta de formación representa una barrera de cara a la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. En consecuencia, las políticas formativas juegan un papel fundamental a la hora de promover la empleabilidad de los trabajadores con enfermedades crónicas y de asegurar sus posibilidades de integración en el mercado laboral. La resolución del Parlamento también hacía referencia a la importancia de la formación y del reciclaje profesional como vía para potenciar la reintegración de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo. Por lo tanto, la UE debería promover la puesta en práctica por parte de los Estados miembros de programas de formación profesional para el empleo específicos para los trabajadores con enfermedades crónicas, que se adapten a las necesidades de cada caso concreto.

En España, el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral se regula en el artículo 40 de la LE, que señala que:

[...] está constituido por el conjunto de iniciativas, programas e instrumentos que tienen como finalidad impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que contribuya al desarrollo personal y profesional de los trabajadores y a su promoción en el trabajo que responda a las necesidades del mercado laboral y esté orientada a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad empresarial.

Su objetivo consiste en mejorar la educación y la formación de los desempleados o de los ocupados que corren el riesgo de perder su empleo, con el fin de incrementar y mejorar su empleabilidad. Además, la formación profesional para el empleo sirve para colmar el déficit de competencias necesarias para desempeñar una actividad laboral y también su obsolescencia. Por lo tanto, dicha formación podría ofrecerse a los trabajadores con problemas de salud en dos momentos, bien de manera preventiva, mientras el contrato de trabajo sigue vigente, para evitar que pierdan su ocupación, o durante la situación de desempleo, para lograr que se reincorporen lo antes posible al mercado laboral. De esta manera, los servicios públicos de empleo, que son los encargados de gestionar el sistema de formación profesional para el empleo, adquirirían un papel activo en la promoción del empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas.

Por otro lado, algunas de las medidas que forman parte de la denominada «política de fomento del empleo» en sentido estricto también resultan muy interesantes para garantizar la permanencia de los trabajadores con problemas de salud en el mercado laboral. El objetivo de la política de fomento del empleo es actuar sobre la oferta de empleo. Puede consistir en incentivos a la contratación por cuenta ajena, en la creación directa de empleo público o en la promoción del autoempleo o del emprendimiento. Estas políticas se corresponderían con los incentivos para que los empresarios apoyen el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas a los que se refiere la resolución del Parlamento Europeo.

En relación con las medidas dirigidas a fomentar la contratación por cuenta ajena, estas pueden actuar en la fase inicial de la relación laboral, como, por ejemplo, las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, pero también durante el desarrollo de la misma. En este último caso, podrían consistir en el abono de los gastos de formación o reciclaje profesional (Molina, 2016, p. 140). Las medidas más interesantes para los trabajadores con problemas de salud serían los subsidios económicos, los incentivos fiscales, o de otro tipo, dirigidos a los empresarios para que los contraten, y también aquellos destinados a que puedan conservar su empleo. En particular, el abono del coste que implica para el empresario la adaptación de las condiciones de trabajo a sus nuevas necesidades sería una medida muy adecuada, tanto si dicha adaptación resulta obligatoria por aplicación de la normativa antidiscriminatoria como si no. De hecho, la resolución del Parlamento Europeo se refería a los incentivos para que los empresarios realicen adaptaciones adecuadas y eliminen las barreras en el lugar de trabajo. Además, el principio número 10 del Pilar europeo de derechos sociales, si bien con carácter general y no solo en relación con los trabajadores con enfermedades crónicas, señala que «los trabajadores tienen derecho a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades profesionales y que les permita prolongar su participación en el mercado laboral».

La obligación de realizar ajustes razonables para los trabajadores con discapacidad, o para los enfermos crónicos cuando quedan incluidos en dicho concepto, o la adaptación voluntaria por parte del empresario no constituyen en sí mismas políticas activas de empleo. Sin embargo, el pago de los gastos derivados de dicha adecuación representa, junto con las políticas formativas y sin perjuicio de otras como la intermediación laboral, la política activa de empleo más útil y adecuada que pueden articular los poderes públicos para promover el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas.

5. Conclusiones

Las orientaciones en materia de empleo que la UE elabora para los Estados miembros no se han centrado en los trabajadores con problemas de salud, sino en otros grupos, como los trabajadores de más edad y los discapacitados, para los que sí ha adoptado acciones específicas dirigidas a prolongar su permanencia en el mercado laboral, en el primer caso,

o a aumentar sus niveles de empleo, en el segundo. Por lo general, los grupos a los que se considera vulnerables en el ámbito de la política de empleo son los mismos a los que se refiere el artículo 10 del TFUE relativo a las causas de discriminación. Ni las enfermedades crónicas ni la salud forman parte de estas causas de discriminación prohibidas, por lo que esto podría explicar que tampoco se les haya considerado un grupo desfavorecido a efectos de política de empleo. En consecuencia, la inclusión de la enfermedad crónica entre las causas de discriminación facilitaría la consideración de los trabajadores que la padecen como colectivos vulnerables. De hecho, los datos así lo avalarían, puesto que las tasas de empleo de las personas con problemas de salud crónicos ponen de manifiesto que experimentan especiales dificultades para encontrar o conservar su empleo.

Las acciones de la UE en el ámbito de la política de empleo deberían centrarse en dos aspectos. En primer lugar, convendría que contemplase el aumento de la incidencia de las enfermedades crónicas entre la población económicamente activa como uno de los retos a los que se enfrenta y, en segundo lugar, tendría que diseñar estrategias destinadas a promover el empleo de dichos trabajadores. Con todo, cuando analizamos el tema de la promoción del empleo de los trabajadores con problemas de salud en la UE, es necesario tener en cuenta el régimen competencial vigente en este ámbito. En última instancia, son los Estados miembros los que, siguiendo las orientaciones de la UE, tendrían que poner en práctica dichas políticas de empleo. En consecuencia, el compromiso de la UE no basta para garantizar la inclusión laboral de los trabajadores con problemas de salud, sino que el papel de los Estados miembros es fundamental.

Las políticas activas de empleo servirían para complementar a las medidas de protección del empleo, como, por ejemplo, la tutela contra el despido injustificado desde el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Solo una combinación y coordinación entre ambas permitirá evitar la salida prematura de los trabajadores con problemas de salud del mercado de trabajo. De poco o nada valdrá un elevado nivel de protección a nivel de tutela antidiscriminatoria, mediante su equiparación a los discapacitados, si no pueden acceder a medidas de inserción profesional específicas que les permitan mejorar su empleabilidad y evitar así el despido. En este sentido, las políticas activas de empleo más relevantes para los trabajadores con enfermedades serían las formativas y las destinadas a sufragar los gastos derivados de la adaptación de sus condiciones de trabajo. La UE debería esforzarse por coordinar una acción conjunta de los distintos Estados miembros en este sentido. La articulación por parte de la UE de un marco para las políticas activas de empleo dirigidas a los trabajadores con enfermedades crónicas, que gire en torno a la formación y a la adaptación de las condiciones de trabajo, sería clave para promover su acceso y permanencia en el mercado laboral.

El Fondo Social Europeo (o el nuevo Fondo Social Europeo Plus) juega un papel fundamental a la hora de poner en práctica dichas políticas activas de empleo. De la misma manera que financia acciones dirigidas a facilitar el acceso al mercado laboral de otras personas vulnerables como los discapacitados, también debería poner en marcha programas para que los trabajadores con enfermedades crónicas puedan seguir trabajando, tales como el

pago de la adaptación de sus condiciones de trabajo. En principio, no habría impedimento para ello, puesto que, tal y como indicaba la Comisión en su respuesta a la resolución del Parlamento, dicho fondo podía usarse para esta finalidad.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Cortés, J. C. (2016). Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada. En J. M. Morales Ortega (Dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos* (pp. 81-130). Murcia: Laborum.
- Cristóbal Roncero, R. (2001). Políticas de empleo en la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 33, 33-60.
- Eurofound. (2014). *Employment opportunities for people with chronic diseases*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Recuperado de <<https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef1459en.pdf>>.
- Eurofound. (2019). *How to respond to chronic health problems in the workplace?* Luxembourg: Publications Office of the European Union. Recuperado de <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19008en.pdf>.
- García Quiñones, J. C. (2015). *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*. Madrid: Editorial Reus.
- Martín Puebla, E. (2008). El empleo en la renovada Estrategia de Lisboa y las medidas laborales del Programa Nacional de Reformas de España. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 72, 41-69.
- Molina Herмосilla, O. (2016). Clasificación de la política de empleo: políticas activas y pasivas. En J. L. Monereo, J. A. Fernández y B. López (Dir.), *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional* (pp. 133-156). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Monereo Pérez, J. L. (2016a). La Unión Europea y las políticas activas de empleo. En J. L. Monereo, J. A. Fernández y B. López (Dir.), *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional* (pp. 189-228). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Monereo Pérez, J. L. (2016b). Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo. En J. L. Monereo, J. A. Fernández y B. López (Dir.), *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional* (pp. 45-130). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- OECD-UE. (2016). *Health at a Glance: Europe 2016. State of Health in the EU Cycle*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/state/docs/health_glance_2016_rep_en.pdf>.
- OECD. (2017). *Health at a Glance 2017: OECD Indicators*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <https://www.oecd-ilibrary.org/health-at-a-glance-2017_5jfqgv50kpkj.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2Fhealth-glance-2017-en&mimeType=pdf>.

- Olarte Encabo, S. (2008). *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «subjetivación» de las políticas activas de empleo*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Ortiz Lallana, M. C. (1999). La Unión Europea y las políticas activas de empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 17, 13-52.
- Pablos Ramírez, J. C. de y Martínez, A. (2008). La Estrategia europea de empleo: historia, consolidación y claves de interpretación. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 77, 105-133.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Castellano Burguillo, E. (2001). La política de empleo de la Unión Europea. *Trabajo. Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 10, 11-48.
- Tiraboschi, M. (2015). Las nuevas fronteras de los sistemas de Seguridad Social, empleabilidad, trabajo y tutela de las personas con enfermedades crónicas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 7-8, 14-35.
- Val Tena, A. L. de. (2010). La política de empleo en la Unión Europea: de la Estrategia de Lisboa a la Estrategia «Europa 2020». *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 106, 98-129.



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

Medidas laborales de urgencia ante la COVID-19

María Teresa Agut García

*Profesora asociada de Derecho Constitucional.
Universitat Jaume I*

Extracto

«[...] la pandemia ocasionada por el COVID-19 se ha intensificado y ampliado a escala mundial; las repercusiones en la salud pública son enormes, y las economías y los mercados de trabajo están sufriendo perturbaciones sin precedentes. Es la peor crisis mundial desde la Segunda Guerra Mundial» (OIT, abril 2020). Nadie sabe con certeza cuándo podremos ponerle fin y retomar nuestras vidas, nuestros trabajos... El Estado español, con el objeto de impedir la expansión y propagación del contagio entre los ciudadanos y garantizar una adecuada protección sanitaria, se ha visto obligado a adoptar una serie de medidas restrictivas y de control tanto de las personas como de la actividad productiva. Algunos sectores han tenido que cesar obligatoriamente y otros, por el contrario, se han considerado esenciales y se han mantenido en funcionamiento para garantizar los suministros y el abastecimiento de las necesidades básicas de la población y del sistema sanitario. Entre dichas decisiones excepcionales hay muchas referidas a materia laboral y de Seguridad Social, cuyo objetivo es que los efectos de esta crisis sean amortiguados para causar el menor daño posible. En este trabajo abordaremos dichas medidas laborales adoptadas.

Palabras clave: COVID-19; estado de alarma; medidas laborales; medidas de Seguridad Social; actividad procesal laboral.

Fecha de entrada: 12-05-2020 / Fecha de aceptación: 12-05-2020

Cómo citar: Agut García, M.ª T. (2020). Medidas laborales de urgencia ante la COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 129-154.



Emergency working measures against COVID-19

María Teresa Agut García

Abstract

«[...] the COVID-19 pandemic has intensified and expanded globally. The public health implications are enormous, and economies and labour markets are being disrupted on an unprecedented scale. It is the worst global crisis since World War II» (ILO, April 2020). No one knows for sure when we will be able to put an end to it and resume our lives, our jobs... The State, in order to prevent the expansion and spread of contagion among citizens and to guarantee adequate health protection, has been forced to adopt a series of restrictive measures and controls on both people and productive activity. Some sectors have been forced to cease, while others have been considered essential and have remained in place to ensure the supply and provision of basic needs for the population and the health system. Among these exceptional decisions there are many referring to labor and Social Security matters, whose objective is that the effects of this crisis be cushioned to cause the least possible damage. In this work, we will address said labor measures adopted.

Keywords: COVID-19; state of alarm; labour measures; Social Security measures; labour procedural activity.

Citation: Agut García, M.^a T. (2020). Emergency working measures against COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 129-154.





Sumario

1. Introducción
2. Teletrabajo o trabajo a distancia
3. Derecho a la adaptación y a la reducción de jornada y a la modificación de condiciones de trabajo por circunstancias excepcionales
 - 3.1. Medidas en relación con la adaptación de jornada
 - 3.2. Medidas en relación con el derecho a la reducción de jornada
 - 3.3. Jornada en el transporte
4. La suspensión y reducción de la jornada laboral a través de los ERTE
 - 4.1. ERTE por fuerza mayor
 - 4.2. ERTE por causas económicas, organizativas o productivas
 - 4.3. Repercusiones en materia de Seguridad Social por la adopción de un ERTE
5. Permiso retribuido recuperable
6. Extinción de la relación laboral
7. Prestaciones del Fondo de Garantía Salarial
8. Medidas de Seguridad Social
 - 8.1. Subsidios por falta de actividad o de empleo
 - 8.2. Otras prestaciones en favor de los trabajadores
 - 8.3. Medidas en favor del empresario

1. Introducción

Estamos viviendo un momento excepcional tanto en el ámbito nacional como europeo e internacional debido a la emergencia de salud pública provocada por la pandemia de la COVID-19, que está teniendo un impacto directo en todos los órdenes socioeconómicos. Es necesaria una acción conjunta de la Unión Europea y también de carácter internacional a través de organismos como, entre otros, la ONU, la OCDE, el G20 o el FMI, mediante planes que permitan llevar a cabo acciones globales coordinadas para paliar los resultados, pues ya nadie duda de que se trata de un problema mundial que implica, de un modo u otro, a todos los países del planeta. Según la [OCDE](#):

El confinamiento afectará directamente a sectores que representan hasta un tercio del PIB en las principales economías. Por cada mes de contención, habrá una pérdida de 2 puntos porcentuales en el crecimiento anual del PIB. El sector del turismo, por sí solo, se enfrenta a una disminución de hasta el 70% en su actividad. Muchas economías entrarán en recesión. Esto es inevitable, ya que tenemos que seguir luchando contra la pandemia, pero al mismo tiempo hemos de enfocar nuestros esfuerzos para poder restaurar la normalidad económica lo más rápido posible.

Obviamente, también para España la situación es nueva, excepcional, y las decisiones normativas que se han tomado lo han sido de manera progresiva según han ido avanzando los efectos del virus y las necesidades sociales, para evitar la propagación de la enfermedad y el colapso de las instituciones sanitarias. Las medidas adoptadas, entre otros fines, tienden a evitar la movilidad de los ciudadanos para impedir los contagios, y ello ha supuesto la necesidad de confinamiento en los domicilios particulares de una inmensa mayoría de la población trabajadora, con la consiguiente repercusión en la paralización de la mayor parte de las actividades productivas. De este modo, a partir de la inicial declaración de estado de alarma (previsto en el [art. 116 Constitución española](#) y el [art. 6.2 Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio](#), de los estados de alarma, excepción y sitio), en virtud del Real Decreto (RD) [463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (prorrogado por los RR. DD. [476/2020, de 27 de marzo](#), [487/2020, de 10 de abril](#), [492/2020, de 24 de abril](#), [514/2020, de 8 de mayo](#), y [537/2020, de 22 de mayo](#)), se han ido sucediendo normas de

urgencia de todo orden, y, entre ellas, las de contenido laboral, cuyo fin último parece ser evitar una reducción significativa de los ingresos de los trabajadores y autónomos, y minimizar o aplazar los costes empresariales para facilitar la reanudación de las actividades una vez finalizado el periodo de confinamiento.

Debemos tener en cuenta que el alcance de la declaración del estado de alarma no ha sido el mismo en todos los sectores de la actividad laboral, algunos negocios se vieron forzados a cerrar sus puertas desde el primer día en que se decretó el estado de alarma (o incluso antes, por propia decisión de los empleadores anticipándose a la decisión gubernativa) y otros se tuvieron que sumar a la prohibición días después tras el dictado de las nuevas normas. En este sentido, el [artículo 10 del RD 463/2020](#) aprobó una serie de medidas de contención, suspendiendo la actividad de los negocios abiertos al público y establecimientos minoristas, pero fijando unas excepciones por considerarlas actividades de primera necesidad (por ejemplo, la alimentación, bebidas, estancos, farmacias...). Atención especial para proceder a su cierre inmediato merecieron aquellos locales y establecimientos dedicados a espectáculos públicos, actividades deportivas y de ocio, así como los de la hostelería y la restauración, permitiéndose excepcionalmente los servicios de entrega a domicilio. Asimismo, para garantizar las anteriores actividades, el [artículo 14 del RD 463/2020](#) contempló la necesidad de garantizar las condiciones necesarias para facilitar el suministro eléctrico, el transporte de mercancías en todo el territorio y el abastecimiento de medicamentos, productos sanitarios, bienes de primera necesidad y entrega de productos. Posteriormente, debido al aumento masivo de contagios y muertes, fue necesario endurecer temporalmente los controles y la movilidad de los ciudadanos, prohibiéndose algunos sectores de actividad inicialmente permitidos. Tan solo se autorizó la continuidad de aquellos considerados esenciales al amparo del [artículo 1](#) del Real Decreto-Ley (RDL) 10/2020 y su [anexo](#).

Han sido muchas las normas dictadas en poco más de 2 meses, que abordan aspectos laborales de modo directo o indirecto, pero la que inicialmente recoge el grueso de los cambios más significativos es el [RDL 8/2020, de 17 de marzo](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Con posterioridad, ha sido necesario adoptar nuevas medidas o bien reformar las ya previstas, sucediéndose las disposiciones, entre las que destacan, el [RDL 9/2020, de 27 de marzo](#), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; el [RDL 10/2020, de 29 de marzo](#), por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19; el [RDL 11/2020, de 31 de marzo](#), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19; el [RDL 13/2020, de 7 de abril](#), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario; el [RDL 15/2020, de 21 de abril](#), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; el [RDL 18/2020, de 12 de mayo](#), de medidas sociales en defensa del empleo; y el [RDL 19/2020, de 26 de mayo](#), por el que se adoptan

medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Además, se han ido dictando órdenes, recomendaciones o guías por los distintos ministerios implicados para facilitar la comprensión y puesta en práctica de las medidas acordadas¹; por ejemplo, para permitir que los trabajadores pudieran acudir a su puesto de trabajo se aprobó la [Orden SND/307/2020, de 30 de marzo](#), por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del RDL 10/2020, que contiene el modelo de declaración responsable expedido por la empresa para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo.

Así las cosas, la [disposición adicional segunda del RDL 18/2020](#) ha creado una Comisión de Seguimiento Tripartita Laboral del proceso de desconfinamiento, integrada por los Ministerios de Trabajo y Economía Social, e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, CEOE, CEPYME, y las organizaciones sindicales más representativas, CC.OO. y UGT, que se reunirá, con carácter ordinario, el segundo miércoles de cada mes y, con carácter extraordinario, siempre que lo soliciten tres de las cuatro organizaciones integrantes de la misma, que tiene como función principal el seguimiento de las medidas que en el ámbito laboral se están adoptando durante la fase de excepcionalidad atenuada, así como la propuesta y debate de otras. Y deberá ser consultada con carácter previo a la adopción de las medidas recogidas en la [disposición adicional primera](#), las relativas a la extensión de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) basados en la causa prevista en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#), y de las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo y de cotización.

Por el momento es difícil saber si las decisiones acordadas son o no adecuadas. Son muchos los extremos afectados por la pandemia, sus repercusiones de todo orden son todavía difícilmente calculables, y siguen todavía hoy dictándose disposiciones de urgencia. Los augurios de futuro inmediato sobre el final de la pandemia tampoco resultan esperanzadores, pues las últimas informaciones de la [OMS](#) apuntan a que todavía se desconoce cuándo se podrá poner fin a la lucha contra la COVID-19.

En todo caso, en este sentido, [la OIT destaca](#) que «sin medidas apropiadas a nivel político, los trabajadores corren un alto riesgo de caer en la pobreza y de tener mayores dificultades para recuperar sus medios de vida durante el periodo de recuperación». A continuación pasamos a analizar brevemente las medidas de contenido laboral más relevantes aprobadas en España.

¹ Entre otras, destacamos las siguientes:

- [«Información sobre la presentación de expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor por causa del COVID-19 en el Ministerio de Trabajo y Economía Social».](#)
- [«Medidas económicas adoptadas por el Gobierno de España frente a la pandemia del COVID-19».](#)
- [«Preguntas frecuentes. Ampliar el escudo social para no dejar a nadie atrás».](#)

2. Teletrabajo o trabajo a distancia

El RDL 8/2020, en su [artículo 5](#), contempla el trabajo a distancia en el ámbito de la relación laboral como una de las medidas alternativas a adoptar en la organización de la empresa con carácter excepcional y preferente. Destaca el precepto que su finalidad es garantizar el mantenimiento de la actividad empresarial y de las relaciones laborales una vez se supere la situación de excepcionalidad sanitaria, y su implementación debe realizarse siempre que el sistema organizativo de la empresa lo permita y no resulte un esfuerzo desproporcionado para la misma. De este modo, la empresa puede continuar trabajando y minorar los perjuicios que un cese total de la actividad podría conllevar, tal vez en muchos casos irreversible.

En dicho sentido, su mención prioritaria resulta una consecuencia inmediata de la declaración del estado de alarma y la limitación en la libertad de circulación de los ciudadanos y, en concreto, de la limitación del desplazamiento hasta el lugar de trabajo para efectuar la prestación laboral, profesional o empresarial ([art. 7 RD 463/2020](#)).

No se trata de una modalidad laboral desconocida en nuestro ordenamiento jurídico; el [artículo 13 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), la reconoce expresamente como aquella en la que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo. Legalmente, los trabajadores a distancia tienen los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa. Tienen derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. Además, el empresario está obligado a establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo.

Hasta este momento, la mayor parte de las empresas en nuestro país estaban enclaustradas en el paradigma tradicional de la jornada presencial y no tenían implementado el teletrabajo, más allá de determinadas actividades o de puestos de trabajo muy específicos. Sin embargo, hoy muchos son los trabajadores que han tenido que trasladar a sus casas su lugar de trabajo, permitiendo así salvaguardar su relación laboral y minimizar significativamente los efectos económicos negativos en sus empresas. Pero no es fácil arbitrar un cambio, a veces drástico, de la noche a la mañana.

No olvidemos que en un elevado número de ocasiones será necesario un entorno digital adecuado, una buena red de comunicaciones que garantice una correcta conectividad para soportar las videoconferencias o los envíos masivos de documentos. Para paliar las deficiencias coyunturales existentes en este ámbito, el [anexo del RDL 8/2020](#) aborda la necesidad de establecer diversas medidas de apoyo a las pymes por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital con el Programa Acelera Pyme y ayudas

económicas a través del ICO para la compra y financiación de los equipamientos necesarios. Además, para que dicha modalidad laboral resulte efectiva, y evitar dilaciones en su aplicación, se permite con carácter excepcional que la evaluación de riesgos prevista en el [artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales, la pueda realizar el propio trabajador voluntariamente, que este autoevalúe sus riesgos laborales en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera prevista. La [disposición final décima del RDL 8/2020](#) determinó que las medidas tendrían la vigencia de 1 mes desde su entrada en vigor, pero el [artículo 15 del RDL 15/2020](#) las ha prorrogado por 2 meses más.

En todo caso, son muchas las dudas que se siguen suscitando ante la puesta en práctica de este teletrabajo de la emergencia: ¿es una decisión unilateral del empresario o puede también solicitarla el trabajador?, ¿es necesario la conformidad expresa del trabajador o del empresario?, ¿qué ocurre si alguno de ellos manifiesta su disconformidad?, si la empresa no dispone de los medios adecuados, ¿ha de aportarlos el propio trabajador?, ¿se han de establecer medios de control para garantizar el cumplimiento efectivo de la jornada laboral?...

3. Derecho a la adaptación y a la reducción de jornada y a la modificación de condiciones de trabajo por circunstancias excepcionales

El [artículo 6 del RDL 8/2020](#), en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral que regulan los artículos [34.8](#) y [37.6 y 7](#) del ET, reconoce el derecho de adaptación del horario y de reducción de jornada cuando concurren circunstancias excepcionales, y con el fin de evitar la transmisión comunitaria de la COVID-19, de aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten tener deberes de cuidado de su cónyuge o pareja de hecho o familiares por consanguinidad hasta el segundo grado. Se entiende que concurren dichas circunstancias excepcionales: cuando el trabajador deba atender a alguna de las antedichas personas por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesiten el cuidado personal y directo relacionado con la pandemia; cuando las decisiones adoptadas por las autoridades gubernativas conlleven el cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos; y, en último lugar, en los casos en los que la persona que hasta ese momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia de dichas personas no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con la COVID-19. Los indicados derechos se conciben como medidas necesarias para favorecer la conciliación de la actividad laboral y familiar de los trabajadores y evitar que estos sean sancionados por falta de asistencia al trabajo ante la exigencia de atender al cuidado de personas a su cargo. Hemos de recordar en este aspecto que, a pesar de la supresión del [artículo 52 d\) del ET](#), llevada a cabo por el [RDL 4/2020, de 18 de febrero](#), por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido

en el [artículo 52 d\) del ET](#), las faltas de asistencia injustificadas siguen siendo causa de despido disciplinario al amparo del [artículo 54.1 del ET](#).

Ambos derechos, reducción o adaptación, se reconocen con carácter individual a cada uno de los progenitores o cuidadores, lo que necesariamente conlleva que deba realizarse un reparto corresponsable entre sus titulares de acuerdo con las obligaciones de cuidado, debiendo, en todo caso, evitarse la perpetuación de roles. Es necesario que su uso sea justificado, razonable y proporcionado con la situación de la empresa, principalmente en aquellos casos en los que son varios los trabajadores que pueden disfrutar del derecho en la misma empresa. En caso de conflicto se resolverá en la jurisdicción social mediante el procedimiento previsto en el [artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social (LRJS). El ejercicio de los referidos derechos se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos.

3.1. Medidas en relación con la adaptación de jornada

El derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales constituye prerrogativa cuya concreción corresponde a la persona trabajadora tanto en su alcance como en su contenido. En suma, por el bien de la relación laboral y el futuro de la empresa es necesario que tanto empleador como trabajador se pongan de acuerdo.

Sin embargo, pese al rótulo del precepto, aparentemente dirigido a la regulación de cuestiones referidas a la jornada, lo cierto es que el mismo no se limita a esta, sino que efectúa una considerable ampliación. Así, indica que:

El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a: la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo.

Esto es, incluye también otro tipo de condiciones de trabajo. Y para confirmar que es así, el precepto pone seguidamente diversos ejemplos, pues, además de poder consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada..., se dice que también abarca extremos, tales como cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al periodo excepcional de duración de la COVID-19. Ampliación que, por otro lado, no casa bien con la remisión que se ha efectuado anteriormente de la totalidad de la materia al procedimiento previsto en el [artículo 139 de la LRJS](#), caso de conflicto.

3.2. Medidas en relación con el derecho a la reducción de jornada

El trabajador puede tener derecho a una reducción especial de la jornada de trabajo en las situaciones previstas en el [artículo 37.6 del ET](#) (cuidado de hijo menor de 12 años o persona con discapacidad, progenitor, adoptante, guardador o acogedor permanente), cuando concurren las circunstancias excepcionales anteriormente expuestas; conlleva la reducción proporcional del salario. Para su aplicación es necesario que se comunique a la empresa con una antelación de 24 horas. No se establecen límites al tiempo de reducción, pudiendo llegar incluso a ser el 100 % de la jornada laboral si fuera necesario, sin que ello pueda suponer, en ningún caso, un cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el [artículo 37.6 del ET](#). Si la reducción alcanza el 100 %, el ejercicio del derecho ha de ser justificado y razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa.

En aquellos supuestos en los que el trabajador ya disfrutara con anterioridad de una adaptación de su jornada por conciliación o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral, puede renunciar temporalmente a él o tiene derecho a su modificación en cuanto a su disfrute, pudiendo limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis en atención a las necesidades del cuidado que ha de dispensar el trabajador, debidamente acreditadas, así como a las necesidades concretas de organización en la empresa. La solicitud del trabajador se considerará justificada, razonable y proporcionada salvo prueba en contrario. La [disposición final décima del RDL 8/2020](#) estableció que su disfrute finalizaría cuando lo hiciera el estado de alarma y sus posteriores prórrogas, pero el [artículo 15 del RDL 15/2020](#) lo ha prorrogado durante los 2 meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista inicialmente.

3.3. Jornada en el transporte

En materia de jornada, la actividad de transporte ha sido objeto de regulación específica. La razón es que los transportes en todo el territorio nacional no han sido suspendidos, ya que resultan pieza clave para garantizar el suministro en la cadena de producción y distribución de productos esenciales y de sanidad, sin perjuicio del transporte de personas, lo que, entre otras decisiones (por ejemplo, la [Orden TMA/229/2020, de 15 de marzo](#), por la que dictan disposiciones específicas respecto al acceso de los transportistas profesionales a determinados servicios necesarios para facilitar el transporte de mercancías en el territorio nacional), ha propiciado la necesidad de adopción de medidas para flexibilizar la jornada laboral de los transportistas. A este fin se orientan las Resoluciones de la Dirección General de Transporte Terrestre de [16 de marzo de 2020](#), de [26 de marzo de 2020](#) y de [14 de abril de 2020](#), por las que exceptúan temporalmente a las operaciones de transporte

de mercancías y de viajeros afectadas por el estado de alarma del cumplimiento de diversas normas establecidas en el [Reglamento \(CE\) 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo](#), relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) 3821/85 y (CE) 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) 3820/85 del Consejo, que establece normas sobre el tiempo de conducción, las pausas y los periodos de descanso para los conductores dedicados al transporte por carretera de mercancías y viajeros, con el fin de armonizar las condiciones de competencia entre modos de transporte terrestre, especialmente en lo que se refiere al sector de la carretera, y de mejorar las condiciones de trabajo y la seguridad vial.

4. La suspensión y reducción de la jornada laboral a través de los ERTE

Una de las principales medidas adoptadas por el Gobierno para evitar el aumento masivo de los despidos ha sido la flexibilización de los trámites orientados a la suspensión temporal de los contratos y la reducción de la jornada laboral (ERTE); medidas que permiten minorar el impacto negativo sobre la actividad económica y evitar la extinción de los contratos de trabajo. Probablemente ha sido la decisión que ha tenido un mayor acogimiento por parte de las empresas, lo que ha conllevado que de manera masiva se haya producido la presentación de solicitudes para su aprobación ante la autoridad laboral. En este sentido, el [preámbulo](#) del RDL 9/2020 expresamente destaca el «importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma».

Los ERTE específicos para el estado de alarma constan regulados en el [capítulo II del RDL 8/2020](#), que lleva por título «Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos», habiéndose introducido algunas modificaciones y concreciones por el [9/2020](#) y el [18/2020](#). Se recogen dos modalidades: el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) reconoce las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, y el [artículo 23 del RDL 8/2020](#), las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

La duración de los ERTE autorizados al amparo de las causas previstas en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada de la COVID-19 ([art. 28 RDL 8/2020](#)). A este respecto, la [disposición adicional primera del RDL 9/2020](#) ha confirmado que la duración máxima de los ERTE basados en las causas previstas en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) será la del estado de alarma decretado por el [RD 463/2020](#) y sus posibles prórrogas; y ello se aplicará tanto a aquellos expedientes en los que recaiga resolución expresa como a aquellos que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud

empresarial concreta. Posteriormente, el RDL 18/2020, en su [artículo 1](#), en relación con el [artículo 22 del RDL 8/2020](#), ha establecido que para aquellas empresas que sigan afectadas por las causas que impiden el reinicio de su actividad total o parcialmente a partir del 13 de mayo (fecha de [entrada en vigor del referido RDL](#)) los ERTE se mantendrán mientras subsistan las causas, pero con el límite temporal del 30 de junio. En dicho sentido, el [artículo 5 del RDL 18/2020](#) excluye expresamente la facultad de extender temporalmente el ERTE a aquellas empresas que tengan su domicilio fiscal en paraísos fiscales y a aquellas que a fecha 29 de febrero de 2020 tuvieran de alta menos de 50 trabajadores o asimilados y estén disfrutando del ERTE por fuerza mayor, salvo si reparte parte de la exoneración de cuota. Finalmente destaca que no se tendrán en cuenta para el ejercicio si no se reparten dividendos a efectos del ejercicio del derecho de separación de socios en caso de falta de distribución de dividendos ([art. 348 bis.1 Ley de sociedades de capital](#)).

El [artículo 2 del RDL 18/2020](#) ha dispuesto que aquellas empresas que se acogieron al ERTE al amparo del [artículo 22 del RDL 8/2020](#) podrán tramitar un ERTE por las causas previstas en el [artículo 23 del mismo texto legal](#), en cuyo caso la fecha se retrotraerá a la de la finalización de este.

En último lugar, la [disposición adicional primera del RDL 18/2020](#) ha previsto la habilitación del Consejo de Ministros para nuevas prórrogas de los expedientes de ERTE basados en la causa prevista en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegado el 30 de junio de 2020.

Dichos ERTE se complementan con medidas en materia de Seguridad Social (exoneración de abono de cotizaciones al empresario y abono de prestaciones por desempleo al trabajador), a las que más adelante nos referiremos, de manera que, con la lógica del mantenimiento del empleo y a fin de garantizar que el ERTE no supone solo un periodo de suspensión del contrato de trabajo sufragado por el Estado previo a la extinción, se obliga a que el empresario no extinga la relación laboral inmediatamente después de la finalización del ERTE. En este sentido, la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) dispone expresamente que las medidas contempladas estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad. Y se establece una limitación a la aplicación de los ERTE a aquellas empresas que iniciaron o comunicaron un procedimiento de regulación de empleo por las mismas causas previstas en los [artículos 22 y 23 del RDL 8/2020](#) con anterioridad al 18 de marzo de 2020, en cuyo caso no pueden acogerse a estas medidas especiales.

Así las cosas, esta regulación plantea la duda de si durante el estado de alarma mantienen su vigencia los acuerdos de suspensión del contrato de trabajo [ex artículo 45.1 a\) del ET](#), lo que no parece que pueda impedirse siempre que concurren los requisitos para ello, puesto que los ERTE previstos para el periodo excepcional conllevan especiales requisitos y consecuencias, y no consta la obligatoriedad de su adopción, como tampoco que las previsiones del ET hayan sido reemplazadas.

4.1. ERTE por fuerza mayor

Es conocido que el ET prevé la fuerza mayor temporal como causa de suspensión del contrato de trabajo (arts. [45.1 i](#)), [47](#) y [51.7](#)), siendo la autoridad laboral la encargada de constatar su existencia. Sin embargo, el significado de «fuerza mayor» no viene definido expresamente en las normas, y han sido los tribunales los encargados de acuñarlo, concluyendo, en términos generales, que «se define tradicionalmente como un acontecimiento extraordinario, irresistible e imprevisible, y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia» (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2019, rec. 2/2017). Partiendo de lo anterior, para la modalidad de ERTE por fuerza mayor de la normativa de urgencia, el propio [artículo 22 del RDL 8/2020](#) define lo que puede entenderse como «fuerza mayor» como consecuencia de la COVID-19: las pérdidas de actividad directamente relacionadas con la pandemia, incluida la declaración del estado de alarma, que supongan la suspensión o cancelación de actividades; el cierre temporal de locales de afluencia pública; las restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías; la falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad; y situaciones urgentes y extraordinarias como consecuencia del contagio de la plantilla de trabajadores o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria. A lo que debe añadirse que esta modalidad se prevé expresamente no solo para la suspensión del contrato, sino también para los supuestos de reducción de jornada. En este sentido hemos de destacar que el [preámbulo](#) del RDL 15/2020 ha matizado el concepto de fuerza mayor que prevén las normas de la emergencia, señalando que:

[...] no está configurada por referencia a la construcción doctrinal y clásica de dicho concepto en nuestro ordenamiento civil. Se trata de un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediamente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes a la que se enfrentan nuestro país y todo el planeta.

Asimismo, la [disposición final octava del RDL 15/2020](#) ha modificado el contenido del antedicho [artículo 22 del RDL 8/2020](#), señalando que las pérdidas de actividad ocasionadas por la pandemia tendrán la consideración de fuerza mayor a los efectos de suspensión de los contratos o la reducción de la jornada y se agilizará la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo. Además prevé que la fuerza mayor pueda no extenderse a toda la plantilla en aquellas empresas que desarrollen actividades esenciales durante el estado de alarma, concurriendo causa de fuerza mayor en la parte de actividad no afectada por el carácter esencial.

En el caso de que la empresa se acoja a este tipo de ERTE, el procedimiento reúne las siguientes especialidades ([art. 22.2 RDL 8/2020](#)):

- Se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañado de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia de la COVID-19 y de la correspondiente documentación acreditativa, si procediera. Asimismo, ha de comunicarlo a los trabajadores y sus representantes, en el caso de que existan.
- La existencia de fuerza mayor ha de ser constatada por la autoridad laboral.
- La autoridad laboral resolverá en el plazo de 5 días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Su contenido ha de limitarse a constatar la existencia de la causa por la empresa. A continuación es la empresa quien ha de escoger las medidas a adoptar. Sus efectos surtirán desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
- El informe de la ITSS es potestativo, pero en el caso de ser solicitado por la autoridad laboral ha de realizarse en el plazo de 5 días.
- En último lugar, en los supuestos de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) o en alguno de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, deben acogerse a lo previsto en el [RD 42/1996, de 19 de enero](#), por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada.

4.2. ERTE por causas económicas, organizativas o productivas

El [artículo 23 del RDL 8/2020](#) prevé como segunda opción de ERTE durante el estado de alarma la suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada laboral cuando la empresa así lo decida por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que estén directamente relacionadas con la COVID-19. Afecta a aquellas empresas que, si bien no han tenido que cerrar sus puertas, sí se han visto afectadas por la ruptura de la cadena productiva o comercial, impidiéndoles continuar normalmente con su actividad. En dicho caso, se establecen una serie de peculiaridades respecto al procedimiento común:

- En el supuesto de no existir representación legal de los trabajadores, la comisión representativa para la negociación del periodo de consultas debe estar integrada por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. Estará compuesta por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose decisiones por la mayoría representativa correspondiente. Pero si no se conforma esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la empresa, elegidos conforme

a lo recogido en el [artículo 41.4 del ET](#). En todo caso, la comisión ha de estar constituida en el plazo de 5 días.

- El periodo de consultas entre la empresa y la representación de trabajadores o la comisión representativa no excederá del plazo máximo de 7 días.
- El informe de la ITSS, cuya solicitud es potestativa para la autoridad laboral, se realizará en el plazo improrrogable de 7 días.
- Cuando la suspensión o reducción afecte a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el RGSS o en alguno de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, resulta de aplicación el procedimiento específico previsto en el [RD 42/1996, de 19 de enero](#).

4.3. Repercusiones en materia de Seguridad Social por la adopción de un ERTE

En relación con los trabajadores, el [artículo 25 del RDL 8/2020](#) establece unas medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo en paralelo a la aplicación de los procedimientos referidos en los artículos [22](#) y [23](#) del mismo texto legal, es decir, cuando existen trabajadores afectados por un ERTE de urgencia. De este modo, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y, en su caso, el Instituto Social de la Marina (ISM) han de adoptar las siguientes medidas:

- El reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo del [título III 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), a los trabajadores afectados. Es de aplicación incluso a aquellos que carezcan del periodo de ocupación cotizada mínimo necesario.
- El tiempo en que se perciba esta prestación por desempleo de nivel contributivo no se computará a los efectos de consumir los periodos máximos de percepción establecidos.
- Pueden acogerse tanto las personas trabajadoras ([art. 264 LGSS](#)) como las que posean condición de socios trabajadores de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo.

Para lograr la agilización en la tramitación y el abono de dicha prestación se contemplan una serie de medidas extraordinarias en el [artículo 3 del RDL 9/2020](#), y en el [artículo 4 del RDL 9/2020](#) en lo relativo a las sociedades cooperativas.

Asimismo, la [disposición adicional tercera del RDL 9/2020](#) determina que, con relación a la fecha de efectos de las prestaciones por desempleo derivadas de los procedimientos basados en las causas referidas en los artículos [22](#) y [23](#) del RDL 8/2020, esta debe ser la del hecho causante de la misma. Y, en el supuesto de suspensión del contrato o reducción de jornada por la causa contenida en el [artículo 23 del RDL 8/2020](#), la fecha de efectos de la situación legal de desempleo debe ser coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada.

Hemos de destacar que la [disposición final octava del RDL 15/2020](#) ha modificado el [artículo 25 del RDL 8/2020](#), en relación con la cobertura a los trabajadores afectados por un ERTE, posibilitándoles que tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario para tener acceso a ella, y, adicionalmente, que el periodo de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada durante el que estén percibiendo dicha prestación no les compute a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos. Y, asimismo, amplía la cobertura a los trabajadores que no hayan podido reincorporarse a su actividad en las fechas previstas como consecuencia de la pandemia y que, aunque dispongan de periodos de ocupación cotizada suficiente, no cumplen con el requisito de situación legal de desempleo, o bien que no pueden acceder a la prestación por desempleo por carecer del periodo de cotización necesario.

El [artículo 3 del RDL 18/2020](#) ha reconocido la aplicación de las prestaciones por desempleo derivadas de la COVID-19 hasta el 30 de junio de 2020 ([art. 25 RDL 8/2020, apdos. 1 a 5](#)) y hasta el 31 de diciembre de 2020, para los trabajos fijos discontinuos y para los trabajos fijos periódicos que se repiten en fechas ciertas ([art. 25.6 RDL 8/2020](#)).

Finalmente, la [disposición adicional primera del RDL 18/2020](#) habilita al Consejo de Ministros para prorrogar las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo y de cotización del [artículo 25.1 del RDL 8/2020](#), por el periodo de tiempo y porcentajes que en él se determinen.

Desde la óptica empresarial, seguramente una de las principales causas por las que las empresas han priorizado la adopción de los ERTE a los que nos venimos refiriendo es que durante el periodo de suspensión de contratos o de reducción de jornada autorizado quedan exoneradas del abono de la aportación empresarial del [artículo 273.2 de la LGSS](#), así como de las cuotas por conceptos de recaudación conjunta. La medida permite contribuir a reducir el coste de sostenimiento de las empresas que se han visto gravemente perjudicadas al paralizar su actividad económica como consecuencia de la COVID-19, al tiempo que se mantiene el vínculo laboral entre el empresario y el trabajador.

Para poder acogerse a dichas exenciones es necesario que la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social y, en los supuestos de empresas con 50 trabajadores o más, la exoneración de la obligación de cotizar

será el 75 % de la aportación empresarial. Tal circunstancia no afecta al trabajador, para el que dicho periodo se considera como cotizado a todos los efectos, no siendo de aplicación al caso el [artículo 20 de la LGSS \(art. 24 RDL 8/2020\)](#). El empresario ha de solicitar dicha exoneración expresamente, ha de comunicar e identificar a los trabajadores y concretar el periodo de la suspensión o reducción de jornada. Y, a efectos del control de la exoneración, será suficiente la verificación de que el SEPE procede al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo al trabajador por el periodo de que se trate. Para facilitar el trámite, la Tesorería General de la Seguridad Social ha establecido unos sistemas de comunicación y control de la información contenida en la solicitud empresarial.

El [artículo 4](#) y la [disposición final primera.1 y 2](#) del RDL 18/2020 han establecido la exoneración de cuotas empresariales (del [art. 273.2 LGSS](#)) devengadas en mayo y junio, para aquellas empresas que se encuentren en ERTE, diferenciando su cuantía atendiendo a si se acogió total o parcialmente al mismo. De este modo, en el primer caso será del 100 % en el supuesto que contaran con menos de 50 trabajadores, o asimilados a los mismos, en situación de alta en la Seguridad Social a fecha 29 de febrero de 2020, y del 75 % en el supuesto de contar con 50 o más trabajadores, o asimilados a los mismos; en el caso de ERTE parcial, la exoneración varía según el número de trabajadores que se mantengan con los contratos suspendidos y el porcentaje de los que reinicien la actividad, así como los periodos y los porcentajes por el reinicio y la suspensión; en dicho sentido, para las empresas que en fecha 29 de febrero tuvieran en situación de alta menos de 50 trabajadores, o asimilados, la exoneración será del 85 % en mayo y del 70 % en junio, y para las empresas que tuvieran 50 o más trabajadores, o asimilados, será del 60 % en mayo y del 45 % en junio. Finalmente, respecto a los trabajadores que mantengan suspendida su actividad, para aquellas empresas que el 29 de febrero tuvieran en situación de alta menos de 50 trabajadores, o asimilados, será del 60 % en mayo y del 45 % en junio, y para aquellas que hubieran tenido 50 o más trabajadores, o asimilados, será del 45 % en mayo y del 30 % en junio. Esta regulación aparentemente inocua puede dar lugar a situaciones contrarias a lo pretendido: así es si se tiene en cuenta que un ERTE parcial supone que la actividad de la empresa sigue siendo reducida, pero, sin embargo, dicha parcialidad obliga al abono del correspondiente porcentaje de cuota empresarial respecto de trabajadores que aún no prestan servicios, por lo que, en muchos casos, al empresario le resultará más conveniente económicamente mantener el ERTE total que tratar de reiniciar la actividad parcialmente, ya que, en este caso, al menor ingreso por la actividad reducida debe también restarse la cuantía que supone el abono de las referidas cuotas.

Para la aplicación de la exención es necesario que se solicite por parte de la empresa debiendo comunicar la existencia de fuerza mayor total o parcial, la identificación de los trabajadores afectados, así como el tiempo de suspensión o reducción de jornada. La comunicación deberá realizarse a la cuenta de cotización mediante declaración responsable con anterioridad a que se solicite el cálculo de liquidación de cuotas, todo ello a través del sistema RED. Las exoneraciones no podrán afectar a los trabajadores, cuya cotización tendrá la consideración de periodo efectivamente cotizado a todos los efectos no siendo de aplicación lo previsto en el [artículo 20 de la LGSS](#).

La [disposición adicional segunda del RDL 9/2020](#) ha previsto en este ámbito un régimen sancionador y la obligación del reintegro de las prestaciones que resultaron indebidas para aquellos supuestos en los que las solicitudes presentadas por la empresa tuvieran falsedades o incorrecciones en sus datos. Si un trabajador percibiera indebidamente la prestación por causa no imputable al mismo, es la empresa la obligada a responder e ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas indebidamente. Posteriormente, la referida disposición se ha visto modificada por las disposiciones finales [tercera](#) y [novena](#) del RDL 15/2020, que refuerzan estos mecanismos de control y sanción. En concreto, se tipifican dichos comportamientos como infracción grave y la empresa ha de devolver las prestaciones indebidamente percibidas por sus trabajadores en los supuestos en que no medie dolo o culpa por parte de estos.

5. Permiso retribuido recuperable

Como modalidad excepcional, el [RDL 10/2020, de 29 de marzo](#), por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, como su título indica, reconoce un permiso especial retribuido y recuperable, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo, para aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena que presten sus servicios en empresas o entidades del sector público y privado y que desarrollen actividades no esenciales que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del referido RDL (es decir, todas excepto aquellas cuya actividad sea calificada de esencial de conformidad con lo previsto en el [art. 1](#) y el [anexo](#) RDL 10/2020 y posterior ampliación).

De este modo, dichos trabajadores están obligados a disfrutar de un permiso retribuido recuperable entre el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive (coincidente en gran medida con las festividades de Semana Santa), conservando el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales, pero pudiendo ser recuperado con posterioridad. Con carácter general quedan exentos de dicho permiso aquellos trabajadores que durante el periodo de su disfrute tengan suspendido su contrato de trabajo y aquellos que vengán prestando sus servicios a distancia ([art. 2 RDL 10/2020](#)).

Ahora bien, dadas las dificultades prácticas que puede suponer en algunos ámbitos la paralización total de la actividad, la [disposición adicional primera del RDL 10/2020](#) establece excepciones puntuales para aquellas empresas que pudieran verse perjudicadas de forma irremediable o desproporcionada por dicha medida, permitiéndose en dichos casos la prestación de servicios hasta el día 30 de marzo de 2020.

La recuperación de las horas de trabajo no prestadas puede hacerse efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020

([art. 3 RDL 10/2020](#)). Es necesaria su negociación en un periodo de consultas abierto al efecto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de 7 días. El acuerdo que se alcance podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo durante el permiso regulado en este artículo, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. De no alcanzarse acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará a las personas trabajadoras y a la comisión representativa, en el plazo de 7 días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso. En ningún caso, la recuperación de estas horas puede suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el [artículo 34.2 del ET](#), ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, deben ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

6. Extinción de la relación laboral

El RDL 8/2020 destaca en su [preámbulo](#) que para paliar la propagación de la pandemia ha sido necesaria la adopción de diversas medidas tan drásticas como las limitaciones temporales a la libre circulación de las personas y la cuarentena. Como consecuencia de ello es muy probable que se produzca una gran alteración económica respecto a la demanda y oferta, que provocará grandes problemas de solvencia y liquidez en numerosas empresas, y, ligado a ello, la drástica pérdida de empleos. Hay que procurar que el impacto social sea el menor posible y que la actividad económica se recupere cuanto antes una vez finalice esta situación de excepcionalidad. Son varias las medidas acordadas sobre este particular:

- Pese a esta inicial declaración, en el RDL 8/2020, orientada a dicha finalidad solo encontramos la [disposición adicional sexta](#), que dispone que aquellas empresas que se acojan a las medidas extraordinarias previstas están sujetas al compromiso de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad. Ello parece significar que las empresas no podrán extinguir los contratos con base en causas objetivas, pero no que no pueda hacerse uso del despido disciplinario si concurren motivos para ello.
- Posteriormente, el [artículo 2 del RDL 9/2020](#), en relación con la protección del empleo, contempla que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los [artículos 22 y 23 del RDL 8/2020](#) no pueden, en ningún caso, entenderse como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

- Y en este mismo orden de cosas, el [artículo 5 del RDL 9/2020](#), con la finalidad de evitar que se produzca la extinción de los contratos temporales por la llegada de su término, introduce la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales que no puedan alcanzar el objeto para el que fueron suscritos. De este modo, se consigue garantizar que los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo y de interinidad, logren completar su duración máxima efectiva, desplegando plenos efectos respecto a la prestación de servicios, la formación que llevan aparejada y la aportación a la actividad empresarial.
- La [disposición adicional duodécima del RDL 11/2020](#) contiene unas reglas específicas aplicables a la duración de determinados contratos de personal docente e investigador celebrados por las universidades. Y se permite prorrogar en el ámbito de la investigación la duración de los contratos predoctorales para el personal investigador en formación ([disp. adic. decimocuarta RDL 15/2020](#)).
- La [disposición adicional decimotercera del RDL 11/2020](#) prevé reglas aplicables a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratado en el Sistema Nacional de Salud.
- La [disposición adicional decimocuarta del RDL 11/2020](#) reconoce medidas excepcionales en empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual.

7. Prestaciones del Fondo de Garantía Salarial

Aunque no se trata propiamente de una norma coyuntural, cabe la referencia a la modificación del [artículo 33 del ET](#) que lleva a cabo el [RDL 19/2020](#), añadiendo un apartado 11, en cuya virtud el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) debe dictar resolución expresa de las solicitudes de los interesados en el plazo de 3 meses, y, de no ser así, las mismas podrán entenderse estimadas por silencio administrativo; y sin que en ningún caso pueda obtenerse por silencio el reconocimiento de obligaciones en favor de personas que no puedan ser legalmente beneficiarias o por cuantía superior a la que resulte por aplicación de los límites previstos en los apartados anteriores del precepto. De este modo, se confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) que consideraba que las solicitudes no atendidas en plazo por el Fogasa debían entenderse estimadas por silencio administrativo (en particular, la Sentencia del TS –STS–, [Sala de lo Social, de 16 de marzo de 2015, rec. 802/2014](#), y las dos SSTS, Pleno, de 20 de abril de 2017, recc. [669/2016](#) y [701/2016](#), seguidas por otras muchas); pero impide que se mantenga el criterio que entendía aplicable la excepción de cosa juzgada cuando se había confirmado en sentencia el reconocimiento de las prestaciones del Fogasa operadas por silencio administrativo positivo por encima del límite legal de su responsabilidad (STS, Pleno, de 27 de febrero de 2019, rec. 3597/2017).

8. Medidas de Seguridad Social

En relación con las obligaciones en materia de Seguridad Social es importante tener en cuenta que la [disposición adicional novena del RDL 11/2020](#) deja expresamente fuera del régimen regulado en el [artículo 33 del RDL 8/2020](#), relativo a la suspensión de plazos en el ámbito tributario, a los recursos de la Seguridad Social.

8.1. Subsidios por falta de actividad o de empleo

El [RDL 8/2020](#), para paliar la difícil situación en la que pueden verse inmersos los trabajadores afectados por las consecuencias empresariales provocadas por la COVID-19, aprueba una serie de medidas para facilitar que dichos trabajadores tengan acceso a diferentes prestaciones, además de la ya indicada prestación por desempleo como consecuencia de la aprobación de un ERTE de urgencia:

- El [artículo 17 del RDL 8/2020](#) reconoce una prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma con carácter excepcional y vigencia limitada a 1 mes a partir del 14 de marzo de 2020, o hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma, de prolongarse este durante más de 1 mes. Son beneficiarios los trabajadores por cuenta propia o autónomos cuando reúnan determinados requisitos. El tiempo de su percepción se entenderá como tiempo cotizado y no implicará la reducción de los periodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro y es incompatible con cualquier otra prestación del sistema de Seguridad Social. También puede ser de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento como trabajadores por cuenta propia en el régimen especial que corresponda.

Esta prestación se ha modificado con la entrada en vigor del [RDL 13/2020](#), que establece como fecha de vigencia de la misma hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma, y amplía los beneficiarios extendiéndose a trabajadores autónomos agrarios incluidos en el régimen especial para trabajadores por cuenta propia agrarios y los trabajadores autónomos incluidos en el régimen especial de trabajadores del mar que reúnan determinados requisitos, así como a trabajadores autónomos que desarrollen actividades en alguno de los códigos señalados específicamente en el precepto de la CNAE.

El RDL 19/2020 en su [disposición final octava](#) ha previsto que la prestación tendrá una duración de 1 mes, pudiendo ampliarse hasta el último día del mes en el que finalice el estado de alarma en el supuesto de que este se prorrogue y tenga una duración superior al mes. El tiempo de su percepción se entenderá como cotizado, no existirá obligación de cotizar y no reducirá los periodos de prestación por

cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro. Y ha añadido que las cotizaciones por las que no exista obligación de cotizar corren a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación por contingencias comunes, de las mutuas colaboradoras o de la entidad gestora que corresponda en los supuestos de aportación por contingencias profesionales y cese de la actividad y, en el resto de supuestos, a cargo de los presupuestos de las entidades correspondientes.

- El [artículo 26 del RDL 8/2020](#) permite la flexibilización del procedimiento de reconocimiento de prestaciones por desempleo. De esta manera, durante el periodo de vigencia de las medidas extraordinarias en materia de salud pública que conlleven la limitación de la movilidad de los ciudadanos o que atañan al funcionamiento de los servicios públicos cuya actuación afecte a la gestión de la protección por desempleo por el SEPE o el ISM, se suspende la aplicación de los [artículos 268.2 y 276.1](#) de la LGSS, y la presentación de las solicitudes de alta inicial o reanudación de la prestación y el subsidio por desempleo realizada fuera de los plazos establecidos legalmente no implicará que se reduzca la duración del derecho a la prestación correspondiente.
- En relación con dichas prestaciones por desempleo, el [artículo 27 del RDL 8/2020](#) contiene una serie de medidas extraordinarias relativas a la prórroga del subsidio por desempleo y a la declaración anual de rentas:
 - La entidad gestora puede prorrogar de oficio el derecho a percibir el subsidio por desempleo en los supuestos sujetos a la prórroga semestral. La falta de solicitud no comporta la interrupción de la percepción del subsidio ni la reducción de su duración (se suspende la aplicación del [art. 276.2 LGSS](#)).
 - En el caso de los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años, no se interrumpe el pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social pese a que la presentación de la preceptiva declaración anual de rentas se realice fuera del plazo establecido legalmente (se suspende la aplicación del [art. 276.3 LGSS](#)).
- Son también destacables las medidas acordadas en el [RDL 11/2020](#), que vinieron a dar respuesta a las numerosas críticas formuladas por la falta de previsión de dichas medidas en normas anteriores, en concreto, las siguientes:
 - Los [artículos 30 a 32 del RDL 11/2020](#) regulan un subsidio extraordinario por falta de actividad para aquellas personas que se encuentren integradas en el sistema especial de empleados de hogar del RGSS que con carácter previo al 14 de marzo de 2020 dejaron de prestar servicios temporalmente, total o parcialmente, por causas ajenas a su voluntad o se haya producido la extinción de su contrato de trabajo o el desistimiento del empleador.

- El [artículo 33 del RDL 11/2020](#) establece un subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal para aquellos trabajadores a los que con anterioridad al 14 de marzo de 2020 se les hubiera extinguido un contrato de duración determinada (se incluyen los contratos de interinidad, formativos y relevo) de, al menos, 2 meses de duración, y que no contaran con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio si carecieran de rentas en los términos establecidos en el [artículo 275 de la LGSS](#).
- La [disposición adicional vigesimosegunda del RDL 11/2020](#) prevé la compatibilidad del subsidio por cuidado de menor y la prestación por desempleo o cese de actividad durante la permanencia del estado de alarma.
- El [artículo 22 del RDL 15/2020](#) prevé la situación legal de desempleo por extinción de la relación laboral del periodo de prueba producida durante la vigencia del estado de alarma, en concreto, la producida a partir del día 9 de marzo de 2020. Y también la de aquellas personas que resolvieran su relación laboral a partir del día 1 de marzo de 2020, debido a un compromiso firme de suscripción de un nuevo contrato con otro empleador en los supuestos en los que esta última desistiera como consecuencia derivada de la COVID-19. En este supuesto, se considerará como asimilada al alta.
- El [artículo 2 del RDL 17/2020, de 5 de mayo](#), por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, previó el acceso extraordinario a la prestación por desempleo para el colectivo de artistas en espectáculos públicos que no hayan podido acogerse a los artículos [22](#) y [23](#) del RDL 8/2020 que se encuentren en el RGSS. Este precepto ha sido modificado por las disposiciones [transitoria cuarta](#) y [final duodécima](#) del RDL 19/2020 facilitando la posibilidad de acceso a dichas prestaciones al eliminar algunos de los requisitos previamente exigidos, como son la acreditación de la situación de falta de actividad y el requisito de encontrarse en periodo de inactividad voluntaria, asimismo se permite la suspensión del cobro de la prestación, para realizar trabajos por cuenta propia o ajena, y su posterior reanudación. Finalmente, para todos aquellos cuya solicitud fuera denegada a fecha 28 de mayo, se les posibilita que puedan volver a solicitarla.

8.2. Otras prestaciones en favor de los trabajadores

En este ámbito, es necesario resaltar que el [artículo 5 del RDL 6/2020, de 10 de marzo](#), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, con carácter excepcional considera como asimilados a accidente de trabajo los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras

debido a la COVID-19, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal (IT) del sistema de Seguridad Social; salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

Esta protección se extiende a aquellos trabajadores obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por las limitaciones previstas por la declaración del estado de alarma, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

La duración se ha de establecer de conformidad con lo recogido en el parte de baja y de alta como consecuencia del aislamiento; en los casos de restricción en las salidas del municipio, de tratarse de las personas trabajadoras a las que se refiere el [artículo 1 del RDL 10/2020](#), se expedirá un parte de baja con efectos desde la fecha de inicio de la restricción y un parte de alta con efectos de 29 de marzo de 2020. De tratarse de trabajadores por cuenta propia o autónomos, el derecho a la prestación comenzará con el parte de baja desde la fecha de inicio de la restricción y durará hasta la fecha de finalización de la restricción. Este subsidio es incompatible con el derecho a una prestación de la Seguridad Social, incluida la IT por contingencias comunes o profesionales.

El beneficiario de la misma puede ser el trabajador por cuenta propia o ajena que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, siendo aquella en la que acuerde el aislamiento o enfermedad, pudiendo, en su caso, expedirse el parte de baja con posterioridad a dicha fecha (posteriormente, el [art. 11 RDL 7/2020](#) ha previsto su aplicación al mutualismo administrativo).

Cabe indicar que la [disposición derogatoria única del RDL 13/2020, de 7 de abril](#), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, ha derogado expresamente la [disposición adicional vigesimoprimera del RDL 11/2020](#), en la que se establecía una prestación de IT para la situación excepcional de confinamiento total, con carácter excepcional, y con efectos desde el inicio de la situación de confinamiento, para aquellos trabajadores obligados a desplazarse de localidad que tuvieran obligación de prestar los servicios esenciales a los que se refiere el [RDL 10/2020](#).

Finalmente, el [artículo 9 del RDL 19/2020](#) ha reconocido como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo la enfermedad padecida por el personal que presta servicio en centros sanitarios o sociosanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma en cualquiera de las fases de la epidemia, cuando se acredite por los servicios de prevención de riesgos laborales y salud laboral, al entender

cumplidos los requisitos exigidos en el [artículo 156.2 e\) de la LGSS](#). Se aplicará a los contagios ocurridos hasta el mes posterior a la terminación del estado de alarma, sirviendo como acreditación el correspondiente parte de accidente de trabajo expedido dentro del periodo de referencia. Y en los supuestos de fallecimiento se considerará que la causa es accidente de trabajo cuando este se produzca dentro de los 5 años siguientes al contagio de la enfermedad y sea derivado de la misma, al amparo de lo dispuesto en el [artículo 217.2 de la LGSS](#). Por su parte, la [disposición transitoria tercera del RDL 19/2020](#) dispone que la asistencia sanitaria que se haya prestado a los trabajadores protegidos en el antedicho artículo durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor de este precepto, se haya venido considerando como derivada de contingencia común no variará dicha calificación, pero, cuando se reconozca la contingencia profesional de la prestación en los términos del [artículo 9](#), la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional.

8.3. Medidas en favor del empresario

No es discutido que la disminución de la actividad o el cierre temporal de las empresas y del trabajo autónomo van a suponer grandes pérdidas económicas con consecuencias irreversibles.

Para hacer frente a esta situación, el RDL 11/2020 tiene una sección concreta que lleva por título «[Medidas de apoyo a los autónomos](#)» y que contiene, en materia de Seguridad Social, dos instrumentos destinados a ayudar a paliar las consecuencias económicas negativas derivadas de la COVID-19, si bien, pese al título, no solo para el colectivo autónomo. Estas medidas se concretan en una moratoria de las cotizaciones a la Seguridad Social y un aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social, y han sido ampliamente criticadas, en cuanto que suponen retrasar determinados pagos, pero no exonerar de ellos, por periodos en los que la actividad productiva que se desarrolla es nula o casi nula; y cuya inicial previsión fue rápidamente reformada por el [RDL 13/2020](#) para incluir las cuotas a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos.

En primer lugar, el [artículo 34 del RDL 11/2020](#) (en la redacción dada por la disp. final tercera RDL 13/2020) establece una moratoria en las cotizaciones sociales a la Seguridad Social. Para que las empresas puedan hacer frente a los gastos derivados de su actividad por un periodo de 6 meses sin intereses, para todas aquellas empresas que lo soliciten y cumplan los requisitos y condiciones que se establezcan en la orden del ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Se aplica sobre el pago de las aportaciones empresariales de la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta y las cuotas de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. El periodo de devengo, para las empresas, es el comprendido entre abril y junio de 2020 y, para los trabajadores por cuenta

propia, entre mayo y julio de 2020, en los casos en que su actividad no se halle suspendida al amparo del [RD 463/2020](#).

La presentación de las solicitudes es electrónica dentro de los 10 primeros días naturales de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a los periodos de devengo antedichos, no procediendo dicha moratoria en los supuestos en los que las liquidaciones de cuotas se practiquen a partir del momento de presentación de la solicitud.

En aquellos casos en los que las solicitudes presentadas contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados, se considerarán a efectos de sanciones como infracción leve de conformidad con lo previsto en el [Real Decreto legislativo 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. A dichos efectos recoge expresamente como falsedad o incorrección y la revisión de oficio del acto de reconocimiento de la moratoria.

En segundo lugar, el [artículo 35 del RDL 11/2020](#) recoge el aplazamiento de las deudas con la Seguridad Social a las empresas y los trabajadores por cuenta propia que se encuentren incluidos en cualesquiera de los regímenes de la Seguridad Social o aquellos que se encuentren autorizados a actuar a través del sistema RED. Es necesario que no tengan en vigor ningún otro aplazamiento previo que tenga previsto un plazo reglamentario de ingreso entre abril y junio de 2020, de conformidad con la normativa de Seguridad Social. Se aplica un interés del 0,5 % en lugar del previsto en el [artículo 23.5 de la LGSS](#). Las solicitudes deben presentarse antes del transcurso de los 10 primeros días naturales del plazo reglamentario de ingreso antedicho. Debido al elevado número de solicitudes presentadas, el artículo 35 ha sido modificado por la [disposición final décima del RDL 15/2020](#), que prevé una simplificación del procedimiento de resolución del aplazamiento, con independencia del número de mensualidades que comprenda. Además, fija un criterio homogéneo de determinación del plazo de amortización mediante el pago escalonado de la deuda y el efecto jurídico de la solicitud hasta la resolución del procedimiento, en relación con la suspensión de los plazos administrativos. Y, finalmente, la [disposición final décima del RDL 15/2020](#) declara la incompatibilidad del aplazamiento con la moratoria regulada en el [artículo 34 del RDL 11/2020](#).



Contratación laboral y temporalidad durante la recuperación económica

Joan Antoni Alujas Ruiz

*Profesor del Departamento de Econometría, Estadística
y Economía Aplicada: Sección de Políticas Públicas.
Universidad de Barcelona*

Extracto

Nuestro estudio se centra en el análisis de la contratación laboral en España entre 2012 y 2019 con el objeto de examinar la incidencia de la recuperación económica sobre la evolución del número y tipología de contratos, así como en las tasas de temporalidad. Después de repasar el marco normativo, se analizan los resultados a nivel agregado y también por sexo, edad, nivel de estudios y tipo de sector (público o privado). Dicho análisis nos permitirá determinar cómo ha afectado la evolución de la economía a la contratación (especialmente a la de carácter indefinido) y a la temporalidad, así como su impacto diferencial según los colectivos.

La conclusión más evidente que se deriva del análisis de los resultados a nivel nacional es el aumento tanto de la contratación temporal como de la indefinida, así como de las tasas de temporalidad, especialmente en los jóvenes y en el sector público. La relevancia del tema se refleja en las diferentes medidas de fomento del empleo aprobadas a lo largo del periodo analizado y que han tenido como objetivo incentivar la contratación a la vez que se pretendía promover la estabilidad laboral y reducir la tasa de temporalidad, aunque sin demasiado éxito. Además, la situación actual derivada de la pandemia refuerza los efectos negativos de la dualidad en el mercado de trabajo español.

Palabras clave: contratos; incentivos; temporalidad; segmentación.

Fecha de entrada: 05-05-2020 / Fecha de aceptación: 07-05-2020

Cómo citar: Alujas Ruiz, J. A. (2020). Contratación laboral y temporalidad durante la recuperación económica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 155-192.





Job recruitment and temporality during economic recovery

Joan Antoni Alujas Ruiz

Abstract

Our study focuses on the analysis of job recruitment in Spain between 2012 and 2019 in order to analyse the impact of the economic recovery on the evolution of the number and typology of contracts, as well as on temporary rates. After reviewing the regulatory framework, the results are analysed at the aggregate level and also by gender, age, educational level and type of sector (public or private). This analysis will allow us to determine how the evolution of the economy has affected recruitment (especially the permanent one) and temporality, as well as its differential impact according to the collectives.

The most obvious conclusion derived from the analysis of results at the national level is the increase in both temporary and permanent recruitment, as well as temporary rates, especially in young people and in the public sector. The relevance of the topic is reflected in the different employment promotion measures adopted over the period under review and which have aimed to encourage recruitment while intended to promote job stability and reduce temporary rates, but without too much success. Furthermore, the current situation derived from the pandemic reinforces the negative effects of duality in the Spanish labour market.

Keywords: contracts; recruitment incentives; temporality; segmentation.

Citation: Alujas Ruiz, J. A. (2020). Job recruitment and temporality during economic recovery. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 155-192.





Sumario

1. Introducción
 2. Marco normativo
 3. Análisis de los resultados
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Los contratos temporales suponen un menor coste laboral para las empresas, en primer lugar, porque estas se enfrentan a menores costes de extinción de la relación laboral que los derivados de los contratos indefinidos. En segundo lugar, la menor estabilidad laboral de los trabajadores temporales reduce su poder de negociación, por lo que sus salarios son también inferiores a los de los trabajadores con contrato indefinido. Al reducir el coste laboral, los contratos temporales favorecen la creación de empleo. Este efecto es especialmente relevante en relación con los puestos de trabajo donde la volatilidad es muy alta y con los puestos de trabajo en los que la productividad es baja. Este tipo de puestos de trabajo son los que, *a priori*, cabe esperar que fueran mayoritariamente ocupados por trabajadores con contrato temporal y que se ofrecieran en menor medida si los contratos temporales no estuvieran disponibles (Jimeno, 2005). Por tanto, la existencia de la temporalidad procede de una segmentación entre puestos relativamente más cualificados, en los que la estabilidad constituye un elemento sustancial, y puestos relativamente poco cualificados, para los que la estabilidad de la relación laboral es indiferente, ya que existen numerosos trabajadores que pueden cubrirlos.

Las características del contrato temporal, paradigma de lo que se ha denominado «contrato precario», lo han colocado siempre en el centro de un acalorado debate, ya que su régimen jurídico trata de buscar un equilibrio entre la necesidad de flexibilidad y la supuesta modernización de la mano de obra, por una parte, y la necesidad de protección de los trabajadores, por otra (Torsello, 2016).

La dualidad es fuente de inequidad, por un lado, porque crea notables diferencias entre trabajadores en virtud de sus contratos. Es un hecho constatado que la mayor estabilidad de los trabajadores indefinidos favorece la formación y promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, la acción sindical o la protección de la salud laboral, e incrementa las posibilidades de ser más productivos, obtener mejores salarios y permanecer en el mercado laboral hasta la edad de jubilación. Por otro lado, porque el impacto negativo de la temporalidad se concentra en los colectivos con mayores problemas de acceso y permanencia en el mercado de trabajo, como jóvenes, mujeres, inmigrantes y trabajadores poco cualificados. Además, la extensa cohorte de trabajadores atrapados en la temporalidad supone un derroche de capital humano que lastra la productividad y la competitividad de la economía, sobrecargando la Seguridad Social y los sistemas de asistencia social (Martínez, 2016).

Las reformas laborales de la década de los ochenta aliviaron el uso de contratos temporales al tiempo que dejaron la regulación del empleo permanente en gran medida inalterada. Estas reformas pueden haber creado más puestos de trabajo, pero también dieron lugar a un creciente *stock* de trabajadores precarios.

La extensión de los contratos temporales en algunos Estados miembros ha tenido consecuencias: algunas personas disfrutaban de carreras estables y seguras con mejores salarios y las perspectivas de desarrollo, mientras que otras están atrapadas en las relaciones laborales caracterizadas por inestabilidad, incertidumbre y desfavorables condiciones de trabajo (Eurofound, 2019).

La persistencia de la temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo español se debe a la normativa laboral, unida a la permisividad institucional, a una cultura empresarial que se decanta por prácticas de gestión laboral precarizadoras, a las particularidades del modelo productivo y a la evolución de la economía (Lorente y Guamán, 2018).

Las probabilidades de que un parado o un trabajador precario puedan acceder a un empleo indefinido de calidad son muy limitadas, mucho más en España que en el resto de grandes países europeos. Nuestro país muestra bajas tasas de transición desde los contratos temporales a los indefinidos y altas tasas de transición desde la temporalidad al desempleo, lo que apunta a la existencia de un número significativo de empleados temporales que están atrapados, porque no consiguen un contrato permanente y experimentan periodos de desempleo que corren el riesgo de ser relativamente largos. En muchos casos, se trata de personas con un bajo nivel formativo enroladas en sectores de bajo nivel añadido que son muy volátiles, como es el caso de la hostelería o el comercio (Eurofound, 2019).

La mayor parte de las propuestas de reforma del modelo de contratación defienden la simplificación de las modalidades contractuales temporales, de manera que la temporalidad quede restringida a los contratos vinculados a necesidades claramente limitadas en el tiempo o con un relevante sesgo de integración de colectivos vulnerables en el mercado laboral. Para lograr su efectividad sería necesario desincentivar el uso de los contratos de obra y servicio o eventuales e intensificar el control por parte de la Inspección de Trabajo. No obstante, cabe tener en cuenta que la demanda productiva está sujeta a fuertes dosis de incertidumbre, imprevisibilidad e inestabilidad que actúan como elementos estructurales del sistema. Estos factores propician un modelo de organización empresarial flexible, articulado en un núcleo central, que se reserva a los trabajadores más cualificados y productivos, y una periferia en la que se sitúan los trabajadores menos cualificados con condiciones laborales precarias que permiten absorber las oscilaciones de la demanda. En consecuencia, la necesidad de transferir parte de los riesgos productivos sobre los trabajadores para ganar competitividad o subsistir en el mercado empujará hacia otras fórmulas de flexibilidad que ahonden en la descentralización productiva (Martínez, 2016).

Con el objetivo de estudiar la evolución de la contratación laboral y de la temporalidad en el periodo 2012-2019 y valorar el efecto de la recuperación económica, la estructura que

presenta este trabajo es la siguiente. En el segundo epígrafe se analizan los cambios en el marco normativo en el ámbito de la contratación, especialmente la indefinida. En el tercero se procede al análisis de los resultados en materia de contratación laboral y de tasas de temporalidad y su incidencia sobre diferentes colectivos, ya sea por sexo, grupo de edad, nivel de estudios y tipo de sector (público o privado). Finalmente, en el último epígrafe se presentan una serie de conclusiones y recomendaciones.

2. Marco normativo

El marco normativo de la contratación laboral durante el periodo analizado comprende diversas etapas. La primera engloba los años 2012 y 2013 y se caracteriza, en primer lugar, por el mantenimiento de las medidas precedentes, referidas a los colectivos que son objeto de incentivos a la contratación indefinida inicial y a la conversión de contratos temporales en indefinidos. En segundo lugar, por la modificación de determinadas medidas de fomento: incremento de la cuantía de la bonificación para la contratación indefinida de jóvenes de 16 a 30 años y mayores de 45 años; bonificación de las conversiones en contratos indefinidos de los contratos en prácticas, de relevo o de sustitución por anticipación de la edad de jubilación (pero solo en empresas de menos de 50 trabajadores) y de los contratos temporales celebrados con víctimas del terrorismo, de violencia de género, doméstica y personas en situación de exclusión social y la sustitución de bonificaciones por reducciones de cuotas tanto para la contratación inicial como para su conversión en indefinido del contrato para la formación y el aprendizaje. No obstante, se mantuvieron vigentes las bonificaciones para personas con discapacidad, personas víctimas de violencia de género y en riesgo de exclusión social establecidas en la [Ley 43/2006](#). En tercer lugar, por la introducción de nuevas medidas de fomento como el contrato de apoyo a los emprendedores, el cambio en el régimen jurídico de los contratos formativos y un conjunto de medidas dirigidas a incentivar el empleo joven¹.

El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (creado por el [RDL 3/2012, de 10 de febrero](#), y modificado por la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#)) se convierte en el eje central de la política de fomento del empleo, no estableciendo un ámbito subjetivo de aplicación limitado a determinados colectivos. En cambio, hay que tener en cuenta que solo pueden hacer uso las empresas de menos de 50 trabajadores y que solo se podía celebrar a tiempo completo, hecho que se corrigió mediante el [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre](#), permitiéndose también desde entonces a tiempo parcial. Este contrato permite a las empresas beneficiarse de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social y de incentivos fiscales. Respecto a las bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social, su

¹ Dichas medidas tenían como objetivo facilitar el acceso al mercado laboral de los jóvenes, aun a costa de sacrificar sus condiciones laborales, avanzando de nuevo en la muy transitada senda de la precarización del empleo juvenil (Moreno, 2013).

duración es de 3 años y solo se tendrá derecho si se contrata a jóvenes entre 16 y 30 años y a mayores de 45 años desempleados inscritos en la oficina de empleo (1.000 € el primer año, 1.100 el segundo y 1.200 el tercero en el caso de los jóvenes y 1.300 € anuales en los mayores de 45 años) incrementándose la bonificación en 100 y 200 euros anuales, respectivamente, si el contrato es con mujeres en ocupaciones donde estén infrarrepresentadas.

En cuanto a los incentivos fiscales, si se contrata a un desempleado perceptor de prestación contributiva, la empresa tiene derecho a una deducción de la cuota íntegra del impuesto sobre sociedades del 50 % del menor de los siguientes importes: el importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación o bien el importe correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida. En el caso de que se contrate a un primer trabajador, si es menor de 30 años, la empresa tiene derecho a una deducción de 3.000 euros de la cuota íntegra del periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba de 1 año exigido en el contrato.

Por otro lado, cabe señalar la introducción de un periodo de prueba de 1 año en el contrato de emprendedores para todos los trabajadores y con independencia del nivel de formación. Por tanto, durante el primer año, este contrato se asemeja más a un contrato temporal que a uno indefinido, especialmente en la modalidad no bonificada, pudiendo llegar a ser utilizado para cubrir necesidades temporales². No obstante, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de este periodo de prueba con base en la situación de excepcionalidad motivada por los elevadísimos niveles de desempleo y a su carácter transitorio, ya que su vigencia queda condicionada a que la tasa de desempleo se reduzca por debajo del 15 %. Este requisito pretende que las políticas de incentivos al empleo no sean un elemento estructural de las políticas activas, sino una política anticíclica para hacer frente a situaciones en las que otras medidas activas, como, por ejemplo, la de formación, pueden ser menos eficaces (Molina, 2015).

Por lo que hace referencia al contrato de trabajo en prácticas, por un lado, se permite su celebración con base en un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación y el aprendizaje celebrado con anterioridad con la misma empresa; por otro lado, se permite su celebración con jóvenes menores de 30 años, aunque hayan transcurrido 5 o más años desde la terminación de los correspondientes estudios con una reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes del 50 % y del 75 % en caso de que el trabajador esté realizando prácticas no laborales en el momento de su contratación en prácticas, en ambos casos hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 % (medidas introducidas por el [RDL 4/2013, de 22 de febrero](#), convertido en la [Ley 11/2013, de 26 de julio](#)).

² Uno de los fines de la [Ley 3/2012](#) es potenciar el empleo estable, y mal puede merecer ese calificativo un empleo que presenta una duración inferior a la de algunos contratos temporales (Fernández, 2016). Además, el porcentaje de los contratados que se mantiene en el empleo pasado el primer año es muy inferior al registrado en el contrato indefinido ordinario (Costa, 2018).

En relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, la [Ley 3/2012](#) introduce una serie de modificaciones. En primer lugar, se amplía el ámbito de aplicación, ya que el límite de edad se amplía hasta los 30 años mientras la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 15 %; en segundo lugar, la duración máxima pasa de 2 a 3 años y la mínima puede ser de 6 meses en lugar de 1 año si lo establece el convenio colectivo; en tercer lugar, que una vez expirada la duración máxima del contrato para la formación y el aprendizaje se permite realizar un nuevo contrato de esta modalidad con el mismo trabajador si la formación inherente tiene por objeto la obtención de distinta cualificación profesional; en cuarto lugar, el tiempo de trabajo efectivo será como máximo del 75 % durante el primer año de contrato y del 85 % durante el segundo o tercer año de duración; y, por último, se introduce una reducción del 100 % de las cuotas empresariales si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas o del 75 % en el supuesto de que tenga una plantilla igual o superior a esa cifra durante toda la vigencia del contrato. Una vez finalizado el contrato, o una de sus prórrogas, la empresa puede transformarlo en indefinido y recibir 1.500 euros durante 3 años (1.800 €, si es mujer).

Por lo que hace referencia al conjunto de medidas dirigidas a incentivar el empleo joven, enmarcadas en la Estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013-2016, cabe destacar las tres siguientes, que eran de aplicación hasta que la tasa de desempleo se situara por debajo del 15 % (introducidas por el [RDL 4/2013, de 22 de febrero](#), convertido en la [Ley 11/2013, de 26 de julio](#)). En primer lugar, la creación de un contrato eventual denominado «primer empleo joven» para contratar a menores de 30 años desempleados sin experiencia profesional previa o inferior a 3 meses, con incentivos a su transformación en indefinido (bonificación anual de 500 € o de 700 si se suscribe con mujeres, durante 3 años). En segundo lugar, se incentivó la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa mediante una reducción de las cuotas empresariales de un 75 % para empresas de más de 250 trabajadores y del 100 % para el resto durante 12 meses si se contratan menores de 30 años sin experiencia laboral previa o que provengan de sectores donde no haya demanda de empleo o que se encuentren desempleados desde hace más de 12 meses o que carezcan de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad. En tercer lugar, se incentivó la contratación indefinida de un joven por microempresas (hasta 9 trabajadores) y empresarios autónomos mediante una reducción del 100 % de la cuota de la empresa a la Seguridad Social por contingencias comunes durante 12 meses cuando contraten de forma indefinida a un desempleado menor de 30 años, aplicable solo al primer contrato.

La segunda etapa comprende los años 2014 y 2015 y se caracteriza básicamente por la introducción del Sistema de Garantía Juvenil y la generalización de los incentivos a la contratación indefinida, aunque acotados en su duración³. El Sistema de Garantía Juvenil

³ Por tanto, el principal objetivo de la política de fomento del empleo es impulsar la contratación indefinida, aunque, cuando se trata de incentivar el empleo de colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo, enseguida se articulan bonificaciones también para la contratación temporal (Martínez, 2016).

(introducido por el [RDL 8/2014, de 4 de julio](#), convertido en la [Ley 18/2014, de 15 de octubre](#)) pretende incentivar la inserción laboral de los mayores de 16 y menores de 25 años, o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, a los que se añaden los jóvenes mayores de 25 y menores de 30 años hasta que su tasa de desempleo se sitúe por debajo del 20 % según la Encuesta de población activa (EPA) correspondiente al último trimestre del año. Con la aprobación del [Real Decreto-Ley 6/2016, de 23 de diciembre](#), de medidas urgentes para impulsar el Sistema de Garantía Juvenil, se buscaba fortalecer dicho sistema simplificando los requisitos establecidos para poder ser beneficiario y mejorando la gestión del mismo. Las medidas más relevantes en relación con la contratación de las personas beneficiarias del Sistema de Garantía Juvenil son las siguientes: bonificación mensual de 300 euros por su contratación indefinida que es compatible con todo tipo de incentivos siempre que el importe mensual a cotizar no sea negativo y con una duración de 6 meses. En el supuesto de que la contratación sea a tiempo parcial, dicha bonificación oscila entre 150 y 225 euros al mes.

En cuanto a la generalización de los incentivos a la contratación indefinida, cabe hacer referencia a la «tarifa plana» de 100 euros y al mínimo exento de cotización de 500 euros. La denominada «tarifa plana», que se introdujo por el [Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero](#), consistía en una reducción de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes de 100 euros mensuales, si era a tiempo completo, y de 75 o 50 euros mensuales, si la jornada era equivalente al 75 % o al 50 % de un trabajador a tiempo completo, respectivamente⁴. Esta medida sería de aplicación durante 24 meses para los contratos celebrados desde el 25 de febrero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, si bien se prorrogó hasta el 31 de marzo de 2015 ([RDL 17/2014, de 26 de diciembre](#)). Para poder acogerse a la «tarifa plana», la empresa estaba obligada a aumentar tanto la plantilla global de trabajadores como el número de trabajadores fijos y a mantener el nivel de empleo generado con los nuevos contratos durante, al menos, 3 años.

El mínimo exento de cotización de 500 euros, introducido por el [Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero](#), convertido en la [Ley 25/2015, de 28 de julio](#), viene a sustituir a la «tarifa plana», ya que se aplica prácticamente para los mismos supuestos y con los mismos requisitos, excepto en lo relativo a la cuantía y tipo de medida y a su compatibilidad con otros beneficios en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato. Así, se trataba de una exención de 500 euros de la base de cotización por contingencias comunes en la aportación empresarial, cuando la contratación es a tiempo completo, y en el caso de ser a tiempo parcial, dicha exención se reduce de forma proporcional al porcentaje de reducción de jornada. El mínimo exento se aplicaba a los contratos indefinidos celebrados entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016, durante un periodo de 24 meses.

⁴ Esta medida supone una vuelta atrás en la política de incentivos al establecer un mecanismo que, aunque con vigencia limitada en el tiempo, no establece ningún tipo de selección en el ámbito subjetivo de aplicación. De esta manera, cualquier empresa, sin límite de tamaño, puede beneficiarse de una significativa reducción en las cuotas por contingencias comunes (Molina, 2015).

Finalmente, después de un paréntesis debido a la provisionalidad de la situación política, la última etapa comprendería los años 2018 y 2019. En primer lugar, cabe destacar el [Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre](#), que derogó algunas medidas de fomento de empleo vinculadas a la contratación laboral o ciertos aspectos de su regulación introducidos en los momentos más agudos de la crisis y condicionados a que la tasa de desempleo superara el 15 %⁵. Entre los contratos afectados por esta supresión estaba el contrato indefinido de apoyo a emprendedores y el contrato para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años, medida prevista como coyuntural y transitoria, pudiéndose realizar a partir de ahora solo con jóvenes menores de 25 años. Asimismo, se suprimieron los incentivos al empleo que afectaban al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, a la contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven, al contrato de primer empleo joven y a los contratos en prácticas.

Por otro lado, el [Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo](#), incluyó dos bonificaciones nuevas: la primera, para la conversión de contratos eventuales de trabajadores agrarios en contratos indefinidos o contratos fijos-discontinuos, habida cuenta de la elevada temporalidad de este sector, y la segunda, para la contratación indefinida de desempleados de larga duración, con el fin de incentivar su reinserción en el mercado laboral y favorecer su inclusión social⁶. En esta última, los contratos con personas inscritas en la oficina de empleo al menos 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación tendrán derecho a una bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.300 euros anuales y, cuando estos contratos se concierten con mujeres, las bonificaciones indicadas serán de 1.500 euros anuales, con una duración de 3 años en ambos casos. Si el contrato se celebra a tiempo parcial, las bonificaciones se disfrutarán de manera proporcional a la jornada de trabajo pactada en el mismo.

3. Análisis de los resultados

La evolución de la contratación laboral en España desde 2012 marca ya una ligera tendencia positiva, aunque se acelerará a partir de 2014 ligada al inicio de una clara recuperación económica. El aumento de los contratos indefinidos entre 2012 y 2019 fue del 91,9 %, mientras que las conversiones aumentaron en un 111 %. El volumen de contratos indefinidos

⁵ Dichas medidas fueron introducidas en el bienio 2012-2013 como parte de la reforma laboral y con fines de fomento del empleo y del emprendimiento para afrontar el grave deterioro del mercado de trabajo, mostrando una desigual incidencia –Consejo Económico y Social (CES, 2019)–.

⁶ La medida desconoce quizás la necesidad de distinguir las características que, dentro de este colectivo, pueden explicar su situación y que en vez de bonificaciones requerirían sobre todo medidas conectadas con la intermediación y la orientación laboral y aquellas ligadas a la formación y recualificación profesional (Costa, 2019).

superó en 2018 los niveles previos a la crisis, pero no así las conversiones que aún están por debajo. En el primer caso se registra una caída del 8,5 % en 2019, mientras que en el segundo se mantienen con una leve variación a la baja⁷. Los contratos temporales muestran una evolución ascendente durante todo el periodo analizado con un aumento del 60,5 %, aunque se ha ralentizado los 2 últimos años, alcanzando eso sí un volumen muy por encima del registrado antes de la crisis⁸ (tabla 1). Por otro lado, el porcentaje de contratos indefinidos iniciales sobre el total de contratos apenas ha variado, pasando del 5 % en 2012 al 5,9 % en 2019 y situándose todavía por debajo del nivel previo a la crisis. Si consideramos el total de contratos indefinidos (iniciales más conversiones), su peso ha aumentado del 7,9 % al 9,6 % en el periodo analizado, pero lejos del 12 % alcanzado en 2007. En consecuencia, podemos decir que la contratación está mucho más condicionada por la evolución de la economía que por los cambios en el marco normativo.

Tabla 1. Evolución del número de contratos (miles)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Contratos indefinidos	689,7	735	935,8	1.030,4	1.131,2	1.242,8	1.446,9	1.323,9
Contratos temporales	12.683,3	13.657,6	15.376,7	17.067,1	18.265,6	19.572	20.006,7	20.352,8
Conversiones	395,8	399,9	414,5	478,7	582	686,4	837,9	835,5
Total contratos	13.768,9	14.792,6	16.727,1	18.576,2	19.978,9	21.501,3	22.291,6	22.512,2

Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Estadística de contratos.

⁷ La supresión del contrato de apoyo a emprendedores explica en gran parte la caída en el número de contratos indefinidos. No obstante, cabe señalar que el peso de dicho contrato en el total de la contratación indefinida inicial ha pasado del 11,2 % en 2012 al 20 % en 2018. El contrato de apoyo a los emprendedores registró un aumento del 276 % entre 2012 y 2018, habiendo crecido los bonificados en un 56,6 %. No obstante, la proporción de estos últimos solo representa el 18,7 % del total. El aumento a partir de 2016 en el caso de los jóvenes, dada la caída en los contratos para la formación y el aprendizaje, induce a pensar que es el resultado de una vía de escape para el empresario en lo que concierne a las obligaciones formativas de dicho contrato (Requena, 2018). En consecuencia, no parece que los incentivos económicos asociados al contrato de emprendedores hayan contribuido a impulsar de forma decidida la contratación de carácter indefinido, sino más bien la extensión a 1 año del periodo de prueba.

⁸ El problema no es tanto el volumen de contratos temporales sino su duración media, que se ha reducido de 59,3 días en 2012 a 49,1 días en 2019, acumulando una disminución de casi 30 días respecto a 2007. Además, el porcentaje de contratos temporales de duración inferior a 1 semana ha pasado del 24,1 % al 30,2 % en el periodo analizado, mientras que antes de la crisis se situaba en el 17,1 %.

En cuanto a la distribución de los contratos bonificados, cabe señalar, en primer lugar, el aumento del peso de la contratación temporal. En este sentido, en 2019, los contratos bonificados son en un 82,2 % de carácter temporal, lo cual supone un repunte en el peso de dichos contratos respecto a 2012 en que fue del 67,6 %. Por lo que respecta a los contratos indefinidos, se registra una notable disminución de su peso en los contratos bonificados⁹, pasando del 17,4 % en 2012 al 3,6 % en 2019. Por el contrario, las conversiones de contratos temporales en indefinidos aumentan su proporción en los contratos bonificados durante el periodo analizado, pasando del 7,6 % al 10 % (tabla 2).

Por otro lado, la proporción de los contratos bonificados sobre el total de contratos se redujo entre 2012 y 2019, especialmente en el caso de los contratos indefinidos bonificados que han pasado de media del 5,4 % al 0,7 % del total de la contratación indefinida, mientras que las conversiones bonificadas reducen su peso del 4,1 % al 3 % en el total de conversiones durante el periodo analizado. Por el contrario, los contratos temporales bonificados mantienen estable su proporción en el total de la contratación temporal alrededor del 1 % (tabla 2).

Tabla 2. Incidencia de los contratos bonificados

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Distribución contratos bonificados								
Indefinidos	17,4	16,6	11,7	10,9	14,8	19,5	20,1	3,6
Conversiones	7,6	5,4	4,8	5,1	6	7,8	7,7	10
Temporales	67,6	75	80,1	80,6	75,4	69,1	68,4	82,2
Proporción de bonificados/Total								
Indefinidos	5,4	4,5	2,7	2,6	3,5	4,8	4,3	0,7
Conversiones	4,1	2,7	2,5	2,6	2,7	3,4	2,8	3
Temporales	1,1	1,1	1,1	1,1	1,1	1,1	1	1

Fuente: SEPE. Estadística de contratos, y elaboración propia.

⁹ La reducción del peso de los contratos indefinidos en los contratos bonificados se explica en su totalidad por la desaparición en enero de 2019 del contrato de apoyo a emprendedores.

El análisis de la evolución de los contratos por edad y sexo nos muestra, en primer lugar, que el aumento en el número de contratos indefinidos se registra en todas las franjas de edad, especialmente en los mayores de 45 años, con un incremento del 122 % entre 2012 y 2019. Por sexo, el aumento es mayor en los hombres que en las mujeres en todas las franjas de edad, especialmente en los jóvenes (con una diferencia de 33 puntos porcentuales) seguidos de los mayores de 45 años. En consecuencia, la recuperación económica parece beneficiar más, en principio, a los mayores de 45 años y a los hombres. No obstante, en 2019 se produce una caída generalizada en el número de contratos indefinidos en todas las franjas de edad tanto en hombres como en mujeres (tabla 3). En el caso de las conversiones, su número aumenta entre 2012 y 2019 también en todas las franjas de edad, especialmente en los mayores de 45 años (un 224 %), mientras que el incremento más pequeño se registra en los menores de 30 años. Por sexo, la evolución es más favorable a los hombres con un aumento del 122 % frente al 99 % en el caso de las mujeres. Por franjas de edad, los hombres registran mayores aumentos en todas las franjas de edad, destacando los mayores de 45 años. Por tanto, las conversiones no benefician en mayor medida a los jóvenes, colectivo que registra con diferencia la tasa de temporalidad más elevada (55,4 % a finales de 2019). A diferencia de los contratos indefinidos, el número de conversiones prácticamente no varía en 2019 (tabla 3).

La evolución del total de contratos temporales registra también un aumento en todas las franjas de edad entre 2012 y 2019, sobre todo en los mayores de 45 años, con un incremento del 107 %, mientras en la franja de entre 30 y 44 años se registra un aumento de solo el 39 % en el mismo periodo. No obstante, dicha evolución es menos positiva que la observada en los contratos indefinidos. Por sexo, el aumento en el número de contratos temporales es mayor en los hombres que en las mujeres en los menores de 30 años y en los mayores de 45 años y ocurre lo contrario en la franja de 30 a 44 años, donde la diferencia es favorable a las mujeres. En 2019, los contratos temporales aumentan ligeramente a diferencia de lo que sucedía en el caso de los contratos indefinidos y más en las mujeres y en los mayores de 45 años (tabla 3).

Tabla 3. Contratos por edad y sexo (miles)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total								
Indefinidos	690	735	935	1.030	1.131	1.242	1.447	1.324
Jóvenes	210	203	260	292	342	392	468	423
30-44 años	323	348	448	483	507	536	608	552
Mayores de 45 años	157	184	227	255	282	314	371	349





	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Temporales								
Jóvenes	4.609	4.746	5.264	5.863	6.364	6.976	7.199	7.414
30-44 años	5.539	6.076	6.796	7.365	7.624	7.857	7.786	7.701
Mayores de 45 años	2.535	2.835	3.316	3.839	4.277	4.739	5.021	5.237
Conversiones								
Jóvenes	144	133	133	154	193	230	265	270
30-44 años	189	196	205	234	274	314	374	361
Mayores de 45 años	63	70	76	90	115	142	199	204
Hombres								
Indefinidos								
Jóvenes	106	99	129	147	177	207	252	231
30-44 años	177	181	241	263	277	296	340	308
Mayores de 45 años	79	88	116	130	143	163	196	183
Temporales								
Jóvenes	2.410	2.510	2.814	3.134	3.398	3.752	3.842	3.963
30-44 años	3.154	3.536	4.002	4.331	4.437	4.542	4.416	4.305
Mayores de 45 años	1.373	1.581	1.899	2.215	2.459	2.724	2.840	2.917
Conversiones								
Jóvenes	71	66	66	79	101	122	141	144
30-44 años	105	108	114	132	155	177	212	204
Mayores de 45 años	35	39	44	53	68	84	118	121

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Mujeres								
Indefinidos	327	367	449	490	534	576	659	602
Jóvenes	104	105	131	145	165	185	216	192
30-44 años	146	167	207	221	231	240	268	244
Mayores de 45 años	77	95	111	124	138	151	175	166
Temporales	5.746	6.030	6.661	7.386	7.971	8.553	8.908	9.167
Jóvenes	2.199	2.235	2.450	2.729	2.966	3.223	3.357	3.451
30-44 años	2.385	2.540	2.794	3.033	3.187	3.315	3.370	3.396
Mayores de 45 años	1.162	1.255	1.417	1.624	1.818	2.015	2.181	2.320
Conversiones	184	186	190	214	258	303	367	366
Jóvenes	73	67	67	75	92	108	124	126
30-44 años	84	88	91	102	119	137	162	157
Mayores de 45 años	27	31	32	37	47	58	81	83

Fuente: SEPE. Estadística de contratos.

Por otra parte, el análisis de la evolución de los contratos por nivel de estudios y sexo nos muestra, en primer lugar, que el aumento más elevado en el número de contratos indefinidos entre 2012 y 2019 se produce con diferencia entre los que tienen estudios primarios (263 %) seguidos del colectivo con estudios superiores. Por contra, se registra una reducción del 6 % en el colectivo de analfabetos. Por sexo, el aumento en el periodo analizado es mayor en los hombres tanto para los que tienen estudios primarios como secundarios, pero no así en el colectivo con estudios superiores, en el que el incremento es casi idéntico en ambos sexos. Sin embargo, en 2019 se registran caídas en el número de contratos indefinidos en todos los niveles excepto en los estudios superiores (tabla 4).

Las conversiones de contratos temporales en indefinidos aumentan entre 2012 y 2019 en todos los niveles educativos y de forma espectacular entre los que tienen estudios primarios (788 %) seguido de los que tienen estudios superiores. Por sexo, el aumento en el periodo analizado es menor en el caso de las mujeres en todos los niveles educativos, siendo nulo

en el caso de las analfabetas. No obstante, en 2019 se registra una caída en el número de conversiones en todos los niveles a excepción de los que tienen estudios primarios donde aumenta. El mayor descenso se registra en el colectivo de analfabetos (tabla 4).

El total de contratos temporales registra también un aumento en todos los niveles educativos entre 2012 y 2019, sobre todo en los que tienen estudios primarios, con un incremento del 213 %, mientras en el caso de los analfabetos se registra un aumento de tan solo el 5 % en el mismo periodo. Por sexo, el aumento de dichos contratos en el periodo analizado es mayor en los hombres en el caso de los analfabetos y en los que tienen estudios superiores, mientras que es mayor en las mujeres en los niveles de estudios primarios y secundarios. En 2019, los contratos temporales aumentan sobre todo en los que tienen estudios primarios, mientras que disminuyen ligeramente en el nivel de estudios superiores (tabla 4).

Por tanto, la recuperación económica parece beneficiar más a los que tienen estudios primarios seguidos a distancia por los que poseen estudios superiores y en mayor medida a los hombres en relación con las mujeres.

Tabla 4. Contratos por nivel de estudios y sexo (miles)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total								
Indefinidos	690	735	935	1.030	1.131	1.242	1.447	1.324
Analfabetos	54	50	50	47	50	48	56	51
Estudios primarios	93	127	186	219	251	290	369	338
Estudios secundarios	402	406	509	543	593	630	704	617
Estudios superiores	140	152	190	221	237	274	318	318
Temporales	12.683	13.657	15.376	17.067	18.265	19.572	20.006	20.352
Analfabetos	1.433	1.457	1.500	1.489	1.483	1.536	1.505	1.508
Estudios primarios	1.770	2.512	3.164	3.829	4.409	5.041	5.302	5.541
Estudios secundarios	8.104	8.197	9.018	9.826	10.319	10.786	10.898	11.016
Estudios superiores	1.376	1.491	1.694	1.923	2.054	2.209	2.301	2.287



	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
►								
Conversiones	396	399	414	478	582	686	838	835
Analfabetos	27	25	23	23	24	26	33	30
Estudios primarios	24	51	66	86	119	153	201	213
Estudios secundarios	275	252	248	277	328	379	453	442
Estudios superiores	70	71	77	92	111	128	151	150
Hombres								
Indefinidos	362	368	486	540	597	666	788	722
Analfabetos	33	30	30	29	32	30	36	33
Estudios primarios	51	70	102	120	140	164	212	195
Estudios secundarios	204	196	257	277	301	327	372	325
Estudios superiores	74	72	97	114	124	145	168	169
Temporales	6.937	7.627	8.715	9.680	10.294	11.018	11.098	11.185
Analfabetos	930	970	1.011	1.008	1.011	1.037	1.015	1.012
Estudios primarios	1.095	1.568	1.985	2.390	2.725	3.122	3.226	3.324
Estudios secundarios	4.360	4.491	5.030	5.492	5.714	5.936	5.894	5.889
Estudios superiores	552	598	689	790	844	923	963	960
Conversiones	211	213	224	264	324	383	471	469
Analfabetos	16	14	13	14	15	16	20	19
Estudios primarios	14	29	39	52	73	94	124	131
Estudios secundarios	149	137	136	155	184	213	256	249
Estudios superiores	32	33	36	43	52	60	71	70

►

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Mujeres								
Indefinidos	327	367	449	490	534	576	659	602
Analfabetos	21	20	20	19	19	18	21	17
Estudios primarios	42	63	84	98	113	126	156	144
Estudios secundarios	198	211	252	267	286	302	333	292
Estudios superiores	66	73	93	106	116	130	149	149
Temporales	5.746	6.030	6.661	7.386	7.971	8.553	8.908	9.167
Analfabetos	503	487	490	479	471	492	490	496
Estudios primarios	675	943	1.182	1.440	1.685	1.925	2.075	2.217
Estudios secundarios	3.744	3.705	3.982	4.331	4.604	4.850	5.004	5.128
Estudios superiores	824	895	1.007	1.136	1.211	1.286	1.339	1.326
Conversiones	184	186	190	214	258	303	367	366
Analfabetos	11	10	10	9	9	10	13	11
Estudios primarios	10	21	27	34	46	59	77	83
Estudios secundarios	125	116	112	122	144	166	197	192
Estudios superiores	38	39	41	49	59	68	80	80

Fuente: SEPE. Estadística de contratos.

El análisis de la distribución por edad nos muestra, en primer lugar, que el mayor beneficiario de los contratos indefinidos ha sido el colectivo de entre 30 y 45 años. No obstante, su peso se redujo desde el 46,8 % en 2012 hasta el 41,7 % en 2019. La proporción de hombres es superior a la de mujeres, aunque se reducen claramente las diferencias durante el periodo analizado. Por otro lado, el peso de los jóvenes aumenta ligeramente entre 2012 y 2019. En este caso, las mujeres concentran una proporción superior a los hombres,

aunque se reducen las diferencias hasta igualarse finalmente. Por contra, ha aumentado el peso de los mayores de 45 años, pasando del 22,8 % al 26,4 %. Las mujeres de dicha franja de edad concentran una proporción superior a los hombres durante todo el periodo analizado (tabla 5).

En cuanto a las conversiones de contratos temporales en indefinidos, los menores de 30 años han reducido su peso en esta modalidad pasando del 36,4 % en 2012 al 32,3 % en 2019. Las mujeres concentran una proporción superior a la de los hombres, aunque se reducen las diferencias. Las personas entre 30 y 45 años han visto también disminuir su peso en las conversiones durante el periodo analizado. Los hombres registran una proporción superior a la de las mujeres, pero acortándose la disparidad. Por último, los mayores de 45 años son los que sí han aumentado su peso en las conversiones (pasando del 15,9 % al 24,4 %), aunque siguen siendo los que registran un menor porcentaje en comparación a las otras franjas de edad. La proporción de hombres en las conversiones es mayor que la de las mujeres y crece en mayor medida entre 2012 y 2019 (tabla 5).

En relación con los contratos temporales, los jóvenes han mantenido su peso alrededor del 36 % entre 2012 y 2019. Las mujeres concentran una proporción superior a la de los hombres, aunque se reducen las diferencias durante el periodo analizado. El peso de los que tienen entre 30 y 45 años disminuye pasando del 43,7 % al 37,8 %. La proporción de hombres es superior a la de las mujeres, pero también se reducen las diferencias. En el caso de los mayores de 45 años aumenta su peso en los contratos temporales del 20 % en 2012 al 25,7 % en 2019. La proporción de mujeres es inicialmente algo mayor a la de los hombres, pero rápidamente cambia la tendencia y, en 2019, estos últimos registran una ligera diferencia favorable (tabla 5).

Tabla 5. Distribución de la contratación por edades

	Total			Hombres			Mujeres		
	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.
2012									
<30	30,4	36,3	36,4	29,3	34,7	33,6	31,8	38,3	39,7
30-45	46,8	43,7	47,7	48,9	45,5	49,8	44,6	41,5	45,7
>45	22,8	20	15,9	21,8	19,8	16,6	23,5	20,2	14,7
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100





	Total			Hombres			Mujeres		
	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.
2013									
<30	27,6	34,8	33,3	26,9	32,9	31	28,6	37,1	36
30-45	47,3	44,5	49,1	49,2	46,4	50,7	45,5	42,1	47,3
>45	25	20,8	17,5	23,9	20,7	18,3	25,9	20,8	16,7
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2014									
<30	27,8	34,2	32,1	26,5	32,3	29,5	29,2	36,8	35,3
30-45	47,9	44,2	49,5	49,6	45,9	50,9	46,1	41,9	47,9
>45	24,3	21,6	18,4	23,9	21,8	19,6	24,7	21,3	16,8
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2015									
<30	28,3	34,4	32,2	27,2	32,4	29,9	29,6	36,9	35
30-45	46,9	43,2	49	48,7	44,7	50	45,1	41,1	47,7
>45	24,8	22,5	18,8	24,1	22,9	20,1	25,3	22	17,3
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2016									
<30	30,2	34,8	33,2	29,6	33	31,2	30,9	37,2	35,7
30-45	44,8	41,7	47,1	46,4	43,1	47,8	43,3	40	46,1
>45	24,9	23,4	19,8	24	23,9	21	25,8	22,8	18,2
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

	Total			Hombres			Mujeres		
	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.
2017									
<30	31,6	35,6	33,5	31,1	34,1	31,9	32,1	37,7	35,6
30-45	43,2	40,1	45,8	44,4	41,2	46,2	41,7	38,8	45,2
>45	25,3	24,2	20,7	24,5	24,7	21,9	26,2	23,6	19,1
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2018									
<30	32,3	36	31,6	32	34,6	29,9	32,8	37,7	33,8
30-45	42	38,9	44,6	43,1	39,8	45	40,7	37,8	44,1
>45	25,6	25,1	23,7	24,9	25,6	25,1	26,6	24,5	22,1
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2019									
<30	31,9	36,4	32,3	32	35,4	30,7	31,9	37,6	34,4
30-45	41,7	37,8	43,2	42,7	38,5	43,5	40,5	37	42,9
>45	26,4	25,7	24,4	25,3	26,1	25,8	27,6	25,3	22,7
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: SEPE. Estadística de contratos, y elaboración propia.

En cuanto a la distribución por nivel educativo, el colectivo con estudios secundarios es el que concentra un mayor porcentaje de contratos indefinidos, aunque su peso se reduce del 58,3 % en 2012 al 46,6 % en 2019. Las mujeres registran un mayor peso que los hombres, pero reduciéndose ligeramente las diferencias. El colectivo con estudios primarios se anota un notable aumento de su peso en los contratos indefinidos pasando del 13,5 % en 2012 al 25,5 % en 2019. En este caso, los hombres registran un mayor peso, incrementándose

la diferencia durante el periodo analizado. La proporción del colectivo de analfabetos se reduce prácticamente a la mitad entre 2012 y 2019, concentrando este último año el 3,9 % de los contratos indefinidos. Las mujeres concentran una proporción inferior a la de los hombres en dicho tipo de contratación. Finalmente, el colectivo con estudios superiores aumenta su peso en los contratos indefinidos entre 2012 y 2019, pasando del 20,3 % al 24 %. La proporción que concentran hombres y mujeres es muy similar, siendo la de estas algo superior al final del periodo analizado (tabla 6).

En el caso de las conversiones de contratos temporales en indefinidos, el colectivo con estudios secundarios ha reducido su peso de forma notable, pasando del 69,4 % en 2012 al 52,9 % en 2019. Los hombres registran una proporción superior a la de las mujeres, aunque se reducen las diferencias hasta menos de un punto porcentual. El colectivo con estudios primarios es el que registra el mayor aumento de su peso en las conversiones, pasando del 6,1 % en 2012 al 25,5 % en 2019. La proporción de hombres en las conversiones es mayor que la de las mujeres y crece en mayor medida durante el periodo analizado. En el colectivo de analfabetos, la proporción en las conversiones se reduce también de forma considerable entre 2012 y 2019. Las mujeres concentran una proporción inferior a la de los hombres. Por último, el colectivo con estudios superiores mantiene su peso en las conversiones entre 2012 y 2019 alrededor del 18 %. Las mujeres concentran claramente una mayor proporción que los hombres, aumentando y además ampliando las diferencias durante el periodo analizado (tabla 6).

En relación con los contratos temporales, los que tienen estudios secundarios han reducido su peso, pasando del 63,9 % en 2012 al 54,1 % en 2019. Las mujeres concentran una proporción superior a la de los hombres, aumentando ligeramente las diferencias durante el periodo analizado. El colectivo con estudios primarios es el que registra también el mayor aumento de su peso, pasando del 14 % en 2012 al 27,2 % en 2019. La proporción de hombres en los contratos temporales es superior a la de las mujeres, aumentando también las diferencias. La proporción del colectivo de analfabetos se reduce entre 2012 y 2019, concentrando este último año solo el 7,4 %. Las mujeres concentran una proporción inferior a la de los hombres, aunque se reducen ligeramente las diferencias. Finalmente, el colectivo con estudios superiores mantiene su peso en los contratos temporales entre 2012 y 2019 alrededor del 11 %. Las mujeres concentran claramente una mayor proporción que los hombres, manteniéndose las diferencias durante el periodo analizado (tabla 6).

Por tanto, el colectivo con estudios primarios es el que ha registrado un mayor aumento de su peso tanto en la contratación indefinida como en la temporal y en las conversiones, especialmente los hombres. En el caso de los que tienen estudios superiores, su peso es mayor en los contratos indefinidos y en las conversiones que en la contratación temporal y con una mayor presencia de las mujeres. En consecuencia, la recuperación económica ha contribuido a mejorar más la estabilidad laboral de los que tienen un nivel bajo de cualificación, aunque cabe señalar que el colectivo de analfabetos ve reducida su presencia tanto en la contratación temporal como en la indefinida.

Tabla 6. Distribución de la contratación por nivel de estudios

	Total			Hombres			Mujeres		
	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.
2012									
Analfabetos	7,8	11,3	6,8	9,1	13,4	7,6	6,4	8,8	6
Primarios	13,5	14	6,1	14,1	15,8	6,6	12,8	11,7	5,4
Secundarios	58,3	63,9	69,4	56,4	62,9	70,6	60,6	65,2	67,9
Superiores	20,3	10,8	17,7	20,4	8	15,2	20,2	14,3	20,7
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2013									
Analfabetos	6,8	10,7	6,3	8,2	12,7	6,6	5,4	8,1	5,4
Primarios	17,3	18,4	12,8	19	20,6	13,6	17,2	15,6	11,3
Secundarios	55,2	60	63,2	53,3	58,9	64,3	57,5	61,4	62,4
Superiores	20,7	10,9	17,8	19,6	7,8	15,5	19,9	14,8	21
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2014									
Analfabetos	5,3	9,8	5,6	6,2	11,6	5,8	4,5	7,4	5,3
Primarios	19,9	20,6	15,9	21	22,8	17,4	18,7	17,7	14,2
Secundarios	54,4	58,6	59,9	52,9	57,7	60,7	56,1	59,8	58,9
Superiores	20,3	11	18,6	20	7,9	16,1	20,7	15,1	21,6
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100





	Total			Hombres			Mujeres		
	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.



2015

Analfabetos	4,6	8,7	4,8	5,4	10,4	5,3	3,9	6,5	4,2
Primarios	21,3	22,4	18	22,2	24,7	19,7	20	19,5	15,9
Secundarios	52,7	57,6	57,9	51,3	56,7	58,7	54,5	58,6	57
Superiores	21,5	11,3	19,2	21,1	8,2	16,3	21,6	15,4	22,9
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

2016

Analfabetos	4,4	8,1	4,1	5,4	9,8	4,6	3,6	5,9	3,5
Primarios	22,2	24,1	20,4	23,5	26,5	22,5	21,2	21,1	17,8
Secundarios	52,4	56,5	56,4	50,4	55,5	56,8	53,6	57,8	55,8
Superiores	21	11,2	19,1	20,8	8,2	16	21,7	15,2	22,9
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

2017

Analfabetos	3,9	7,8	3,8	4,5	9,4	4,2	3,1	5,8	3,3
Primarios	23,3	25,8	22,3	24,6	28,3	24,5	21,9	22,5	19,5
Secundarios	50,7	55,1	55,2	49,1	53,9	55,6	52,4	56,7	54,8
Superiores	22,1	11,3	18,7	21,8	8,4	15,7	22,6	15	22,4
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100



	Total			Hombres			Mujeres		
	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.	Indef.	Temp.	Conver.
2018									
Analfabetos	3,9	7,5	3,9	4,6	9,1	4,2	3,2	5,5	3,5
Primarios	25,5	26,5	24	26,9	29,1	26,3	23,7	23,3	21
Secundarios	48,7	54,5	54,1	47,2	53,1	54,4	50,5	56,2	53,7
Superiores	22	11,5	18	21,3	8,7	15,1	22,6	15	21,8
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100
2019									
Analfabetos	3,9	7,4	3,6	4,6	9	4,1	2,8	5,4	3
Primarios	25,5	27,2	25,5	27	29,7	27,9	23,9	24,2	22,7
Secundarios	46,6	54,1	52,9	45	52,7	53,1	48,5	55,9	52,5
Superiores	24	11,2	18	23,4	8,6	14,9	24,8	14,5	21,9
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: SEPE. Estadística de contratos, y elaboración propia.

Finalmente, cabe remarcar que entre 2012 y 2019 la proporción de mujeres se ha reducido en los contratos indefinidos y en las conversiones, no así en los contratos temporales donde se mantiene alrededor del 45 %. La proporción más baja se registra en las conversiones con un 43,8 % en 2019. Por edad, en los contratos temporales y especialmente en las conversiones, la proporción más elevada de mujeres se registra en las menores de 30 años. En cambio, en los contratos indefinidos, la mayor proporción se la anotan las mayores de 45 años. La proporción de mujeres se reduce en todas las franjas de edad durante el periodo analizado, excepto en las que tienen entre 30 y 45 años para el caso de los contratos temporales. Por nivel educativo, tanto en los contratos temporales como en las conversiones, la mayor proporción de mujeres se registra en el colectivo con estudios superiores, en ambos casos por encima del 50 %. En los contratos indefinidos, la mayor proporción de

mujeres se la anotan las que tienen estudios secundarios. El colectivo de analfabetos registra la menor proporción de mujeres en las tres modalidades de contratación analizadas. La proporción de mujeres se reduce en todos los niveles educativos entre 2012 y 2019, excepto en las que tienen estudios primarios para el caso de los contratos temporales. No obstante, la disminución es mínima en las mujeres con estudios superiores en los contratos indefinidos y en las conversiones, así como en las que tienen estudios secundarios en el caso de los contratos temporales (tabla 7).

Por tanto, la recuperación económica ha beneficiado menos a las mujeres en relación con los hombres, ya que se ha reducido la presencia de aquellas en las diferentes modalidades de contratación, especialmente de las más jóvenes y de las que tienen un menor nivel educativo.

Tabla 7. Proporción de mujeres en la contratación

	Edad			Nivel de estudios				Total
	<30	30-45	>45	Analfabetos	Primarios	Secundarios	Superiores	
2012								
Indef.	49,5	45,2	49	38,9	45,2	49,3	47,1	47,5
Temp.	47,7	43,1	45,8	35,1	38,1	46,2	59,9	45,3
Conver.	50,7	44,4	42,9	40,7	41,7	45,5	54,3	46,5
2013								
Indef.	51,2	48	52,2	40	49,6	52	48	49,9
Temp.	47,1	41,8	44,2	33,4	37,5	45,2	60	44,2
Conver.	50,4	44,9	44,3	40	41,2	46	54,9	46,6
2014								
Indef.	50,4	46,2	48,9	40	45,2	49,5	48,9	48
Temp.	46,5	41,1	42,7	32,7	37,4	44,2	59,4	43,3
Conver.	50,4	44,4	42,1	43,5	40,9	45,2	53,2	45,9



	Edad			Nivel de estudios				Total
	<30	30-45	>45	Analfabetos	Primarios	Secundarios	Superiores	
2015								
Indef.	49,7	45,5	49	40,4	44,7	49,2	48	47,6
Temp.	46,5	41,2	42,3	32,2	37,6	44,1	59,1	43,3
Conver.	48,7	43,6	41,1	39,1	39,5	44	53,3	44,8
2016								
Indef.	48,2	45,6	48,9	38	45	48,2	48,9	47,2
Temp.	46,6	41,8	42,5	31,8	38,2	44,6	59	43,6
Conver.	47,7	43,4	40,9	37,5	38,7	43,9	53,2	44,3
2017								
Indef.	47,2	44,8	48,1	37,5	43,4	47,9	47,4	46,4
Temp.	46,2	42,2	42,5	32	38,2	45	58,2	43,7
Conver.	47	43,6	40,8	38,5	38,6	43,8	53,1	44,2
2018								
Indef.	46,2	44,1	47,2	37,5	42,3	47,3	46,9	45,5
Temp.	46,6	43,3	43,4	32,6	39,1	45,9	58,2	44,5
Conver.	46,8	43,3	40,7	39,4	38,3	43,5	53	43,8
2019								
Indef.	45,4	44,2	47,6	33,3	42,6	47,3	46,9	45,5
Temp.	46,5	44,1	44,3	32,9	40	46,6	58	45
Conver.	46,7	43,5	40,7	36,7	39	43,4	53,3	43,8

Fuente: SEPE. Estadística de contratos, y elaboración propia.

El análisis de la evolución de las tasas de temporalidad permite determinar cuál ha sido la influencia del ciclo económico y hasta qué punto han podido influir las medidas en el ámbito de la contratación. En el periodo 2012-2019, la tasa de temporalidad pasa del 22,8 % al 26,1 % (tabla 8). La explicación del comportamiento general de la tasa de temporalidad radica en el mayor aumento de los asalariados temporales (con una tasa de variación del 34,9 %) en relación con los asalariados indefinidos, que registran un aumento del 12,9 % (tabla 9). El empleo temporal se empieza a recuperar ya en 2013, mientras que el indefinido no lo hará hasta 1 año después. En cambio, en 2019, el crecimiento del empleo asalariado se ralentiza debido a la caída del número de asalariados temporales, mientras que los indefinidos continúan aumentando a buen ritmo. Por tanto, la evolución del ciclo económico condiciona una vez más la tasa de temporalidad en España que aumenta en cuanto se recupera la economía, aunque sin alcanzar los niveles anteriores a la crisis de 2008. No obstante, cabe señalar que la involuntariedad del empleo asalariado temporal marcó una tendencia creciente como consecuencia de la crisis en casi todos los países, aunque se habría reducido levemente en el periodo de recuperación económica. En este sentido, en 2018, un 52,8 % de los asalariados con contrato temporal en la UE-28 señaló como principal motivo el no haber encontrado un empleo estable, mientras que en España esa proporción llegó hasta el 80,8 %.

El aumento de la tasa de temporalidad en el sector privado en el conjunto del periodo analizado es algo menor debido a la mayor reducción registrada en 2019. Por el contrario, en el sector público, la tasa de temporalidad crece de forma espectacular entre 2012 y 2019 (pasando del 19,6 % al 27,8 %), aumentando especialmente en los últimos 3 años (tabla 8). La diferencia se explica por la caída del 3,4 % de los asalariados indefinidos en el sector público en el periodo 2012-2019, mientras que los asalariados temporales aumentan un 53,2 %. En cambio, el sector privado registra un aumento del 17,5 % en el empleo indefinido y del 30,9 % en el empleo temporal, creciendo más el primero que el segundo en los últimos 3 años (tabla 9). En consecuencia, las diferencias en la tasa de temporalidad se reducen hasta el punto de invertir el orden, siendo en la actualidad dicha tasa en el sector público superior a la registrada en el sector privado.

Las tasas de temporalidad, tanto de hombres como de mujeres, aumentan de forma similar entre 2012 y 2019 y la tasa femenina sigue siendo superior a la masculina. Las diferencias entre hombres y mujeres se mantienen a lo largo del periodo analizado (tabla 8). En el sector privado, la tasa femenina aumenta menos que la masculina. La diferencia se reduce entre 2012 y 2019 porque aumenta más el empleo asalariado temporal entre los hombres. Por el contrario, en el sector público, la tasa de temporalidad femenina aumenta claramente en mayor medida que la masculina. La diferencia aumenta hasta alcanzar 11,5 puntos porcentuales más en las mujeres en relación con los hombres en 2019. La razón estriba en el mayor aumento de las asalariadas temporales, 6 puntos más que sus homónimos masculinos. Tanto para hombres como mujeres, la evolución del empleo asalariado es más favorable en el sector privado, con un aumento del empleo indefinido y un menor crecimiento del empleo temporal que en el registrado en el sector público (tabla 9).

Las tasas de temporalidad por edades muestran que el aumento más acusado se registra en los jóvenes con una subida de 8,3 puntos entre 2012 y 2019 como consecuencia del incremento del empleo temporal, mientras el empleo indefinido disminuye, lo que no ocurre en las demás franjas de edad (tablas 8 y 10). Pero una vez más los resultados son muy distintos si comparamos la evolución de la temporalidad entre el sector privado y el sector público¹⁰. La tasa de temporalidad de los menores de 30 años en el sector público aumenta en casi 13 puntos en todo el periodo analizado, mientras que en el sector privado crece en 8,1 puntos, aunque en los últimos 3 años ha bajado del 55,8 % al 53,5 %. La disminución de un 29,1 % en los asalariados indefinidos en el sector público entre 2012 y 2019 en contraste con el sector privado, donde solo descienden un 1 %, explicaría ese dispar comportamiento (tablas 8 y 10). En esta franja de edad, la tasa de temporalidad en el sector público es en la actualidad 21,5 puntos superior a la registrada en el sector privado, cuando en 2012 la diferencia no alcanzaba los 15 puntos (tabla 8).

En el grupo entre 30 y 49 años, la tasa de temporalidad aumenta en 3,1 puntos en el periodo analizado debido a un aumento del empleo asalariado temporal muy superior al registrado en el empleo indefinido (tablas 8 y 10). En el sector privado, la tasa de temporalidad aumenta solo 1,3 puntos debido al menor incremento registrado de los asalariados temporales en todas las franjas de edad. Por contra, en el sector público, dicha tasa aumenta en 12,2 puntos, pasando del 21,3 % al 33,5 %. La disminución de los asalariados indefinidos y el notable aumento de los temporales explicarían ese avance de la temporalidad (tablas 8 y 10). Como resultado, la tasa de temporalidad del sector público pasa de ser muy similar a la del sector privado a estar 11,2 puntos por encima (tabla 8).

El aumento de la temporalidad en los mayores de 49 años es de 3,2 puntos en el periodo 2012-2019 como consecuencia de un mayor aumento en los asalariados temporales que en los indefinidos, siendo en esta franja de edad donde se registra el mayor aumento porcentual en ambos casos (tablas 8 y 10). Las diferencias entre el sector privado y el sector público son las menores de las registradas en todas las franjas de edad. En el sector privado, la tasa de temporalidad aumenta en 2 puntos, mientras que el sector público el incremento es de 5,4 puntos. La explicación es que en el sector público el empleo asalariado indefinido crece mucho menos y el temporal aumenta claramente por encima del sector privado (tablas 8 y 10). En esta franja de mayores de 49 años, la tasa de temporalidad del sector privado sigue siendo superior a la del sector público, aunque se han reducido notablemente las diferencias durante el periodo analizado (tabla 8).

En definitiva, el peor comportamiento de las tasas de temporalidad en el sector público se debe básicamente a causas de carácter económico y presupuestario derivadas de

¹⁰ El reducido peso de los asalariados temporales en el sector público respecto al total de asalariados temporales (entre un 20 % y un 25 % durante el periodo analizado) explica que el aumento de la tasa de temporalidad en el sector público no haya tenido un efecto más negativo en la evolución de la tasa de temporalidad total.

insuficiencias en los recursos destinados a la estabilización de plantillas en las Administraciones públicas y que se vienen arrastrando desde la crisis de 2008¹¹.

A pesar del mayor crecimiento en el número de contratos indefinidos y de conversiones en relación con los temporales, los asalariados de carácter temporal crecieron más del doble que los indefinidos entre 2012 y 2019, lo que impidió reducir la tasa de temporalidad durante la recuperación económica, repitiéndose así la dinámica de otros periodos de coyuntura expansiva. En este sentido, la utilización del contrato de apoyo a emprendedores con base sobre todo en la extensión del periodo de prueba va en la línea expuesta por Toharia (2005), quien encontraba que los contratos indefinidos de fomento eran más inestables que los indefinidos ordinarios y que las conversiones y, además, los empresarios los utilizaban para cubrir puestos de trabajo más cercanos a los temporales.

Por tanto, la reticencia de la tasa de temporalidad a descender y la dualidad del mercado de trabajo consecuencia de la existencia de dos grupos de trabajadores claramente diferenciados son parte de los problemas que han tratado de resolver todas y cada una de las reformas laborales puestas en marcha desde los años noventa encaminadas hacia la reducción de las diferencias de costes entre los contratos indefinidos y los temporales, pero que no parecen haber resultado del todo eficaces para mejorar la estabilidad del empleo en España (Cebrián y Moreno, 2012).

Tabla 8. Tasas de temporalidad en España (en %)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	22,8	23,7	24,2	25,7	26,5	26,7	26,9	26,1
Hombres	21,7	22,8	23,9	25,6	26,1	25,8	26,2	24,9
Mujeres	24	24,6	24,6	25,8	26,9	27,7	27,6	27,4
Total sector privado	23,7	24,6	25,2	26,6	27,4	27,3	27	25,7
Hombres sector privado	23,3	24,8	25,6	27,3	27,8	27,2	27,1	25,6
Mujeres sector privado	24,1	24,5	24,7	25,8	26,8	27,4	26,9	25,8



¹¹ En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en [Sentencia de 19 de marzo de 2020](#), deja claro que las Administraciones españolas no pueden volver a hacer abuso de la temporalidad en ningún caso y que todas las plazas que sean estructurales tienen que cubrirse con personal fijo. La figura del interino solo puede servir para cubrir bajas temporales o para completar plantillas mientras se realiza el proceso ordinario de selección, habitualmente por oposición.

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total sector público	19,6	19,9	20,6	21,9	22,8	24,1	26,3	27,8
Hombres sector público	14,7	14	16	17,3	17,4	18,6	21,8	21,3
Mujeres sector público	23,6	24,9	24,6	25,8	27,3	28,4	29,9	32,8
Total <30 años	47,1	50,1	52,3	55,1	57,1	57	55,5	55,4
Total 30-49 años	21	21,8	22,3	24,2	24,6	24,9	25	24,1
Total >49 años	11,3	11,7	12,3	12,6	14,1	14,2	15,2	14,5
<30 años sector privado	45,4	49,1	50,9	53,7	55,8	55,5	53,4	53,5
30-49 años sector privado	20,9	21,7	22	23,7	24,1	24,1	23,8	22,2
>49 años sector privado	12,7	13	13,8	14,4	15,5	15,5	16,2	14,7
<30 años sector público	62,1	59,7	67,8	70,6	72,4	73,4	76,5	74,8
30-49 años sector público	21,3	22,4	23,9	27	26,8	28,7	30,8	33,5
>49 años sector público	8,6	8,9	9,2	8,9	10,8	11,1	12,8	14

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE). EPA, y elaboración propia.

Tabla 9. Evolución del empleo asalariado por sexo (tasa de variación anual en %)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total								
Total ambos sexos	-5,7	-1,4	2,8	3,5	2,6	3,5	3,3	2,4
Indefinido	-3,2	-2,4	2	1,6	1,5	3,2	3,1	3,4
Temporal	-13,2	2,3	5,3	9,5	5,9	4,4	3,9	-0,5



	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
►								
Total hombres	-7,2	-1,4	2,7	4	2,9	3,5	3,3	2,1
Indefinido	-4,7	-2,7	1,4	1,6	2,2	3,8	2,8	3,9
Temporal	-15,2	3,5	7,5	11,4	5	2,5	4,9	-2,9
Total mujeres	-4	-1,3	2,8	3	2,3	3,5	3,4	2,7
Indefinido	-1,5	-2,1	2,7	1,5	0,7	2,4	3,5	3
Temporal	-11,2	1,1	3,1	7,6	6,9	6,4	3	2
Sector privado								
Total ambos sexos	-5,4	-0,7	3,3	3,7	3,4	3,6	3,1	2,6
Indefinido	-3,7	-2	2,6	1,8	2,4	3,7	3,5	4,5
Temporal	-10,6	3,2	5,6	9,7	6,4	3,5	1,8	-2,3
Total hombres	-7,3	-1	2,8	4,8	3,7	4,1	2,9	2,7
Indefinido	-5,4	-2,9	1,7	2,4	3	5	3,1	4,8
Temporal	-13,2	5,2	6,3	11,8	5,7	1,9	2,4	-2,9
Total mujeres	-3,1	-0,4	3,9	2,6	3,1	3	3,3	2,6
Indefinido	-1,7	-0,9	3,6	1,1	1,6	2,1	4,1	4,1
Temporal	-7,5	1	4,7	7,2	7,3	5,4	1,2	-1,7
Sector público								
Total ambos sexos	-6,6	-3,7	0,6	2,5	-0,5	3	4,4	1,3
Indefinido	-1,3	-4,1	-0,2	0,8	-1,6	1,3	1,4	-0,8
Temporal	-23,5	-1,9	4,1	9	3,6	8,8	13,9	7,4



	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total hombres	-6,8	-2,9	2,3	0,3	-0,9	0,4	5,3	-1,1
Indefinido	-1,9	-2,1	0	-1,3	-1	-1	1,2	-0,5
Temporal	-27,4	-7,8	16,8	8,6	-0,2	7,2	23,3	-3,3
Total mujeres	-6,5	-4,3	-0,8	4,4	-0,2	5,1	3,7	3,3
Indefinido	-0,7	-6	-0,4	2,8	-2,2	3,4	1,7	-1,1
Temporal	-21,3	1,2	-2	9,2	5,7	9,6	9	13,6

Fuente: INE. EPA, y elaboración propia.

Tabla 10. Evolución del empleo asalariado por edades (tasa de variación anual en %)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total								
Total <30 años	-15,9	-5	0,6	0,6	3,2	6,1	5,8	3,4
Indefinido	-14,9	-10,5	-3,9	-5,2	-1,4	6,3	9,5	3,6
Temporal	-17	1,1	5,1	5,9	7	5,9	3	3,3
Total 30-49 años	-4,5	-1,4	1,5	2,7	1,1	1,2	1,5	0,3
Indefinido	-2,2	-2,4	0,9	0,1	0,7	0,7	1,3	1,5
Temporal	-12,3	2,5	3,7	11,6	2,5	2,6	1,9	-3,3
Total >49 años	-0,9	1,1	7,3	7,1	5,8	7,1	5,9	6
Indefinido	-0,2	0,7	6,5	6,7	4	7	4,6	6,9
Temporal	-6,1	4,5	13,5	9,7	18	7,8	13,4	1,2

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Sector privado								
Total <30 años	-13,7	-4,7	2,1	0,8	3,6	5,6	4,7	3,5
Indefinido	-13,1	-11,1	-1,7	-4,9	-1,1	6,2	9,7	3,2
Temporal	-14,3	3,1	5,9	6,2	7,7	5,2	0,6	3,7
Total 30-49 años	-3,9	-0,7	2,5	3,5	1,1	1,4	1,7	0,6
Indefinido	-2,3	-1,6	2,1	1,2	0,5	1,3	2,1	2,7
Temporal	-9,7	2,9	3,6	11,5	3	1,5	0,4	-6,2
Total >49 años	-1,9	2,7	7	6,9	9,8	8	5,4	6,9
Indefinido	-1,9	2,3	5,9	6,2	8,3	8,1	4,4	8,8
Temporal	-1,7	5,1	14,1	11,4	18,2	7,6	10,4	-2,9
Sector público								
Total <30 años	-31,5	-8	-13,3	-0,7	-1,5	11,3	18,8	2,9
Indefinido	-32,5	-1,8	-30,8	-9,6	-7,3	7,3	4,9	10,7
Temporal	-31	-11,6	-1,6	3,5	0,9	12,9	23,8	0,6
Total 30-49 años	-6,8	-4,3	-2,6	-0,9	1,3	0,5	0,5	-1,2
Indefinido	-1,7	-5,7	-4,5	-4,9	1,6	-2,1	-2,5	-5,1
Temporal	-21,8	0,7	3,9	12,2	0,6	7,7	7,7	7,5
Total >49 años	1	-1,9	8	7,4	-2,5	4,9	7,1	3,9
Indefinido	3,1	-2,3	7,6	7,8	-4,5	4,5	5,1	2,5
Temporal	-17,1	2,5	11,6	3,9	17,5	8,4	23,3	13,7

Fuente: INE. EPA, y elaboración propia.

4. Conclusiones

El recurso masivo a la contratación temporal, al margen de una mayor elasticidad del empleo respecto al PIB, comporta un escenario de segmentación en el mercado de trabajo y precariedad en el empleo, así como efectos negativos sobre los salarios, la formación en la empresa, la productividad del trabajo y la siniestralidad laboral. Por tanto, un nivel excesivo de temporalidad perjudica la calidad del empleo y a las personas que están en una situación temporal de forma prolongada.

La evolución de la contratación laboral en España desde 2012 viene marcada aún, en un primer momento, por los efectos de la recesión económica, para cambiar de forma radical a partir de 2014 en una segunda fase ligada a la recuperación económica. El aumento de los contratos indefinidos y de las conversiones entre 2012 y 2019 fue superior al registrado en los contratos temporales. El porcentaje de contratos indefinidos iniciales sobre el total de contratos apenas ha variado durante todo el periodo analizado.

El análisis de la evolución de los contratos por edad y sexo nos muestra, en primer lugar, que entre 2012 y 2019 el aumento tanto en el número de contratos indefinidos como en las conversiones se registra en todas las franjas de edad, especialmente en los mayores de 45 años. El aumento es mayor en los hombres en todas las franjas de edad. La evolución del total de contratos temporales registra también un aumento en todas las franjas de edad en el periodo analizado, sobre todo en los mayores de 45 años. No obstante, dicha evolución es menos positiva que la observada en los contratos indefinidos. El aumento en los contratos temporales es mayor en los hombres en todas las franjas de edad excepto en la franja de 30 a 44 años. En consecuencia, la recuperación económica parece beneficiar más en principio a los mayores de 45 años y a los hombres.

El análisis de la evolución de los contratos por nivel de estudios y sexo nos muestra, en primer lugar, que el aumento más elevado tanto en el número de contratos indefinidos como en las conversiones entre 2012 y 2019 se registra con diferencia entre los que tienen estudios primarios. El aumento en el periodo analizado es mayor en los hombres tanto para los que tienen estudios primarios como secundarios en el caso de los contratos indefinidos, mientras que en las conversiones el aumento es mayor en todos los niveles educativos. El total de contratos temporales registra también un aumento en todos los niveles educativos en el periodo analizado, sobre todo en los que tienen estudios primarios. El aumento de dichos contratos es mayor en los hombres en el caso de los analfabetos y en los que tienen estudios superiores, mientras que es mayor en las mujeres en los niveles de estudios primarios y secundarios. Por tanto, la recuperación económica parece beneficiar más a los que tienen estudios primarios seguidos a distancia por los que poseen estudios superiores y en mayor medida a los hombres.

Por otro lado, el análisis de la distribución por edad nos muestra que la mayor proporción en los contratos indefinidos se registra en el colectivo de entre 30 y 45 años, aunque

su peso se reduce entre 2012 y 2019. El peso de los jóvenes aumenta ligeramente, mientras que el mayor incremento se lo anotan los mayores de 45 años. En cuanto a las conversiones, tanto los jóvenes como las personas entre 30 y 45 años han reducido su peso en esta modalidad. Por el contrario, los mayores de 45 años son los que sí han aumentado su proporción, aunque siguen estando por debajo de las otras franjas de edad. En relación con los contratos temporales, los jóvenes mantienen su peso, mientras disminuye la proporción de los que tienen entre 30 y 45 años y aumenta claramente la de los mayores de 45 años.

En cuanto a la distribución por nivel educativo, el colectivo con estudios secundarios es el que concentra un mayor porcentaje, aunque su peso se reduce entre 2012 y 2019, tanto en los contratos indefinidos, en las conversiones como en los contratos temporales. El colectivo con estudios primarios se anota un notable aumento de su peso en todos los casos. Por el contrario, la proporción del colectivo de analfabetos se reduce de forma notable durante el periodo analizado. Finalmente, los que tienen estudios superiores aumentan su peso en los contratos indefinidos mientras que mantienen su proporción tanto en las conversiones como en los contratos temporales.

En el periodo analizado, la proporción de mujeres se reduce en todas las franjas de edad, excepto en las que tienen entre 30 y 45 años para el caso de los contratos temporales. Por nivel educativo, dicha proporción se reduce en todos los niveles educativos entre 2012 y 2019, excepto en las que tienen estudios primarios para el caso de los contratos temporales. Por tanto, la recuperación económica ha beneficiado menos a las mujeres en relación con los hombres, ya que se ha reducido la presencia de aquellas en las diferentes modalidades de contratación, especialmente de las más jóvenes y de las que tienen un menor nivel educativo.

La tasa de temporalidad aumenta entre 2012 y 2019 debido al mayor aumento de los asalariados temporales en relación con los asalariados indefinidos. La evolución del ciclo económico condiciona una vez más la tasa de temporalidad en España que aumenta en cuanto se recupera la economía, aunque sin alcanzar los niveles anteriores a la crisis de 2008. Las diferencias en la tasa de temporalidad entre el sector privado y el sector público se reducen durante el periodo analizado hasta el punto de invertir el orden, siendo mayor en la actualidad dicha tasa en el sector público. La tasa de temporalidad femenina aumenta menos que la masculina en el sector privado, reduciéndose la diferencia entre 2012 y 2019 porque aumenta más el empleo asalariado temporal entre los hombres. Por contra, en el sector público, la tasa de temporalidad femenina aumenta claramente en mayor medida que la masculina.

Las tasas de temporalidad por edades muestran que el aumento más acusado se registra en los jóvenes como consecuencia del incremento del empleo temporal, mientras el empleo indefinido disminuye, lo que no ocurre en las demás franjas de edad. Tanto en los menores de 30 años como en la franja de 30 a 49 años, la tasa de temporalidad es más elevada en el sector público y con diferencia. Por el contrario, en los mayores de 49 años,

la tasa de temporalidad del sector privado sigue siendo superior, aunque se han reducido notablemente las diferencias durante el periodo analizado.

La creación de empleo se traduce de nuevo en un aumento de la tasa de temporalidad, sobre todo en el sector público y en los jóvenes. En esta línea, las características del contrato de apoyo a emprendedores (como, por ejemplo, el periodo de prueba de 1 año) pueden haber contribuido a mantener las elevadas tasas de rotación laboral evitando así la consecución de un empleo estable. Por otro lado, las bonificaciones puestas en marcha en 2014 y 2015 para fomentar el empleo indefinido no aumentaron de forma significativa el número de asalariados indefinidos.

Las tasas de temporalidad de los jóvenes han crecido entre 2012 y 2019, situándose muy por encima de las registradas antes de la crisis. Esta situación indica la necesidad de buscar nuevos instrumentos para reducir la elevada temporalidad que afecta al empleo asalariado en España en todas las franjas de edad, pero especialmente en los jóvenes. En la actualidad, el impacto laboral de la pandemia del coronavirus se concentra especialmente en este colectivo, ya que son los que tienen una proporción mayor de contratos temporales que se pueden extinguir de forma fácil y barata. Esta circunstancia pone de manifiesto la enorme disfuncionalidad del mercado laboral español, donde una vez más, ante una crisis, el ajuste se lleva a cabo a través de los trabajadores más precarios.

En este sentido, cabe recordar que la mayoría de las medidas adoptadas han buscado incrementar las ventajas de la contratación indefinida para reducir de forma gradual el uso de la contratación temporal. Dichas ventajas se centran en los costes laborales, bonificando la contratación indefinida y rebajando los costes de despido. Sin embargo, no han conseguido alterar el balance entre contratos indefinidos y temporales, por lo que se hace necesaria una actuación más decidida que penalice o dificulte el recurso a la contratación temporal, recuperando en lo posible el principio de causalidad. Al mismo tiempo, hay que fomentar la flexibilidad interna para contribuir a que, ante una crisis, los ajustes en la producción y en la actividad empresarial logren evitar una intensa caída del nivel de empleo.

En definitiva, un enfoque más amplio que vaya más allá de las reformas legales en materia de contratación e incluya políticas activas de empleo, centradas sobre todo en la formación, puede contribuir de forma más efectiva a reducir la segmentación del mercado laboral. No obstante, es importante tener en cuenta que la eficacia de cualquier medida se puede ver afectada por las condiciones económicas y el entorno social e institucional.

Referencias bibliográficas

- Cebrián López, I. y Moreno Raymundo, G. (2012). El debate sobre la temporalidad contractual, la temporalidad empírica y la duración de los contratos. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 19, 91-112.
- CES. (2019). *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2018*. Madrid: Consejo Económico y Social. Recuperado de <http://www.ces.es/documents/10180/5212606/Memoria_Socioeconomica_CES2018.pdf/46269eb7-ee08-de93-cfa8-080e43e8afe1>.
- Costa Reyes, A. (2018). La precarización del contrato de trabajo como medida de fomento del emprendimiento: el caso del contrato de apoyo a emprendedores y del contrato a tiempo parcial. *Revista de Derecho Social*, 82, 211-240.
- Costa Reyes, A. (2019). Fomento del empleo en los «viernes sociales». A propósito del RD-Ley 8/2019. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 148, 105-135.
- Eurofound. (2019). *Labour market segmentation: Piloting new empirical and policy analyses*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Fernández Fernández, R. (2016). [El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: un nuevo ejemplo de modalidad fracasada en el sistema español de relaciones laborales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 404, 77-108.
- INE. Encuesta de población activa. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.
- Jimeno Serrano, J. F. (2005). La reducción de la temporalidad. En J. I. García Pérez y J. J. Pérez García (Coords.), *Cuestiones clave de la economía española. Perspectivas actuales, 2004* (pp. 191-211). Sevilla: Centro de Estudios Andaluces.
- Lorente Campos, R. y Guamán Hernández, A. (2018). Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España: ¿la irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo? *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(1), 35-63.
- Martínez Yáñez, N. M. (2016). [De la temporalidad masiva a la contratación flexi-segura. Reflexiones sobre un cambio de modelo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 401-402, 21-70.
- Molina Romo, O. (2015). El fomento del empleo en España: incentivos a la contratación y al empleo autónomo. En F. Miguélez Lobo (Coord.), *Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014* (capítulo 8). Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Moreno Gené, J. (2013). [Los estímulos a la contratación laboral de los jóvenes en el Real Decreto-Ley 4/2013](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 364, 45-104.
- Requena Montes, O. (2018). El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: resultados y vías para su erradicación. *Revista de Derecho Social*, 82, 185-209.
- SEPE. Estadística de contratos. Madrid: Servicio Público de Empleo Estatal.
- Toharia Cortés, L. (2005). *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*. Colección Economía y Sociología del Trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Torsello, L. (2016). [El contrato temporal, paradigma del contrato precario: un análisis comparado](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 394, 91-114.

El cambio de signo en la delimitación del esquirolaje interno como necesaria garantía del derecho de huelga

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

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaime I*

1. Marco jurídico e interpretación judicial

Pese a la evolución de las relaciones laborales, la huelga continúa siendo el principal instrumento de defensa de los derechos de las personas trabajadoras. Esta importancia se evidencia, desde una perspectiva práctica, en el relevante papel que sigue desempeñando actualmente, impulsada por el ya conocido ámbito expansivo de su objeto, que la hace trascender de los márgenes de la reclamación netamente laboral, circunscrita al binomio empresa-persona trabajadora, para convertirla, más ampliamente, en un mecanismo de reivindicación social. Ejemplos de ello son la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 31/2020, de 15 de enero, relativa a la huelga en Cataluña de 8 de noviembre de 2017, y la casi coetánea de 13 de enero de 2020, que constituye el objeto de este comentario.

Asimismo, desde el punto de vista formal, su capital importancia queda reflejada en el rango de derecho fundamental que le reconoce la Constitución española (CE) en su artículo 28.2, como es sabido. No obstante, esta relevancia no se ha proyectado en la regulación que lo desarrolla, que, contenida en el preconstitucional Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sigue mostrando una visión restrictiva del derecho, que no es acorde con su excelsa relevancia. Estas tachas quedan claramente reflejadas en algunos aspectos clave de su regulación, que o bien no fueron corregidos, o no en la medida suficiente, por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 11/1981,

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2020). El cambio de signo en la delimitación del esquirolaje interno como necesaria garantía del derecho de huelga. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2020, de 13 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 193-199.

o bien, aunque lo fueron, han quedado obsoletos a tenor de los casi 40 años transcurridos desde que esta se dictó. En la primera situación se halla el [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), que establece como garantía del derecho de huelga que:

[e]n tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada a la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo,

a saber, los servicios de seguridad y mantenimiento, a los que habría que sumar los servicios mínimos en empresas encargadas de prestar servicios esenciales para la comunidad ex [artículo 28.2 de la CE](#). Esta concepción restringida de la prohibición de esquirolaje circunscrita al «externo» –sustitución de trabajadores huelguistas por otros contratados a tal efecto– constituye uno de los aspectos en los que más claramente se han evidenciado los déficits de esta vieja norma.

En este sentido, las enormes carencias del [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#) se han puesto de manifiesto en sede judicial en las muy numerosas ocasiones en las que se han cuestionado ciertas medidas empresariales que, sin ajustarse exactamente al modelo legal de esquirolaje, sustancialmente eran constitutivas de esquirolaje, por suponer la sustitución de los huelguistas, neutralizando con ello el ejercicio de la huelga. Tal examen es imprescindible a tenor de la interpretación actual y finalista a la que obliga el [artículo 3.1 del Código Civil](#), que cobra mayor importancia cuanto más antigua es la norma y más restringido su tenor, como es el caso. Aunque son muchas las sentencias que se han pronunciado sobre prácticas de sustitución de huelguistas que quedan fuera de la estricta literalidad del [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), referenciales son las SSTC [123/1992](#) y [33/2011](#), que rechazaron una delimitación restrictiva del esquirolaje, al señalar que este se produce «cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio».

Coherentemente con este criterio, los órganos judiciales han flexibilizado la interpretación de la noción legal de esquirolaje, como ha quedado reflejado en las páginas de esta sección. En este sentido, el TS ha estimado que se produce esquirolaje en caso de sustitución de los huelguistas por trabajadores de otra empresa de su mismo grupo –[STS de 11 de febrero de 2015 \(rec. 95/2014\)](#), comentada en el [núm. 387 de esta revista](#)–, aunque no así cuando no existe vinculación entre las empresas –[STS de 16 de noviembre de 2016 \(rec. 59/2016\)](#)–. También ha considerado que se está ante un «esquirolaje interno indirecto» cuando la empresa, en el periodo previo a la huelga, ha aumentado y reordenado las actividades a fin de aumentar el *stock* y eliminar así los efectos de la medida –[STS de 20 de abril de 2015 \(rec. 354/2014\)](#), grupo Coca-Cola, comentada en el [núm. 388 de esta revista](#)–. Asimismo, por lo que respecta al llamado «esquirolaje tecnológico», tras una etapa de rechazo –[STS de 11 de junio de 2011 \(rec. 110/2011\)](#)–, lo aceptó como modalidad de esquirolaje

incardinable en el [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), y, por tanto, conducta proscribida por lesionar el derecho de huelga –[STS de 5 de diciembre de 2012 \(rec. 265/2011\)](#)–, si bien con algún retroceso posterior.

No obstante, en relación con un supuesto de sustitución del trabajo de huelguistas valiéndose de cauces tecnológicos unidos a la acción de un trabajador no huelguista –un combinado de esquirolaje tecnológico e interno–, el TC, en su [Sentencia 17/2017, de 2 de febrero –comentada en el núm. 429 de esta revista–](#), pareció dar un paso atrás. En esta sentencia, que, como se verá, reviste particular interés a efectos del análisis de la [STS 13/2020, de 13 de enero](#), por referirse ambas al esquirolaje interno, el tribunal aplica un concepto estricto del derecho de huelga que supone reducir su protección, rompiendo con ello la tendencia expansiva seguida hasta el momento. De este modo, en una situación de huelga general, la empresa Telemadrid televisó un partido de fútbol, supliendo la ausencia de los trabajadores huelguistas a través de medios tecnológicos no habituales mediante los que se alteraba el procedimiento ordinario de emisión, valiéndose para ello de un trabajador no huelguista que hizo posible la activación de tal procedimiento. Pues bien, pese a tan claros indicios, en contra del criterio del fiscal y pretendiendo basarse en criterios protectores del derecho establecidos en otras sentencias, la mayoría del TC consideró que no se produjo esquirolaje, obviando elementos determinantes que el propio tribunal había considerado concurrentes y utilizando para ello argumentos poco elaborados e incluso contradictorios, que revelan la tensión interna de la sala, que también se manifestó en la formulación de un voto particular firmado por tres magistrados.

La [STS 13/2020](#), que constituye el objeto de este comentario, si bien expresa su alineamiento con este pronunciamiento constitucional, lo cierto es que retoma una progresión protectora del derecho de huelga que es radicalmente opuesta al espíritu restrictivo de aquella.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Los hechos básicos que anteceden al planteamiento del recurso de casación que resuelve la sentencia comentada son, sintéticamente, los que siguen.

Las organizaciones sindicales USO, CUT, COBAS, AST, CNT, UGT, CC. OO. y CIG convocaron para el jueves 8 de marzo de 2018, coincidiendo con el Día de la Mujer Trabajadora, una jornada de huelga general, en modalidad de paros parciales o del día completo, siendo el sindicato CUT el único en Galicia que convocó huelga de 24 horas. La huelga iba dirigida a todas las trabajadoras y todos los trabajadores de Galicia, independientemente del sector, actividad o vínculo. El objetivo general de la huelga era la consecución de la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral.

En reunión celebrada el 27 de febrero de 2018 entre la Corporación de Radio y Televisión de Galicia (CRTVG) y los comités de huelga, estos últimos solicitaron que solo se incluyera a

hombres en la relación de servicios mínimos o que, de no ser así, se permitiera a las mujeres intercambiar su servicio con un hombre durante la jornada de huelga. Asimismo, proponían que se limitase la duración de los servicios para que pudieran irse en cuanto terminase su trabajo. Esta reunión terminó sin acuerdo.

El 7 de marzo de 2018 se publicó en el DOGA el Decreto 26/2018, de 1 de marzo, por el que se establecían los servicios esenciales para la huelga, incluyendo los correspondientes a la CRTVG. Esta remitió a la Xunta la relación de servicios mínimos, con indicación nominal de los trabajadores y las trabajadoras que los cubrirían, sin que la primera incluyera el programa Galicia Noticias Mediodía –uno de los programas de más audiencia de la cadena– ni la segunda a la trabajadora que habitualmente lo presentaba.

Esta trabajadora, nominada en la sentencia de referencia como Purificación, redactora de CRTVG, decidió sumarse a la convocatoria de CUT, acogiéndose a la jornada de huelga de 24 horas, por lo que el 8 de marzo no acudió en ningún momento a su puesto de trabajo. No obstante, aunque ese día no se emitieron otros programas de la cadena, sí lo fue Galicia Noticias Mediodía, si bien su presentación corrió a cargo de su editor. La sentencia precisa que, a tenor del convenio colectivo de la CRTVG, los editores desarrollan funciones más amplias que los redactores y ocupan una posición superior a la de estos en el escalafón de puestos. Por lo que respecta al editor de Galicia Noticias Mediodía, es la persona que sustituye a su presentadora habitual, la redactora, cuando debe ausentarse por vacaciones, permisos, bajas o situaciones similares.

Considerando que tales hechos eran constitutivos de vulneración de derecho de huelga, CUT presentó demanda de tutela de derechos fundamentales y reclamación de indemnización por daños y perjuicios contra CRTVG. En esta, solicitaba al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia que declarara vulnerado el derecho de huelga de CUT, la declaración de nulidad de la sustitución de la trabajadora y la decisión de la empresa de emitir el programa, una indemnización de 15.625,5 euros en concepto de daños y perjuicios, la lectura del fallo o del fundamento que el tribunal estime oportuno durante la emisión del programa Galicia Noticias Mediodía y la publicación de la sentencia en la intranet de la empresa. El TSJ de Galicia, en Sentencia 10/2018, de 26 de abril, consideró que tal sustitución fue constitutiva de esquirolaje interno, por lo que estimó las tres primeras peticiones del sindicato recurrente, desestimando las dos últimas.

Frente a esta sentencia, CRTVG interpone recurso de casación, que da lugar a la [STS 13/2020, de 13 de enero](#), que constituye el eje de este comentario.

3. Claves de la posición del órgano judicial

La empresa apoya su recurso en dos motivos, pretendiendo el primero de ellos la revisión de dos hechos probados, relativos a la no inclusión en la cobertura de los servicios

mínimos de mujeres con presencia en pantalla y a que el trabajador sustituto era «editor y presentador», que son rechazados por fundamentarse en prueba testifical, medio probatorio no idóneo a estos efectos. Como segundo motivo, aduce infracción de la jurisprudencia, indicando, con mención directa a la STS (*sic*) –es [STC– 17/2017, de 2 de febrero](#), que no se ha producido esquirolaje porque:

[...] para apreciar la vulneración del derecho de huelga es preciso que la sustitución de los huelguistas se realice sin causa habilitante y acudiendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea de los huelguistas.

El informe del Ministerio Fiscal mantuvo la desestimación del recurso por quedar acreditado que se produjo esquirolaje interno.

La cuestión es, en consecuencia, determinar si el trabajador sustituto fue «asignado de forma irregular» a realizar la función que habitualmente desempeñaba la trabajadora huelguista. El TS da una respuesta afirmativa, desestimando el recurso de casación con base precisamente en la doctrina que invoca la parte recurrente, que cita generosa y recurrentemente. De este modo, a la luz de esta, examina las condiciones en las que se realizó tal sustitución, que son, por tanto, las que determinan la calificación de la medida empresarial.

Aunque el tribunal no parece seguir un orden expositivo en su argumentación, como eje de su examen y clave de la solución debe situarse el hecho de que en este supuesto se produce «la sustitución del trabajo que debía haber desempeñado la huelguista por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones», que es precisamente la circunstancia que la [STC 17/2017](#), que transcribe, contemplaba como constitutiva de esquirolaje interno. Por lo tanto, siguiendo la sentencia de instancia, constata que en el caso examinado la sustitución de la trabajadora huelguista por el editor del programa:

[...] supuso la atribución de funciones distintas a las que habitual y ordinariamente venía atendiendo porque [...] esa habitualidad no se identifica con la de presentador, recogiendo en los hechos probados su condición de editor. Tampoco se puede identificar función habitual con la ocasional, consistente en presentar el programa cuando la trabajadora suspendía su relación por vacaciones, permisos, etc. Además, incluso desde esa condición de sustitución ocasional, no se puede identificar la habitual sustitución con la proveniente de una situación de conflicto, en la que se quiere sustituir a trabajadores huelguistas para no suspender la actividad o, lo que es lo mismo, no permitir el efecto propio del ejercicio de huelga.

La sala incide particularmente en el aspecto de la motivación de la sustitución que suscitó la empresa en la instancia, al señalar que esta potenció los efectos de la huelga, y al que ya el TSJ había dado cumplida respuesta al destacar que lo relevante a efectos de determinar la lesión es que:

[...] las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, de forma que sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produ(ce) un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio.

Al respecto, el TS no duda en destacar el efecto lesivo de la conducta de la empresa, al incidir en que la intención de tal medida fue:

[...] limitar el derecho de huelga [...] para neutralizar el efecto propio y esencial del ejercicio de aquel derecho fundamental como es la paralización de la actividad, máxime en una como la que afecta a la entidad demandada, donde la falta de emisión de programas televisivos se presenta también como medio de difusión del seguimiento de aquel ejercicio y del cumplimiento de sus objetivos.

En consecuencia, concluye que la sustitución realizada debe calificarse como «ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones», pero nunca en el marco de una huelga legítima. Como recuerda la misma sentencia, esta regla se altera solo en caso de incumplimiento de servicios mínimos o de mantenimiento y seguridad, circunstancias que no se producen en el presente supuesto. En suma, la legítima aplicación del *ius variandi* no es indiferente a la causa de la sustitución, pues si bien será válido en situaciones ordinarias, no lo es en las «propias y específicas del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses».

4. Trascendencia de la doctrina y posibilidad de consolidación futura

La [STS de 13 de enero de 2020](#) es un pronunciamiento relevante que, valorado desde una perspectiva amplia, contribuye a delimitar las conductas constitutivas de esquirolaje más allá del restringido ámbito del [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), y, con ello, a proteger el derecho de huelga. Desde una óptica más concreta, se considera que su importancia es aún mayor, puesto que delimita el esquirolaje interno de forma sencilla y directa, incidiendo en su carácter lesivo del derecho de huelga. De este modo, aunque manifieste lo contrario, se aparta sustancialmente de la [STC 17/2017](#), que, con argumentos pretendidamente continuistas con la doctrina constitucional más protectora de la huelga, que sesgó a su conveniencia, y con una interpretación parcial de los hechos, se pronunció sobre esta cuestión de forma tan oscura como regresiva para la protección del derecho.

De este modo, la importancia y el valor de la [STS de 13 de enero de 2020](#), comentada, radican precisamente en definir el esquirolaje interno como la realización de tareas

normalmente desempeñadas por las personas huelguistas por parte de otras no huelguistas que no las realizan habitualmente. Es cierto que esta sentencia no es pionera en la delimitación de este tipo de esquirolaje, sin embargo, su relevancia es especialmente intensa por cuanto actúa como contrapunto de la [STC 17/2017](#), que enturbió de forma considerable esta categoría. De este modo, la sentencia comentada supone dar un giro en favor de la protección del derecho a la interpretación regresiva de este tipo de esquirolaje contenida en la [STC 17/2017](#). Con ello, arroja luz sobre la categoría del esquirolaje interno y la reconduce a las conductas prohibidas por el [artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977](#), marcando con ello los límites de las conductas de la empresa lesivas de la huelga, reforzando así el derecho fundamental.

Por todo lo anterior, se considera que la [STS de 13 de enero de 2020](#), comentada, establece un criterio definitorio del esquirolaje interno que no solo es positivo para la tutela del derecho, sino que era imprescindible establecer tras la confusión sembrada por la [STC 17/2017](#). En consecuencia, se espera que esta línea interpretativa se consolide y proyecte en sucesivos pronunciamientos judiciales sobre la materia.

Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
de Canarias 381/2020, de 13 de marzo**

Glòria Poyatos i Matas

*Magistrada especialista de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)*

El enfoque jurídico para abordar la cuestión de género en el derecho no ha de ser el de la identidad-diferencia entre mujeres y hombres, sino la jerarquía. Primero está la opresión, la subordinación y después, consecuentemente, las diferencias.

Catherine Mackinon

1. Marco normativo. Prestaciones a favor de familiares

Las prestaciones en favor de familiares tienen su regulación en el [artículo 226 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS). De otro lado, el [artículo 5 del Decreto 1646/1972, de 21 de junio](#), para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del régimen general de la Seguridad Social, y el [artículo 40 del Reglamento general](#), aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, lo completan, fijando, en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia con el causante de, al menos, 2 años, con antelación al fallecimiento. También la Orden ministerial de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la Seguridad Social, enumera en su [artículo 22](#) quiénes son los beneficiarios de la pensión a favor de familiares, contemplando tres grupos de familiares y sus requisitos.

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2020). Prestaciones familiares, «convivencia» y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 381/2020, de 13 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 447, 200-206.

En correspondencia con esta prestación promotora de los cuidados familiares, desde el Código Civil, los [artículos 142 y siguientes](#) nos recuerdan la obligación de cónyuges, ascendientes y descendientes de prestarse alimentos y el deber de prestarse «auxilios necesarios para la vida» que se deben hermanos/as.

Por último, en su [artículo 39](#), la Constitución española (CE) obliga a los poderes públicos a asumir la protección familiar en el triple aspecto social, económico y jurídico.

Centrando nuestra atención en la modalidad contenida en el párrafo segundo del [artículo 226 de la LGSS](#), los requisitos acumulativos para acceder a esta prestación contributiva derivada de muerte y supervivencia son, resumidamente, los siguientes:

- Ser hijos/as o hermanos/as de las personas beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años y soltera/o, divorciada/o viuda/o.
- Haber convivido con el causante y a su cargo, al menos con 2 años de antelación al fallecimiento del causante.
- Acreditar dedicación prolongada al cuidado de la persona causante.
- Carecer de medios propios de vida.

2. Relato fáctico: hechos relevantes

Por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se denegó a la demandante el derecho al cobro de estas prestaciones con base en el [artículo 226.2 a\) de la LGSS](#), «por no haber convivido con el causante y a su cargo». La sentencia de la instancia desestimó la demanda planteada por la actora reiterando el criterio del INSS, con base en que la actora, aun viviendo en la misma calle y número de edificio que su madre y causante, no obstante, lo hacía en el piso 2.º, mientras que su madre vivía en el piso 1.º. Por ello, tal y como literalmente se recoge en el fundamento de derecho único de la sentencia:

No puede deducirse de estos hechos que la actora viviera por cuenta de su madre y conviviera con ella por más que habitara en el piso de arriba y le prestase atención y cuidados en el piso de abajo, lo que nadie discute [...]. Por lo tanto no se acredita convivencia en el mismo domicilio, sino solo cercanía, por lo que ha de desestimarse la demanda.

Estos son los hechos relevantes:

- La actora, nacida el 8 de septiembre de 1968, es hija de pensionista de incapacidad permanente, fallecida el 27 de marzo de 2018.

- El INSS le denegó el acceso a las prestaciones en favor de familiares tras el fallecimiento de su madre y también desestimó la reclamación previa de la actora en Resolución de 20 de diciembre de 2018:

[...] por no reunir el requisito de convivencia con el causante y a su cargo. Usted alega que vive en la misma casa que la causante, pero en la certificación de inscripción padronal y residencia histórica individual que aporta, su domicilio es XXXX, piso 2.º, y su madre en XXXX, piso 1.º. Por esta razón, domicilios diferentes, usted no reúne el requisito de convivencia con el causante y a sus expensas, al menos con 2 años de antelación al fallecimiento.

- La actora, divorciada, figura empadronada, junto a su hijo de 19 años de edad, en el piso 2.º de domicilio de Gran Canaria desde el año 1996.
- La causante figuraba empadronada desde 1996 en el mismo domicilio de la actora, en el piso 1.º.

3. Claves del razonamiento jurídico. Interpretación de la norma sustantiva. Requisito de «convivencia»

La sala canaria, sin alterar el relato fáctico, llega a una opinión divergente desde un análisis jurídico finalista y con perspectiva de género.

La controversia jurídica se cierne exclusivamente sobre la interpretación que debe darse al requisito de «convivencia» para tributar la prestación que se reclama. No se cuestiona el cumplimiento de los restantes requisitos, incluido el periodo mínimo temporal exigido de convivencia. Por tanto, el debate jurídico queda centrado en el concepto de «convivencia» exigido legalmente, entendiéndolo el INSS que no se cumple porque la demandante y la causante se hallaban empadronadas en pisos diferentes, a pesar de compartir el mismo edificio.

3.1. Impacto de género de la prestación

Las prestaciones en favor de familiares tienen un impacto de género incuestionable. La [sentencia comentada](#) se hace eco de los datos estadísticos del INSS (accesibles a través de la aplicación eSTADISS desde la página web <www.seg-social.es>), poniendo de relieve que, a fecha 1 de diciembre de 2018, el número total de personas perceptoras de prestaciones a favor de familiares era de 42.281, de las que 29.360 eran mujeres; a fecha 1 de diciembre de 2019, el total ascendía a 43.156, de las que 29.596 eran mujeres. Ello se traduce en una incuestionable mayoría femenina, que en porcentajes son el 69,44 % en 2018 y el 68,57 % en 2019.

Los datos expuestos nos revelan el impacto de género que tienen las prestaciones que se abordan, la mayor vulnerabilidad femenina vinculada a la práctica de cuidar familiares y el lento avance hacia la igualdad (real), lo que exige necesariamente extremar las cautelas judiciales en el abordaje de la controversia jurídica, que debe enfocarse de forma contextualizada para evitar interpretaciones o impactos jurídicos que conlleven exclusiones, restricciones o distinciones dañinas para los derechos humanos de las mujeres. Se invoca a este respecto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 79/2020, de 29 de enero, que también destaca este impacto desproporcionado de las prestaciones familiares, en coherencia con la feminización de la práctica de cuidar.

3.2. Criterios interpretativos

El tribunal canario realiza un completo análisis interpretativo del concepto controvertido.

Desde un punto de vista sistemático, el concepto de convivencia debe interpretarse de acuerdo con la sociedad actual teniendo en cuenta las necesidades y los valores familiares de la sociedad de este siglo, donde la intimidad familiar y personal adquieren un valor superior al de otras épocas, al tener una protección suprallegal, como derecho fundamental reconocido en la Constitución (art. 18.1 CE). Tal intimidad puede traducirse en mantener la independencia de una vivienda propia, donde no por ello se excluye el cuidado, el socorro y la asistencia diaria por parte de otros familiares.

Desde un punto de vista teleológico o finalista, se recuerda que la finalidad de las pensiones familiares es dar la adecuada cobertura a una «situación de cualificada necesidad en razón a la pérdida del causante de la prestación, cuyos ingresos venían a constituir el sustento de la familia» (STS de 24 de febrero de 1995), lo que también se puso de relevancia en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 14 de enero¹.

Esa finalidad asistencial llevó a la jurisprudencia (STS de 20 de marzo de 1985 –rec. 355/1984–) a matizar la interpretación del requisito de convivencia, superando la

¹ En la Sentencia 3/1993, de 14 de enero (FJ 4.º), se recoge literalmente:

Es claro que su finalidad última es remediar la situación de necesidad [...], la norma atiende en todos los casos a auténticas situaciones de necesidad, dada la incompatibilidad de esta pensión con la percepción de ingresos propios por parte de los beneficiarios. Su función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentran en un estado de necesidad. [...]

[...] la situación del pariente sobreviviente, asimilándose a una renta de subsistencia conectada con la obligación impuesta a los poderes públicos por el art. 41 de la Constitución española de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, siendo en este sentido una específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante situaciones objetivas de necesidad [...].

literalidad de la palabra, pues lo que debe valorarse no es tanto la cohabitación, sino la práctica de los cuidados respecto del familiar necesitado de ello y la satisfacción de las necesidades físicas, psíquicas, morales y espirituales de la persona impedida².

3.3. Interpretación del requisito «convivencia» con perspectiva de género

Una vez detectado el impacto de género que tiene la prestación, el tribunal integra la perspectiva de género en la interpretación del concepto analizado, por ser ello una obligación legal en casos como el presente, en el que se involucran relaciones asimétricas de género, aun cuando las partes no lo soliciten expresamente³.

El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los poderes del Estado: al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. La vinculación de la actividad jurisdiccional del Judicial –dada su independencia– deriva de su sumisión al imperio de la ley (art. 117 CE). Tal afirmación se encadena con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en el artículo 14 de la CE en conexión con el artículo 9.2 de la CE, y se halla normativizado en los artículos 4 y 15 de la LOIEMH, que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas, entre las que se incluye la interpretación de las normas sustantivas.

Se recuerda que juzgar con perspectiva de género debe ser una labor judicial que conlleve:

- Utilización de criterios de sustitución o de comparación hipotética para verificar si, en una situación dada, un hombre habría sido tratado de la misma manera en que lo ha sido una mujer.

² En este sentido se ha pronunciado el TS en la [Sentencia de 20 de marzo de 1985 \(rec. 355/1984\)](#), matizando el concepto de convivencia exigido para acceder a las prestaciones a favor de familiares:

[...] en el sentido de interpretar la convivencia, no en la literalidad de la palabra, sino con un criterio más amplio en razón a supuestos excepcionales impuestos por circunstancias transitorias de trabajo fuera de la residencia habitual con la finalidad de atender mejor al sostenimiento de la familia cuando las relaciones afectivas y económicas no han desaparecido (Sentencias de 9 de febrero de 1971, 29 de enero y 4 de abril de 1974).

³ Según se recoge literalmente en la sentencia comentada:

[...] a tenor de lo previsto en los arts. 1, 10.2.º, 9.2.º, 14 y 96 de la Constitución española, arts. 5.1.º, 7.1.º y 2.º de la LOPJ, en relación con los arts. 4 y 15 de la Ley orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH); los arts. 2 c), d), e), 11.1.º de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que exigen de los poderes públicos del Estado la «debida diligencia» en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género.

- Consideración de la situación de marginalidad real o potencial, o de victimización secundaria, en la cual se puede encontrar la mujer a la hora de valorar su conducta.
- Integración del valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no lo ha hecho, o laguna axiológica, evitando determinados efectos perversos.

4. Aplicación de los criterios interpretativos al caso concreto

En el caso sentenciado quedó probado que la demandante había venido cuidando y atendiendo las necesidades vitales de su madre mientras vivía y lo requería, pues así se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia de la instancia.

Por tanto, los cuidados empleados en la madre, su asistencia continua, el estar cercana de la misma durante el día y la noche al vivir en el mismo edificio deben priorizarse en la valoración de este requisito que tiene un componente claramente social, humano y asistencial que quedaría diluido en una interpretación mecanicista y puramente física. El hecho de vivir en plantas diferentes (1.^a y 2.^a) del mismo edificio, madre e hija, no puede servir para que con base en criterios rigoristas se niegue el acceso de la hija cuidadora a la pensión solicitada, pues la actora convivía en el piso superior con su hijo de 19 años, que también ha requerido cuidados durante su crianza por parte de la hija de la causante, que también es madre. No entender la realidad del funcionamiento de los cuidados de familiares (ascendientes, descendientes, etc.) y devaluarlos hasta el extremo de opacarlos tras la exigencia formalista de la cohabitación física en la misma planta de un edificio común es vaciar de contenido la finalidad misma de la prestación en favor de familiares (cuidadores), lo que tiene, sin duda, un impacto estadístico mayor en el sexo femenino, pudiéndose incurrir, en este caso, en una discriminación indirecta por razón de género mediante una denegación mecánica de estas pensiones asistenciales, lo que se traduce en una limitación o, en el peor de los casos, impedimento en el acceso a la justicia de las mujeres cuidadoras, que son estadísticamente quienes sostienen el trabajo que da la vida (los cuidados). Baste recordar aquí el reciente informe elaborado a nivel mundial por la ONG Oxfam Intermón: *Tiempo para el cuidado: el trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad*, que cuantifica en 12.500 millones de horas diarias el trabajo de cuidar no remunerado, que equivale a 1.500 millones de personas trabajando 8 horas diarias sin salario y una contribución económica de 10,8 billones de dólares anuales. También se concluye que no hay ningún lugar del mundo donde los hombres se encarguen de un volumen de trabajo de cuidados superior al de las mujeres.

La sentencia comentada es relevante por integrar la perspectiva de género en el análisis jurídico del requisito de «convivencia» exigido en el [artículo 226.2 a\) de la LGSS](#), con base en el impacto desproporcionado de género de las prestaciones en favor de familiares en correspondencia con la feminización de los cuidados. Ello no es una opción de quien juzga,

sino una obligación legal en virtud del principio internacional de diligencia debida, que debe desplegarse ante la situación de marginalidad real o potencial en la cual se puedan encontrar, mayoritariamente, las mujeres. Juzgar con perspectiva de género es una hermenéutica jurídica correctora que ayuda a comprender las causas de las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres y a trazar estrategias jurídicas que permitan detectar, corregir y compensar situaciones desiguales de género. El objetivo es lograr la igualdad (de resultado) entre ellas y ellos.

Las prestaciones cuestionadas tienden a remediar la situación de necesidad padecida por persona (mayoritariamente mujeres) tras dedicar un tiempo de su vida a los cuidados de otra (pensionista) con la que mantiene vínculos familiares cercanos. Ello debe llevarnos a flexibilizar la interpretación del requisito legal de convivencia, más allá de una estricta cohabitación física, pues la finalidad de estas prestaciones, vinculadas a la convivencia y el cuidado, tiene un componente social, humano y asistencial que se diluiría en una interpretación mecánica.

Por ello, la sentencia comentada integra la igualdad como valor, en la interpretación del requisito «convivencia», para evitar efectos perversos que pueden limitar el acceso a la justicia de las mujeres, como sostenedoras del trabajo que da la vida y perceptoras (mayoritarias) de las prestaciones a favor de familiares.

Cuasi suspensión del derecho de manifestación con ocasión del Primero de Mayo en tiempos de la COVID-19: ¿estado de excepción *de facto*?

Comentario al [Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020 \(rec. de amparo 2056/2020\)](#)

Sergio Martín Guardado

*Investigador en formación en el área de Derecho Constitucional.
Universidad de Salamanca*

1. Marco jurídico general

El derecho de reunión ([art. 21.1 Constitución española](#) –CE–) es uno de esos derechos cuya titularidad, a pesar de ser individual, solo adquiere su plenitud al aunar el ejercicio conjunto de los ciudadanos y constituye el elemento preexistente de la libertad de manifestación ([art. 21.2](#)). Ambos derechos (de reunión y manifestación) tienen un elemento finalista común: la exposición, intercambio y posible consecución de los fines de las opiniones e ideas de los que participan, y tienen una eficacia inmediata y directa proclamada por la ley fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC](#)– [66/1995](#)).

En estos derechos reconocidos por el [artículo 21 de la CE](#) está implicado necesariamente el derecho fundamental a la libertad deambulatoria ([art. 19 CE](#)), en tanto que este es condición *sine qua non* para el ejercicio de las libertades públicas de reunión y de manifestación. Nos referimos, sobre todo, al ámbito espacial o lugar de celebración de la reunión, manifestación o concentración, derechos que la norma fundamental y la [Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio](#), de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), no permiten suspender, con carácter general (*cf.* arts. [55](#) y [116.1 y 2 CE](#)). Por tanto, a mi juicio, ha de partirse de una premisa: que quede limitada la libertad deambulatoria (que no suspendida) no puede suponer coartar libertades tan imprescindibles para la plenitud del carácter democrático del Estado y la conformación de voluntades sociales que contribuyen al mejor funcionamiento

Cómo citar: Martín Guardado, S. (2020). Cuasi suspensión del derecho de manifestación con ocasión del Primero de Mayo en tiempos de la COVID-19: ¿estado de excepción *de facto*? Comentario al Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020 (rec. de amparo 2056/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 207-215.

democrático de las instituciones y el reclamo de intereses legítimos ante las mismas. Todo ello ha de ponerse en relación con la [Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio](#), reguladora del derecho de reunión.

Las libertades de reunión y manifestación quedan constitucionalmente reconocidas, respectivamente, sin necesidad de autorización previa ([art. 3.1 LO 9/1983](#)) y, si bien la libertad de manifestación requiere de comunicación previa, no puede entenderse como una autorización, pues la autoridad gubernativa tiene un papel proactivo a la hora de que los ciudadanos ejerciten estos derechos de libertad ([art. 3.2 LO 9/1983](#), en relación con el [art. 9.2 CE](#)). Solo puede prohibirse una manifestación por razón de alteración del orden público cuando exista peligro para personas o bienes ([art. 21.2 in fine CE](#)). La [Ley orgánica 9/1983](#), además, prevé un principio de autorresponsabilidad respecto de la manifestación y sus consecuencias ([art. 4.2 y 3](#)). Solo la ley penal puede restringir de forma generalizada el derecho de reunión cuando esta tenga fines ilícitos ([arts. 25.1 CE](#) –principio de legalidad penal–, [1.3 y 5 a](#)) LO 9/1983), posibilitando en este caso, y solo en este caso, que sea suspendida (fuera del derecho de excepción del [art. 116 CE](#)), sin perjuicio de su prohibición por razón de orden público.

Básicamente, la limitación absoluta (prohibición) de la libre manifestación solo puede darse cuando se produzca una alteración del orden público que ponga en peligro a personas o bienes. Así, en el marco del estado de alarma ([art. 116.2 CE](#)), no cabe entender una restricción de la libertad deambulatoria, con carácter general, que impida el ejercicio del derecho reconocido en el [artículo 21.2 de la CE](#) (*cf.* [art. 116.6 CE](#)), dado que nos acercaríamos a un terreno de suspensión fáctica del de manifestación (contrario a una interpretación teleológica del [art. 11 LOAES](#)). Es evidente el criterio de orden público implicado en la salud pública aquejada por el coronavirus ([art. 43.1 y 2 CE](#)), sin embargo, no hay evidencias científicas plenas sobre la probabilidad segura o casi segura de provocar la muerte, menoscabando así el derecho a la vida y la integridad física ([art. 15 CE](#)). Por ello, sin perjuicio de que en determinados territorios quede justificado por altos niveles de contagio u otro criterio sanitario y científico que lo avale, debemos recordar la vinculación positiva de la Administración (a la que se le prohíbe hacer lo que la ley y solo la ley, en sentido amplio, le permite) y la vinculación negativa de la ciudadanía (a la que solo puede prohibírsele lo que la ley prevé). Por ende, habrá de tenerse en cuenta el principio general *alterum non laedere*, estrechamente ligado a los principios de legalidad, publicidad, seguridad jurídica, jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ([art. 9.1](#) en relación con el [art. 103.1 y 3 CE](#)). En este sentido, también habría que tener en cuenta el criterio del [artículo 11 a\) de la LOAES](#), ciertamente restrictivo, pues la libre circulación de los ciudadanos se debe restringir en relación con lugares y momentos determinados y, dentro de la determinación de este estado de alarma, se ha abarcado todo lugar de tránsito público, lo que prácticamente supone una cuasi suspensión del [artículo 19 de la CE](#).

En suma, no sería posible realizar una interpretación que considere la restricción de la libre circulación como la regla general y someter la eficacia de aquella a una cuestión

excepcional: no cabría decantarse por salvaguardar la salud pública so pretexto de una suspensión de todos los derechos fundamentales de ciudadanía, puesto que la rigidez constitucional quedaría hasta tal punto flexibilizada que nos situaría *de facto* en un estado de excepción (arts. 116.3 CE y 22 LOAES), en sentido inverso a la propia institución. En todo caso, el estado de excepción habilitaría al Ejecutivo en tanto legislador de excepción para adoptar las condiciones necesarias para volver al normal ejercicio de los derechos fundamentales de ciudadanía, no en sentido contrario y, mucho menos, puede admitirse que el estado de alarma se sitúe en favor de la restricción total de los derechos fundamentales de libertad; pues, más que situarnos en una anomalía constitucionalmente prevista, nos situaría en una anomalía democrática, pues estos derechos del artículo 21 de la CE contribuyen, precisamente, al desarrollo de la democracia y el pluralismo político de cualquier índole (FJ 6.º STC 168/1996), también el pluralismo sindical (arts. 1.1, 7 y 28.1 CE).

Sin embargo, en este criterio de orden público que permite prohibir la libre manifestación, en un caso concreto, entraría la protección de la salud de las personas, pero, de acuerdo con el principio *favor libertatis*, habría que elegir la limitación que sea más favorable para el ejercicio del derecho. Así, la puesta en peligro de personas debe ser de tal entidad que la celebración de la manifestación ponga, de seguro o casi seguro, en peligro la vida de las personas, de acuerdo con la casuística concreta y, particularmente, en relación con la afectación del coronavirus en ese lugar. Si bien este derecho no es absoluto, hay que decir que es vital para la existencia misma de la calidad democrática del Estado y un canal privilegiado que da sostén a la democracia participativa, sin obviar que la ocupación del espacio público y el tránsito por el mismo es el elemento que justifica la especificidad de la manifestación dentro del derecho de reunión.

2. Supuesto de hecho: libertad de manifestación vs. salud pública

La Central Unitaria de Trabajadores e Trabajadoras (CUT) presenta recurso de amparo constitucional frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020). En la mencionada sentencia, se desestimaba la pretensión del sindicato de que se declarara la nulidad de la Resolución de 21 de abril de 2020, de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, por la que se prohibía la manifestación convocada y comunicada en la forma prevista en el artículo 8 de la Ley orgánica 9/1983.

La autoridad gubernativa ampara, simple y llanamente, la prohibición de no celebrar la manifestación en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Sin embargo, omite la motivación exigida por el artículo 10 de la Ley orgánica 9/1983, admitiendo expresamente que no podía trasladar un criterio sobre su celebración, ni siquiera

evaluar la repercusión de su celebración sobre la alteración del orden público, fundada en el peligro para personas o bienes (*cf.* arts. 21.2 CE y 5 LO 9/1983). Asimismo, se indica que el [Real Decreto 463/2020](#) no contempla entre las actividades permitidas, y, por tanto, excepcionadas de la limitación –dice expresamente– general para circular, los desplazamientos con el fin expuesto en la comunicación: manifestarse libremente. Lo cual ya nos coloca en una admisión tácita, por parte de la autoridad gubernativa, de que podríamos situarnos en una suspensión casi general de la limitación del [artículo 19 de la CE](#), que va más allá de la mera restricción o limitación (*a sensu contrario* [art. 55 CE](#)). Además, la Subdelegación del Gobierno no entra a valorar, prácticamente, el ejercicio modulado de la libertad de manifestación propuesto por los manifestantes: no a pie, sino en vehículos particulares, ocupados de forma individual y con todas las personas equipadas de medidas de protección, quedando los manifestantes, en todo caso, identificados. Sin embargo, no lo valora.

El TSJ ampara la prohibición de la manifestación, admitiendo que basta con dicha motivación para proceder de esta forma, realizando una interpretación demasiado restrictiva, no entrando demasiado en la casuística concreta. Valida la decisión de la autoridad gubernativa justificándola en esa restricción prevista por el [artículo 7 del Real Decreto 463/2020](#), ya que no se permite la circulación de vehículos para manifestarse, lo cual podría resultar contrario a los principios de legalidad (vinculación negativa de los ciudadanos y vinculación positiva de la Administración) y jerarquía normativa (*cf.* arts. 9.3 y 103.1 CE en relación con los arts. 81.1 –reserva de ley orgánica– y 86.1 CE). Con base en este último razonamiento, cabe apuntar que debiera realizarse una interpretación conforme e íntegra a la totalidad del texto constitucional, que obstaría a que el decreto gubernamental, a pesar de tener valor de ley material ([STC 86/2013](#)), afecte al bloque de constitucionalidad y al núcleo más duro de los derechos fundamentales entre los que se enmarca el derecho de manifestación. El fallo del recurso de amparo aquí analizado, en definitiva, obvia que limitar el derecho a la libre circulación supone la suspensión fáctica del derecho a la libre manifestación, que es lo que debe analizarse, y no la mera limitación de la libertad deambulatoria a bordo de vehículos a motor. No obstante, finalmente, lo justifica en la preservación de la salud pública ([art. 43.1 CE](#)), indicando que las medidas preventivas propuestas por el sindicato no garantizan la protección suficiente que permita entender que no está en peligro la salud pública.

Sin embargo, habría que plantearse si restringir el derecho de manifestación es la medida de menor intensidad, pues nos conduciría a entender que estamos en una suspensión fáctica amparada en la declaración del estado de alarma. Que este sea la institución menos intensa del derecho de excepción constitucionalmente reconocido en el [artículo 116 de la CE](#) no debe ser un criterio *per se* válido que decante el juicio de ponderación en favor de la restricción del derecho de manifestación, sino que debe ser el propio presupuesto habilitante –la pandemia provocada por el coronavirus– (*cf.* [art. 4 b\) LOAES](#)) el que debe confrontarse en tanto causa de salud pública y, por supuesto, criterio de orden público e, incluso, si se me permite, derecho constitucional (*vid.* arts. 15 y 43.1 CE).

Así, admitiendo la posible limitación y prohibición de la libre manifestación, caso por caso, debe aplicarse adecuadamente el juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad que resuelva el conflicto, conforme a la casuística concreta, puesto que quedan bastantes preguntas sin responder. ¿No es imposible impedir la propagación del virus? ¿Es un peligro evidente para la salud pública manifestarse dentro de un coche e individualmente? Todas esas preguntas quedan sin responder en la sentencia de que trae causa el amparo, ya que no se justifica adecuadamente y de forma ponderada la preservación de la salud pública frente al derecho de manifestación, admitiendo que este último no es un derecho absoluto ni ilimitado ([STC 193/2011](#)).

3. Comentario crítico a la fundamentación y fallo del TC

Una vez se ha hecho en el epígrafe anterior una presentación del caso y de los derechos e intereses legítimos en conflicto y la necesidad de ponderación en los términos que requiere la casuística concreta, procede hacer las siguientes críticas al Auto del TC ([ATC](#)), Sala Primera, de 30 de abril de 2020, [rec. de amparo 2056/2020](#):

1. Cabe valorar positivamente la consideración de la especial trascendencia constitucional apreciada por el TC en el recurso de amparo (FJ 2.º [ATC](#) y [art. 49.1 Ley orgánica del Tribunal Constitucional](#)). Sin embargo, habría de ponerse en relación el consolidado carácter de cauce del principio democrático participativo con la libertad sindical y el pluralismo político (arts. [1.1](#) y [28.1 CE](#)), ya que el ejercicio de la libre manifestación por parte de un sindicato merece un análisis específico de constitucionalidad, que ponga en valor el carácter de sujeto político del sindicato ([art. 7 CE](#)). No hay que olvidar que el sindicato no reduce su papel a la defensa de intereses económicos y puramente profesionales de los trabajadores, sino también sociales y políticos de estos, lo cual en la situación histórica que representa la pandemia exige partir de dicha perspectiva. En suma, habría sido acertado apreciar ese plus de relevancia constitucional al pretender ejercer la libre manifestación un sindicato y no cualquier otro tipo de institución asociativa, ya que este régimen asociativo tiene, en realidad, una especificidad que desborda el [artículo 22 de la CE](#). Por lo que cabría apuntar una trascendencia de carácter más político que meramente social y económico por ese plus en el que se ve implicado el principio democrático del Estado de derecho, que desborda la trascendencia del fundamento jurídico segundo de la [STC 155/2009](#).
2. Es evidente que, dado el corto periodo de tiempo que media para tomar una decisión sobre el fondo, por la naturaleza de la manifestación, convocada *ad hoc* para la fiesta del Primero de Mayo, el máximo intérprete de la Constitución no siga lo acordado por el TC alemán en la invocada Sentencia de 15 de abril de 2020: devolver el asunto a la autoridad administrativa para que tome una decisión ponderada que analice la conciliación del ejercicio de la libre manifestación y la garantía

de salud pública invocada ([art. 43.1 y 2 CE](#)), en su fundamento jurídico tercero. Sin embargo, el TC obvia el mandato de efectividad del [artículo 9.2 de la CE](#), que no se reduce al principio de igualdad material, sino que también mandata hacer las libertades efectivas, ya que el constituyente entendió un principio elemental básico: no hay libertad sin igualdad y no hay igualdad sin libertad ([arts. 1.1 y 10.1 CE](#)). En este sentido, también hay que tener en cuenta el [artículo 3.1 de la Ley orgánica 9/1983](#) que obliga a la autoridad gubernativa a posibilitar el ejercicio del [artículo 21.2 de la CE](#).

3. Cabe respaldar el pronunciamiento acaecido en el fundamento jurídico cuarto en los siguientes términos: es cierto que el TC no es el primer responsable del juicio de ponderación que realizan los juzgados y tribunales ordinarios, puesto que estos juzgadores ordinarios son también jueces de la Constitución, como reiteradamente la doctrina del máximo intérprete de la carta magna ha dicho. Pues, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 53.2 de la CE](#), procede realizar una interpretación teleológica conforme con su redacción, en el sentido de que el recurso de amparo es subsidiario y coloca a lo sumo al TC en revisor de la ponderación, pero no en aplicador de aquella, pues el derecho a la tutela judicial efectiva ([art. 24.2 CE](#)) corresponde en primer término a los jueces y tribunales predeterminados por ley (*cf.* [art. 117.3 CE](#)). Sin embargo, en este mismo sentido, en la lógica de cada cual a su papel, o en virtud del principio de separación de poderes, no debiera admitirse en ningún modo que, tal y como apunta el TC, quede subsanada la falta de motivación de la autoridad gubernativa por el juicio que realiza la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en su sentencia. Esto es, si la Ley orgánica 9/1983, en su [artículo 10](#), exige motivación en la resolución, conforme a los requisitos previstos en el [artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del procedimiento administrativo común, debe quedar claro que el papel de la motivación corresponde a la Administración y nunca a los tribunales. En definitiva, no puede admitirse que el fallo deje la puerta abierta a la admisión de que el juzgador ordinario sea quien subsane los actos administrativos, sino que le corresponde su revisión y control conforme a la legalidad ([arts. 106.1 CE y 123.2 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#)). Todo ello, de conformidad con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que la norma fundamental proclama (*cf.* [art. 9.1 y 3 CE](#) en relación con el [art. 103.1 CE](#)), que somete al cumplimiento pleno del derecho a la Administración pública.

4. Litigios conexos y valoración a futuro

Al hilo de las manifestaciones del Primero de Mayo, se han producido otros fallos en sede de distintos TSJ, que se han pronunciado en el mismo sentido o en sentido opuesto.

Los mismos son dignos de examinar, ya que el [ATC analizado](#) aquí no tiene la eficacia general que habría tenido una sentencia dictada en los términos del [artículo 164 de la CE](#).

Comenzando por el TSJ de Navarra, su Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sendas Sentencias de 30 de abril de 2020, ha optado por permitir el derecho de reunión (concentración estática) en lugares de tránsito público e, incluso, el de manifestación. El primero de los fallos (rec. 133/2020) se refiere a que la negativa de la autoridad gubernativa, la Delegación del Gobierno en Navarra, se basa en una decisión que no tiene en cuenta las concretas circunstancias del caso que concurre. Entonces, recuerda la sala que del juicio de ponderación, y solo de él, debe deducirse el fallo, dependiendo de los intereses y derechos constitucionales implicados. Finalmente, se decanta por admitir la celebración de la concentración (estática) pretendida por los sindicatos convocantes, que es reducida en tiempo (40 minutos) y afluencia (6 personas). Es decir, se considera que, al ser cuantitativa y cualitativamente así, no se afecta el orden público (en los términos previstos en la [STC 66/1995](#), a la que hace referencia; esto es, un desorden material –y no «espiritual»– que impida conciliar la convivencia de concentración y la protección de la salud de las personas). Más concretamente, en virtud de decantarse por el derecho de reunión, optan por partir del principio de efectividad de los derechos, al garantizar los recurrentes el oportuno distanciamiento de seguridad y la duración mínima de la misma, así como una participación reducida. Además, se comprometen a adoptar medidas de protección ante el contagio y la posible propagación de la enfermedad. El tribunal hace una comparación cualitativa y cuantitativa con la compra de productos en supermercados, donde pueden concurrir muchísimas más personas (permitidas por el [art. 7 RD 463/2020](#)). Además, critica la calificación de manifestación que hace interesadamente la Administración, cuando propiamente se trata del derecho de reunión ([art. 21.1 CE](#)), al no deambular la masa, sino que se pretende quedar concentrada en un lugar fijo. El otro fallo del TSJ de Navarra de misma fecha (rec. 134/2020) enjuicia un supuesto muy distinto: el de una manifestación en vehículos particulares, 20 caravanas de coches (quizá una masa excesiva, teniendo presente la crisis sanitaria de la COVID-19), aunque sí queda clara la ocupación de una única persona por vehículo (según las medidas de seguridad adoptadas por las autoridades). El recorrido transcurre por varias localidades (hasta 5) y, a pesar de ser en coche, la Administración ve peligro en su celebración, puesto que el vehículo también es un vector de contagio, al poder distribuirse desde el mismo material publicitario de sus pretensiones, interactuando con otras personas. La resolución gubernativa, sin embargo, contempla que con su negativa a la celebración «se trata de evitar la producción de nuevos contagios evitando la posibilidad de muertes, enfermos y saturación del sistema sanitario, aunque sin olvidar el sacrificio que por otro lado se les pide a los convocantes». Ante esa interacción previsible y actual, por el propio empleo de vehículos a motor, «que pueden provocar una avería» y sobre los que no se proponen medidas de desinfección, pudiendo en tal caso incrementar la duración de esta, no puede asegurarse en todo momento la protección de la salud de los demás. Sobre todo, a mi juicio, la circunstancia de entrega y recogida de carteles se pone del lado de la Administración al ser el verdadero hecho que motiva la prohibición, pues es tan innecesario como imprudente, a pesar de contemplar el uso de mascarillas, geles y guantes, puesto que hay otras formas de

manifestarse que aseguren, de mejor forma, una no interacción con el resto de los ciudadanos. Por tanto, cabría respaldar la no celebración de la manifestación ante tales circunstancias, dado que el juicio de ponderación me parece razonable. Lo más relevante de estos fallos es que no cabe limitar sobre el contexto del estado de alarma motivado por el coronavirus en abstracto, sino que hay que realizar una ponderación de acuerdo con los intereses en juego.

La STSJ de Aragón de 30 de abril de 2020 (rec. 112/2020) y su voto particular son de especial trascendencia y entienden que el uso cotidiano y normalizado de los términos «confinamiento» o «encierro» avocan a entender que el estado de alarma suspende derechos en lugar de restringirlos y que no cabe siquiera entender una afectación generalizada de los mismos (FJ 3.º). Además, asume la necesidad de ponderación, pues el estado excepcional de alarma no exime de que, como en régimen ordinario ocurre, proceda hacer un enjuiciamiento de los intereses en juego, pues de lo contrario llevaría a entender que la declaración del estado de alarma *per se* no es suficiente para limitar el derecho, con carácter general. No puede limitarse en abstracto, sino que ha de ofrecerse una justificación motivada y específica de acuerdo con las circunstancias existentes en la casuística concreta (FJ 4.º), sin que quepa oponer la pandemia como necesidad genérica de limitación, lo que conduce a una suspensión *de facto*. Debe explicarse, por tanto, la razón concreta de por qué el desplazamiento en vehículo, permitido para el estado de alarma con relación a otras actividades, supone en este caso, el ejercicio legítimo de la libre manifestación, un riesgo mayor que ir a por medicinas o alimentos (FJ 5.º). En definitiva, los problemas de orden público, en virtud de lo expuesto anteriormente, deben justificarse y oponerse de forma detallada, exhaustiva y razonada, en torno a criterios tales como la distancia de seguridad entre las personas y los vehículos o los elementos de protección personal individual. Con base en estos criterios, se permite la celebración de una reunión de 60 personas, en un vehículo turismo particular, sin que pueda irse en motocicleta o vehículo sin cubierta o similar, precisamente por la posibilidad de contagio al exterior. En el voto particular a la sentencia se aduce la importancia de no enjuiciar la circunstancia de que se opte por el no examen de la limitación del derecho de reunión; presupuesto para la existencia de la libre manifestación que, en conexión con los planteamientos anteriormente aducidos, está en este estado de alarma *de facto* prácticamente suspendido, lo que permitiría apreciar un estado de excepción fáctico, contrario a la anomalía legítima y constitucionalmente prevista.

También se indica en este voto particular a la sentencia, en suma, que no puede depender de la posesión y capacidad de manejo de medios telemáticos la convocatoria de una reunión o su celebración, cuando depende de un poder adquisitivo que no está garantizado a toda la población, cuando además son empresas privadas la que prestan el servicio. Por todo ello, entendió el magistrado discrepante la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, dada la trascendencia constitucional del litigio, que, finalmente, fue rechazada por la mayoría del tribunal. En este sentido, teniendo presente que los sindicatos mayoritarios a nivel estatal, UGT y CC. OO., convocaron manifestaciones *online* (si es que así se puede hablar de manifestación propiamente dicha), ello ha dado menor visibilidad a la problemática suscitada.

Por último, cabe advertir que el fallo del TC aquí analizado fue adoptado con un evidente empate entre los magistrados, que evidencia la división social y el debate jurídico existente en torno a la protección de la salud pública frente al derecho de manifestación, a toda costa o de forma ponderada y proporcionada, como defiende. No obstante, el TC podrá pronunciarse a futuro, en Pleno, apreciando la legitimidad del estado de alarma en relación con una restricción tan amplia que nos lleva al marco de una cuasi suspensión del derecho de manifestación.

El instituto de la caducidad en la acción por despido

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 82/2020, de 29 de enero](#)

Luis Sánchez Quiñones

*Abogado sénior.
Departamento laboral Ontier*

1. Introducción. Marco normativo

La [Sentencia 82/2020, de 29 de enero](#), dictada por el Tribunal Supremo (TS), ha analizado la problemática derivada de la fijación del *dies a quo* –*ex art. 59.3 Estatuto de los Trabajadores* (ET)– en la acción por despido, cuando la extinción del contrato de trabajo ha debido ser notificada por burofax.

Esta cuestión no ha dejado de resultar controvertida, debido principalmente a la, en ocasiones, dificultad de determinar el domicilio concreto del trabajador afectado o, incluso, cuando ha mediado una actitud claramente obstativa del destinatario de la comunicación a hacer efectiva su recepción.

Se trata de una cuestión de indudable relevancia, que, si bien no resulta novedosa en su concepción, sí ha merecido abundante atención por nuestra jurisprudencia y doctrina, al punto de establecerse criterios pacíficos que basculaban sobre la intención o diligencia medida tanto del emisor de la comunicación como del receptor de la misma.

Precisamente esos criterios son los que el Alto Tribunal –a través de una interpretación en exceso sintética y un tanto plana– desvirtúa, limitándose a un sesgo en exceso garantista que apuesta por un apego excesivo a la literalidad de la normativa examinada, sin tener en cuenta los hechos concretos recogidos en el supuesto de autos, de los que es posible advertir una laxitud más que aparente por parte del actor en el cumplimiento del deber mínimo de diligencia exigible a la hora de hacerse cargo de la notificación que le fue remitida por su empleador.

Cómo citar: Sánchez Quiñones, L. (2020). El instituto de la caducidad en la acción por despido. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 82/2020, de 29 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 447, 216-222.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Se trata de un supuesto que resulta ciertamente común, lo que no resta un ápice a la interesante controversia que se oculta tras el mismo.

Versa sobre un despido notificado por burofax a un trabajador, quien, tras recibir un acuse de recibo en su buzón, no acude de forma inmediata a retirar la misiva, pero que acusa su entrega dentro del plazo de 30 días desde que la entidad de Correos y Telégrafos le deja aviso, 4 semanas más tarde de que le fuera notificado el aviso de intento de entrega.

Como elementos adicionales, resulta relevante indicar que el actor, jubilado parcial desde el año 2015, se encontraba en situación de incapacidad temporal (IT) de fecha 31 de diciembre de 2015 y que el aviso de entrega le fue remitido el 13 de julio de 2016, no recogiendo la notificación hasta el día 11 de agosto del mismo año y no formulando la papeleta de conciliación de despido hasta el día 9 de septiembre de 2016, alegando únicamente para justificar dicho retraso estar fuera de su domicilio por hallarse en la segunda vivienda de su propiedad, aunque no constase acreditado tal extremo.

Tanto el Juzgado de lo Social número 5 de los de Madrid como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid desestimaron la demanda y el posterior recurso formulado por el demandante, por entender, como argumento principal, que la acción había caducado al no haber acreditado el actor los motivos que justificaban la tardanza en recoger el acuse de recibo, por lo que dicha tardanza no puede ir en beneficio del propio actor, que ni tan siquiera trató de justificar la misma.

Disconforme con ambas resoluciones, se formuló recurso de casación para unificación de doctrina, que ha dado lugar a la [resolución que se analiza](#).

3. Claves de la posición judicial

Tal y como se señalaba en la introducción del presente diálogo, la cuestión dirimida por el TS es si la acción formulada en materia de despido por un trabajador al que le fue notificada la extinción del contrato de trabajo se halla viciada o no de caducidad y cuál sería el *dies a quo* de la acción formulada.

En términos sintéticos, la principal problemática derivaba de la notificación vía burofax remitida al trabajador, ya que se discutía entre las partes si ese plazo debe computarse desde la fecha en que Correos dejó el aviso para su retirada o la fecha de 30 días desde que Correos dejó el aviso, siempre y cuando la recepción se hubiera realizado dentro de dicho plazo.

Así se analiza por la sala la incidencia del [artículo 42 del Reglamento del servicio postal](#) (RD 1829/1999), y, en concreto, su apartado tercero, en el cual se especifica que:

Una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones, durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso tendrá carácter ordinario.

El TS, con una argumentación más que sucinta, considera que la acción no se encuentra caducada, ya que no ha quedado constancia de que el trabajador se haya negado a recibir la carta de despido, ni hubiera realizado maniobras dilatorias o actuado de mala fe, procediendo a recoger la notificación dentro del plazo con el que contaba, al no constar, por otro lado, la fecha en la que el trabajador tuvo conocimiento del aviso de intento de entrega del burofax, desconociéndose si fue en la misma fecha en la que se dejó el aviso o en otra posterior.

Curiosamente, la Sala Cuarta no entra a valorar las razones que avalarían una notificación tardía, teniendo en cuenta el amplio plazo de tiempo transcurrido entre el momento en que se dejó el aviso al trabajador (casi 4 semanas) y el momento en que procedió a recoger la notificación. Es un aspecto ciertamente opaco en el proceso, ya que no obra en el relato fáctico razón aparente que justifique esa dilación, la cual es resuelta con una notable ligereza por el Alto Tribunal.

De hecho, la [sentencia](#) se limita a indicar que, si bien la doctrina de la sala establece que no cabe exigir a la empresa una diligencia más allá de lo razonable para proceder a la notificación por despido, tampoco se advierte que medie actitud impeditiva del trabajador, cambio de domicilio o dejadez en la recepción, por lo que hay que aplicar las reglas propias del medio de notificación elegido, reiterando la aplicabilidad del [artículo 42.3 del Real Decreto 1829/1999](#), considerando, en definitiva, que el plazo fijado en el citado precepto permite dejar en la práctica a la voluntad del destinatario retirar la notificación el primer o el último día de ese plazo.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto

La posición del TS resulta discutible, ya que quiebra lo que ha sido su criterio habitual en la manera que se resume en la obligación de la empresa de realizar una notificación adecuada, clara y concisa, de manera que pueda ser conocido por el trabajador tanto la existencia del despido como el contenido de la propia misiva y los aspectos que justificarían el mismo y la diligencia del trabajador para no impedir u obstaculizar esa posible notificación de forma activa u omisiva.

En este sentido y tradicionalmente, el TS ha venido considerando que el despido constituye un acto recepticio, del cual debe tener conocimiento el trabajador para poder impugnarlo –si a su derecho conviniera– adecuadamente (Sentencia del TS –STS– de 28 de mayo de 1987). Dicha recepción tiene carácter prevalente incluso en relación con la fecha de efectos que constase en la propia carta.

Lo anterior implica –como ya hemos indicado– un conjunto de obligaciones que se sintetizan en los artículos 54 y 55 del ET, que incluyen tanto una descripción adecuada y suficiente de los hechos como su notificación efectiva. La primera obligación es consecuencia lógica del carácter sancionador que implica la misiva de extinción, y, sin que sea pormenorizada, sí debe, al menos, identificar los hechos necesarios para una correcta defensa del trabajador (STS de 28 de abril de 1997, rec. 1076/1996).

Tal concreción es elemento indispensable de la carta de despido, entendida como requisito *ab solemnitate* de la propia misiva, puesto que facilita la defensa del afectado y, a su vez, sienta el objeto del proceso regulado en el artículo 103 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, ya que determina y especifica la decisión empresarial (STS de 18 de mayo de 1990).

Por su parte, la concreta notificación facilita soslayar las posibles vicisitudes derivadas de la relación laboral que implican que, en ocasiones, el trabajador no tenga conocimiento de la extinción del vínculo laboral debido a situaciones tales como IT o vacaciones, evitando ver perjudicado el devengo de plazo necesario para el ejercicio de las acciones judiciales tendentes a su impugnación (Sentencia del TSJ –STSJ– de Galicia de 18 de abril de 2002, rec. 1291/2002).

Esa condición recepticia implica que la notificación exige un mínimo de diligencia por ambas partes: por la parte empresarial, para que la misma pueda ser efectivamente entregada al trabajador, lo que exige que se utilicen las formas inequívocamente idóneas para alcanzar el fin perseguido (STS de 12 de marzo de 1986); por la parte social, puesto que, si a la empresa le consta un domicilio, es obligación del trabajador comunicar los cambios en el mismo convenientemente (STS de 23 de mayo de 1990).

Lo anterior permite concluir que no será imputable a la empresa la falta de notificación de la extinción cuando la carencia no responda a sus propios actos, habiendo puesto todos los medios necesarios para ello (SSTS de 17 de abril de 1985 y 13 de abril de 1987) o si el trabajador cambia de domicilio sin que la empresa tenga constancia de tal hecho (STSJ de Madrid de 10 de enero de 2003, rec. 4833/2002). *A sensu contrario*, puede afirmarse que van en detrimento de la posición empresarial el que no agote los medios necesarios y lógicos para poner a disposición del trabajador la notificación de extinción (STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2008, rec. 2463/2007) o, incluso, si se negare a realizar entrega de la carta cuando el trabajador la requiere expresamente (STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2000, rec. 2787/2000).

Asimismo, el hecho de que medien circunstancias que impidan la correcta notificación, tales como la situación de prisión del trabajador (STS de 12 de marzo de 1985) o que el mismo, voluntariamente, se situase en paradero desconocido con el fin de evitar la comunicación (STS de 20 de febrero de 1991, rec. 1008/1990), no impide entender cumplido debidamente el intento empresarial de notificarle, extremo que alcanza incluso a los casos en que el trabajador designa un mandatario tácito (STSJ del País Vasco de 3 de abril de 1996, rec. 3079/1995) que sirve de interlocutor con la empresa.

Partiendo de tales criterios y a la vista del razonamiento contenido en la [sentencia objeto de análisis](#), podemos afirmar que esta opta por un criterio excesivamente garantista con la posición del actor, ya que aplica –sin proporcionalidad alguna– la literalidad del [artículo 42.3 del Real Decreto 1829/1999](#) en detrimento del [artículo 59.3 del ET](#), subrayando de forma implícita la concurrencia del principio *pro actione* derivado del [artículo 24.2 de la Constitución](#).

Veamos por qué. La dilación en la notificación en el supuesto que nos ocupa no resulta precisamente baladí a los efectos de la presente notificación, tanto que precisamente es el elemento basilar en el que fundamentaron la excepción de caducidad tanto la sentencia de instancia como el TSJ de Madrid (Sentencia de 8 de mayo de 2017, rec. 202/2017), ya que consideraron que la tardanza en accionar llevaba acarreada la caducidad de la acción al haber transcurrido un plazo más que generoso entre el momento en que se dejó el acuse y el postrero momento en que el actor acudió a las oficinas de Correos para ser notificado.

Si nos atenemos a la relación de hechos probados en la instancia y que son reproducidos en sede de suplicación, se advierte que el demandante se encontraba en situación de IT desde hacía varios meses con anterioridad a la fecha del despido, no figurando una razón impeditiva clara o cognitiva que le impidiera hacerse cargo de una notificación o recibir la misma, más allá de una mera alegación no acreditada de que se encontraba en su segunda residencia fuera de su domicilio habitual. Este dato resulta especialmente trascendente, ya que no estamos en el caso de un trabajador que se encontrara con las capacidades disminuidas o con sus facultades impedidas para poder recibir dicha notificación.

Por otro lado, tampoco puede argüirse que las fechas en las que se remitió la notificación –mediados del mes de julio– y el momento en que se recogió –principios de agosto– sirvan de base para argumentar una falta de disponibilidad del actor debido al periodo vacacional, ya que, precisamente por su situación de IT, el mismo –presumiblemente– se habría retrasado de seguirse los criterios dispuestos en el [artículo 38.3 del ET](#).

En consecuencia, el mero hecho de ese retraso desde que el aviso fue dejado por el servicio de Correos y hasta el momento en que se recogió la notificación exigiría una explicación mínimamente fundada de cuál fue el motivo de que no se atendiera la misma hasta que pasaron 4 semanas desde que se hizo el segundo intento y que tales motivos le impidieron hacerse cargo de dicha notificación.

Sin embargo, la sala no requiere esa explicación. Explicación que, por otro lado, debiera haberse atendido, ya que, precisamente, la actitud pasiva o negligente no atendiendo las notificaciones de Correos ha sido tradicionalmente entendida por nuestra doctrina como una causa obstativa a recibir la notificación y, por tanto, merecedora de la aplicación del instituto de la caducidad (en este sentido, SSTSJ de Andalucía/Málaga 1399/1996, de 4 de noviembre; Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 1999, rec. 4564/1997; País Vasco de 18 de febrero de 1997, rec. 3399/1998; Madrid de 16 de marzo de 2001, rec. 655/2001; Galicia de 29 de junio de 2001, rec. 2690/2001; Madrid de 10 de septiembre de 2002, rec. 2200/2002; Murcia de 14 de marzo de 2005, rec. 239/2005).

Esta falta de explicación, cuya exigibilidad en el supuesto de hecho concreto parece más que razonable, plantea serias dudas, puesto que realmente corresponde al actor acreditar mínimamente esa falta de disponibilidad para justificar la tardanza en la recepción de la comunicación.

No parece lógico exigir a la empresa que sea ella la que acredite un extremo de muy complicada obtención y que, en la práctica, exigiría la inversión de la carga de la prueba, requiriendo, además, efectuar una investigación pormenorizada y de complicada ejecución de la intimidad del demandante, siendo por el contrario un medio de prueba razonable que debiera ser opuesto por este, aun de manera indiciaria.

Asimismo, la mera remisión genérica al reglamento postal amplía de manera artificiosa el plazo para accionar por despido, sin que conste ni tan siquiera de forma indiciaria que no ha existido impericia de la parte ([Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2019, de 8 de abril](#)), cuando lo cierto es que, de los hechos declarados probados y habida cuenta del plazo transcurrido, como mínimo puede entenderse que medió una cierta complacencia y albedrío al actuar en relación con el plazo de notificación. Tal extremo hace que se deje a la mera unilateralidad del recurrente decidir cuándo se hace cargo de la notificación, ubicando este tipo de supuestos en una posición procesal privilegiada al otorgarles un plazo adicional del que carecen los trabajadores que han sido notificados personalmente.

En resumen, la sentencia resulta discutible por su razonamiento y, sobre todo, porque genera una situación diferenciada que la norma de ritos laboral no prevé y en la que no se ha exigido mínimamente que el actor demuestre que no incurrió en uno de los supuestos previstos por nuestra jurisprudencia para calificar como extemporánea la acción por despido.

Resulta preocupante comprobar que el criterio seguido parte de una interpretación en exceso literal y poco apegada a un relato fáctico en el que consta un dislate temporal notable –que ya fue objeto de crítica por las instancias inferiores– y que solo competía zanjar al recurrente.

Precisamente la solución alcanzada por la Sala Cuarta sería razonable en el supuesto de que se planteasen mínimas circunstancias impeditivas que hubieran hecho que el

actor no pudiera ser notificado en tiempo o que literalmente hubieran hecho imposible su correcta recepción.

Nada de eso figura en el caso que nos ocupa, en el que el mero transcurso del tiempo –sin mayor precisión– es atendido como extremo suficiente para otorgar un plazo extraordinario por el mero hecho de que se emplee el conducto vía burofax y no la mera entrega en mano.

A mayores, ese criterio genera una notable duda, puesto que además implica un posible coste extraordinario derivado de esa tardía entrega, la cual, al haber sido avalada por el Alto Tribunal, abre una nueva disquisición sobre el devengo adicional de salarios y cotizaciones, y, en menor medida, sobre la cuantía indemnizatoria, ya que, si se estima que el plazo de notificación del despido debe reputarse dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha del aviso sin cortapisa alguna, parece coherente que deban recalcularse tales importes para acomodar la fecha de efectos a la de notificación, evitando posibles disparidades de importancia entre ambas.

En resumen, la Sala Cuarta interpreta muy generosamente el instituto de la caducidad y las exigencias mínimas procesales que incumben a la parte actora en el proceso social.

Cambios legislativos e inercia judicial. Ámbito de la jurisdicción social. Impugnación de actos de las Administraciones públicas en procesos selectivos de personal laboral

Comentario al [Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 3/2020, de 12 de febrero](#)

Ángel Ardura Pérez

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 28 de Madrid

1. Marco normativo

La jurisprudencia o criterios judiciales mantenidos durante largo tiempo de manera reiterada provocan, en ciertos casos, una inercia en las resoluciones judiciales posteriores que continúan aplicando dichos criterios a pesar de que la normativa en la que se fundamentaban esos precedentes esté ya modificada.

Un ejemplo de esa inercia son las resoluciones judiciales sobre el ámbito jurisdiccional del orden social y el cambio normativo introducido en la [Ley 36/2011](#) (LRJS) con la atribución a ese orden jurisdiccional del conocimiento de determinadas impugnaciones de resoluciones administrativas.

Si bien en el [artículo 3.2 de la Ley de procedimiento laboral de 1995](#) ya existía una previsión de atribución de competencia a la jurisdicción social respecto de determinadas impugnaciones de resoluciones administrativas, no fue hasta la [Ley 36/2011](#) cuando, respondiendo a la intención del legislador de unificar en la jurisdicción social todo lo relativo a la materia laboral, además de hacer efectiva esa previsión, se incluyeron otras atribuciones, como es la prevista en la [letra n\) del artículo 2](#), que atribuye al orden jurisdiccional social el conocimiento de:

Cómo citar: Ardura Pérez, Á. (2020). Cambios legislativos e inercia judicial. Ámbito de la jurisdicción social. Impugnación de actos de las Administraciones públicas en procesos selectivos de personal laboral. Comentario al Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 3/2020, de 12 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 223-232.

[...] las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.

Esta atribución, que en el [artículo 3.1 c\) del citado texto de 1995](#) era un supuesto de exclusión, ha pasado a ser un supuesto de atribución expresa de la competencia a la jurisdicción social, con la única excepción de que no exista, en lo que aquí interesa, una atribución expresa de esa materia a la jurisdicción contencioso-administrativa más allá de la genérica establecida en el [artículo 1.1 de la Ley 29/1998](#).

La explicación de este cambio legislativo la encontramos en el preámbulo de la [Ley 36/2011](#), siendo su objetivo dotar de una «mayor nitidez del contorno competencial» a la jurisdicción social, expandiendo su conocimiento a los conflictos y pretensiones que se produzcan en el ámbito laboral, sindical o en el de la Seguridad Social con el fin de evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones».

Por ello, siendo la voluntad legislativa manifestada en el preámbulo de la [Ley 36/2011](#) «la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social», una interpretación razonable del [artículo 2 n\)](#) de esa ley conlleva la atribución al orden jurisdiccional social de la competencia para conocer de las impugnaciones de resoluciones administrativas en materia laboral, dentro de las cuales cabe incluir las dictadas por las Administraciones públicas en procesos selectivos de personal laboral. Este ha sido el caso sobre el que se ha pronunciado el [Auto 3/2020, de 12 de febrero](#), de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (TS).

Con bastante anterioridad al auto de la Sala de Conflictos, algunas resoluciones judiciales habían mantenido ese criterio de atribución de competencia a la jurisdicción social.

Así, la Sentencia de 2 de julio de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 28 de Madrid –proc. abreviado 240/2013–, referida a un proceso extraordinario de consolidación de empleo para acceso a plazas de carácter laboral en el Servicio Madrileño de Salud, o la Sentencia de 8 de enero de 2015 de ese mismo juzgado –proc. abreviado 530/2013–, sobre proceso selectivo para cubrir una plaza de personal laboral en la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta última sentencia fue revocada en apelación por la Sentencia 45/2016, de 29 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entendió que la competencia para conocer de esa impugnación era de la jurisdicción contencioso-administrativa, competencia que también mantuvo el Auto 19/2016, de 20 de octubre, de la Sala de Conflictos del TS, por el que se resolvía un conflicto negativo de competencia planteado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional mediante Auto de 27 de enero de 2016, referido a la impugnación

de la exclusión de un aspirante en un proceso selectivo de plazas de personal laboral en el Banco de España.

El auto de la Sala de Conflictos atribuyó la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa teniendo en cuenta «la consolidada doctrina sobre la cuestión», con cita del criterio fijado por esa sala en su Auto 112/2007, de 30 de noviembre, que tomaba en consideración:

[...] la distinción entre convocatorias por las que se accede al vínculo laboral con la Administración desde el exterior –en cuyo caso, el enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa– y aquellas otras de carácter restringido, a las que solo tienen acceso quienes ya tuviesen un vínculo laboral con la Administración –en cuyo caso la competencia corresponde al orden social–, [añadiendo que] esta doctrina se reitera en fecha más reciente en los AATS, Sala de Conflictos, 11/2011, 12 de abril 2011 (Cc 2/2011), 13/2012, 27 de abril 2012 (Cc 2/2012) y 13/2013, 17 de junio 2013 (Cc 5/2013). Esta última resolución sigue también la doctrina fijada por Sala 4.^a y sistematizada en SSTs, 3.^a, Secc. 7.^a, 31 de octubre de 2000 (casación 3765/1996) y 22 de julio de 2003 (casación 61/2002).

Más recientemente, la citada inercia judicial queda reflejada en el Auto 7/2019, de 20 de febrero, de la Sala de Conflictos motivado igualmente en esa «consolidada doctrina», pero sin advertir que esa doctrina estaba fundada en precedentes judiciales a los que no resultaba de aplicación la [Ley 36/2011](#).

El punto de inflexión de esa inercia judicial parece producirse, a pesar del tiempo ya transcurrido, con la [Sentencia 438/2019, de 11 de junio](#), del Pleno de la Sala de lo Social del TS, precedente del referido [Auto de 12 de febrero de 2020](#) de la Sala de Conflictos.

Esa sentencia realiza una pormenorizada exposición de los diferentes criterios judiciales mantenidos, tanto antes como después de la entrada en vigor de la [Ley 36/2011](#), en relación con la impugnación de resoluciones administrativas referidas a procesos selectivos para acceso a la Administración pública con la condición de personal laboral, concluyendo que la competencia de la jurisdicción social ha de comprender el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales.

Por ello, sostiene que:

Bascula de esta manera el entendimiento mismo de todas las fases de la contratación del personal laboral en favor del orden social, comprendiendo igualmente la preparatoria que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes. Su calificación de materia social resulta innegable, y en consecuencia tiene acceso a la vía jurisdiccional social y a la especial tutela que el legislador le encomienda.

2. Supuesto de hecho

El [Auto de 12 de febrero de 2020](#) de la Sala de Conflictos del TS, teniendo muy presente el criterio de la [Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 11 de junio de 2019](#), confirma el mismo modificando el que hasta ese momento había mantenido la propia Sala de Conflictos.

Se resolvía en el citado auto un recurso por defecto de jurisdicción del [artículo 50.1 de la Ley orgánica del poder judicial](#), interpuesto ante el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Social número 2 de Móstoles y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 28 de Madrid.

Era objeto de impugnación en el proceso judicial inicial la resolución del presidente de un tribunal de selección de personal nombrado por el Consejo de Administración de la Empresa de Servicios Municipales de Alcorcón, SAU. Dicha resolución desestimaba las alegaciones presentadas para la revisión del examen realizado en las pruebas selectivas para la cobertura, conforme a la legislación laboral vigente, de dos plazas vacantes de peón mediante un contrato de relevo del [artículo 166.2 de la Ley general de la Seguridad Social de 1994](#) (LGSS/1994) y del [artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET).

El Juzgado de lo Social mantenía, en resumen, que al tratarse de la impugnación de un acto de:

[...] una empresa pública municipal adoptado en el ejercicio de las funciones públicas que le son propias, puesto que ha llevado a cabo un proceso selectivo de personal laboral fijo, acto administrativo sujeto al derecho administrativo cuyo conocimiento está atribuido al orden contencioso-administrativo en virtud del art. 2 c) LJCA.

Por el contrario, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 28 de Madrid sostenía que, al tratarse de un proceso selectivo para la cobertura de dos plazas de personal laboral de peón, mediante un contrato de relevo del [artículo 166.2 de la LGSS/1994](#), de 20 de junio, y del [artículo 12 del ET](#):

[...] en virtud de lo dispuesto en el art. 2 n) LRJS, su conocimiento corresponde a los órganos del orden social, ya que se está ante la impugnación de un acto de la Administración pública sujeto al derecho administrativo dictado en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la actuación impugnada procedía de una sociedad municipal de capital público, el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se fundaba en el criterio judicial reiterado que mantenía la atribución de estas impugnaciones a la jurisdicción social cuando el proceso selectivo de personal laboral estaba convocado por empresas públicas.

3. Doctrina judicial

El hecho de que el citado [Auto de 12 de febrero de 2020](#) de la Sala de Conflictos haya atribuido la competencia para el enjuiciamiento de la mencionada impugnación a la jurisdicción social no supone ninguna novedad al ser ese el criterio que se venía manteniendo cuando la actuación procedía de una empresa pública. La novedad está en terminar con el tradicional criterio de atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo de las impugnaciones de resoluciones dictadas por todas las Administraciones públicas en procesos selectivos de personal laboral.

En el auto se cita de manera expresa la [Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de 11 de junio de 2019](#) y los problemas surgidos con los efectos de la reordenación competencial establecida en la [Ley 36/2011](#), afirmando que:

Al amparo de la normativa anterior a la LRJS podía pensarse en cierta discordancia doctrinal entre la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (aceptando la competencia del orden social para las discusiones sobre procedimientos de selección de personal en empresas del sector público) y esta Sala o la Tercera (considerando que todo debate sobre acceso al empleo laboral en el sector público corresponde a lo contencioso). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LRJS debiera desaparecer cualquier discordancia porque sus claros mandatos, en concordancia con los de la LRJCA, abocan a que los litigios como el presente deban ventilarse ante los juzgados y tribunales del orden social.

No obstante, cabe apreciar el diferente criterio de atribución entre el Pleno de la Sala de lo Social y la de Conflictos, pues la sentencia del Pleno ampara su decisión en el [artículo 2 n\) de la Ley 36/2011](#), mientras que la Sala de Conflictos, aun cuando reconoce que el título de atribución del [artículo 2 n\) de la Ley 36/2011](#) pudiera ser válido para determinar la competencia de la jurisdicción social, considera que la materia de la impugnación –referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal– encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo ([art. 2 a\) LRJS](#)), criterio de atribución que, en mi opinión, resulta cuestionable.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el cambio normativo de la [Ley 36/2011](#) respecto a la cuestión tratada está en su [artículo 2 n\)](#), criterio de atribución que, como ya se ha dicho, en la legislación anterior era un criterio de exclusión.

En segundo lugar, el criterio de atribución recogido en el [artículo 2 a\) de la Ley 36/2011](#) (cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo) ya era un criterio de atribución que existía en el [artículo 2 a\) de la Ley de procedimiento laboral de 1995](#), por lo que ninguna novedad en este aspecto ha introducido la [Ley 36/2011](#), sin que con anterioridad a su entrada en vigor se hubiera

acudido a ese precepto de la Ley de procedimiento laboral para atribuir la competencia de estas impugnaciones a la jurisdicción social.

En tercer lugar, la atribución al orden jurisdiccional social de tales impugnaciones no altera la naturaleza de la actuación recurrida, que es una actuación administrativa de una Administración pública sujeta a derecho administrativo en ejercicio de sus competencias en materia laboral, sin que pueda considerarse que los actos dictados en un proceso selectivo de personal laboral por una Administración pública sean «como consecuencia del contrato de trabajo».

Por ello, parece más acertado el criterio de atribución del Pleno de la Sala de lo Social del TS al amparo del [artículo 2 n](#)), criterio que la Sala Cuarta reitera en la [Sentencia de 10 de diciembre de 2019 \(rec. 3006/2017\)](#).

4. Trascendencia judicial más allá del caso: competencia sobre la impugnación de otras actuaciones administrativas

Lo expuesto pone de manifiesto un cambio de rumbo en la jurisprudencia que detiene la inercia judicial fundada en criterios de atribución anteriores a la entrada en vigor de la [Ley 36/2011](#).

Ejemplo de este cambio de rumbo es el criterio de atribución de competencia para conocer de las impugnaciones de las sanciones impuestas por las delegaciones del Gobierno al amparo del [artículo 54.1 d\) de la Ley orgánica de extranjería](#) (LO 4/2000, de 11 de enero).

Algunos órganos judiciales ya se habían pronunciado en el sentido de atribuir la competencia para el conocimiento de estas impugnaciones a la jurisdicción social. Así, la Sentencia de 22 de abril de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 28 –proc. abreviado 185/2014–, al entender que se trataba del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en una materia que cabía calificar de laboral, con independencia de que la infracción estuviera en la Ley de extranjería y de que se hubiese impuesto por la delegación del Gobierno.

Tal criterio respondía a las siguientes razones. Primera, la actuación administrativa tiene su origen en un acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; segunda, la calificación de la cuestión como materia laboral puede deducirse de la regulación que, de esta misma infracción, se hace en el [artículo 37.1 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS); y, tercera, cuando la citada infracción es considerada delito, el [Código Penal](#) la tipifica dentro de los denominados «[delitos contra los derechos de los trabajadores](#)».

La cuestión parece haber quedado resuelta mediante el [Auto 13/2019, de 8 de julio](#), de la Sala de Conflictos de Competencia del TS. La sala considera que estamos en realidad ante

una cuestión claramente laboral que se enmarca dentro de las competencias atribuidas en esta materia a la delegación del Gobierno, y de ahí que el legislador haya previsto la intervención del organismo especializado y la activación del procedimiento de las infracciones sociales, afirmando que el hecho de que el [artículo 37.1 de la LISOS](#), bajo el título «Infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros», tipifique como conducta constitutiva de infracción muy grave la misma conducta que el [artículo 54.1 d\) de la Ley de extranjería](#):

[...] resulta definitiva para solventar la cuestión, en cuanto evidencia que la actuación empresarial objeto de sanción trasciende el ámbito estricto del derecho de extranjería y se extiende a lo que es propio de la materia laboral, entrando de lleno en el territorio competencial del orden social definido en el art. 2, letra n), LRJS.

Por ello, la sala concluye que «estamos ante una cuestión en la que debe prevalecer su aspecto laboral que la hace más propia del orden social, ante el que ya hemos dicho que el legislador ha querido concentrar el conocimiento de todo este tipo de materias», sin que tal criterio pueda verse afectado por la excepción contenida en el propio [artículo 2 n\)](#) de estar atribuido su conocimiento a otro orden jurisdiccional.

Al anterior razonamiento podría añadirse un motivo de orden público procesal, pues si se mantuviera la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los recursos contra las resoluciones por las infracciones del [artículo 54.1 d\) de la Ley orgánica 4/2000](#) y de la jurisdicción social para conocer de las impugnaciones de las resoluciones por las infracciones del [artículo 37.1 de la LISOS](#), se estaría permitiendo a la Administración la elección del orden jurisdiccional, pues es suya la elección de sancionar al amparo de una u otra normativa.

Para finalizar este comentario, además de estos pronunciamientos judiciales relativos a la interpretación del [artículo 2 n\) de la Ley 36/2011](#), sería preciso aludir a otras resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre la competencia jurisdiccional para conocer de impugnaciones de otras actuaciones administrativas no comprendidas en ese precepto.

Así, sobre el [artículo 2 f\) de la Ley 36/2011](#), se ha pronunciado la [Sentencia del TS, Sala Cuarta, de 17 de mayo de 2018 \(rec. 3598/2016\)](#), manteniendo que la competencia de la jurisdicción social para conocer sobre tutela de derechos fundamentales del [artículo 2 f\) de la LRJS](#) se circunscribe a la relación laboral, sin incluir a los empleados públicos que no tengan la condición de laborales.

Según la Sala Cuarta:

[...] del propio art. 2 f) LRJS –que limita la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga al personal laboral de la Administración– y del art. 3 c) LRJS –que excluye expresamente la de esos derechos de funcionarios públicos y personal

estatutario de los servicios de salud–, refuerzan la idea de que, excluidos esos derechos fundamentales íntima e históricamente ligados al catálogo de derechos de los trabajadores, con mayor motivo debe entender desvinculada de la competencia de los órganos de lo social cualquier pretensión de tutela de otros derechos fundamentales que, pese a tener ese componente tan directo, puedan verse puestos en peligro en el desarrollo de la prestación de servicios.

Mayores problemas plantea la interpretación del criterio previsto en el [artículo 2 e\) de la Ley 36/2011](#).

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala de Conflictos de Competencia del TS en el [Auto 12/2019, de 6 de mayo](#), relativo a la impugnación de una resolución dictada por el delegado del Gobierno referida a la solicitud de una funcionaria de carrera que pedía el reconocimiento como profesional de la enfermedad que causó su baja laboral y posterior licencia, alegando que esa enfermedad profesional o accidente de trabajo tuvo su origen en el acoso laboral y hostigamiento sufrido por parte del director del área funcional a la que estaba adscrita.

La Sala de Conflictos considera que:

[...] a los solos efectos de determinar la competencia, dicha invocación de la normativa de prevención de riesgos laborales –reforzada por la circunstancia de que, según relata la actora, determinó una intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito sectorial que describe– justifica en este caso, por aplicación del art. 2 e) LRJS, considerar competente al orden social, sin que, a la vista de las circunstancias concurrentes, sea posible excluir su competencia con base en el art. 3 f) LRJS.

Sin embargo, en mi opinión, la atribución de la jurisdicción atendiendo a los motivos de impugnación o a la normativa alegada por la parte demandante resulta cuestionable.

Primero, la determinación de la jurisdicción debe realizarse, en lo que a la impugnación de resoluciones administrativas se trata, atendiendo a la materia del acto, que es lo que define el objeto del recurso.

Segundo, con el criterio de la Sala de Conflictos se deja a las partes la elección de la jurisdicción, pues bastará con alegar vulneración de tal normativa, aun cuando no fuera aplicable, para conseguir que la impugnación sea atribuida a la jurisdicción social, manteniéndose de ese modo la dualidad de jurisdicciones que se trata de evitar con la [Ley 36/2011](#), toda vez que, en el caso analizado por la Sala de Conflictos –declaración de incapacidad profesional de un funcionario público–, la impugnación de dicha actuación, con carácter general, sería competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tercero, la atribución de competencia a la jurisdicción social que establece el [artículo 2 e\)](#) no es de todas las impugnaciones en las que se alegue vulneración en materia de prevención de riesgos, sino solo de las impugnaciones de «las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia», por lo que la impugnación debe tener como objeto y estar dirigida a «garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales», en el sentido exigido por el [artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#). Este es el caso de las impugnaciones planteadas por distintos colectivos de funcionarios públicos ante la jurisdicción social en relación con la falta de protección y consiguiente infracción de la normativa de prevención de riesgos con motivo de la pandemia del coronavirus.

Por último, relacionado con las posibles reclamaciones derivadas de la COVID-19, al establecer el [artículo 2 e\) de la Ley 36/2011](#) que también será competente la jurisdicción social para la «reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral», resulta interesante lo sostenido por la Sala de Conflictos en el mencionado [Auto 12/2019, de 6 de mayo](#), cuando afirma que, en el caso de que se reclamen daños y perjuicios causados por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, la reclamación basada en tal infracción sería competencia del orden jurisdiccional social. Dice el auto que:

[...] podría resultar incluso admisible el conocimiento por los órganos del orden social de las demandas de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional sufridos por un funcionario de carrera cuando su fundamento sea la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Según la Sala de Conflictos:

[...] si ahora se decidiera que el conocimiento de la primera demanda –la que tiene por único objeto la declaración de que la incapacidad sufrida tuvo un origen profesional– corresponde al orden contencioso-administrativo, en caso de que resultara estimada y la actora pretendiera luego reclamar los perjuicios sufridos ante el orden social, se la estaría abocando al «peregrinaje de jurisdicciones» que la exposición de motivos de la LRJS quiere evitar.

Ahora bien, entiendo que la reclamación de esos daños y perjuicios debería conllevar, primeramente, con carácter general, la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial ante la Administración, por lo que el criterio de la Sala de Conflictos entraría en contradicción, de un lado, con la voluntad legislativa expresada en la exposición de motivos de la [Ley 29/1998](#) de unificar la competencia para conocer de ese tipo de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones y garantizando la uniformidad jurisprudencial, y, de otro, con el [artículo 2 e\) de la Ley 29/1998](#) que atribuye al

orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Para concluir, no querría terminar este comentario sin realizar unas reflexiones finales.

La primera, relativa al diferente tratamiento procesal que estas impugnaciones de actuaciones administrativas van a tener en el orden social, que será diferente del que tenían en el orden contencioso-administrativo. Así, por ejemplo, diferente nivel orgánico en la atribución de la competencia objetiva o distinto régimen de recursos contra las resoluciones judiciales que se pronuncien sobre estas impugnaciones.

La segunda, si al amparo del [artículo 151 de la Ley 36/2011](#), que permite la aplicación supletoria de la [Ley 29/1998](#), sería posible la impugnación indirecta de una disposición de carácter general ante orden jurisdiccional social con ocasión de la impugnación de una actuación administrativa cuyo conocimiento se atribuye a esa jurisdicción, toda vez que el [artículo 3 a\) de dicha Ley 36/2011](#) solo excluye del orden social las impugnaciones directas.

Y, por último, si a día de hoy, vistas las materias sobre las que versan las impugnaciones cuyo conocimiento se viene atribuyendo al orden jurisdiccional social, tiene algún sentido que se siga manteniendo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las impugnaciones de actuaciones administrativas más directamente relacionadas con la materia laboral como son las recogidas en el [artículo 3 f\) de la Ley 36/2011](#), tales como inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores o incluso las relativas a liquidaciones de cuotas o de gestión recaudatoria, sobre todo cuando esa gestión recaudatoria deriva de la ejecución de actuaciones administrativas cuya impugnación, ahora, ha de hacerse ante la jurisdicción social.

Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Julia Espinosa Blanco

Isabel Muñoz García

Funcionarias del Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado del supuesto que se planteó como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social, efectuada por la Resolución de la Subsecretaría del entonces Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de 21 de febrero de 2019 (BOE de 1 de marzo). En el mismo se lleva a cabo un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de las respuestas a tales cuestiones.

Palabras clave: técnicos de la Administración de la Seguridad Social; caso práctico.

Fecha de entrada: 07-04-2020 / Fecha de aceptación: 07-05-2020

Cómo citar: Espinosa Blanco, J. y Muñoz García, I. (2020). Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 233-262.

Technicians of the Social Security Administration

Julia Espinosa Blanco

Isabel Muñoz García

Abstract

In this practical case is reproduced the statement of assumption referred to the activity of the technicians of the Social Security Administration that was proposed as the third exercise in the competition for admission to the Higher Body of Technicians of Social Security Administration, made by Resolution of February 21, 2019 of the Undersecretariat (BOE of March 1, 2019). It is an analysis of the questions arising from the proposed case in made jointly with a law-based solution.

Keywords: technicians of the Social Security Administration; case study.

Citation: Espinosa Blanco, J. y Muñoz García, I. (2020). Technicians of the Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 233-262.

Enunciado

Don Antonio Quintanilla, quien en la actualidad tiene 54 años, constituyó en marzo de 2000 La Artesana, una sociedad mercantil capitalista para la fabricación de muebles de madera artesanales, de la que es único socio y administrador. Casado con doña Paula García, de 52 años, que trabaja a tiempo parcial en una empresa de la competencia; con un hijo, don Samuel, nacido en 1985; y, tras unos años de ejercicio de la actividad en solitario, decide incorporar a aquellos a la actividad de la empresa con fecha 1 de enero de 2018. No obstante, doña Paula continúa trabajando a tiempo parcial. Respecto de don Samuel, se da la circunstancia de que se trata de su primera actividad laboral y de que está afectado por una discapacidad física del 33 %. Por otro lado, toda la familia está empadronada en un municipio de 780 habitantes, que es donde se ejerce la actividad.

Además, con fecha 1 de febrero de 2019, procede a contratar a don Emilio Sanmartín, de 67 años, que había causado con anterioridad pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) con la edad ordinaria y el 100 % de la base reguladora, realizando a tal efecto un contrato de obra y servicios determinados por 1 año. Finalmente, acuerda con doña Carmen Fernández, amiga de la familia, que también a partir de esa fecha esta apoye puntualmente la producción a cambio de una pequeña compensación, pero considerando que se trata de un trabajo de buena voluntad no le hace contrato por escrito ni tramita su alta ante la Seguridad Social.

Don Emilio Sanmartín percibe como contraprestación a su trabajo una retribución mensual consistente en un salario base, plus de transporte urbano, plus de distancia, gastos de manutención y gastos de locomoción. Asimismo, empresario y trabajador deciden de común acuerdo que las vacaciones a que este tiene derecho sean abonadas y no disfrutadas, y dejar fuera de la cotización el plus de distancia, los gastos de manutención y gastos de locomoción.

Pronto la empresa comienza a tener problemas y aunque sigue solicitando de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) la liquidación de cuotas correspondientes por los trabajadores incluidos en el RGSS, a partir de abril de 2019 inclusive deja de ingresarlas.

El 1 de julio de 2019, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) realiza una visita a la empresa en la que, por una parte, encuentra trabajando a doña Carmen y, por otra, al revisar la documentación de la empresa, detecta irregularidades en las cotizaciones referentes a don Emilio por la aplicación de bonificaciones por formación continua, al no

justificar la empresa la realización de tales cursos, y la ausencia de justificación de los gastos de locomoción. Por otro lado, el inspector comprueba que no hay razones por las que don Emilio tenga que desplazarse por razones de trabajo a municipios distintos al de la empresa.

Por esa fecha, en concreto, el 6 de julio de 2019, don Antonio cae enfermo como consecuencia de su trabajo en la fabricación de muebles, pasando a percibir la prestación de incapacidad temporal (IT) a partir del 10 de julio.

Estando en situación de IT, debe proceder al cierre del negocio, en noviembre de 2019, alegando pérdidas durante dos ejercicios seguidos. Durante este tiempo ha seguido abonando sus cuotas de autónomos. Debido a que su estado de salud cada vez es más precario, solicita una pensión de incapacidad permanente (IP), que le es reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en abril de 2020, concediéndole una IP total con unos mínimos por cónyuge a cargo.

Por otro lado, don Samuel es padre el 7 de octubre de 2019.

En otro orden de cosas, don Emilio estaba casado con doña Eulalia Malavides, que prestaba servicios en el almacén de la empresa Cuádrigas Almacenaje como operaria de limpieza y mantenimiento. Realizando sus tareas sin observar con diligencia todas las medidas de seguridad de la empresa, doña Eulalia sufrió el 5 de julio de 2018 un accidente mortal cuando se encontraba en el almacén de la empresa, falleciendo al instante. Examinadas por la ITSS las circunstancias del accidente, se comprueba cierta imprudencia por parte de la trabajadora y, además, se constata el incumplimiento en la maquinaria por parte de la empresa de las disposiciones establecidas en el Real Decreto 1215/1997, levantando acta de infracción el 9 de noviembre de 2018 por falta calificada como grave en su grado medio. Dicha acta, con propuesta para que se imponga de oficio un recargo sobre las prestaciones del 50 %, es remitida a la Dirección Provincial del INSS. En tal sentido, el 12 de noviembre de 2018 se acuerda por el INSS iniciar el procedimiento de oficio para la imposición del recargo correspondiente.

Con fecha 15 de enero de 2019, por la Consejería de Trabajo de la comunidad autónoma, se acuerda confirmar el acta e imponer la consecuente sanción por incumplimiento de medidas de seguridad. La resolución que impuso la sanción fue recurrida en recurso de alzada, resolviéndose en sentido desestimatorio el recurso administrativo el 20 de abril de 2019. Recibida la sanción por el INSS el día 30 de marzo de 2019, el expediente del procedimiento para imponer el recargo pasa por sesión del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) el 16 de mayo de 2019. El órgano colegiado propuso la imposición de un recargo del 50 % en la pensión de viudedad solicitada por don Emilio el día siguiente al fallecimiento de su esposa, así como sobre todas las prestaciones que se pudieran derivar del citado accidente.

La empresa presenta reclamación previa entendiendo que el fallecimiento se produjo por la imprudencia de la propia trabajadora fallecida y que el EVI ha emitido un dictamen nulo, pues no es competente para emitir dictamen en los recargos sobre prestaciones de muerte y supervivencia.

Preguntas

- 1.^a Señale el régimen de la Seguridad Social aplicable a don Antonio, doña Paula, don Samuel y don Emilio.
- 2.^a Determine las peculiaridades en la cotización de los trabajadores mencionados en el punto anterior.
- 3.^a Analice las consecuencias de la visita de la ITSS y la posible actuación de la TGSS en relación con las cuotas.
- 4.^a Valore las actuaciones en relación con la IT de don Antonio y su cobertura.
- 5.^a Exponga las acciones que podría emprender don Antonio en caso de discrepancia con el reconocimiento de la prestación de IT.
- 6.^a Determine si don Antonio tendría derecho a alguna prestación por el cierre del negocio y si sería correcto el abono de las cuotas de autónomos.
- 7.^a Analice si es correcta la actuación del INSS en el reconocimiento de la IP y señale qué procedimiento podría iniciar.
- 8.^a Indique a qué prestación tendría derecho don Samuel y su evolución en relación con la empresa.
- 9.^a Indique qué consecuencias tiene a efectos de la determinación de un recargo de prestaciones la concurrencia de la imprudencia del trabajador fallecido y la existencia de un eventual incumplimiento de medidas de seguridad, y la fecha de efectos del recargo, si fuera procedente.
- 10.^a Analice si es correcta la competencia del EVI para emitir el dictamen-propuesta y cuáles serían las consecuencias de la emisión en el ámbito competencia del director provincial.

Solución

1.^a Señale el régimen de la Seguridad Social aplicable a don Antonio, doña Paula, don Samuel y don Emilio.

A) Respecto a don Antonio

Con base en los datos facilitados en el presente caso práctico, nos encontramos ante un trabajador que debe quedar encuadrado en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), concretamente bajo la figura de autónomo societario, de acuerdo con las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, de acuerdo con los artículos 7.1 b), 10.2 a) y 305.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015 (LGSS), y el artículo 2 del Real Decreto 2530/1970, en principio don Antonio debe quedar incluido en el RETA al tratarse de una persona física mayor de 18 años 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, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

En segundo lugar, en el texto propuesto, se detalla que don Antonio es único socio y administrador de la sociedad mercantil capitalista, es por ello que, con base en los artículos 305.2 b) y 306.2 de la LGSS, dicha condición es determinante para que quede expresamente comprendido en el régimen mencionado, al poseer no solo las funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de consejero o administrador en este caso, sino, además, el control efectivo de la sociedad. Dicho control se presume *iuris et de iure* al ser el único socio, tal y como se detalla en el texto, y, por lo tanto, poseyendo el 100 % del capital social.

B) Respecto a doña Paula

De acuerdo con el caso propuesto, doña Paula se encuentra trabajando como trabajadora por cuenta ajena en una empresa a tiempo parcial, y, por lo tanto, incluida en el RGSS (con fundamento en el art. 136 LGSS).

Sin perjuicio de lo anterior, dado que don Antonio decide incorporar a la misma a la actividad de la empresa, y siendo la trabajadora cónyuge del mismo, con base en los artículos 12.1 y 305.2 k) de la LGSS y la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, doña Paula, por la actividad realizada en La Artesana, ha de quedar encuadrada en el RETA, siempre que no tenga la consideración de trabajadora por cuenta ajena en esta última actividad, realizando el trabajo de forma habitual, en situación de convivencia en el hogar y encontrándose a cargo (se ha de destacar que existe una presunción legal de convivencia

conyugal, de acuerdo con el art. 69 Código Civil, que habrá de ser destruida por la parte que se oponga a ella, de acuerdo, entre otras, con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 147/2016, de 8 de julio).

La inclusión de doña Paula en el RETA origina que se encuentra en situación de pluriactividad, al estar encuadrada también en el RGSS, en razón de su trabajo a tiempo parcial en otra empresa, debiendo así solicitar el alta en el RETA de acuerdo con los artículos 307 y 319 de la LGSS y 40, 41 y 46 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996. No obstante, se ha de tener en cuenta, dado lo comentado anteriormente, que, si se probare la relación laboral de ajenidad con don Antonio por esta última actividad descrita, se encontraría en una situación de pluriempleo, y don Antonio debería solicitar el alta de doña Paula en el RGSS.

C) Respecto a don Samuel

En este caso, se trata de un trabajador, pariente del trabajador por cuenta propia, al ser hijo del mismo, y que, por lo tanto, queda incluido dentro del primer grado de consanguinidad a que se refiere el artículo 305.2 k) de la LGSS. Al realizar el trabajo de manera habitual, con base en los datos aportados, en situación de convivencia en el hogar familiar y encontrándose a cargo, se presume que se trata de un trabajador por cuenta propia, salvo que se demuestre su condición de asalariado.

Es por ello que, en este caso en particular, podría quedar incluido dentro del RETA, como familiar colaborador por cuenta propia.

D) Respecto a don Emilio

El trabajador, de acuerdo con los datos aportados, se encuentra como beneficiario de la jubilación, causada a edad ordinaria y con el 100 % de la base reguladora. La contratación del mismo por parte de don Antonio supone el inicio de una actividad por cuenta ajena (que podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial), y, por lo tanto, pasaría a formar parte de la modalidad de jubilación activa en el RGSS a la que nos vamos a referir a continuación.

A través de esta modalidad de jubilación, se permite compatibilizar la percepción del 50 % de la pensión de jubilación contributiva (es decir, la reconocida en ese momento para este trabajador) con el trabajo por cuenta ajena objeto de la contratación.

Se cumplen de esta manera todos los requisitos que ha de reunir el trabajador para que pueda acceder a esta modalidad de jubilación, según el artículo 214 de la LGSS. Entre ellos, destacamos: haber cumplido la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205 de la LGSS, en relación con la disposición transitoria séptima de la LGSS, y tener derecho a una pensión completa, es decir, el 100 % aplicable a la base

reguladora, de acuerdo con el artículo 210 de dicha ley. Además, el desarrollo de la actividad debe llevarse a cabo dentro del sector privado, como ocurre en este caso. Sin embargo, es importante destacar que la empresa en la que ha sido contratado deberá cumplir con los requisitos que el mismo artículo impone: en primer lugar, con carácter previo, es decir, en los 6 meses anteriores, no pueden haberse adoptado decisiones extintivas imprevistas en el mismo grupo profesional; y, en segundo lugar, una vez contratado el trabajador, la empresa deberá mantener el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio, tomando como referencia el promedio diario de trabajadores en alta en el periodo de los 90 días anteriores a la compatibilidad.

Por otro lado, es importante mencionar que, si en el caso en que los datos aportados indicaran que el trabajo por cuenta ajena es ejercido a tiempo parcial, esa situación no modificaría la consideración como jubilación activa, ya que, conforme al artículo 214.1 c) de la LGSS, el trabajo que puede ser realizado por el jubilado en la modalidad de jubilación activa puede llevarse a cabo a tiempo completo o a tiempo parcial.

2.^a Determine las peculiaridades en la cotización de los trabajadores mencionados en el punto anterior.

A) Respecto a don Antonio

En primer lugar, se hará una referencia a la base de cotización aplicable para el año 2019 y, posteriormente, se expondrán los tipos de cotización aplicables a dicha base.

De acuerdo con el artículo 312.2 de la LGSS, dado que nos encontramos ante la figura de un autónomo societario de la sociedad de capital La Artesana, incluido en el RETA, le es de aplicación la base mínima de cotización fijada cada año por la Ley de presupuestos generales del Estado (LPGE) (para el año 2019, dicha base tiene una cuantía fijada en 1.214 €/mes, de acuerdo con los arts. 6.8 RDL 28/2018 y 15.12 OM 83/2019).

En referencia a los tipos de cotización, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 28/2018, se aplica para las contingencias comunes el 28,3 %, a efectos de contingencias profesionales se aplicará el 0,9 %, por cese de actividad se aplica un 0,7 % y por formación profesional se aplica un 0,1 %¹.

¹ Si bien, a efectos informativos, se ha de mencionar que los tipos de cotización por contingencias profesionales y por cese de actividad deben ajustarse en los próximos años a la escala siguiente:

Para la cotización por contingencias profesionales: año 2020, el 1,1 %, y año 2021, el 1,3 %; para cese de actividad: año 2020, el 0,8 %, y año 2021, el 0,9 %. A partir del año 2022, en ambos casos, el tipo de cotización será el que se establezca con carácter definitivo en la respectiva LPGE (disp. trans. segunda RDL 28/2018).

Dentro del marco de beneficios a la cotización, para el año 2019, no sería aplicable ningún beneficio a la cotización para este trabajador autónomo societario².

Además, no sin menos importancia, se ha de mencionar la obligación de proceder a la cobertura de la prestación de IT derivada de contingencias comunes, contingencias profesionales y cese de actividad con la misma mutua colaboradora con la Seguridad Social para las tres contingencias mencionadas, de acuerdo con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 28/2018 en los artículos 315 y 317 de la LGSS y en la Ley 20/2007.

B) Respecto a doña Paula

La trabajadora, de acuerdo con lo analizado en el anterior apartado, se encuentra en régimen de pluriactividad. Por ello, dentro del marco de la cotización, se destacan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, con respecto a la base de cotización, de acuerdo con el artículo 15.2, 3 y 4 de la Orden ministerial 83/2019, al tener más de 48 años (el caso práctico propuesto indica que tiene 52 años), la base de cotización con carácter general deberá estar comprendida entre las cuantías de 1.018,5 euros y 2.077,8 euros. No obstante, de acuerdo con los artículos 313.2 de la LGSS y 15.13 de la Orden ministerial 83/2019, dado que la trabajadora, de acuerdo con los datos aportados, causa alta por primera vez en el RETA y, con motivo de la misma, inicia una situación de pluriactividad, siendo su actividad por cuenta ajena a tiempo parcial (con una jornada superior al 50 % de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo), podrá elegir en el momento del alta: durante los primeros 18 meses, la comprendida entre el 75 % de la base mínima de cotización vigente y la base máxima (en 2019: entre 708,3 € y 4.070,1 €) y, durante los siguientes 18 meses, la comprendida entre el 85 % y la base máxima (en 2019: entre 802,8 € y 4.070,1 €).

Se ha de tener en cuenta que la aplicación de estas medidas es incompatible con cualquier otra bonificación o reducción establecida como medida de fomento del empleo autónomo, así como con la devolución prevista en caso de pluriactividad, que se desarrollan a continuación como beneficios en la cotización.

En segundo lugar, con respecto a los tipos de cotización, se aplica lo mencionado en el apartado anterior para don Antonio.

² Se ha producido en el año 2020 una modificación importante que se ha de señalar en este aspecto, ya que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1669/2019, de 3 de diciembre, a partir del mencionado año, es aplicable la tarifa plana para autónomos societarios que causen alta en dicho periodo, hecho que indudablemente no sería aplicable en este caso, pero que, dada su importancia, se remarca en este ejercicio a efectos docentes.

En tercer lugar, respecto a la cobertura, se aplica la obligatoriedad modificada por el Real Decreto-Ley 28/2018, explicada anteriormente a efectos de IT derivada de contingencias comunes, contingencias profesionales y cese de actividad. No obstante, dado que la trabajadora se encuentra en una situación de pluriactividad, en caso de que por su trabajo por cuenta ajena tuviere cubierta la prestación de IT en el RGSS, en el que también se encuentra en alta, en tanto se mantenga dicha pluriactividad, podrá acogerse voluntariamente a la cobertura de esta prestación mencionada en el RETA o renunciar a ella (la opción por la cobertura puede realizarse en el momento de alta en el RETA).

Dentro de este marco de cobertura, se ha de detallar la figura del reintegro de cotizaciones por razón de pluriactividad, de acuerdo con el artículo 313.1 de la LGSS, en redacción dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, y el artículo 15.9 de la Orden ministerial 83/2019, dado que, tal y como se ha expuesto, la trabajadora dada de alta en el RETA se encuentra en situación de pluriactividad, en razón de su trabajo por cuenta ajena. Por lo tanto, teniendo en cuenta las cotizaciones, por contingencias comunes, efectuadas en el régimen especial, como las aportaciones empresariales y las correspondientes al trabajador, también unas y otras por contingencias comunes, en el régimen de la Seguridad Social, tendrá derecho al reintegro del 50 % del exceso en que sus cotizaciones por contingencias comunes superen la cuantía que se establezca a tal efecto por la LPGE para cada ejercicio (para 2019, 13.822,06 €, conforme al art. 6.5 RDL 28/2018), con el tope del 50 % de las cuotas ingresadas en este régimen especial en razón de su cotización por contingencias comunes. La devolución se efectuará de oficio por la TGSS, antes del 1 de mayo del ejercicio siguiente, no siendo preciso que el interesado efectúe la solicitud. Se destaca que este beneficio se aplicaría automáticamente en caso de que optare por cotizar por la prestación de IT en el RETA.

En cuarto lugar, dentro del marco de aplicación de beneficios a la cotización, se ha de introducir lo siguiente: únicamente serán de aplicación en el caso de que no se hubiera optado por la elección de la base de cotización determinada por pluriactividad expuesto con anterioridad de acuerdo con el artículo 313.2 de la LGSS.

De esta forma, se podría aplicar el siguiente beneficio en la cotización:

Nuevas altas de familiares colaboradores (aplicable en su condición de familiar colaborador en el RETA) de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 20/2007. Al ser cónyuge de don Antonio, la trabajadora tiene derecho, al haber sido incorporada en el RETA, a una bonificación que se extiende durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos de alta. Siendo su cuantía equivalente al porcentaje de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo de cotización vigente en cada momento:

- 50 % durante los primeros 18 meses.
- 25 % durante los 6 meses siguientes.

Se ha de destacar dentro de este marco que el beneficio de tarifa plana sería únicamente aplicable en el supuesto en el que se hubiera reconocido a doña Paula en el RETA como autónoma societaria (de difícil aplicación en el caso propuesto, ya que no hay indicación alguna respecto de su participación en el capital social) y no como familiar colaborador como se reconoce en este caso (beneficio reconocido a los autónomos societarios por la STS 1669/2020, de 3 de diciembre). Asimismo, misma circunstancia ocurre respecto al beneficio correspondiente a la incentivación del empleo autónomo en municipios con menos de 5.000 habitantes, únicamente aplicable si a la trabajadora se le hubiera reconocido en el RETA con la condición de autónoma societaria de acuerdo con lo comentado anteriormente.

C) Respecto a don Samuel

En primer lugar, con independencia de su edad, y al ser dado de alta como trabajador autónomo según lo expuesto anteriormente (siendo así considerado para el presente supuesto práctico), podrá elegir la base por la que cotiza, que podrá alcanzar hasta el 220 % de la base mínima de cotización que cada año se establezca para el RETA. De acuerdo con el Real Decreto-Ley 28/2018 en los artículos 2, 3 y 6, las bases mínima y máxima de este régimen especial a partir del 1 de enero de 2019 son 944,4 euros y 4.070,1 euros.

En segundo lugar, se aplican los tipos de cotización señalados anteriormente para las diferentes contingencias especificadas. Asimismo, se aplica la obligatoriedad de la cobertura mencionada anteriormente respecto a la prestación de IT derivada de contingencias comunes, contingencias profesionales y cese de actividad.

En tercer lugar, dentro del marco de los beneficios a la cotización, se destaca como aplicable el beneficio de familiar colaborador presente en el artículo 35 de la Ley 20/2007 explicado con anterioridad.

No obstante, en este supuesto, también se ha de mencionar que serían de aplicación alternativamente los beneficios de tarifa plana e incentivación al empleo autónomo en municipios con menos de 5.000 habitantes en el caso de haberlo reconocido como autónomo societario (teniendo participación en el capital social, hecho que no ocurre en este caso al poseer don Antonio el 100 % del mismo), así como el beneficio reconocido a las personas con discapacidad.

D) Respecto a don Emilio

El trabajador, que se encuentra en la situación de jubilación activa del artículo 214 de la LGSS, tal y como se ha expuesto anteriormente, no está exonerado de cotización. En su situación de trabajador por cuenta ajena, tanto el empresario como el trabajador, deberán cotizar en la forma que se expone en el artículo 153 de la LGSS: únicamente por la prestación

de IT derivada de contingencias comunes y contingencias profesionales. Además, quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 % no computable para las prestaciones; al ser trabajador por cuenta ajena, esta cotización se distribuye entre el empresario (6 %) y el trabajador (2 %).

Por lo tanto, una vez finalizada la relación laboral compatible, se restablecerá o recuperará el percibo del 100 % de la pensión de jubilación. Teniendo en cuenta que la cotización realizada durante la jubilación activa no incrementa el monto de la pensión.

3.^a Analice las consecuencias de la visita de la ITSS y la posible actuación de la TGSS en relación con las cuotas.

A modo de aclaración, para el desarrollo de la pregunta, se van a exponer los diferentes hechos mencionados en el caso práctico propuesto y sus consecuencias dentro del marco de actuación recaudatorio de la ITSS y la TGSS.

A) Respecto a los hechos de doña Carmen

A continuación, se van a analizar tres hechos distintos: en primer lugar, la no identificación de la relación laboral de ajenidad del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET); en segundo lugar, la no formalización por escrito del contrato de trabajo; y, en tercer lugar, el incumplimiento de la obligación del empresario de la solicitud de alta en la TGSS o Administración de la misma.

En primer lugar, de los datos aportados en el caso, se presume que el empresario considera la relación con doña Carmen una actividad excluida del campo de aplicación del derecho del trabajo, la cual deviene regulada en el artículo 1.3 del ET como un trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o de buena vecindad. Si bien no tendría aplicación dicha relación, ya que no se cumplen los supuestos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han configurado para este supuesto típico: no se cumpliría la ocasionalidad, ya que se deduce de la relación una periodicidad de la prestación; no se concretaría, según los datos, a un supuesto de intercambio de servicios; y existe ánimo de lucro, tal y como se confirma en el caso. Por todo ello, se puede concluir que la relación entre la empresa y doña Carmen cumple con todos requisitos legales impuestos a una relación laboral y determinados en el artículo 1.1 del ET: se trata con base en los detalles aportados de un trabajo personal y libre, por cuenta ajena, dependiente y remunerado.

En segundo lugar, la relación laboral con doña Carmen se justifica y tiene por objeto apoyar puntualmente la producción tal y como se facilita en el texto, lo que podría considerarse como un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, regulado en el artículo 15.1 b) del ET. Sin la obligatoriedad impuesta a la formalización del contrato de trabajo por escrito tal y como se dispone en el artículo 8.2 del ET; sí se ha de advertir la

función informativa a que se refiere la Directiva del Consejo 91/533, de 14 de octubre, tras-puesta a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 8.5 del ET:

Si la relación laboral es de duración superior a 4 semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Tal materia deviene desarrollada en el Real Decreto 1659/1998. La no observancia de la forma escrita cuando se hubiere solicitado por una de las partes durante el transcurso de la relación laboral o la falta de información en los términos mencionados acarrearían posibles sanciones administrativas. El primer hecho mencionado se encuentra calificado como infracción leve y el segundo, como infracción grave dentro del marco de las infracciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000 (LISOS), en los artículos 5 a 10.

En tercer lugar, la falta de alta de la trabajadora ocasiona la expedición del acta de liquidación de cuotas por la ITSS, en los términos establecidos en el artículo 34 de la LGSS, por el periodo en el que se haya comprobado que se han prestado los servicios descritos y no se hayan ingresado las cuotas en plazo reglamentario. De acuerdo con el artículo 18 de la LGSS, la obligación de cotizar nace desde el mismo momento del inicio de la actividad, con independencia de que el empleador haya cumplido o no las obligaciones de tramitar la afiliación y el alta; y por el artículo 56.1 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004 (RGRSS), el término para ingresar en plazo reglamentario las cuotas dentro del RGSS finaliza el mes siguiente al de su devengo. Puesto que el impago comienza en abril y la actuación de la ITSS se produce en julio, únicamente podrán exigirse por la correspondiente acta de liquidación las cuotas de abril y mayo, estando las de junio en plazo para cumplirse en periodo reglamentario.

Aparte de lo mencionado anteriormente, la ITSS deberá efectuar la correspondiente comunicación a la TGSS para que se lleve a cabo la afiliación y alta de doña Carmen de oficio. De acuerdo con los artículos 26 y 29 del Reglamento de inscripción de las empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por el Real Decreto 84/1996, los efectos de la afiliación y alta se retrotraerán a la fecha en que se ha llevado a cabo tal actuación inspectora. Además, cabe acta de infracción por los mismos hechos, que se practicará por la ITSS y se notificará simultáneamente con el acta de liquidación de cuotas mencionada con anterioridad. Tal infracción se encuentra calificada como infracción grave de acuerdo con el artículo 22 de la LISOS, por lo que podrá imponerse una sanción de 3.126 euros a 10.000 euros.

Se ha de mencionar que, si el sujeto manifiesta su conformidad con la liquidación practicada e ingresa su importe en el plazo que va hasta el último día del mes siguiente al de

su notificación (de acuerdo con el art. 34.4 LGSS) o antes del vencimiento del plazo para formular alegaciones (art. 33 Reglamento general sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998), las sanciones por infracción por los mismos hechos se reducen automáticamente al 50 % de su cuantía, si la cuantía de la liquidación supera la de la sanción propuesta inicialmente (arts. 30.4 LGSS y 40.3 LISOS).

Sin perjuicio de lo mencionado con anterioridad, en el caso de que el acta de liquidación no fuere tramitada conjuntamente con un acta de infracción, de acuerdo con el artículo 35 del Reglamento general sobre procedimiento para la imposición de sanciones mencionado, la ITSS puede formular requerimiento al sujeto obligado al pago de cuotas adeudadas en el supuesto que nos ocupa, previo reconocimiento de la deuda ante el funcionario actuante, absteniéndose este de iniciar expediente sancionador y liquidatorio a resultas de su cumplimiento. Dicho requerimiento puede formularse mediante diligencia en el modelo oficial o mediante notificación de escrito ordinario. El ingreso de la deuda ha de hacerse efectivo en el plazo que determine la ITSS, que no puede ser inferior a 1 mes ni superior a 4 meses. En caso de incumplimiento del requerimiento, se procedería a extender el acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas en los términos previstos anteriormente.

B) Respecto a los hechos de don Emilio

A continuación, se van a analizar los siguientes hechos: en primer lugar, el acuerdo sobre compensación dineraria de las vacaciones; en segundo lugar, la no inclusión de diferentes conceptos retributivos en la base de cotización; y, en tercer lugar, las consecuencias de tales hechos respecto a la actuación de la ITSS y TGSS.

En primer lugar, tal y como se menciona en el caso propuesto, se produce un acuerdo entre empresario y trabajador sobre la retribución y no disfrute de las vacaciones a que tiene derecho. Con fundamento en el artículo 40 de la Constitución española, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y en el artículo 38 del ET, las vacaciones anuales retribuidas «no serán susceptibles de compensación económica», considerándose además como obligatorias, y pronunciándose al respecto el artículo 12 del Convenio 132 de la OIT, sobre la imposición de sanciones administrativas al respecto, en caso de acuerdo de sustitución de tales vacaciones obligatorias por una indemnización, tal y como sucede en este supuesto.

En segundo lugar, se dejan fuera de la inclusión en la base de cotización diferentes conceptos retributivos. De acuerdo con el artículo 147 de la LGSS, se determina que la base de cotización debe quedar constituida por la remuneración total del trabajador, cualquiera que sea su forma o denominación, en dinero o en especie, y que con carácter mensual tenga derecho a percibir o que efectivamente perciba, para todas las contingencias y situaciones protegidas por la acción protectora del RGSS. Concretamente, en este caso, no se incluyen en la base de cotización los gastos de manutención, gastos de locomoción y plus de

distancia, cuando el inspector actuante ha comprobado que no hay razones por las que el trabajador tenga que desplazarse a municipios distintos de la empresa. Si los gastos fueran reales, los de desplazamiento y de locomoción se excluirían aunque se produjeran en el mismo municipio de trabajo y de residencia; a diferencia de los de manutención, que para ello deberían producirse en otro municipio diferente al de su actividad y domicilio, y solo podrían excluirse de la base de cotización en la cuantía diaria máxima aplicable, según el artículo 23.2 a) del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995. Además, de acuerdo con dicho reglamento, en todo caso, el empresario deberá comunicar a la TGSS en cada periodo de liquidación el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resultaren de aplicación bases únicas, siendo considerada la falta de dicha comunicación como infracción grave (art. 22.1 LISOS).

Como consecuencia de ello, y en tercer lugar, se destacan a continuación las actuaciones respectivas de la ITSS y TGSS. Se ha producido una diferencia de cotización por el trabajador dado de alta, es decir, la empresa ha declarado una base de cotización inferior a la que procedería legalmente tal y como se ha explicado con anterioridad. En este punto, se ha de diferenciar si procede o no valoración jurídica de la ITSS, ya que la actuación da lugar a dos consecuencias distintas:

- En caso de proceder valoración jurídica de la ITSS, es decir, que dichas diferencias de cotización no se puedan apreciar por el examen de los documentos de cotización presentados por la empresa, la ITSS deberá extender acta de liquidación de cuotas en los términos de los artículos 34 de la LGSS y 65 y 66 del RGRSS, conjuntamente con un acta de infracción por infracción grave por los mismos hechos, de acuerdo con el artículo 23.1 f) de la LISOS. De acuerdo con el artículo 66, el importe de la deuda figurado en el acta de liquidación de cuotas se ingresará hasta el último día del mes siguiente al de la notificación del correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación. De nuevo, la deuda se referiría únicamente por las cuotas de abril y mayo, al encontrarse las de junio en plazo para ingresarse en periodo reglamentario.
- En caso de no proceder valoración jurídica de la ITSS, la TGSS deberá extender reclamación de deuda del artículo 33 de la LGSS, por la diferencia de importe entre las cuotas ingresadas y las que legalmente corresponda liquidar. De acuerdo con el artículo 64 del RGRSS, y como especialidad en cuanto al plazo reglamentario de la reclamación de deuda, el importe exigido deberá hacerse efectivo en el plazo siguiente: si la misma se notifica entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de la notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior; y en caso de que la reclamación de deuda fuere notificada entre los días 16 y último de mes, desde dicha fecha de notificación hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior.

Por último, se ha de destacar una tercera posibilidad, como forma de actuación de la TGSS, pudiendo dictar la misma directamente providencia de apremio sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación, de acuerdo con el artículo 85 del RGRSS por falta de ingreso de alguna de las aportaciones que integran la cuota, respecto del trabajador dado de alta, habiéndose cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas a que se refiere el artículo 29 de la LGSS y siempre que la deuda estuviese correctamente calculada, circunstancia que no parece concurrir en el caso planteado.

C) Respecto de los problemas de la empresa y en cuanto a la falta de abono de cuotas de otros trabajadores a partir de abril de 2019

En este último caso, cabría reclamación de deuda de la TGSS de acuerdo con el artículo 33 de la LGSS por falta de cotización de los demás trabajadores dados de alta, habiéndose cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas a que se refiere el artículo 29 de la LGSS.

En este mismo sentido, y por lo aportado anteriormente respecto del artículo 85 de la LGSS, cabría providencia de apremio directamente sin previa reclamación de deuda. Las cuotas a reclamar serán de nuevo aquellas exigibles del periodo correspondiente a abril y mayo.

Además, la falta de ingreso de cuotas dentro del plazo reglamentario de ingreso, habiéndose cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas a que se refiere el artículo 29 de la LGSS, supone la extensión de acta de infracción por la ITSS, por infracción grave, cuya sanción es diferente en función de los diferentes grados de la misma, de acuerdo con el artículo 22.3 de la LISOS.

Dentro de este marco de irregularidades de la empresa, se ha de mencionar el artículo 28 de la LGSS, el cual establece que la falta de pago dentro del plazo reglamentario de ingreso establecido determina la aplicación del recargo y el devengo de los intereses de demora en los términos fijados en la ley. Por ello, con respecto al recargo aplicable a las deudas con la Seguridad Social (cuyo objeto está constituido por cuotas), dado que se han cumplido las obligaciones en materia de liquidación de cuotas, se aplicará: un recargo del 10 % de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento de plazo para su ingreso, o un 20 %, si se abonasen las cuotas debidas a partir del segundo mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso, de acuerdo con el artículo 10 del RGRSS.

Con respecto a los intereses, con base en los términos fijados en el artículo 11 del reglamento mencionado, el principal devengará intereses desde el día siguiente al vencimiento del plazo reglamentario de ingreso, y el recargo aplicable a dicho principal, únicamente desde el vencimiento del plazo de 15 días siguientes a la notificación de la providencia de apremio. Estos intereses solo serán exigibles cuando hubieren transcurrido 15 días naturales, desde la notificación de la providencia de apremio detallada anteriormente sin pago de la deuda.

4.^a Valore las actuaciones en relación con la IT de don Antonio y su cobertura.

Nos encontramos ante un supuesto en el cual se le ha reconocido al trabajador don Antonio una prestación de IT a que se refiere el artículo 169 de la LGSS. La contingencia de la que deriva la situación de IT, en principio, se presume de ser contingencia común, al detallar el caso práctico propuesto que su nacimiento se produce en la fecha del 10 de julio, es decir, al cuarto día de la baja en su actividad profesional.

Para poder acceder a la misma, se han de cumplir los requisitos a que se refiere el artículo 172 de la LGSS. En este caso, el trabajador se encuentra afiliado al RETA y en alta, acreditando un periodo mínimo de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Como especialidad de este régimen especial, de acuerdo con los artículos 47 y 314 de la LGSS y 28 del Real Decreto 2530/1970, debe encontrarse al corriente en el pago de sus cotizaciones anteriores al hecho causante. Las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante de la prestación, es decir, julio, y los 2 meses previos a aquel se presumirán ingresadas sin necesidad de que el interesado lo tenga que acreditar documentalmente y siempre que el trabajador acredite el periodo mínimo de cotización exigible, sin computar el periodo de los 3 meses referido.

Sin perjuicio de las irregularidades de la empresa comentadas al final de la pregunta anterior, puede afirmarse que el trabajador se encuentra al corriente en el pago de sus obligaciones como trabajador por cuenta propia con la Seguridad Social, ya que a partir de abril de 2019 no abona únicamente las cuotas correspondientes por los trabajadores, tal y como se detalla en el caso.

Como cuarto requisito, para poder beneficiarse de la prestación de IT, deberá presentar ante la correspondiente entidad gestora o colaboradora la declaración en modelo oficial sobre la persona que va a gestionar directamente el establecimiento mercantil de que es titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad. Esta declaración es preceptiva para el reconocimiento de la prestación económica. El plazo de presentación de la misma es de 15 días desde el inicio de la IT ante el INSS o mutua, junto con el parte médico correspondiente. De no ser presentada, se requerirá al interesado para que la presente en el plazo de 10 días y, en caso contrario, se le tiene por desistido de su solicitud de prestación. Además, mientras dure la situación de IT, el trabajador autónomo tiene obligación de presentar semestralmente, a contar desde la fecha de inicio de IT, la declaración de situación de la actividad, si fuese requerido para ello (STSJ de Cataluña 3610/2007, de 16 de mayo).

A efectos de la cuantía de la prestación, de acuerdo con el artículo 321.2 de la LGSS, se determina aplicando a una base reguladora un porcentaje aplicable. Dado que esta prestación de IT que ha sido reconocida deriva de contingencia común, la base reguladora se determina mediante la base de cotización del trabajador por contingencias comunes del mes anterior al de la baja médica (es decir, junio) entre el número de días que a dicha cotización se refiere, es decir, 30. El porcentaje que aplicará la base reguladora es el siguiente: desde el día 4 al día 20 de la baja, ambos inclusive, se aplicará el 60 %; a partir del día 21, se aplicará el 75 %.

A efectos de cobertura: de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 625/2014, el parte médico de baja, como acto originario de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por IT, y los partes de confirmación de la baja o de alta serán expedidos por el médico del Servicio Público de Salud (SPS) que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado.

Todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador, que permita la determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual. Así, el SPS que emita el parte de baja remitirá por vía telemática al INSS los datos personales, datos obligatorios y demás requeridos presentes en el real decreto mencionado. Con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con mayor respaldo técnico, se pondrán a disposición de los médicos tablas de duración óptima. En este caso, dado que el periodo de IT abarca en principio un periodo de más de 61 días naturales, el facultativo del SPS emitirá el parte de baja en el que se fijará la fecha de la revisión médica prevista, la cual, en ningún caso, excederá en más de 14 días naturales a la fecha de baja inicial, expidiéndose entonces el parte de alta o, en su caso, el correspondiente parte de confirmación de la baja. Después de este primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sean necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de 35 días naturales entre sí.

Los partes de alta médica, dado que se trata de un proceso derivado de una contingencia común, se emitirán, tras el reconocimiento médico del trabajador, por el correspondiente facultativo del SPS. En todo caso, deberán contener la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. Asimismo, también podrán ser extendidos los partes de alta médica por los inspectores médicos del SPS del INSS. Dicho parte médico de alta se comunicará a la mutua al ser un trabajador protegido por ella, debiendo la misma comunicar a la empresa la extinción del derecho, su causa y fecha de efectos. El SPS, al expedir el último parte de confirmación, antes del agotamiento de plazo de duración de 365 días naturales, comunicará al interesado que, una vez agotado el plazo referido, el control del proceso pasa a ser competencia del INSS, de acuerdo con los términos establecidos en el artículo 170.2 de la LGSS.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el artículo 6 del real decreto mencionado, dado que se trata de un proceso de IT derivado de una contingencia común, cuya cobertura corresponde a la mutua, si la misma considerare que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrá formular, a través de los médicos adscritos a ella, propuestas motivadas de alta médica, a las que acompañarán los informes y pruebas que en su caso se hubieren realizado. Dicha propuesta de alta se dirigirá a la unidad de inspección médica del SPS.

De acuerdo con el artículo 308 de la LGSS, don Antonio tiene la obligación de mantener la cotización a la Seguridad Social durante la situación de IT, si bien, a partir del 8 de septiembre de 2019 (día 61 del proceso), la obligación de la cotización, en favor de don Antonio, recae en la mutua colaboradora con la Seguridad Social.

5.ª Exponga las acciones que podría emprender don Antonio en caso de discrepancia con el reconocimiento de la prestación de IT.

En el caso propuesto, tal y como se argumentaba en la pregunta anterior, se le ha reconocido al trabajador una prestación de IT derivada de contingencias comunes. No obstante, tal y como se menciona en el mismo, la enfermedad se produce como consecuencia de su trabajo, por lo que podría deducirse que la prestación tiene su causa en una contingencia profesional (si la misma se encontrase incluida en el anexo del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro).

Por lo tanto, desde un primer punto de vista, la prestación podría derivar de una enfermedad profesional, por la que se entiende la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias, y en las actividades especificadas en la lista de enfermedades profesionales, con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas.

Desde otro punto de vista, y en segundo lugar, cabe destacar que el origen de la enfermedad puede haberse debido a un accidente de trabajo (ya que no se especifica en el supuesto qué ha ocurrido exactamente durante la realización de la actividad en el trabajo). Por ello, a efectos del accidente del trabajador autónomo, se considera el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del RETA (arts. 316 y 317 LGSS), siendo así considerado como accidente de trabajo en este caso en concreto la enfermedad contraída no incluida en el listado de enfermedades profesionales detallada anteriormente y siempre que tenga conexión con el trabajo, bajo una relación de causa y efecto.

Una vez detallado el posible origen de la contingencia, el trabajador, en caso de discrepancia con la prestación reconocida, podrá iniciar la acción a que se refiere el artículo 3 del Real Decreto 625/2014. Es decir, si, a la vista del informe de la mutua colaboradora con la Seguridad Social que asista al trabajador y que haya considerado que la patología es de carácter común, el trabajador acude al SPS y el médico de este emite parte de baja por contingencia común, el beneficiario podrá formular reclamación con relación a la consideración otorgada a la contingencia ante el INSS, que se sustanciará y resolverá aplicando el procedimiento regulado en el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009.

Este procedimiento administrativo de determinación de la contingencia de la prestación de IT que nos ocupa se podrá iniciar a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica, a instancia del trabajador o su representante legal, de acuerdo con el artículo 6.1 del Real Decreto 1430/2009. La solicitud deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para poder determinar la contingencia. El INSS comunicará la iniciación del procedimiento al SPS y a la mutua para que en el plazo improrrogable de 4 días hábiles aporten los antecedentes relacionados con el caso e informen sobre la contingencia de la que consideran

que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo. Asimismo, el INSS podrá solicitar los informes y realizar cuantas actuaciones considere necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe dictarse la resolución.

En este caso, se había emitido por el SPS parte de baja por contingencias comunes, y por ello se había iniciado el abono de la prestación de IT que por la misma correspondía, hasta la fecha de la resolución de este procedimiento que se ha iniciado. En caso de que la resolución que finalmente se dicte determine el carácter de contingencia profesional, la mutua que la cubra deberá abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor y reintegrar al SPS el coste de la asistencia sanitaria prestada.

De acuerdo con el apartado cuarto de este mismo artículo, el EVI emitirá un informe preceptivo, que elevará al director provincial del INSS, y en el que se pronunciará sobre la contingencia que ha originado el proceso de IT. Una vez emitido el informe, de acuerdo con el apartado 5 de este artículo, el director provincial del INSS dictará resolución que corresponda, en el plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas o del agotamiento de los plazos fijados para ello y mencionados anteriormente.

De acuerdo con el apartado 6, la resolución se pronunciará sobre los siguientes extremos: la determinación de la contingencia, los efectos que correspondan como consecuencia de la misma y el sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias. Dicha resolución será comunicada al interesado, a la empresa, a la mutua y al SPS. La resolución emitida, de acuerdo con el apartado 7, podrá considerarse dictada con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

6.ª Determine si don Antonio tendría derecho a alguna prestación por el cierre del negocio y si sería correcto el abono de las cuotas de autónomos.

Don Antonio no tendría derecho a la prestación por cese de actividad debido al cierre del negocio, al no encontrarse en la situación legal de cese de actividad en dicho momento.

Primeramente, porque en el momento de clausura de la empresa, don Antonio tiene reconocida una prestación de IT, y hasta su extinción no puede hallarse en una situación legal de cese de actividad que le permita acceder a la prestación por cese. Posteriormente, y como se señala en el caso que se analiza, la IT se extingue debido al reconocimiento de una IP, y el nacimiento de esta pensión opera como causa de extinción de la protección por cese de actividad.

En el momento del cierre del negocio, don Antonio reúne los siguientes requisitos de la prestación por cese de actividad dispuestos en el artículo 330 de la LGSS. Se encuentra

afiliado y en alta, tiene cotizados 12 meses (puesto que comienza su actividad en el año 2000 hasta 2019), no tiene cumplida la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación y se encuentra al día en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social, a pesar del impago de las cuotas de sus trabajadores. Pero carece del último requisito, que es el de encontrarse en una situación legal de cese de actividad. Según el artículo 334 de la LGSS –relativo a dichas situaciones de cese para societarios de una sociedad de capital–, se contempla la terminación involuntaria de su actividad en la sociedad por pérdidas superiores al 10 % de los ingresos de 1 año. También es precisa la suscripción del compromiso de actividad y que el trabajador que ha cesado acredite activa disponibilidad para reincorporarse al mercado.

Pero, como se ha enunciado, debido a la situación de IT en la que se encuentra don Antonio cuando cesa en su actividad, según el artículo 343 de la LGSS, la incapacidad suspende la situación legal de cese hasta la extinción de aquella. A partir del cese en el negocio, la cuantía de la IT pasa a ser la de la prestación por cese de actividad que le correspondería a don Antonio y, una vez extinguida la incapacidad, se reconocería al autónomo la prestación por cese, pero descontándose de su duración el tiempo de la IT disfrutado en la cuantía de cese por actividad.

Sin embargo, puesto que la extinción de la IT deriva del reconocimiento de una pensión de IP a don Antonio, ello impide el nacimiento de la prestación por cese, debido a que por el artículo 341.1 e) de la LGSS el reconocimiento de una IP extingue la protección por cese de actividad.

Cabe indicar que, pese a que la IP nace con la extinción de la IT, según la Orden de 18 de enero de 1996, los efectos económicos de la IP no se producen hasta la resolución del INSS que reconoce la pensión, por lo que la cuantía de la prestación de IT se extiende desde el nacimiento de la IP hasta que esta última produce los efectos económicos. Puesto que la IP extingue la situación de cese por actividad, desde el nacimiento de la IP, la prórroga de efectos económicos de la IT se produce por la cuantía originaria de esta y no la de la prestación por cese de actividad.

Así, podemos concluir que don Antonio, pese a no generar una prestación por cese de actividad tras el cierre de su negocio, sí que ve afectada la cuantía de su prestación de IT por dicho cierre, momento a partir del cual la IT pasa a percibirse en la cuantía de la prestación por cese, hasta el nacimiento de la IP, donde de nuevo la IT se concede en su cuantía originaria, hasta la producción de efectos económicos de la IP.

Respecto al abono de las cuotas que realiza don Antonio desde el nacimiento de la IT en julio de 2019 hasta noviembre del mismo año, resulta incorrecto según el artículo 308 de la LGSS, por el que el abono de las cuotas durante la situación de IT de un autónomo del RETA corresponde al trabajador hasta el día 60, y a partir del 61 a la mutua que procede a la cobertura de dicha IT. Por ello, don Antonio tendría derecho a la devolución de los ingresos indebidamente realizados según los artículos 26 de la LGSS y 44 y 45 del RGRSS.

Cabe indicar que no tendría derecho a tal devolución si el ingreso se hubiera llevado a cabo de forma maliciosa, y que don Antonio cuenta con un plazo de prescripción de 4 años para reclamar dichas cantidades (desde el día siguiente al ingreso indebido). Una vez reconocido su derecho a devolución, existiría un plazo de caducidad de 4 años desde la notificación del reconocimiento al reintegro. El procedimiento de reintegro podría iniciarse a instancia del propio trabajador o de oficio, siendo la resolución desestimatoria si se hubiera comenzado por voluntad de don Antonio y este no hubiera recibido notificación en los 6 meses siguientes a completar la documentación precisa.

7.^a Analice si es correcta la actuación del INSS en el reconocimiento de la IP y señale qué procedimiento podría iniciar.

El reconocimiento por el INSS de una pensión de IP en favor de don Antonio resulta correcto, al reunir este último los requisitos dispuestos en el artículo 318 (que remite al 195) de la LGSS.

En el supuesto de que la incapacidad se hubiera reconocido como derivada de enfermedad común, se le exige a don Antonio encontrarse en el momento del hecho causante (que resulta de la extinción de la IT previa) afiliado y en alta o situación asimilada, reunir el periodo de carencia preciso y estar al día en el pago de las cuotas.

Puesto que es una IP en grado total, el periodo mínimo de cotización depende de la edad del afectado, y, al contar don Antonio con 54 años, resulta la cuarta parte del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años y el hecho causante, requiriéndose un mínimo de 5 años cotizados en todo caso. Adicionalmente, la quinta parte del periodo de cotización solicitado debe haberse cumplimentado en los 10 años anteriores al hecho causante. A don Antonio se le exigirían 8 años y 6 meses de cotización, y, puesto que trabaja ininterrumpidamente desde el año 2000 al 2019 y luego cotiza durante la situación de IT, cumple el periodo de carencia exigido.

Si en el procedimiento de determinación de la contingencia de la IT (expuesto anteriormente) se hubiera reconocido su origen por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, ello alteraría los requisitos a cumplimentar por don Antonio para generar posteriormente la IP, pues, según el citado artículo 318 de la LGSS, no se le exigiría ningún periodo de carencia.

Respecto a la dinámica de la pensión, tal y como se ha indicado, su nacimiento tiene lugar con la extinción de la IT previa de don Antonio, pero sus efectos económicos no comienzan hasta la resolución del INSS. Hasta este momento se prorrogaría la cuantía de la IT, pero, si esta última fuera menor a la de la IP, se retrotraerían los efectos de la pensión de IP hasta la extinción de la IT (deduciéndose las cantidades satisfechas en la prolongación de efectos de la IT, según el art. 174.5 LGSS).

En relación con la cuantía de una pensión de IP, esta depende de dos factores. La base reguladora se calcula según la contingencia de la que deriva la incapacidad, mientras que el porcentaje se establece según el grado de incapacidad determinado.

Si la IP de don Antonio deriva de enfermedad común, según el artículo 197 de la LGSS, y puesto que el periodo de carencia que se le ha exigido alcanza los 8 años, la base reguladora resulta de multiplicar dos factores.

El primero consiste en la división entre 112 de las bases de cotización de las 96 mensualidades previas al mes anterior al del hecho causante (es decir, las bases comprendidas y computadas en el tiempo hacia atrás, desde febrero de 2020 a marzo de 2012), actualizándose todas las mensualidades observadas (salvo las 24 más recientes, es decir, las comprendidas entre marzo de 2018 a febrero de 2020) según la evolución del IPC desde el mes más antiguo tomado hasta el anterior a los últimos 24 empleados (marzo de 2018).

El segundo factor se trata de un porcentaje vinculado a la cotización del beneficiario según la escala prevista para la pensión de jubilación en el artículo 210.1 de la LGSS (transitoriamente habrá de estarse a lo dispuesto en la disp. trans. novena de la misma ley). Para calcularlo se debe tener en cuenta el tiempo cotizado por el incapacitado en el momento del hecho causante de la IP, y también computarse los años que le resten al interesado en dicho momento para cumplir la edad ordinaria de jubilación.

En cambio, si se establece que la incapacidad deriva de una contingencia profesional, según el Reglamento de accidentes de trabajo de 1956, la base reguladora consistiría en la división entre 12 de los siguientes sumandos:

- La suma del sueldo y antigüedad diarios en el momento del accidente multiplicado todo por 365.
- Las pagas extraordinarias, beneficios y otras participaciones reunidas el año anterior.
- Los pluses, retribuciones complementarias y horas extra del año anterior multiplicado todo ello por 273 (salvo que los días laborales de su actividad fueran menores) y dividido el resultado entre el número de días efectivamente trabajados en dicho periodo.

En cualquiera de los dos supuestos, el porcentaje aplicable sobre la base reguladora al ser una IP total sería del 55 %, según el artículo 196 de la LGSS.

Puesto que en el momento del hecho causante de la IP don Antonio cuenta con 54 años, podría producirse que al cumplir los 55 se ampliara el porcentaje aplicable a la base reguladora hasta el 75 %, si se le reconociera una IP total cualificada.

Junto con el cumplimiento de 55 años, esta incapacidad total agravada exige una falta de preparación del incapacitado y que su situación social y laboral evidencie la dificultad de su reinserción en el mercado por otra actividad distinta a la habitual.

Ha de indicarse que la pensión de IP derivada de enfermedad común se percibiría en 14 pagas, 12 ordinarias por cada mes y 2 extraordinarias en junio y noviembre; mientras que, si derivara de accidente laboral, se otorgaría en 12 pagas, al incluir cada una de ellas una parte proporcional de las 2 pagas extraordinarias anuales a percibir.

Al ser una IP total, la pensión podría sustituirse por una indemnización a tanto alzado por resolución de la Dirección General del INSS (y, por delegación, de la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica), siempre que se reúnan los siguientes requisitos: tener menos de 60 años, que la incapacidad se presuma irreversible, que solicitara el cambio en los 3 años posteriores a la concesión de la pensión y siempre que fuera a destinar la cuantía de la indemnización a realizar una actividad por cuenta propia o ajena. La indemnización sustitutiva consiste en una cantidad a tanto alzado equivalente a 40 mensualidades de la base reguladora. En este caso, a diferencia de lo que se prevé para el RGSS, en el RETA no se establece que el beneficiario pase a percibir la pensión de IP total cuando cumpla la edad de 60 años.

Para un correcto reconocimiento de la incapacidad, el INSS habría de seguir el proceso establecido en la Orden de 18 de enero de 1996, que permite la iniciación del proceso de oficio o a instancia de parte (como es el caso). En la fase de instrucción, se requiere el alta médica e historial clínico del afectado, además de un dictamen-propuesta del EVI junto a un informe médico y un informe de antecedentes profesionales, y, finalmente, un informe de cotización del trabajador. Esta fase termina con un plazo de alegaciones de 10 días, y, finalmente, la resolución del proceso corresponde al director provincial del INSS competente, siendo su silencio administrativo desestimatorio.

El procedimiento que podría iniciar el INSS tras el reconocimiento de la IP de don Antonio resulta el de revisión, regulado en los artículos 17 a 19 de la misma Orden ministerial de 18 de enero de 1996. Con carácter general, solo puede iniciarse en el término dispuesto en la resolución administrativa reconocedora de la incapacidad, aunque puede instarse anteriormente si el pensionista estuviere realizando una actividad lucrativa o existiese un error en el diagnóstico.

Al igual que en el proceso de reconocimiento, el plazo para dictar resolución en revisión es de 135 días, si bien en este proceso el periodo de alegaciones es de 15 días. En el supuesto de que se llevara a cabo la revisión y la incapacidad no se extinguiera, en la nueva resolución debe indicarse necesariamente el plazo en el que se puede instar la siguiente revisión.

Respecto al reconocimiento del complemento por mínimos por parte de la entidad gestora para alcanzar la cuantía mínima de la pensión, únicamente podría ser válido si se cumplen los requisitos presentes en el artículo 59 de la LGSS. En primer lugar, cumplir con el

límite de ingresos previsto, es decir, no percibir rendimientos de trabajo, del capital, o de actividades económicas y ganancias patrimoniales –de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF– que excedan de 8.829 euros/año (siendo este el tope con cónyuge a cargo y para el 2019)³. Y, en segundo lugar, tener establecida la residencia en el territorio nacional, perdiéndose el derecho al complemento si el beneficiario establece su residencia fuera del territorio español o tiene estancias en el extranjero superiores a 90 días a lo largo de cada año natural.

Puesto que el límite de ingresos sin cónyuge a cargo es de cuantía menor a la citada, para acreditarse la dependencia del consorte debe darse tanto una convivencia como la dependencia económica de la mujer del pensionista. Se cumple esta última cuando concurren las siguientes dos circunstancias. Por un lado, que la trabajadora no sea a su vez titular de una pensión a cargo de un régimen público básico de previsión social (incluyéndose aquellas reconocidas por otro Estado, los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda a tercera persona y las pensiones asistenciales –Ley 45/1960–). Y, por otro lado, que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y su cónyuge, computados en la forma señalada anteriormente, resulten inferiores en 2019 a 8.829 euros anuales⁴.

Por tales razones, se habrían de analizar, de un lado, los requisitos de don Antonio respecto a la residencia e ingresos, y, de otro, los que ha de cumplir su cónyuge respecto a la dependencia económica en los términos expuestos, para poder reconocer dicho beneficio del artículo 59 de la LGSS.

8.^a Indique a qué prestación tendría derecho don Samuel y su evolución en relación con la empresa.

Al convertirse don Samuel en padre, tendría derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor, puesto que cumple los requisitos dispuestos en el artículo 318 de la LGSS (que resultan los del 178 de la misma ley más haber cumplimentado el abono de sus cuotas). Dicho trabajador se encuentra en el momento del hecho causante de la prestación, es decir, en el momento del nacimiento de su hijo o hijos, afiliado y en alta, al estar trabajando en la empresa. Puesto que supera los 26 años en el momento del parto, al tener 34 años, se le exige reunir un periodo de cotización de 180 días en los 7 años anteriores al hecho causante de la prestación o 360 días a lo largo de toda su vida laboral. Reúne tal periodo de carencia al haber comenzado su actividad en la sociedad el 1 de enero de 2018 hasta el momento del nacimiento, teniendo cotizado en total 1 año y 9 meses. Por último, cumple la exigencia de encontrarse al día en la obligación del pago de las cuotas a la Seguridad Social.

³ En este caso se ha producido una modificación operada por el Real Decreto-Ley 1/2020, determinando dicho límite de ingresos en la cuantía de 8.909 euros/año para el 2020.

⁴ Para el año 2020, dicha cuantía se ha reconocido por 8.909 euros/año, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero.

Según la disposición transitoria decimotercera del ET, al tratarse el beneficiario del progenitor distinto a la madre biológica y puesto que el nacimiento se produce en octubre de 2019, la duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en favor de don Samuel es de 8 semanas en total. Si el parto se hubiera producido en 2020, la duración de la prestación hubiera sido de un total de 12 semanas, y en 2021, momento en el que se alcanza la duración definitiva y equitativa a la de la madre biológica, de 16 semanas.

Las 2 primeras semanas de la prestación de don Samuel tienen carácter obligatorio de disfrute, inmediatamente tras el parto, y que habrá de disfrutar de manera ininterrumpida y a jornada completa. Las restantes son de carácter voluntario, bien inmediatamente tras el fin de las 2 primeras semanas obligatorias o bien movibles por periodos semanales hasta que el o los nacidos cumplan 12 meses, además de poder disfrutarse a jornada completa o parcial (en este último caso, solo al 50 %). La madre biológica puede ceder al otro progenitor un periodo de hasta 4 semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio.

Además, dicha duración podría verse ampliada si don Samuel hubiera sido padre de dos o más hijos tras dicho nacimiento. Por cada hijo a partir del segundo inclusive del mismo parto, ambos progenitores tendrían derecho a 2 semanas adicionales de prestación, una para cada uno de ellos con carácter intransferible.

La cuantía de la prestación se establece con carácter diario, y resulta de dividir entre 180 la suma de las bases de cotización de don Samuel en los 6 meses inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 318 a) LGSS).

Si el parto hubiera sido múltiple, la madre de los hijos, o, alternativamente, Samuel, tendría derecho a un subsidio especial de igual cuantía diaria que la prestación durante 6 semanas, siempre que se hubieran disfrutado las 6 primeras semanas de descanso (según el art. 6.2 RD 295/2009).

Puesto que durante el disfrute de dicha prestación la empresa de muebles en la que opera don Samuel procede al cierre del negocio, con base en el artículo 343.2 de la LGSS, ello no impide que continúe disfrutando de su prestación por nacimiento y cuidado del menor. Una vez finalizada esta, y puesto que Samuel reúne los requisitos de la prestación por cese de actividad, comienza a percibir esta última prestación.

Los requisitos de la prestación por cese de actividad (art. 330 LGSS) consisten en que: el afectado se encuentre afiliado y en alta en el momento del hecho causante; tener cotizados 12 meses, habiendo trabajado don Samuel desde enero de 2018 hasta octubre de 2019; encontrarse en una situación legal de cese de actividad –que resulta la descrita para su padre don Antonio en el art. 334.1 LGSS–; suscribir el compromiso de actividad y acreditar activa disponibilidad para reincorporarse al mercado laboral; no tener cumplida la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación y encontrarse al día en el pago de sus cuotas.

La duración de esta prestación depende del periodo de cotización acreditado por don Samuel en los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, produciéndose esta con la extinción de la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Su cuantía resulta de aplicar a una base reguladora calculada como el promedio de las bases de cotización de los 12 meses ininterrumpidos anteriores a la situación de cese un tipo del 70 %.

9.ª Indique qué consecuencias tiene a efectos de la determinación de un recargo de prestaciones la concurrencia de la imprudencia del trabajador fallecido y la existencia de un eventual incumplimiento de medidas de seguridad, y la fecha de efectos del recargo, si fuera procedente.

La interposición del recargo sobre las prestaciones económicas derivadas de la muerte de la trabajadora doña Eulalia se ve afectada por los dos factores que a continuación se van a analizar, al tratarse estos de los requisitos exigidos en el artículo 164 de la LGSS.

De un lado, la imprudencia de la trabajadora deriva de la realización continuada de sus labores de limpieza, y, por lo tanto, resulta una imprudencia profesional (como consecuencia del ejercicio habitual de su trabajo y la confianza que ello le inspira). De ese modo, dicha situación no impide que el accidente sufrido pueda calificarse como accidente de trabajo (de acuerdo con el apdo. 5 a) art. 156 LGSS).

Si la imprudencia de doña Eulalia no hubiera estado relacionada con el trabajo, esta podría calificarse como una imprudencia temeraria. Es decir, un verdadero desprecio del riesgo, manifiesto e innecesario, de acuerdo con pronunciamientos jurisprudenciales, y que, por el apartado 4 b) del mismo artículo, impediría la calificación del suceso como accidente laboral. Esta diferencia permite el reconocimiento del recargo sobre la prestación, al poder determinarse este solo sobre prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Por otra parte, el incumplimiento de las condiciones de la maquinaria empleada por parte de la empresa permite declarar la responsabilidad del empresario sobre el accidente acontecido, y, por ello, puede exigirsele un recargo sobre las prestaciones económicas derivadas del siniestro, según dicho artículo 164 de la LGSS. La responsabilidad que recae sobre el empresario de doña Eulalia por el recargo es directa y no asegurable, siendo nulo todo pacto para su cobertura, compensación o transmisión. La cuantía de los recargos puede oscilar entre el 30 % y el 50 % de la cuantía de la prestación sobre la que se imponga, y su montante nunca es anticipable por parte de la entidad gestora o colaboradora (art. 167.3 LGSS).

Como conclusión, al ponerse de manifiesto tanto la imprudencia profesional por parte de la trabajadora, así como una infracción de normas del deber de seguridad por parte del empresario, se puede afirmar la existencia de una concurrencia de culpas en la aplicación del recargo. En este sentido, los tribunales entienden que, en caso de concurrencia de culpas,

no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que deben ponderarse las responsabilidades concurrentes, moderando en función de ello el porcentaje a aplicar o la indemnización aplicable, porque la imprudencia profesional o el exceso de confianza en el trabajo carece de la entidad suficiente para excluir totalmente la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (STS de 20 de enero de 2010, rec. 1239/2009).

En cuanto a la fecha de efectos del recargo, se ha de señalar, en primer lugar, que, como presupuesto inexcusable para la imposición del recargo, se exige la existencia de una prestación de la Seguridad Social. En este sentido, como consecuencia de la muerte de la trabajadora, se han generado las siguientes prestaciones:

- El auxilio por defunción del artículo 218 de la LGSS en favor de don Emilio, dado que la trabajadora se encontraba en situación de alta en el momento del fallecimiento, no requiriéndose ningún periodo previo de carencia. El mismo consiste en una cuantía a tanto alzado (en la actualidad, 46,5 €) para atender a los gastos de sepelio del causante, existiendo la presunción de que tales gastos han sido abonados por su esposo, don Emilio.
- Una pensión de viudedad del artículo 219 de la LGSS, en favor del esposo de la fallecida, que, al derivar de un accidente de trabajo y encontrándose en una situación de alta, no requiere un periodo previo de cotización.
- Una indemnización especial a tanto alzado en favor de don Emilio, de acuerdo con el artículo 227 de la LGSS, al derivar la muerte de un accidente de trabajo, consistente en 6 mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad.

El recargo se aplicaría únicamente a la pensión de viudedad, así como a la indemnización a tanto alzado. De acuerdo con el artículo 53 de la LGSS, el beneficiario, en este caso, don Emilio, tendría un plazo de 5 años para exigir la prestación, aplicándose el mismo plazo de prescripción para imponer el recargo (STS de 18 de diciembre de 2015, rec. 2720/2014). Se ha de resaltar que la pensión de viudedad sobre la que recae el recargo es imprescriptible de acuerdo con el artículo 230 de la LGSS, sin embargo, el plazo de prescripción del recargo sigue quedando sujeto al plazo general de prescripción de los 5 años.

El nacimiento del recargo sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud depende del sujeto que hubiere iniciado el procedimiento para su interposición. No necesariamente nace con la prestación de la que deriva, y su concesión está sometida al principio de solicitud, al no ser su reconocimiento automático. Puesto que es la ITSS, mediante acta de infracción de 9 de noviembre de 2018, quien propone su determinación, según la Consulta 28/2016, de 19 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, el recargo nace con dicho informe de la Inspección y sus efectos económicos se retrotraen a los 3 meses anteriores a dicha fecha (según el art. 53.1 LGSS).

Si, en cambio, el proceso para la interposición del recargo se hubiere iniciado a instancia de parte por un sujeto legitimado, como don Emilio, el marido de doña Eulalia, aquel hubiera nacido con la correspondiente solicitud al INSS, produciéndose la misma retroactividad de los efectos económicos en 3 meses.

Por último, cabe señalar que el plazo de prescripción de 5 años establecido para la imposición al empresario del recargo se suspenderá con la incoación del expediente del INSS, reiniciándose el mismo transcurrido el plazo de 135 días hábiles que tiene el INSS para resolver el procedimiento (STS de 17 de julio de 2013, rec. 1023/2012), de acuerdo con el procedimiento administrativo del artículo 75 del RGRSS.

10.ª Analice si es correcta la competencia del EVI para emitir el dictamen-propuesta y cuáles serían las consecuencias de la emisión en el ámbito competencia del director provincial.

El EVI resulta competente para emitir el dictamen-propuesta en el procedimiento de reconocimiento del recargo sobre las prestaciones, según el artículo 10.1 de la Orden de 18 de enero de 1996. Dicha orden hace referencia únicamente a la imposición de recargos sobre las pensiones de IP, si bien la normativa resulta aplicable para la disposición de los recargos sobre otras prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, como es a los supuestos de muerte y supervivencia.

El proceso para el reconocimiento de tales recargos sobre una pensión de IP se regula en el Real Decreto 1300/1995, desarrollado en la citada Orden ministerial de 18 de enero de 1996.

El procedimiento puede iniciarse de oficio por la ITSS o a instancia del afectado o una persona legitimada, correspondiendo su resolución al director provincial del INSS (según los arts. 1.1 e) RD 1300/1995 y 16 Orden de 18 de enero de 1996).

La normativa indica el necesario informe-propuesta de la ITSS sobre los hechos acontecidos (el accidente laboral o enfermedad profesional sufrido por el afectado y la falta de medidas de seguridad y salud adoptadas por el empresario), las disposiciones infringidas por el empresario y la causa –de las enumeradas en el art. 164 LGSS– para imponer el recargo, proponiendo su porcentaje (según el art. 7.2 d) Orden de 18 de enero de 1996).

El proceso igualmente exige la remisión del expediente por el INSS a los interesados y la concesión de un plazo de 10 días para formular alegaciones, y determina que el plazo para resolver el proceso es de 135 días hábiles.

A pesar de no mencionarse en el artículo 3 del Real Decreto 1300/1995 que una de las competencias del EVI es la de emitir dictamen-propuesta en un proceso de reconocimiento de recargos, por el citado artículo 10 de la orden de desarrollo sí se menciona, debiendo

pronunciarse sobre el incumplimiento o no de las medidas de seguridad por el empresario y sobre el porcentaje de recargo propuesto por la ITSS. Como se ha indicado, la orden únicamente hace referencia a los recargos vinculados a una pensión de IP, pero la regulación se extiende a los reconocidos sobre otras prestaciones. La emisión del dictamen-propuesta del EVI en este proceso también la respalda la práctica del INSS y el criterio administrativo de la TGSS.

En todo caso, debe subrayarse que tales dictámenes-propuestas del EVI tienen naturaleza obligatoria pero no vinculante, tal y como establece el artículo 3.1 del Real Decreto 1300/1995 y se menciona en la STS de 11 de diciembre de 1991 (Roj: STS 13401/1991).

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con el área social del derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

La *RTSS. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: trabajo, seguridad social y recursos humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que, por las limitaciones propias del soporte papel, verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos 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 del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 10 páginas.
- Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, 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 el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, 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 (6.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran 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 por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, 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 los autores 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 principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le 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 al autor.



Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho laboral y Seguridad Social
- 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

CEF.-

Seguimos trabajando para ti.

+30 Másteres

+200 Cursos

ÁREAS

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

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



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE