

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 445 | Abril 2020

ISSN: 1138-9532

Un «derecho» laboral excepcional por aluviones para una pandemia

José Antonio Fernández Avilés

Actos de salvamento y accidentes de trabajo

Alejandra Selma Penalva

Medidas de Seguridad Social frente al COVID-19

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Las prestaciones de la Seguridad Social a juicio de los tribunales: entre protección y racionalidad económica

Revisión de grado de incapacidad permanente

Andrés Ramón Trillo García

Rentas computables y complementos a mínimos

Isabel María Villar Cañada

Brecha de género, complemento por «maternidad» y retorno al «varón discriminado»

Cristóbal Molina Navarrete

¿Federalismo social versus unidad de caja?

Antonio Ojeda Avilés

Eduardo Rojo Torrecilla



CEF.-

**MATRÍCULA
ABIERTA**

CURSOS ONLINE

INICIO ABRIL 2020

ÁREAS DE TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS

Diseño de Políticas de Contratación, Cláusulas Contractuales y Política Retributiva | Excel para Recursos Humanos | Fundamentos de Dirección de Recursos Humanos | Gestión de la Formación | Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones) | Gestión del Talento 2.0 | Movilidad, Extranjería y Nacionalidad | Nueva Regulación de Trabajadores Desplazados y Creación de la Autoridad Laboral Europea | Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Práctica en Despidos | Práctico de Derecho Laboral | Retribución y Compensación | Superior en Seguridad Social y Derecho Laboral

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 445 | Abril 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 Calafá. 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 Manrriich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

Diego Megino Fernández. Profesor de la Universidad de Burgos

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

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

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

Sumario

Editorial

- ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? 7-26
José Antonio Fernández Avilés

Estudios

- Los actos de salvamento: la modalidad menos estudiada de los accidentes de trabajo 27-50
The acts of rescue: the less study mode of work accidents
Alejandra Selma Penalva
- La conciliación «corresponsable» de la vida personal, familiar y profesional en el trabajo autónomo tras el Real Decreto-Ley 6/2019 51-92
The «co-responsible» reconciliation of personal, family and professional life in self-employment after the Royal Decree-Law 6/2019
Aránzazu Roldán Martínez
- Digitalización o la oportunidad de creación de más y mejores empleos 93-120
Digitalization or the opportunity of creation of more and better jobs
María Cristina Aguilar González

Análisis de actualidad

- Análisis de las medidas de Seguridad Social adoptadas por el Gobierno de España en relación con la crisis del COVID-19 121-145
Analysis of the Social Security measures adopted by the Government of Spain in relation to the COVID-19 crisis
Eduardo Enrique Taléns Visconti

Diálogos con la jurisprudencia

Monográfico: Las prestaciones de la Seguridad Social a juicio de los tribunales: entre protección y racionalidad económica

- Preliminar. Miradas judiciales a la actualidad de la Seguridad Social: «derecho humano» y necesaria, pero «acosada», «función de Estado» 147-159
Cristóbal Molina Navarrete
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea facilita el acceso a la jubilación anticipada de los emigrantes retornados. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18 160-166
Juan Antonio Maldonado Molina
- Revisión de grado de incapacidad permanente. Incidencia en la base reguladora y efectos económicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 35/2020, de 16 de enero 167-178
Andrés Ramón Trillo García
- La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre 179-187
Isabel María Villar Cañada
- Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18 188-201
Cristóbal Molina Navarrete
- Las competencias autonómicas en materia de desempleo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019, de 13 de noviembre 202-208
Susana de la Casa Quesada

Foro de debate

- Caja única, federalismo de ejecución y déficit de la Seguridad Social 209-218
Single fund, enforcement federalism and Social Security deficit
Antonio Ojeda Avilés
- ¿Es transferible la gestión económica de la Seguridad Social? Federalismo versus caja única 219-227
Is the economic management of Social Security transferable? Federalism versus single fund
Eduardo Rojo Torrecilla

Caso práctico

Inspección de Trabajo y Seguridad Social	229-258
<i>Inspection of Labour and Social Security</i>	
Julio Hernanz Gómez	

Recensión bibliográfica

La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales (Wilfredo Sanguinetti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano [Dir.])	259-262
Ana García García	
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>>.



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

¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?

José Antonio Fernández Avilés

Subdirector

La equidad en salud no concierne únicamente a la salud, vista aisladamente, sino que debe abordarse desde el ámbito más amplio de la imparcialidad y la justicia de los acuerdos sociales, incluida la distribución económica y prestando la debida atención al papel de la salud en la vida y la libertad humana.

A. Sen (*Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*)

1. La situación por la que atravesamos pone de manifiesto una de las caras de la sociedad globalizada –e interdependiente– en la que vivimos: la denominada «globalización del riesgo» (Beck), fruto del acelerado flujo de personas y mercancías. Esta vez, el riesgo se ha manifestado bajo una virulenta versión «biológica», tras la dura crisis –versión «económico-financiera»– que atravesamos durante casi toda una década. Una pandemia que nos ha desvelado la fragilidad humana y ha quebrado el orden normal de nuestra vida.

Todavía no sabemos si los acontecimientos supondrán un punto de inflexión hacia una globalización más colaborativa y solidaria o –todo apunta hacia ahí– una vuelta hacia formas de aislacionismo, nacionalismo y populismo. Los más optimistas predicen la reconstrucción de una sociedad más solidaria y se aventuran a vaticinar tanto un nuevo modelo económico que funcione mejor para todos, como un mayor espíritu de cooperación internacional. Frente a ello, lo primero que salta a la vista es la falta de instituciones globales adecuadas para abordar estas situaciones, y, en un ámbito más próximo, la rotunda decepción que supone la respuesta de la Unión Europea, en línea con las que ya por desgracia nos tiene acostumbrados, pues de momento tan solo se han alzado «barreras» a la circulación de personas y el discurso de la solidaridad –y de la cohesión– tan solo ha cedido su terreno al de las «recriminaciones»¹.

¹ Es preciso recordar que no faltan las bases jurídicas, sino la voluntad política, para una acción conjunta a este nivel, pues el propio [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) así lo prevé en su artículo 168

Afrontamos una crisis sanitaria –y también económica– que va a poner a prueba todos nuestros mecanismos de protección social, entendidos en sentido amplio, y que, por su virulencia, muy pronto ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos «ordinarios» de tutela del estado de bienestar para subvenir tanto a sus efectos disruptivos sobre la continuidad de la actividad productiva, como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos.

Afrontamos una crisis sanitaria –y también económica– que muy pronto ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos «ordinarios» de tutela del estado de bienestar

Como sucede en la mayoría de los desastres (la enfermedad también «discrimina»), el *shock* económico va a afectar más duramente a la población con una mayor situación de desprotección y precariedad (precarizado social). De ahí que el reto, en términos de política social «redistributiva», está claramente servido e, incluso –en un marco más amplio–, ya se ha hablado de la necesidad de un «Plan Marshall global». La OCDE, de cara al impacto económico y social de esta crisis, ya ha advertido a los Gobiernos que deben actuar con rapidez y fuerza para superar el coronavirus y su impacto económico; en especial, ha exhortado a:

Garantizar medidas de salud pública efectivas y con recursos suficientes para prevenir la infección y el contagio, e implementar políticas bien focalizadas para apoyar a los sistemas de atención médica y a los trabajadores, y proteger los ingresos de los grupos sociales y empresas vulnerables durante el brote del virus (2020, p. 1).

Con una vocación inicial de temporalidad (ya veremos lo que permanece de este nuevo aluvión normativo sociolaboral), se han tenido que adoptar medidas «excepcionales» para afrontar la situación, reglas que escapan a la lógica ordinaria de los mecanismos institucionales y de los grupos normativos afectados. Tales medidas van a poner a prueba su efectividad y eficacia en breve, de hecho, en muy pocos días han requerido de ajustes en función de las nuevas circunstancias y de los efectos inicialmente imprevistos. Pero al iuslaboralista esto no le sorprende, pues, como nos enseñó el profesor Vida Soria: «[...] el derecho del trabajo no es más que el conjunto de una normativa excepcional destinada a la integración jurídica de las clases trabajadoras» y la ordenación de las relaciones contractuales de trabajo «[...] una pura técnica instrumental para la resolución de un problema político que los

cuando, tras declarar que «la Unión garantizará un alto nivel de salud humana», encomienda a los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, la coordinación entre sí de sus políticas, así como prescribe que «el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas»; del mismo modo, en su artículo 222, intitulado «Cláusula de solidaridad», establece lo siguiente: «la Unión y los Estados miembros actuarán conjuntamente y con espíritu de solidaridad cuando un Estado miembro sea víctima de una catástrofe natural».

trasciende». Lástima que la situación no haya sido afrontada desde el inicio con una dimensión preventiva más proactiva, pero eso ya es un asunto –si el «compromiso político» estuvo al nivel de la amenaza– que corresponde valorar en clave más estrictamente política y de lección para el futuro. En todo caso, ha hecho preciso un enfoque colectivo, coordinado y comprensivo que involucrase a toda la maquinaria de gobernanza político-administrativa y a la propia ciudadanía (Žižek, 2020).

Dicho conjunto normativo es ya muy amplio y será objeto de análisis pormenorizados en las diferentes secciones de la revista. El objeto de este editorial es más modesto y tan solo pretende dar una visión del conjunto de medidas afectantes a lo que conocemos como «derecho social»; y ello con carácter muy selectivo, pues una buena parte del conjunto normativo de «excepción» no deja de desplegar efectos sobre las relaciones de trabajo y de Seguridad Social. En este caso, podemos hablar de un derecho social con vocación de «excepcionalidad», en realidad, también una suerte de derecho «experimental» a tener presente también para futuras ocasiones. La experiencia jurídica también es «acumulativa» y la ciencia jurídica también es «instrumental» en ese sentido, aprendiendo de los errores del pasado y transmitiendo ese conocimiento para ahorrárselos a las generaciones venideras (Wieacker). Por la misma materia social a la que se dirige su actividad normativa, en el derecho laboral no cabe pensar en una cristalización inamovible del esquema de valores fundamentales que lo informan como orden dado (derecho legislado). La situación pone de manifiesto la propia dinamicidad del ordenamiento laboral y su misma naturaleza contradictoria donde aflora la tensión entre las fuerzas de «desorden» (el conflicto subyacente «asistémico» y, en este caso, el riesgo extraordinario) y la función pacificadora del sistema establecido que le es asignada (la conservación y consolidación del *statu quo* o fuerza «sistémica»).

Podemos hablar de un derecho social con vocación de «excepcionalidad», una suerte de derecho «experimental» a tener presente también para futuras ocasiones

2. Frente a la situación de emergencia de salud pública y pandemia internacional que altera gravemente la normalidad, sobre la base del [artículo 116.2 de la Constitución española](#) y del [artículo cuarto, apartado b\), de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio](#), de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno adoptó el [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, de manera que la contención de la progresión de la enfermedad supone limitaciones temporales a la libre circulación junto con la reducción de la oferta laboral, debido a las medidas de cuarentena y contención. Estas circunstancias se traducen en una perturbación conjunta de demanda y oferta para la economía española, que sin duda afectará a las ventas de las empresas, generando tensiones de liquidez que –tal como constataba el Gobierno– podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptaban medidas urgentes de estabilización.

Antecedido de otras medidas como recomendaciones, guías, etc., prevalentemente encuadrables en el *soft law* (v. gr., véase la [Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación con el nuevo coronavirus del Ministerio de Trabajo y Economía Social](#)), el paquete «central» de medidas laborales se encuentra regulado por el [Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (junto con las modificaciones que tales normas han tenido por 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 COVID19). La prioridad para la que se destina el conjunto de medidas –como reza en la [exposición de motivos del RDL 8/2020](#)– consiste en «minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore». El objetivo perseguido es que:

[...] estos efectos negativos sean transitorios y evitar, en última instancia, que se produzca un impacto más permanente o estructural debido a un círculo vicioso de caídas de demanda y producción como las de 2008-2009, con una salida masiva de trabajadores al desempleo y un ajuste particularmente agudo para los trabajadores temporales y los autónomos.

De todos modos, conviene dejar claro que las medidas no van a alcanzar a ciertos sectores de la población más desprotegidos, como a los trabajadores de la economía sumergida –no formalizada, entre ellos, los inmigrantes en situación irregular– o a aquellos que están excluidos del sistema de protección por desempleo (v. gr., el personal al servicio del hogar familiar), o bien a aquellos que, teniendo formalmente atribuidos los derechos, *de facto* se vean impelidos a no ejercerlos, como los contratados temporales que temen por la no renovación futura de sus contratos. Carencias que, cuando se trata de sostenimiento de un nivel mínimo de ingresos, deberían atenderse mediante la instauración de alguna medida de «subsidio excepcional» universal o «renta mínima» como red de protección para atender las situaciones de mayor vulnerabilidad (ya anunciada para el personal al servicio del hogar familiar).

Las medidas no van a alcanzar a ciertos sectores de la población más desprotegidos

Un nivel mínimo de ingresos debería atenderse mediante la instauración de alguna medida de «subsidio excepcional» universal o «renta mínima»

3. El primer grupo de medidas laborales atiende a la dimensión de la flexibilidad «interna», tratando de promover los ajustes oportunos para evitar acudir a medidas de reestructuración más drásticas (significativamente, las suspensiones o extinciones contractuales). El [artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) declara que las medidas excepcionales de naturaleza

laboral previstas en la norma tienen como objetivos prioritarios «garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria». Para ello, conmina a que se establezcan «sistemas de organización» que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia (para cuyo fomento se anuncia un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para pymes dentro del programa Acelera PYME de la empresa pública Red.es). A tal efecto, las empresas deben «adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado».

Ya algunas normas previas incidieron, en el ámbito del empleo público, sobre los aspectos reorganizativos a través de modificaciones de las condiciones de trabajo –v. gr., conviene resaltar la [Resolución del secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo del COVID-19, de 10 de marzo de 2020](#) (adoptada sobre la base de los arts. 47 y 51 Estatuto Básico del Empleado Público)–. Todo ello en línea con las recomendaciones de las autoridades sanitarias sobre los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial, en aquellos puestos en que resulta posible, por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y contagio por COVID-19.

La mirada al trabajo a distancia hubiera sido una solución más adecuada si el propio marco normativo laboral no fuese como el que tenemos: de mínimos, en exceso críptico, inseguro, genérico y ni siquiera bien diseñado para la moderna realidad del teletrabajo (cfr. [art. 13 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–, que ofrece pocas soluciones claras a cuestiones centrales, v. gr., las relativas a las limitaciones de tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión digital, condiciones del lugar de trabajo o régimen de los instrumentos de trabajo necesarios y quién asume su coste). De todos modos, en la praxis está siendo una medida muy efectiva para prevenir la epidemia y así debe considerarse en las políticas preventivas empresariales de cara a continuar con los procesos productivos. Debería servirnos para salir de nuestra cultura laboral «presencialista» y aprender a utilizar las nuevas formas de trabajo para mantener tanto la interacción social, como la productividad, mediante un uso adecuado de las nuevas tecnologías, sin interacción física intensiva y la consiguiente huella de carbono, así como por las ventajas que puede suponer en términos de conciliación de la vida laboral y familiar.

La mirada al trabajo a distancia hubiera sido una solución más adecuada si el propio marco normativo no fuese de mínimos, en exceso críptico y ni siquiera bien diseñado para la moderna realidad del teletrabajo

En todo caso, surge un conjunto de lagunas y dudas aplicativas –e interpretativas– que deberían haber sido colmadas por la propia norma, minimizando así la inseguridad jurídica, entre ellas: ¿conlleva excepcionar el régimen ordinario de exigencia «acuerdo escrito» y, por ende, el consentimiento para la adhesión del trabajador al establecimiento de esta modali-

dad contractual?, ¿puede ser unilateralmente impuesto en garantía del deber de seguridad que pesa sobre el empleador o podría también exigirlo el trabajador como medida preventiva para garantizar su no exposición al riesgo de contagio?, ¿cabría imponer esta modalidad mediante acuerdos colectivos de empresa *ad hoc* y cuál debería ser su régimen jurídico?

Estas medidas alternativas, en particular el trabajo a distancia (en realidad, «a domicilio», dadas las restricciones para la libertad de movimientos que impiden que la prestación de servicios pueda realizarse en otro «lugar libremente elegido» por el trabajador, tal como reza el [art. 13.1 ET](#)), «deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad». Por tanto, la norma jerarquiza o prioriza la disponibilidad de las medidas adoptables sobre la base de su nivel de impacto sobre el sinalagma contractual. Por ende, el «test de proporcionalidad» de las medidas suspensivas –totales o parciales– se aplica en relación con la viabilidad –o no– previa de estas medidas reorganizativas que permitan razonablemente continuar el proceso productivo con cierta normalidad. Así pues, la configuración de la norma abre una cierta dosis de discrecionalidad administrativa –y, en su caso, judicial– para la admisibilidad de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) que ya se están planteando de forma masiva (pues el conflicto de intereses de fondo no está perfectamente cerrado por la norma, dada la inevitable textura «abierta» del precepto –tomando prestada una noción de Hart–).

La carga regulativa del trabajo a distancia, en realidad, se remite a la propia política empresarial, pues dicha modalidad contractual tan solo se modula en su vertiente preventiva, excepcionando lo previsto en el [artículo 13.4 del ET](#), donde se reconoce el derecho que los trabajadores a distancia tienen «a una adecuada protección en materia de seguridad y salud», con la previsión de que, en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera prevista hasta el momento dicha modalidad, se entenderá cumplida la obligación de evaluación de riesgos laborales (ex [art. 16 Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales), con carácter excepcional, a través de una «autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora». Signo inequívoco de una desafortunada visión «devaluada» del derecho a la salud en el marco de esta relación de trabajo (de «relajación de las obligaciones», lo denomina eufemísticamente la exposición de motivos), que resulta dudosamente compatible con una verdadera política preventiva en el marco del trabajo a distancia y que requerirá de una diligencia preventiva, habida cuenta de los ya conocidos riesgos ergonómicos y psicosociales que esta modalidad de prestación de servicios puede generar (en especial, los derivados del uso intensivo de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación). Afloran aquí las carencias de la deficiente regulación del «derecho a la desconexión» en nuestro marco normativo heterónimo –sobre las que ahora no toca detenernos– y se

La previsión de una «autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora» es signo inequívoco de una desafortunada visión «devaluada» del derecho a la salud en el marco de esta relación de trabajo

abandona la situación hacia una «autorresponsabilidad» del trabajador que pasa a prestar servicios bajo esta modalidad a distancia.

Los aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo también han sido objeto de especial atención por la norma, estableciéndose –en el [art. 6 RDL 8/2020](#)– un conjunto de previsiones sobre el «derecho de adaptación del horario y reducción de jornada», que modulan el régimen ordinario en diferentes aspectos. Se trata de unos derechos limitados y condicionados a la acreditación de «deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora», para cuya atención se atribuye a los trabajadores el derecho a acceder a la adaptación de su jornada (y/o a la reducción de la misma) conforme a los términos previstos en la norma. Para ello, deben concurrir «circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19», entendida la concurrencia de tales situaciones:

- «cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas [...] que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19»;
- «cuando existan decisiones adoptadas por las autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos»;
- bien cuando las circunstancias requieran «la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19».

El derecho de adaptación y/o reducción de jornada² se configura como una prerrogativa o derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto dos condicionantes ([art. 6.1 RDL 8/2020](#)):

² Conforme al [artículo 6.2 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), 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 de la medida. La norma formula los posibles ajustes sin carácter cerrado, sino *ad exemplum*, pues los mismos pueden consistir en: cambio de turno; alteración de horario; horario flexible; jornada partida o continuada; cambio de centro de trabajo; cambio de funciones; cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia (aquí la norma genera cierta confusión, quizá por improvisada, pues confunde la modalidad de prestación de servicios –presencial o a distancia– con las cuestiones temporales

- a) Un criterio «intrafamiliar»: «el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles»; que hubiera sido más adecuado incluirlo en la exposición de motivos –en clave de concienciación, lo que incluso serviría como parámetro interpretativo–, pero que se establece como una norma «pedagógica» (Carbonnier), por tanto, se conforma como un condicionante taxativo del supuesto de hecho legal con la aporía de que es prácticamente de imposible fiscalización sin indagar en la vida familiar del solicitante (y ello plantea la paradoja de que puede friccionar gravemente con algunos derechos fundamentales).
- b) Y otro criterio «intraempresarial», en relación con las exigencias organizativas y productivas de la empresa, pues su ejercicio debe ser: «justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa».

Justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación y/o reducción de la jornada solicitadas, en relación con la situación de la empresa, son los test de admisibilidad que instaura la norma. La concreción inicial del derecho corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre que reúna tales requisitos, «teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa». Además, la norma exhorta a que empresa y persona trabajadora hagan lo posible por llegar a un acuerdo al respecto ([art. 6.2 RDL 8/2020](#)), evitando así en lo posible la judicialización de conflictos –inevitables por tratarse de una norma «discrecional» que invita a la ponderación de los derechos en juego (por contraposición a lo que sería una norma «rígida» según Ross)–. Litigios que tendrán la consideración y tramitación jurídico-procesal especial de conflictos en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.

Justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación y/o reducción de la jornada solicitadas, en relación con la situación de la empresa, son los test de admisibilidad que instaura la norma

También los trabajadores tendrán derecho a una «reducción especial de la jornada de trabajo» en las situaciones previstas en el [artículo 37.6 del ET](#) (quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad o quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado

en la ejecución del contrato de trabajo); o –empleando una cláusula abierta de cierre– en «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 del COVID-19».

de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo), cuando concurren las circunstancias excepcionales ya señaladas, con la reducción proporcional de su salario. En principio, para dicha reducción es aplicable el régimen jurídico previsto en los [apartados 6 y 7 del artículo 37 del ET](#) –así como el conjunto de garantías y beneficios accesorios que conlleva su ejercicio– salvo ciertas peculiaridades ([art. 6.3 RDL 8/2020](#)): la reducción especial de jornada deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación; podrá alcanzar el 100 % de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique 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](#); en caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 %, el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa; así como que, en el supuesto establecido en el [artículo 37.6, párrafo 2.º, del ET](#), no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

Por último, la norma prevé que, en el caso de que la persona trabajadora se encontrara disfrutando ya 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 –incluidos los establecidos en el propio [art. 37 ET](#)–, tiene dos posibilidades: la primera, renunciar temporalmente a los mismos; o la segunda, tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurren las circunstancias excepcionales previstas por la norma y debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria, así como acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose *iuris tantum* que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada ([art. 6.3 RDL 8/2020](#)).

Reténgase que la situación se presta también a hipotéticos acuerdos –calificables de abusivos– para un ejercicio extemporáneo del derecho a vacaciones o permisos retribuidos, previstos para otras situaciones, con el objeto de subvenir a esta situación extraordinaria en perjuicio del trabajador, lo que sería un uso indebido de los mismos, aunque habrá que valorar cada situación concreta para determinar si existe o no una situación de fraude de ley.

La situación se presta también a acuerdos para un ejercicio extemporáneo del derecho a vacaciones o permisos retribuidos, aunque habrá que valorar cada situación concreta para determinar si existe una situación de fraude de ley

4. El segundo grupo de medidas laborales se contempla en el [capítulo II del Real Decreto-Ley 8/2020](#) (intitulado «Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos»). La teleología de la norma es facilitar excepcionalmente los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por necesidades empresariales, de manera que no sea necesario acudir a medidas

más drásticas de corte extintivo de los contratos de trabajo, acompañado –como fórmula de apoyo– de medidas también excepcionales de Seguridad Social en materia de cotización y mediante el diseño de una prestación excepcional por desempleo que acompaña a estas situaciones (en la dimensión «pasiva» de la tutela), que se describirán en la sección correspondiente de la revista, y que estarán vigentes mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19 (ex [art. 28 RDL 8/2020](#)). Las medidas en materia de Seguridad Social que acompañan los ERTE extraordinarios, concebidas bajo un criterio de excepcionalidad, pondrán a prueba la eficacia del carácter «contracíclico» y «estabilizador» del sistema frente a los efectos económicos –de menores ingresos fiscales y por cotizaciones– que la contracción de la economía va a generar.

La teleología de la norma es facilitar excepcionalmente los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por necesidades empresariales, de manera que no sea necesario acudir a medidas más drásticas de corte extintivo

No parece que sean admisibles ni viables acuerdos suspensivos del contrato de trabajo por mutuo acuerdo (ex [art. 45.1 a\) ET](#)), como tampoco la imposición unilateral de conversión de contratos de tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando su causa responda a situaciones generadas por la epidemia; acuerdos que deberían reputarse fraudulentos –en la medida en que dejarían al trabajador sin una renta de sustitución durante el periodo suspensivo– o bien supondrían una actuación fraudulenta de elusión de ERTE extraordinario diseñado para atender estas situaciones.

Este régimen –salvo en algunos aspectos relativos a la cotización y a la protección por desempleo– no se aplicará a los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada iniciados o comunicados antes de su entrada en vigor y basados en las causas previstas en el mismo ([disp. trans. primera.1 RDL 8/2020](#)).

Tampoco estas medidas pueden ser aplicables a los centros, servicios y establecimientos sanitarios y centros de atención a personas mayores, dependientes o personas con discapacidad, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada, o el régimen de gestión, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, pues dado que durante la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas se entenderán como servicios esenciales. Por lo tanto, deberán mantener su actividad, «pudiendo únicamente proceder a reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes» ([art. 1 RDL 9/2020](#))³.

³ Además, téngase en cuenta lo previsto por la [Orden SND/295/2020, de 26 de marzo](#), por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales ante la situa-

En principio, la norma configura las situaciones –siguiendo el principio de causalidad y debidamente acreditadas– como situación de fuerza mayor con las consecuencias previstas en el [artículo 47 del ET](#) (sería fuerza mayor «impropia» o *factum principis*) cuando tales suspensiones de contrato y reducciones de jornada «tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19», incluyendo la propia declaración del estado de alarma (a estos efectos, todas las actividades incluidas en el [art. 10](#) y en el [anexo](#) del RD 463/2020 se consideran afectadas por fuerza mayor temporal)⁴, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria ([art. 22.1 RDL 8/2020](#)).

Ahora bien, el procedimiento de suspensión de los contratos o de reducción temporal de la jornada por tales circunstancias tiene toda una serie de especialidades –en verdad, pocas– respecto del procedimiento ordinariamente previsto para tales expedientes de fuerza mayor en el [artículo 51.7 del ET](#) (por remisión del [art. 47.3](#) del mismo texto legal)⁵, que pretenden dotarlo de una mayor agilidad ([art. 22.2 RDL 8/2020](#)):

El procedimiento de suspensión de los contratos o de reducción temporal de la jornada tiene toda una serie de especialidades que pretenden dotarlo de una mayor agilidad

- a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que deberá acompañarse de un «informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19», así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa tiene también unas obligaciones de información, pues deberá comunicar su solicitud a los trabajadores afectados y trasladar el citado informe y la documentación acreditativa, en caso de existir,

ción de crisis ocasionada por el COVID-19, que faculta en este ámbito el establecimiento de «medidas necesarias para la protección de las personas, bienes y lugares, pudiendo imponer a los trabajadores y trabajadoras de los servicios sociales la prestación de servicios extraordinarios, ya sea en razón de su duración o de su naturaleza».

⁴ Como aclara el [Criterio técnico DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19](#) (p. 2).

⁵ Para la tramitación de los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el régimen general de la Seguridad Social o en alguno de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, *vid.* las previsiones específicas del [artículo 22.3 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) y del [artículo 4 del Real Decreto-Ley 9/2020](#).

a la representación legal de los trabajadores (que, a pesar de que no lo diga la norma «excepcional», tendrá la consideración de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento –ex [art. 51.7, párr. 2.º, ET](#)–).

- b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada, deberá ser «constatada» por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados (al igual que sucede en los supuestos ordinarios).
- c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de 5 días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
- d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral (como excepción al carácter preceptivo que dicho informe tiene en el régimen ordinario conforme a la regla del [art. 47.1, párr. 9.º, ET](#)), se evacuará en el plazo improrrogable de 5 días (mientras que, de ordinario, este plazo es de 15 días). El carácter potestativo que se establece para este informe, si bien dota de una mayor rapidez al procedimiento, puede suponer también una disminución de garantías sobre la regularidad de la medida empresarial, especialmente para los trabajadores en los casos en que se vean privados de esta cualificada actuación inspectora.
- e) La [disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 9/2020](#) fija un límite a la duración de estos ERTE: no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID19, «entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma decretado [...] y sus posibles prórrogas»⁶; y ello al margen de que exista resolución administrativa expresa u opere el silencio administrativo (positivo).

Y en cuanto a la «extensión personal» de las medidas de suspensión o reducción de jornada:

⁶ Criterio más estricto que el que –dado el inicial vacío normativo– sentaba el criterio técnico adoptado por la Dirección General de Trabajo, que «integraba» la cuestión señalando que los efectos de la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor se extenderán:

[...] durante el tiempo y en las condiciones en que permanezca vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieren acordarse, o mientras persistan las circunstancias graves y extraordinarias constitutivas de la fuerza mayor ([Criterio técnico DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19](#), p. 3).

[...] se limitará a aquellos contratos de trabajo que estén directamente vinculados con la pérdida de actividad causada por la fuerza mayor [...] las medidas a aplicar (suspensiones y/o reducciones) deben ser proporcionadas al volumen de actividad paralizada o de imposible realización ([Criterio técnico DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19](#), p. 4).

5. Del mismo modo, hay otras empresas que, aunque no estén directamente afectadas por las medidas extraordinarias que conlleva la declaración del estado de alarma, tienen una estrecha relación productiva o comercial con ellas (repárese en la cantidad de empresas que adquieran parte de los materiales destinados a implementar su ciclo de producción en empresas «afectadas» ahora directamente por la situación de emergencia). Aunque no sean normalmente las primeras en verse afectadas por el alcance de las medidas que conlleva el estado de alarma, pero ello altere su proceso productivo, *quid iuris*, en los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (causas ETOP) relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes ([art. 23 RDL 8/2020](#)):

Aunque no sean las primerísimas en verse afectadas por el alcance de las medidas que conlleva el estado de alarma, pero ello altere su proceso productivo, en los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, se aplicarán especialidades

- a) En el supuesto de que no exista representación legal de los trabajadores, la comisión representativa de estos para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el [artículo 41.4 del ET](#). Lo más destacable aquí es que –frente al régimen ordinario donde la opción por uno u otro tipo de representación *ad hoc* corresponde a los propios trabajadores– la norma excepcional concede preferencia a la representación «sindical» sobre la representación «interna» (comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente). En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa

deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días (de manera que se acorta en 2 días el plazo ordinario de 7 días).

- b) El periodo de consultas entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras o la comisión representativa prevista en el punto anterior no deberá exceder del plazo máximo de 7 días (acortando así un plazo que, de ordinario, tiene tan solo un límite máximo de duración de 15 días).
- c) En esta hipótesis, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud se transforma tan solo en «potestativa» –no preceptiva– para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de 7 días (acortando así el plazo ordinario improrrogable de 15 días).
- d) Aquí la normativa no prevé cuál será su duración máxima, aunque cabría entender que la medida, por su intrínseco carácter temporal, no debería extenderse más allá de la duración de la causa invocada para su adopción.

Así pues, se abren dos posibilidades –en función de la causalidad más o menos mediata con la crisis sanitaria y productiva– en relación con estas medidas de ajuste laboral que, en la práctica, pueden presentarse de manera confusa: de un lado, las hipótesis de «pérdida de actividad» derivada de la situación de fuerza mayor temporal (por la propia declaración del estado de alarma o sus consecuencias directas sobre el nivel de actividad en la empresa); y, de otro, las causas por necesidades empresariales derivadas que –más genéricamente– se relacionen con el COVID-19. Aunque los procedimientos parecen –en principio– alternativos y no acumulativos simultáneamente, se trata de procedimientos que posiblemente sí que sean sucesivamente compatibles, si la naturaleza de las nuevas causas es diferenciable. Es previsiblemente esperable un cierto vacío aplicativo de la segunda modalidad de ERTE –basado en las causas ETOP– en beneficio de la referida a la fuerza mayor temporal, dado que su tramitación es más ágil y no integra periodo de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores, así como se beneficia de la exoneración total o parcial de la cotización empresarial durante la situación de desempleo de los trabajadores afectados por la medida ([art. 24.1 RDL 8/2020](#)).

Es previsiblemente esperable un vacío aplicativo de la segunda modalidad de ERTE –basado en las causas ETOP– en beneficio de la referida a la fuerza mayor temporal, dado que su tramitación es más ágil y se beneficia de la exoneración total o parcial de la cotización empresarial

Debemos recordar que, en todo lo no excepcionado o modificado, el régimen aplicable sigue siendo el ordinario para la adopción de este tipo de medidas reorganizativas, en especial, conviene tener presente lo dispuesto en el [artículo 47.4 del ET](#), donde se establece –aunque sea de manera muy genérica– que, durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se «promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a

la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad». De manera que la actividad formativa, posible a través de la formación virtual, es una especial exigencia para las empresas que adopten este tipo de medidas.

6. El Gobierno ha considerado que resultaba necesario adoptar más medidas que profundizaran en el control de la propagación del virus y evitar que el acúmulo de pacientes en las unidades de cuidados intensivos lleve a su saturación. Para ello ha adoptado medidas más drásticas para evitar los desplazamientos en servicios no calificados de esenciales, mediante la instrumentación de una medida de carácter laboral que permita articular la drástica limitación de movimientos y reducirla hasta los niveles que permitan conseguir el efecto deseado. Por ello, de cara a afrontar la situación de «parón generalizado» de la actividad productiva, el [Real Decreto-Ley 10/2020](#) 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.

Esta norma contempla un nuevo «permiso retribuido recuperable» bastante *sui generis*, pues tiene «carácter obligatorio» y es limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos) ([art. 2 RDL 10/2020](#)), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollen las actividades no esenciales (calificadas como tal en el extenso anexo que acompaña a la norma). En tales actividades, la norma –en una especie de «día de gracia»– ha permitido la actividad el día 30 de marzo con el único

Un nuevo «permiso retribuido recuperable» bastante *sui generis*, pues tiene «carácter obligatorio» y es limitado en el tiempo, para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollen las actividades no esenciales

propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la reanudación de la actividad empresarial ([disp. trans. primera RDL 10/2020](#)). Quedan exceptuados de esta medida los trabajadores que tengan su contrato de trabajo suspendido durante el periodo indicado ([art. 1.2 c\) y d\) RDL 10/2020](#)) y aquellos que puedan continuar prestando servicios mediante teletrabajo u otra modalidad no presencial ([art. 1.2 e\) RDL 10/2020](#)).

Este heteróclito «permiso» no permite una asimilación nítida a ninguna de las instituciones jurídico-laborales ordinarias conocidas (ni a los permisos retribuidos, a la distribución irregular de la jornada, a la suspensión por fuerza mayor o cumplimiento de un deber inexcusable –en este caso, por la imposición gubernativa de no desplazarse para trabajar y permanecer confinado en su domicilio– o a la excedencia forzosa), dado que el legislador –y menos en estas situaciones– no responde a esquemas dogmáticos preconstituidos, sino

que construye la regulación en el sentido «utilitarista» y funcional para la crítica situación a la que viene destinada. Y esto no es en verdad ninguna novedad para nosotros, ya que el derecho laboral siempre se ha manifestado, más que como una normatividad asentada sobre bases dogmáticas, como una técnica para la solución de conflictos y problemas sociales (más de «existencias» que de «esencias», como sostuvo preclaramente el profesor Vida Soria). Resulta obvio que el régimen jurídico de la medida no tiene la completitud necesaria para resolver muchas cuestiones aplicativas y –llegado ese momento– sí que será necesario «diferenciar» para aplicar análogicamente el régimen jurídico de otras instituciones y figuras jurídicas ya conocidas.

En todo caso, parece que el nódulo gordiano –en términos de conflictividad– será la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido (regulada en el [art. 3 RDL 10/2020](#)); una cuestión a añadir en la ya complejísima regulación del tiempo de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral. En principio, la recuperación de las horas está previsto que se negocie en un periodo de consultas («consulta-negociación», realmente) abierto entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, que tendrá una duración máxima de 7 días. En caso de falta de representación legal se han mimetizado las reglas –ya señaladas– para los ERTE extraordinarios por causas ETOP. Las partes también podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico –ex [art. 83 ET](#)– para la solución de los conflictos colectivos de trabajo.

La consulta-negociación podrá concluir con un acuerdo que regule la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo equivalentes al permiso, 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. En caso de no alcanzarse acuerdo, la empresa adoptará unilateralmente la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas y la notificará a los trabajadores y a la comisión representativa (en el plazo de 7 días desde la finalización de aquel). En cualquier caso, la recuperación de estas horas no podrá 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](#) (de 5 días), ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación; asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

Como válvula de escape, el [artículo 4 del Real Decreto-Ley 10/2020](#) instituye –en conexión con la aplicación de este permiso retribuido recuperable– el concepto de «actividad mínima indispensable», cuando necesiten establecer el «número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles

Como válvula de escape instituye –en conexión con la aplicación de este permiso retribuido recuperable– el concepto de «actividad mínima indispensable»

con el fin de mantener la actividad indispensable»; actividad y mínimo de plantilla o turnos que toma como parámetro «la mantenida en un fin de semana ordinario o en festivos».

El permiso puede ser modificado o adaptado por el ministro de Sanidad a las actividades sanitarias –no esenciales– en las que sea de aplicación (art. 5 RDL 10/2020); así como se contemplan una serie de [disposiciones adicionales del Real Decreto-Ley 10/2020](#) que establecen previsiones específicas para empleados públicos y personal con legislación específica propia, servicios esenciales de la Administración de Justicia y personal al servicio de empresas adjudicatarias de servicios públicos.

7. Un aspecto central, que no se trató en el primer abordaje normativo de la situación por el Gobierno, es la cuestión del despido en este periodo de crisis sanitaria. La reciente derogación del despido por «absentismo justificado» del [apartado d\) del artículo 52 del ET](#) –mediante el [RDL 4/2020, de 18 de febrero](#)– es un factor positivo, aunque insatisfactorio e incompleto y no exento de polémica, pues no se acompañó de la correspondiente incorporación expresa como causa de nulidad del despido –por su íntima conexión con el derecho a la salud– el adoptado en situación de incapacidad temporal del trabajador. La consecuencia es que ahora está en manos de los jueces y tribunales esa concreción (aunque lo cierto es que ahora con más argumentos para defender la nulidad de los mismos en conexión con los derechos fundamentales en juego). Ciertamente, todo este régimen excepcional de flexibilidad interna –con sus correspondientes medidas de apoyo por parte del sistema de Seguridad Social– (en lo que podría considerarse un ejemplo prototípico de flexiseguridad bien entendida) se había desarrollado bajo la hipótesis de su suficiencia para evitar la destrucción de empleo.

De hecho, se instaura la obligación empresarial de «salv guarda» –o mantenimiento– del empleo establecida en la [disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020](#), conforme a la cual todas las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas por la norma «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». Ello significa que se neutralizan los poderes de gestión laboral empresarial en la vertiente extintiva, con un alcance tipológico-extintivo en analogía a las extinciones que podrían computar para un ERE, aunque presenta bastantes dudas interpretativas en relación con su conexión con la extinción de contratos temporales.

Se instaura la obligación empresarial de «salv guarda», conforme a la cual todas las medidas extraordinarias en el ámbito laboral «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»

Pero la realidad no es así, visto en términos de «sistema», el riesgo cierto es que la situación permita también la opción de medidas extintivas. Recuérdese que nuestro régimen ordinario de tutela frente al despido no se basa en la «estabilidad real» en el empleo (salvo casos muy delimitados).

tados que conllevan su calificación judicial de nulidad), además de que tanto la fuerza mayor –propia o impropia– como las archiconocidas causas ETOP –diseminadas como un mantra en toda nuestra legislación laboral– podían –hasta la [entrada en vigor del RDL 9/2020](#)– seguir operando como legítima causa para la extinción de las relaciones de trabajo.

La fuerza mayor y las causas ETOP, en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada, «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido»

Por ello, se ha hecho necesaria una «neutralización» de los poderes empresariales en este periodo excepcional a través de la previsión contenida en el [artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020](#) (sobre «Medidas extraordinarias para la protección del empleo»), conforme al cual la fuerza mayor y las causas ETOP, en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada (previstas en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020), «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido». Aunque la norma pudiera entenderse como una norma prohibitiva absoluta, lo que abriría más nítidamente la posibilidad de sancionar tales extinciones con la calificación de nulidad, la «literalidad» de la misma (y este debe ser el primer criterio interpretativo) lleva a considerar que esa «falta de justificación» se reconduce, por aplicación de las reglas ordinarias de extinción del contrato de trabajo, a la calificación de improcedencia, lo que simplemente «monetariza» el tratamiento indemnizatorio de tales despidos «sin causa justificativa», pero no garantiza una verdadera estabilidad real en el puesto de trabajo. Prácticamente iguales consideraciones podrían hacerse respecto de los despidos anteriores a la [entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020](#). Aunque serán, en última instancia, los jueces y tribunales los que deban dilucidar la cuestión. En realidad, podríamos encontrar ante situaciones de fraude de ley (o «abuso de derecho», en los despidos anteriores a la entrada en vigor de la norma), donde ya sabemos que nuestra jurisprudencia –*cf.*, entre otras, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 \(rec. 3248/2013\)](#), seguida de la de [5 de mayo de 2015 \(rec. 2659/2013\)](#)– no reconoce la aplicación de las consecuencias previstas en el régimen común (civilístico) para reconducir tales situaciones estrictamente al régimen específico de calificación de las extinciones contractuales laborales (*lex specialis derogat legi generali*). Y ello porque la normativa excepcional tampoco en esta ocasión ha previsto específicamente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la tan solo «aparente prohibición» temporal de despido. Como tampoco ha previsto su duración aplicativo-temporal y, ante la ausencia de reglas de derecho inter-

temporales, surge la duda de si la misma se aplica estrictamente al periodo en que estén operativas las causas para los ERTE excepcionales, o bien puede entenderse que –para que la norma tenga verdaderamente un «efecto útil»– se referiría también a las consecuencias posteriores sobre la actividad empresarial derivadas de la epidemia.

La normativa excepcional tampoco ha previsto específicamente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la tan solo «aparente prohibición» temporal de despido

La medida –similar a las ya adoptadas por otros países europeos– ha recibido algún apresurado calificativo –que aquí no se comparte– de «inconstitucional», por su obvia fricción con el principio de libertad de empresa ex [artículo 39 de la Constitución](#). Esa fricción no debe entenderse en términos de contraposición ilegítima al principio (ningún derecho es ilimitado en el sistema constitucional de derechos), pues se encontraría plenamente justificada por el daño más grave que generaría a la estabilidad económica una destrucción masiva de empleo; habiéndose además desarrollado las antevistas fórmulas alternativas disponibles para las empresas, que conllevarán la aplicación de una ingente cantidad de fondos públicos (y que prácticamente evitan o minimizan el «coste laboral» para las empresas). De manera que se trataría de una limitación derivada de lo que el propio precepto constitucional contempla como «exigencias de la economía general» y que ahora no es el momento de concebir en absoluto como un desincentivo a la inversión y recuperación económica futura, etc., dado que se trata de una medida de intervención prototípicamente excepcional y ceñida en el tiempo a la duración del estado de alarma (o de sus consecuencias).

La medida se encontraría plenamente justificada por el daño más grave que generaría a la estabilidad económica una destrucción masiva de empleo; habiéndose desarrollado fórmulas alternativas disponibles para las empresas, que conllevarán la aplicación de una ingente cantidad de fondos públicos y que minimizan el «coste laboral» para las empresas

En la misma línea se sitúa la regla que «interrumpe» el cómputo de duración máxima de los contratos temporales –[art. 5 RDL 9/2020](#)–, incluidos los formativos, de relevo e interinidad (por las causas previstas en los arts. [22](#) y [23 RDL 8/2020](#)), «tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas». Técnicamente, la norma abre bastantes interrogantes aplicativos que habrá que ir desgranando, pero lo que inicialmente destaca es la incorrección técnica al hablar de interrupción (y no de suspensión, aunque también se refiera posteriormente al «periodo suspendido»), pues ello conlleva que (*lex magis dixit quam voluit*), una vez cesada la suspensión, los plazos no se «reanuden» donde se pararon, sino que se vuelvan a retrotraer al comienzo. Entendemos que –en una interpretación «correctora» restrictiva– esta no ha sido verdaderamente la intención del legislador gubernativo.

8. Como habrá podido comprobar el lector, y nos hemos referido aquí tan solo a la dimensión estrictamente laboral, todo este derecho social excepcional «por aluviones», unas veces por su deficiente calidad técnica y otras por la improvisación propia de la urgencia y necesidad de las medidas adoptadas, es una potencial fuente de conflictos interpretativos y aplicativos. La clave estará en dilucidar, para cada materia y situación, si predomina la «lógica jurídica ordinaria» frente a la excepción –como tradicionalmente había entendido

la dogmática jurídica más clásica– o bien requerirá atender a la *utilitas* de la norma excepcional (Carnelutti), así como a una lógica interpretativa más funcional y teleológica, acorde con la delicada y crítica situación sociosanitaria a la que subviene todo ese conjunto de medidas para evitar que «mute» también en una dura crisis de empleo.

Cómo citar: Fernández Avilés, J. A. (2020). ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 7-26.

Los actos de salvamento: la modalidad menos estudiada de los accidentes de trabajo

Alejandra Selma Penalva

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

Extracto

El acto de salvamento se convierte en la práctica en la modalidad menos frecuente y, por lo tanto, menos analizada del accidente de trabajo. Es muchas veces el desconocimiento de esta figura, unido a la ambigüedad de su configuración legal, lo que impide detectar resultados lesivos que hubieran podido quedar encuadrados en su concepto, privando por tanto de protección al trabajador afectado. El presente trabajo pretende realizar un recorrido exhaustivo sobre los distintos aspectos que pueden influir en la calificación de determinada lesión como constitutiva de un accidente de trabajo sufrido en acto de salvamento, como la imprudencia temeraria del trabajador, la comisión de un delito de omisión de un deber de socorro, la concurrencia de fuerza mayor extraña al trabajo, o la naturaleza, personal o material, del bien objeto de rescate.

Palabras clave: accidente; acto de salvamento; *in itinere*; imprudencia; peligro; fuerza mayor.

Fecha de entrada: 15-12-2019 / Fecha de aceptación: 03-03-2020

Cómo citar: Selma Penalva, A. (2020). Los actos de salvamento: la modalidad menos estudiada de los accidentes de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 27-50.



The acts of rescue: the less study mode of work accidents

Alejandra Selma Penalva

Abstract

The act of rescue becomes the practice in the less frequent, and therefore, less analyzed, form of the work accident. It is many times the ignorance of this figure, with the ambiguity of its legal configuration, which prevents detecting harmful results that could have been framed in its concept, thus depriving the affected worker of protection. The present work intends to make an exhaustive guide of on the different aspects that can influence the classification of a injury as a work accident suffered in the act of rescue, such as the reckless recklessness of the worker, the commission of a omission crime of a relief duty, the concurrence of force majeure, or the nature, personnel or material, of the legal interest protected to rescue.

Keywords: accident; rescue act; *in itinere*; imprudence; danger; force majeure.

Citation: Selma Penalva, A. (2020). The acts of rescue: the less study mode of work accidents. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 27-50.





Sumario

1. Consideraciones iniciales: la ampliación legal del concepto de accidente de trabajo
2. Interpretación extensiva del concepto. Ejemplos prácticos
3. Diferencias con otras figuras afines. Lesiones en actos de salvamento de empleados públicos (especial referencia a miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad) y otras profesiones
4. Incidencia de la fuerza mayor sobre los actos de salvamento
5. El papel de la imprudencia del trabajador en las labores de rescate
6. Entidad personal o económica del bien rescatado
7. Actos de salvamento y recargo de prestaciones
8. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Consideraciones iniciales: la ampliación legal del concepto de accidente de trabajo

Sin duda, una de las modalidades menos estudiadas de accidente de trabajo es la producida al realizar un acto de salvamento. Hoy en día, es el tipo de accidente de trabajo que presenta un reflejo menor en las estadísticas de siniestralidad anuales y, también, el que menos litigios suscita. Todo ello permite conceptualarlo como un supuesto muy específico y concreto de accidente de trabajo, reservado solo para situaciones puntuales. Ahora bien, si atendemos a la redacción literal de la ley, se puede apreciar que la voluntad del legislador no era configurarlo como un supuesto excepcionalísimo, pues realmente no establece presupuestos demasiado estrictos en su definición, sino simplemente, con ánimo ejemplificativo, identificar figuras conexas al accidente de trabajo, con el fin de evitar que pasen desapercibidas. Pese a todo, la práctica demuestra que este supuesto sigue siendo excepcional en nuestro modelo productivo.

Es el artículo 156.2 d) del actual texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (TRLGSS) (como antes hiciera, con similar expresión, el art. 115.2 d) antigua LGSS) el que se ocupa de precisar que también tendrán la consideración de accidentes de trabajo «los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo». Se trata de una más de las distintas situaciones, enumeradas con ánimo ejemplificativo en el citado apartado 2, a través de las cuales el legislador intenta extender el concepto de accidente de trabajo, con el fin de mejorar la protección de los trabajadores.

Como la práctica se ocupa de confirmar, los accidentes de trabajo generados por actos de salvamento son muy escasos en nuestro sistema productivo, y es que su propia configuración legal los perfila como situaciones excepcionales. Ahora bien, tan poco frecuente es que un accidente pueda encuadrarse en la particular configuración normativa de los actos de salvamento que, en la práctica, nuestros jueces y tribunales vienen realizando una interpretación extensiva de sus contornos, con el fin de ofrecer protección a situaciones atípicas, en las que la necesidad de tutela al trabajador es patente, pero en las que el nexo causal con el carácter laboral del accidente sufrido es solo indirecto¹. Y es que, como se

¹ Adviértase que no siempre ha imperado esta vocación de extensión sobre este concreto tema. Como muestra de ello, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de noviembre de 1913, que no consideró laboral la lesión que sufrió un trabajador al intentar salvar al hijo del patrono que había caído en una letrina, apreciando entonces que:

ha expuesto, el tenor literal de la ley no precisa que el acto de salvamento únicamente se podrá llevar a cabo ante un riesgo inminente de muerte de una persona, ni que se realice en tiempo y lugar de trabajo, ni que deba producirse únicamente mientras se desarrolla un trabajo efectivo, ni que solo pueda incidir sobre compañeros de trabajo, sino que se admite un abanico muy amplio de posibilidades en las que apreciar que existe conexión con el trabajo realizado².

Otra de las cuestiones que pueden surgir a la hora de concretar el verdadero alcance de esta figura está relacionada con el tipo de actividad desarrollada. Y es que ¿es necesario que el sujeto esté prestando sus servicios en un contexto particularmente peligroso para, llegado el momento en el que sea necesario que realice labores de rescate, aplicarle esta extensión? La respuesta a esta pregunta ha de ser necesariamente negativa. Como a simple vista se puede apreciar, la literalidad de la ley no establece presupuesto o restricción alguna, por lo que cualquier trabajador, independientemente de la naturaleza más o menos peligrosa de la actividad que realice, puede verse inmerso en una actuación de salvamento, dado que lo único que se precisa es que esta tenga conexión con el trabajo realizado.

Es entonces cuando surge un nuevo problema de interpretación, ¿qué ha de entenderse por «conexión con el trabajo»? Ante la ambigüedad de la ley, resulta necesario recurrir a la interpretación que, sobre esta cuestión, vienen haciendo nuestros jueces y tribunales. Y es entonces cuando se aprecia que los escasos pronunciamientos recaídos hasta el momento sobre este específico tema optan por considerar que la citada conexión con el trabajo que precisa el legislador puede ser tanto directa como indirecta, por lo que no resulta imprescindible que el accidente se produzca en virtud de circunstancias directamente vinculadas ni a la estructura productiva ni tan siquiera al contexto empresarial. Definiéndolo en términos muy extensos, jueces y tribunales vienen exigiendo simplemente que dicho salvamento se haya producido con ocasión o como consecuencia del trabajo realizado³, previsión que, dada la generalidad de sus términos, sigue exigiendo un análisis particularizado de las circunstancias que rodeen en cada caso el accidente sufrido, sin que se pueda extraer una regla general aplicable *a priori*. De esta forma, siguiendo una interpretación muy amplia, se entiende que guarda relación con el trabajo realizado todo aquel rescate que nunca se hubiera producido de no haber ido el sujeto a trabajar ese día, aunque se realice en favor de terceras personas ajenas a la estructura empresarial. Es decir, se aprecia que existe una conexión laboral lo suficientemente importante cuando las reglas de la lógica permitan constatar que, de no haber acudido el trabajador al lugar de trabajo, no hubiera tenido conocimiento de

[...] no es accidente indemnizable el producido sin que, entre el trabajo que el obrero ejecutaba, y la lesión sufrida, haya relación alguna, absoluta e inmediata, sin que baste que ocurriera en el momento de prestar servicios, si fue con ocasión de un acto independiente de los mismos.

² Como pone de manifiesto Cruz (2000, p. 291). También, expone la misma situación, apoyándose en supuestos reales, Sánchez (2013, p. 214). En similares términos, Álvarez (1981, p. 403).

³ Sobre este tema, véase Montoya (2019).

la necesidad de ayuda, no hubiera realizado el rescate y, al no hacerlo, no hubiera sufrido el accidente, incluso aunque las personas o bienes objeto del rescate no guarden relación alguna con el trabajo realizado⁴.

2. Interpretación extensiva del concepto. Ejemplos prácticos

Aunque muchas veces resulten obvias, como ejemplo de esta vocación de extensión del concepto de acto de salvamento pueden citarse las siguientes situaciones:

- 1.º Si atendemos a la respuesta jurisprudencial, se puede apreciar que esta ambigua expresión utilizada por el legislador nunca se interpreta como una exigencia genérica de que este acto de salvamento tenga que realizarse en tiempo y lugar de trabajo. Y es que, en caso contrario, habrá nacido en favor del trabajador la presunción de laboralidad del accidente sufrido que proclama el artículo 156.3 del TRLGSS y no será necesario calificar el accidente sufrido como propio de un salvamento laboral⁵.

⁴ Como se puede apreciar, no se exige que el salvamento incida únicamente sobre otros compañeros de la empresa, sino que se permite un amplio abanico de posibilidades. Así lo aprecia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cantabria 372/2017, de 11 de mayo, cuando la necesidad de salvamento surge no ya respecto a un compañero de trabajo, sino de una de las personas trasladadas en la ambulancia en la que prestaban servicios. En el mismo sentido, véanse las clásicas Sentencias del Tribunal Central de Trabajo (SSTCT) de 8 de octubre de 1982, relativa a un camionero que fallece mediando en una pelea mientras repostaba, y de 12 de diciembre de 1983, relativa al famoso caso del camarero de un restaurante de costa que fallece intentando rescatar del mar a un bañista que necesitaba ayuda. Y es que se aprecia en esa ocasión que tuvo conocimiento de la necesidad de socorro, precisamente, por encontrarse en tiempo y lugar de trabajo enfrente del mar. También, la STS de 3 de junio de 1971 considera causado en acto de salvamento el ocurrido al conductor de un tractor mientras se acercaba a avisar a los conductores de una cosechadora, con los que no mantenía relación profesional alguna, del riesgo de colisión con un cable de alta tensión. Similares reflexiones se realizan en la STCT de 8 de octubre de 1982 respecto a un camionero que media en una disputa mientras se encontraba repostando gasolina, cosa que nunca hubiera hecho de no haber acudido ese día a prestar servicios en su empresa.

⁵ Por supuesto, no obsta el carácter laboral del accidente el hecho de que se produzca durante la realización de horas extraordinarias, incluyendo las derivadas de fuerza mayor, e, incluso, en tiempo de presencia en las instalaciones de la empresa en el que no se realice trabajo efectivo (como puede ser un descanso entre turnos, el tiempo de espera, etc.), y, también, los acaecidos en reuniones previas o posteriores al inicio de la jornada de trabajo, siempre que estas fueran habituales entre dicho colectivo de profesionales según la costumbre del lugar. Y es que, en esos casos, se entiende que el trabajador no hubiera tenido conocimiento de la situación de necesidad que lo llevó a realizar las tareas de rescate si no hubiera acudido a su puesto de trabajo. Así lo estima la STSJ de Andalucía/Granada de 2 de diciembre (rec. 1507/2009) respecto a las quemaduras producidas por la explosión de una hoguera que, como resulta habitual en el sector de la construcción, habían encendido unos trabajadores para calentarse justo antes de comenzar la jornada de trabajo.

Así pues, se admite esta conexión laboral cuando el accidente se produce fuera del lugar o fuera del horario de trabajo, e, incluso, en los casos en los que el trabajador en cuestión hubiese abandonado sin autorización su puesto de trabajo para llevar a cabo el salvamento. A estos efectos, se considera que el carácter justificado o no de su ausencia no impide apreciar, en su caso, y atendiendo en todo momento a las circunstancias concurrentes, la conexión laboral del accidente sufrido⁶.

- 2.º El TRLGSS, al igual que en su momento hiciera la LGSS, utiliza la expresión «actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga», es decir, voluntariamente recurre a un concepto de contornos muy amplios, con el fin de poder incluir en él labores de salvamento o rescate o cualquier otra forma de ayuda o de tutela que puedan requerir las circunstancias concurrentes en el caso. Puede con ello afirmarse que la labor realizada no debe tener como finalidad principal evitar un fallecimiento de una persona o la destrucción de un bien material, sino simplemente contribuir a su protección o cuidado. Así pues, por ejemplo, se consideran análogas al salvamento conductas tales como mediar en una pelea⁷ o empujar un coche averiado⁸.
- 3.º Para apreciar que la lesión sufrida por un trabajador al realizar un acto de salvamento guarda relación con el trabajo no se exige que el trabajador haya actuado cumpliendo una orden empresarial. En otras palabras, para estimar la conexión laboral con el accidente, el trabajador puede haber actuado libremente, sin necesidad de cumplir un mandato empresarial, pues en caso contrario se estaría exigiendo un presupuesto tan estricto que convertiría a esta figura en inoperante⁹.
- 4.º Por su parte, también resulta muy importante destacar que, siguiendo esta interpretación extensiva, jueces y tribunales mantienen sin reservas que no resulta necesario que el trabajador haya realizado su actuación en cumplimiento del deber de no omisión del deber de socorro que marca el Código Penal (CP). A estos efectos cabe recordar que, según dispone el artículo 195.1 del CP, incurrirá en este delito «el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros».

⁶ Sirva como ejemplo la tradicional STCT de 12 de diciembre de 1983 en la que no desvirtúa el carácter laboral del accidente sufrido el hecho de que un camarero de un restaurante de costa abandonara su puesto para rescatar a un bañista.

⁷ Tal y como lo aprecia la STCT de 8 de octubre de 1982.

⁸ STS de 20 de febrero de 1971.

⁹ Al respecto, Alonso y Tortuero (1995, p. 89). También, en el mismo sentido, Cavas y Fernández (2006, p. 45) insisten en que el acto de salvamento al que hace referencia la legislación de Seguridad Social puede quedar referido tanto a actuaciones del trabajador realizadas en cumplimiento de una orden empresarial (aunque la concreta actuación de rescate que se le imponga no corresponda a las funciones para las que dicho trabajador ha sido contratado), como a actuaciones espontáneas y plenamente libres del trabajador afectado.

Como se puede apreciar, la exigencia de ausencia de riesgo propio que define a esta figura implicaría dejar sin efecto el artículo 156.2 d) del TRLGSS, pues su propia configuración exige que el trabajador sufra una lesión por este motivo.

- 5.º Tampoco influye, como no deja de ser lógico, en la calificación laboral del accidente el hecho de que la empresa en cuestión haya omitido las medidas de seguridad que le fueran exigibles. Al contrario, resulta habitual que esta carencia de medios repercuta bien en el resultado lesivo inicial que requiere de labores de auxilio, bien en las lesiones producidas (normalmente por falta de medios) del sujeto que realiza el rescate¹⁰. Adviértase que la omisión de medidas de seguridad constituye un incumplimiento empresarial que podrá ser constitutivo de una infracción muy grave y dar lugar a la correspondiente sanción, generar el recargo de las prestaciones causadas e, incluso, dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios a los sujetos lesionados y motivar también, cuando sea necesario, la paralización de la actividad empresarial¹¹.
- 6.º Del mismo modo, del propio tenor literal del artículo 156 del TRLGSS se aprecia claramente que resulta irrelevante el éxito o fracaso de la actuación de rescate. Esto es, el accidente en cuestión se calificará como «accidente de trabajo» independientemente de que el trabajador lesionado haya alcanzado o no el objetivo de ayuda que pretendía, pues es la finalidad que razonablemente perseguía con sus actos, y no el resultado concreto que se llegue a alcanzar, lo que permitirá calificar los hechos. Esta cuestión, aunque obvia, en la práctica puede llegar a suscitar serios problemas de interpretación. Y es que, sobre todo en ausencia de testigos, ¿cómo se puede demostrar que el trabajador lesionado realmente pretendía, con su actuación arriesgada, llevar a cabo un rescate, si nunca lo consiguió? Es entonces cuando jueces y tribunales vienen realizando una lectura extensa del precepto, presuponiendo finalidad de rescate, siempre que del relato de los hechos se deduzca, al menos, un *fumus boni iuri* que permita sostener el objetivo perseguido¹². No se puede negar que, en situaciones de esta índole, exigir prueba efectiva de la finalidad verdaderamente pretendida con la actuación realizada daría lugar a una prueba diabólica que, en la mayor parte de ocasiones, privaría al trabajador lesionado de la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a los accidentes de trabajo.

¹⁰ Así se aprecia en la STSJ de Cantabria 561/2011, de 4 de julio, respecto al ahogamiento de un monitor de campamento que socorría a un bañista, teniendo en cuenta que la piscina no contaba con socorrista (pese a que esta medida constaba como necesaria en el plan de prevención de riesgos laborales de la empresa) ni los trabajadores habían recibido formación alguna que orientase su actuación en caso de urgencia.

¹¹ Como pone de manifiesto la STSJ de Galicia de 9 de febrero.

¹² A modo de ejemplo, véanse las SSTSJ de Galicia 1079/2013, de 19 de febrero, y de Navarra 9/2005, de 19 de enero.

- 7.º No rompe el nexo causal el hecho de que la circunstancia en virtud de la cual derive la necesidad de ayuda venga motivada por la responsabilidad civil o criminal de un tercero, o, incluso, del propio sujeto que finalmente necesita ser rescatado. Y es que, como es sabido, el artículo 156.5 b) del TRLGSS se ocupa de precisar que no impedirá la calificación de un concreto accidente como accidente de trabajo «la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo»¹³, previsión plenamente aplicable a todas las modalidades de accidente laboral. Conviene recordar, a los efectos que posteriormente se analizan con más detalle, que esta responsabilidad puede a su vez derivar de dolo, culpa o imprudencia del sujeto causante de los hechos o de cualquier otro sujeto.
- 8.º Hay que reconocer que gran parte de las contingencias que, en abstracto, podrían calificarse como sufridas en actos de salvamento quedan hoy en día encuadradas en el concepto, cada vez más amplio, de accidentes *in itinere*¹⁴ o, incluso, de accidentes en misión. Nos referimos a ciertos accidentes sufridos en carretera. Tradicionalmente, se recurría al concepto de «accidente sufrido en acto de salvamento» para evitar apreciar la ruptura del nexo causal de cierto tipo de accidentes ocurridos en carretera, directa o indirectamente relacionados con la circulación, cuando el trabajador en cuestión resultaba lesionado por participar en alguna actuación de rescate o ayuda a una tercera persona que no guardaba relación alguna con el trabajo realizado (art. 156.5 b) TRLGSS)¹⁵. El criterio interpretativo que se sigue actualmente, en cambio, es muy diferente. Y es que se aprecia que el acto realizado, aunque realmente no se ha producido con ocasión del trabajo realizado, sí lo ha hecho derivado de actuaciones previas e imprescindibles para poder llegar a desarrollarlo (como es el desplazamiento que permite al trabajador acudir o volver del lugar de trabajo), por lo que encuentra ya perfecto encaje en el concepto de accidente *in itinere* o, incluso, cuando las circunstancias del caso lo requieran, de accidente en misión. Así pues, en la práctica, lesiones sufridas como consecuencia de detener el vehículo que el sujeto conducía con el fin de participar en el rescate en carretera de otros vehículos accidentados, prestar

¹³ Iglesias (2011) advierte de la importancia de diferenciar los accidentes de trabajo de los que no tienen este carácter, a efectos de poder calcular el coste real que estos generan al sistema de Seguridad Social.

¹⁴ Como pone de manifiesto, entre otros muchos autores, Lladó (2015, p. 70).

¹⁵ Esto es lo que ocurre cuando el trabajador, camionero de profesión, al parar a repostar, media en una pelea entre dos conductores y, a consecuencia de ello, resulta herido de muerte, en el caso que analiza la STCT de 8 de octubre de 1982. En similar situación se encuentran los conductores y empleados de un taxi que, mientras se dirigen a cubrir su turno de trabajo, son requeridos por el conductor de otro taxi que se había averiado, siendo embestidos mientras realizaban estas tareas de ayuda, con resultado de muerte, en el caso que analiza la STS de 20 de febrero de 1971.

ayuda ante la caída de un ciclista o recoger a un animal herido encontrarán hoy en día una clara acogida dentro de la visión cada vez más amplia del accidente *in itinere*, normalmente sin necesidad de tener que justificar que concurrió una necesidad de salvamento.

- 9.º Aunque no se trate de un tema que haya sido analizado ni por la doctrina ni por la jurisprudencia hasta ahora, nada impide considerar también un accidente causado en acto de salvamento las lesiones producidas al intentar salvar la propia vida o integridad física después de haber sufrido un percance. Las mismas consideraciones podrán realizarse en torno a bienes propios que, sin incurrir en imprudencia temeraria, el sujeto en cuestión considere de tal valor como para poner en riesgo su vida. Y es que para que puedan entrar en juego las previsiones del artículo 156.2 d) del TRLGSS no es necesario que la actuación en cuestión pretenda salvaguardar personas o bienes ajenos, por lo que, en principio, siempre cabe el salvamento propio.
- 10.º Se ha de ser consciente de que, en algunos casos, el concepto de accidente de trabajo derivado de acto de salvamento deberá comprender no solo las lesiones provocadas en el momento del rescate, sino también aquellas enfermedades posteriores, estén o no incluidas en el listado de enfermedades profesionales, pero manifestadas a raíz del contacto con sustancias tóxicas resultante de tener que realizar las labores de salvamento. Se trata de un aspecto que, además de generar un importante problema de prueba, puede llegar a tener una repercusión muy significativa, pues, como la práctica se ocupa de confirmar, la exposición a agentes químicos o simplemente la inhalación prolongada de polvo en suspensión a la que se someten los rescatadores provocan graves enfermedades respiratorias que, como otras enfermedades de generación progresiva, manifiestan sus primeros síntomas años después de que acaeciera la situación de contacto¹⁶.
- 11.º Por lo que respecta al alcance del acto de salvamento como accidente de trabajo, es necesario destacar también que, si bien comenzó siendo una figura de la que solo podían beneficiarse los trabajadores por cuenta ajena, hoy en día, debido a la reciente extensión del concepto de accidente de trabajo a los trabajadores autónomos, nada impedirá ya considerar como un accidente de trabajo el sufrido por un profesional por cuenta propia mientras lleva a cabo un acto de salvamento, bajo los mismos presupuestos y requisitos que se comentan en estas líneas¹⁷.

¹⁶ A modo de ejemplo de situaciones de esta índole, véanse los múltiples artículos hasta ahora publicados en relación con las enfermedades cardiorrespiratorias sufridas a medio y largo plazo por las personas que participaron en las tareas de rescate el 11-S y que son notoriamente más acusadas sobre quienes acudieron a la zona cero, atendiendo a las primeras llamadas de emergencia, debido a que la concentración de polvo y otros productos derivados de la explosión en el aire era mucho mayor.

¹⁷ Y es que a pesar de la escueta redacción del artículo 26.3 de la Ley 20/2007 a la hora de definir el concepto de accidente de trabajo de los trabajadores autónomos, no se discute que los accidentes

3. Diferencias con otras figuras afines. Lesiones en actos de salvamento de empleados públicos (especial referencia a miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad) y otras profesiones

Resulta obvio que cualquier trabajador puede sufrir un accidente de trabajo en acto de salvamento, independientemente del tipo de actividad laboral que desarrolle. Y es que, si se llegase a apreciar que el salvamento al que se refiere la legislación laboral está haciendo únicamente una referencia a las labores de ayuda, atención o cuidado consustanciales a ciertas profesiones, se estaría privando de protección a los actos heroicos, con finalidad humanitaria y altruista, que, llegado el caso, pueden realizar ciertas personas, independientemente de cuál sea el objeto de su prestación de servicios e, incluso, aunque ello las obligue a abandonar momentáneamente su puesto de trabajo.

Una vez aclarado este punto, resulta obvio que una de las cuestiones fundamentales relativas a la figura del acto de salvamento como accidente de trabajo está relacionada con las actuaciones de ayuda que realizan miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad, personal sanitario y, también, otro tipo de profesionales (como pueden ser bomberos, guardas de seguridad, porteros de viviendas, complejos residenciales o discotecas, conserjes, vigilantes, socorristas, cuidadores de personas que no pueden valerse por sí mismas, etc.)¹⁸. Esto es, independientemente de su carácter de empleado público o de trabajador por cuenta ajena al servicio de un empleador privado, este tipo de actuaciones de salvamento, en principio, no quedarán ubicadas en el artículo 156.2 d) del TRLGSS, pues realmente se trata de accidentes sufridos durante el desarrollo de la actividad profesional normal del sujeto, en tiempo y lugar de trabajo. Aunque hoy en día esta aclaración resulta obvia, fue en el año 1982 cuando el Tribunal Central de Trabajo se ocupa expresamente de advertir que no pueden confundirse con las referenciadas en el artículo 156.2 d) del TRLGSS las funciones que desempeñan cierto tipo de profesionales para los que las labores de salvamento, rescate y ayuda resultan inherentes a su prestación de servicios¹⁹.

Ahora bien, esta apreciación no quiere decir que el salvamento en cuestión no tenga ningún tipo de incidencia respecto a estos profesionales. A estos efectos, conviene tener en cuenta que, aunque las funciones de salvaguarda de personas y bienes formen parte

sufridos en actos de salvamento, teniendo siempre en cuenta las circunstancias concretas en las que se hayan producido, también podrán considerarse sufridos «con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional» que realiza el autónomo. En cualquier caso, debe advertirse que, salvo por lo que respecta a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, la protección por contingencias profesionales del trabajador autónomo por el momento es solo voluntaria. Acerca de la protección por contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, *in extenso*, véase Blasco (2018, p. 65).

¹⁸ Cuestión que, entre otras, analiza González (2016).

¹⁹ Como específicamente se ocupa de valorar la STCT de 12 de diciembre de 1983.

de su cometido laboral, no se puede negar que, en la práctica, las situaciones en las que se requiera actuación urgente para poner a salvo la vida de una persona representarán tan solo un porcentaje residual dentro de la totalidad de sus tareas. Es precisamente esta particularidad la que, llegado el caso, permite sostener que, cuando este tipo de profesionales tiene que realizar un salvamento humano urgente, se encuentra sin duda sometido a un nivel de estrés no habitual en sus tareas diarias. Y es ese estrés el que, a su vez, puede servir para justificar el carácter laboral de una patología en principio de origen común, pero cuyos síntomas se manifiestan de forma repentina bien en tiempo y lugar de trabajo, bien en un periodo de tiempo posterior, pero razonablemente cercano a la finalización de la misma jornada de trabajo en la que se ha llevado a cabo el salvamento. La mejor muestra de ello la ofrecen en la práctica patologías cardíacas, derivadas de enfermedad común, pero que manifiestan síntomas súbitos y de especial gravedad a raíz del desarrollo de tareas de especial responsabilidad y diligencia tendentes a salvar una vida humana²⁰.

Pero no es esta la única incidencia que los actos de salvamento pueden tener sobre cierto tipo de profesionales encargados de la tutela de la seguridad y salud de las personas y sus propiedades. También, en la práctica, se plantea una nueva cuestión: una vez admitido que el salvamento (de personas o bienes, según corresponda) forma parte del cometido inherente a cierto tipo de profesiones, queda por determinar qué ocurre respecto a este tipo de profesionales cuando se encuentran fuera de servicio, y, pese a todo, realizan una labor de rescate, en virtud de la cual resultan lesionados. Y es que ¿el hecho de no encontrarse prestando servicios hace desaparecer el carácter laboral de la contingencia sufrida?

A estos efectos, procede traer a colación el artículo 52 de la Ley orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, comunidades autónomas y policías locales, en el que expresamente se establece que los policías deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana. Por tanto, como estos sujetos se encuentran obligados a actuar, toda lesión que sufran por realizar actos de ayuda o salvamento, pese a estar fuera de servicio, se considerará vinculada al trabajo realizado, pues en realidad no son más que cometidos inherentes a la profesión que desarrollan. En definitiva, no será necesario recurrir a la extensión que el legislador laboral realiza respecto a los «actos de salvamento», pues en realidad se considerará un accidente de trabajo sufrido no en circunstancias extraordinarias, sino en cumplimiento de sus obligaciones profesionales ordinarias²¹.

²⁰ Este es el caso que analiza, por ejemplo, la STSJ de Cantabria 372/2017, de 11 de mayo, en la que finalmente se falla el carácter laboral de la contingencia sufrida por un sujeto, sanitario de ambulancias, diabético e hipertenso, que había participado activamente en la reanimación cardíaca de un bebé el mismo día en el que sufre un infarto.

²¹ Sirva como ejemplo la STSJ de Andalucía/Sevilla 2861/2002, de 12 de julio. En el caso que se ocupa de analizar, un policía local fuera de servicio porque se encontraba de vacaciones descubre en un comercio in fraganti a un menor que hurtaba una botella de *whisky* y se la escondía entre la ropa, y le recrimina dicha actitud, a consecuencia de lo cual sufre un infarto. Sostiene la mutua que ninguna relación tiene

Otro problema diferente sería el apreciar si otro tipo de profesionales, distintos a los de fuerzas y cuerpos de seguridad, cuyas funciones diarias también consisten en la salvaguarda de personas o bienes (vigilantes privados, salvavidas, guardacostas, profesionales sanitarios, etc.), pueden resultar beneficiados de esta extensión, pues a ellos no les resulta aplicable la Ley orgánica 2/1986 antes citada. Parece entonces que las reglas de la deontología profesional de cada colectivo obligarían a realizar las labores de auxilio propias de su profesión aún incluso encontrándose fuera de lugar o tiempo de trabajo, lo que también, llegado el caso de que este problema llegue a plantearse, podría conducir a la calificación de laboral del accidente sufrido, aunque esta vez fuera necesario acudir a la extensión de laboralidad de los accidentes sufridos «en acto de salvamento» (art. 156.2 d) TRLGSS). Y es que será entonces el deber moral de actuación propio de la profesión que ejercen (y no la cercanía temporal o física del accidentado al puesto de trabajo del sujeto) el que permita apreciar la conexión con el trabajo que requiere esta figura²².

4. Incidencia de la fuerza mayor sobre los actos de salvamento

También la fuerza mayor va a desplegar importantes efectos sobre el concepto de acto de salvamento. Como es sabido, la fuerza mayor en el ámbito del derecho del trabajo puede desencadenar distintos efectos. Entre ellos, los más importantes son los siguientes: justificaría la omisión del deber de ocupación efectiva previsto en el artículo 30 del Estatuto de

la baja laboral con el trabajo, ya que el actor estaba de vacaciones, pero olvida que el artículo 52 de la Ley orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, comunidades autónomas y policías locales, obliga a estos profesionales a intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana. Por tanto, como el actor estaba obligado a actuar para evitar un hurto, considera el tribunal que no puede afirmarse que el infarto sea ajeno al trabajo realizado.

²² Piénsese, por ejemplo, en un hipotético caso en el que un médico resulte lesionado al realizar un masaje cardíaco a un comensal desconocido que sufre un infarto mientras cenaba un sábado por la noche en un restaurante en el que ambos hubieran coincidido fortuitamente. Otro tema mucho más polémico sería el accidente sufrido en acto de salvamento mientras el profesional en cuestión realizaba tareas propias de su profesión, pero de forma voluntaria y altruista para una ONG. Y es que, en ese caso, dicha actividad benéfica no generará alta en la Seguridad Social y estará sujeta a obligaciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales. Adviértase que al respecto la Ley 45/2015, de voluntariado, únicamente establece en su artículo 10.1 e), entre los derechos de los voluntarios, el de «estar cubiertos, a cargo de la entidad de voluntariado, de los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la acción voluntaria [...] a través de un seguro u otra garantía financiera». Y es que, al no tratarse de una labor de ayuda excepcional y fortuita, sino organizada y permanente, y no ser el laboral el vínculo que los une a la entidad para la que prestan servicios, parece que las únicas consecuencias podrán ser, en su caso, el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios que puedan sufrir durante el desarrollo de la actividad a cargo de la compañía aseguradora con la que la ONG, tal y como obliga la ley, hubiese cubierto este tipo de riesgos.

los Trabajadores (ET)²³; permitiría la realización del tipo especial de horas extraordinarias previstas en el artículo 35.3 del ET destinadas a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes; daría lugar a la suspensión o, incluso, la extinción del contrato de trabajo, dependiendo de que los efectos de la fuerza mayor sean temporales o previsiblemente definitivos (arts. 47 y 51 ET), llegando incluso a justificar la tramitación de un expediente de regulación de empleo²⁴; y, también, puede llegar a desnaturalizar el carácter laboral de la contingencia sufrida (art. 156.4 a) TRLGSS).

Precisamente por lo que atañe al tema que ahora nos ocupa, es el artículo 156.4 a) del TRLGSS el que especifica que no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

[...] los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

Para poder apreciar cuál es la trascendencia práctica del precepto citado, procede ahora delimitar el concepto de fuerza mayor y analizar su influencia sobre la relación laboral.

Teniendo en cuenta que la legislación laboral no define la fuerza mayor, debemos recurrir a las previsiones que al respecto establece el Código Civil (CC). Así, el artículo 1.105 del CC especifica que «nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables». Como a simple vista se puede apreciar, ni la legislación laboral ni la civil enumeran, ni siquiera a título ejemplificativo, cuáles son los fenómenos que se pueden considerar constitutivos de un episodio de auténtica fuerza mayor, lo que obliga a realizar un análisis particularizado de cada situación concreta, pues tal es la variedad de situaciones que pueden presentarse en la práctica, y tan acusada la diversidad de circunstancias concurrentes, que extraer una regla general resulta particularmente difícil²⁵.

²³ Tema que analiza con detenimiento Fernández-Costales (2001).

²⁴ Sobre este tema, véase Cavas (1996).

²⁵ Adviértase que, en torno a este tema, la Ley de contrato de trabajo de 1944 sí contenía una lista ejemplificativa de las causas concretas que podían derivar en la extinción del contrato por fuerza mayor. Así, especificaba que:

[...] los contratos de trabajo podrán terminar por fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las causas siguientes: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones, y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever, o que previstos, no se hayan podido evitar.

Enumeración que ha desaparecido en la legislación vigente, pero que todavía tiene utilidad, pues puede ser utilizada como criterio de interpretación (pues no deja de ser un «antecedente histórico» en los tér-

Al respecto, es nuestra doctrina la que, a partir de esta definición legal, diferencia entre fuerza mayor propia e impropia²⁶, designando la primera expresión a los desastres de la naturaleza o, incluso, catástrofes políticas (como guerra o secesión²⁷), y la segunda a cualquier otro suceso, imprevisible e inevitable, especialmente extraordinario, ajeno a la voluntad empresarial, pero no del todo desvinculado de la actividad humana²⁸. Por lo que al ámbito de la actividad productiva se refiere, podrían citarse como ejemplos de fuerza mayor impropia situaciones tales como la pérdida repentina de la licencia administrativa imprescindible para desarrollar su actividad, la expropiación forzosa, el cierre del edificio por ruina, supuestos extraordinarios de huelga no anunciada y de duración muy prolongada, rescate de concesión administrativa, etc.²⁹. En cambio, nunca serán constitutivos de fuerza mayor sucesos que impliquen desidia o dejadez en el cumplimiento de las obligaciones empresariales según un parámetro de diligencia media, pues no podrá sostenerse que sus consecuencias sean ni imprevisibles ni inevitables (por ejemplo, explosión

minos marcados por el art. 1.3 CC). Por su parte, el artículo 231.2 del Real Decreto legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, señala que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor:

[...] a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica; b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Lista que tiene un importante valor orientativo, pues ofrece lo que puede ser una lista ejemplificativa de los posibles fenómenos de fuerza mayor que pueden producirse.

²⁶ También denominada esta última «caso fortuito». Respecto a la diferencia entre «fuerza mayor» y «caso fortuito», véase Tamayo (1982, p. 69).

²⁷ Tema que analiza Mercader (2016, p. 343).

²⁸ A estos efectos, se ha dicho que:

[...] la diferencia entre ambos tipos de fuerza mayor se halla en que mientras la propia conoce como causa hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, en la impropia se observa una cierta intervención indirecta de esa voluntariedad en virtud de actuaciones impremeditadas, pero no ajenas a la voluntad, o bien la intervención de terceros ajenos a la relación de trabajo, como puede ser por la decisión de poderes públicos que impide la continuidad en la prestación de servicios laborales.

Este último supuesto es, a veces, difícil de diferenciar de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que también pueden justificar la terminación de la relación laboral, tal como pone de manifiesto Poquet (2015, p. 6).

Como expresamente advierte Mercader (2016, p. 344):

[...] la fuerza mayor se singulariza frente a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción porque consiste en un acontecimiento extraordinario que no haya podido preverse o que, previsto, no haya podido evitarse, y, además, será preciso que el acontecimiento en que consiste sea externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario afectado.

²⁹ Estas y otras causas de fuerza mayor impropia las analiza Poquet (2015).

de una caldera por defectos de supervisión o mantenimiento, incendio por cortocircuito eléctrico derivado del mal estado de las instalaciones, caída de objetos por defectuosa colocación, derrumbe de una pared que se encontraba inestable³⁰, etc.).

En términos generales (y salvo que la práctica aporte alguna excepción al respecto), aunque la fuerza mayor impropia podrá tener virtualidad suficiente para justificar, llegado el caso, la no asignación de ocupación efectiva, la suspensión o extinción de los puestos de trabajo o, incluso, la realización de horas extraordinarias por fuerza mayor, nunca podrá desvirtuar el carácter laboral de un accidente sufrido en un entorno profesional.

Así pues, en principio, solo los sucesos encuadrables dentro del primer grupo (fuerza mayor propia) tendrán entidad suficiente para romper el nexo causal entre el accidente sufrido y el trabajo realizado, pues los que se puedan ubicar dentro del segundo grupo (fuerza mayor impropia), a juicio de nuestros jueces y tribunales, por su particular naturaleza, no serán susceptibles de romper la conexión laboral con el accidente sufrido. Podría incluso suscitarse la paradójica circunstancia de que un mismo suceso pueda ser considerado fuerza mayor a efectos de apreciar la responsabilidad del Fogasa, pero no por ello proceda desvirtuar el carácter laboral de las contingencias que los trabajadores hayan podido sufrir durante su transcurso. Igualmente llamativo sería el caso, también admisible, de llegar a plantearse en algún momento que cierta circunstancia sea considerada constitutiva de fuerza mayor a efectos de justificar la realización de horas extraordinarias, pero en cambio no tenga la fuerza suficiente como para desvirtuar el carácter laboral de las contingencias acaecidas durante el desarrollo de las citadas tareas³¹.

En otras palabras, aunque se venga realizando una interpretación muy rigurosa de los fenómenos que pueden dar lugar a la suspensión o a la extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor, el propio legislador, persiguiendo el objetivo de garantizar, en todo momento, la protección suficiente al trabajador afectado, recurre a otro concepto, todavía más estricto si cabe, a la hora de configurar el tipo de fuerza mayor que permitirá excluir el carácter laboral del accidente sufrido. Es nuestra jurisprudencia la que consagra esta visión particularmente restrictiva de la fuerza mayor como elemento de ruptura del carácter laboral del accidente sufrido, llevando a cabo una interpretación muy estricta de los conceptos de «inevitabilidad» y de «imprevisibilidad»³².

³⁰ Tal como aprecia la STSJ de Aragón 284/2008, de 9 de abril.

³¹ Y es que, realmente, el accidente sufrido durante la realización de horas extraordinarias por fuerza mayor se considerará ocurrido en tiempo y lugar de trabajo, por lo que gozará a su favor de la presunción de laboralidad que confiere el legislador, muy difícil de destruir.

³² Interpretación restrictiva del concepto de fuerza mayor si de lo que se trata es de desvirtuar el carácter laboral de un accidente sufrido que se aplica, entre otras muchas, en la STSJ de Aragón 284/2008, de 9 de abril. La cuestión debatida en el recurso se centra en decidir si la causa directa del fallecimiento del

Ahora bien, respecto a la influencia de la fuerza mayor sobre el concepto de accidente de trabajo, queda pendiente una cuestión por determinar: ¿también los salvamentos realizados como respuesta a una catástrofe motivada por un supuesto de fuerza mayor quedarían excluidos del concepto de accidente de trabajo?

Obviamente, las previsiones del artículo 156.4 a) del TRLGSS excluyen la posibilidad de calificar como laboral el accidente que sufre una persona como consecuencia directa del episodio de fuerza mayor al que haya podido quedar expuesto, pero ¿esta exclusión irradia sus efectos a las labores de rescate posterior? En otras palabras, ¿todo percance, independientemente de que este derive de forma principal o solo secundaria de un fenómeno de fuerza mayor, perderá la conexión laboral? O, por el contrario, ¿la fuerza mayor solo se considerará causa directa de sus primeras consecuencias, siendo irrelevante respecto a los accidentes que se puedan producir en las labores posteriores de rescate que se puedan llevar a cabo? La respuesta a estas preguntas resulta fundamental para determinar el verdadero alcance de los actos de salvamento como modalidad *sui generis* de accidentes de trabajo. Y es que el legislador, en la escueta redacción del artículo 156.2 d) del TRLGSS, no solventa ni esta ni otras muchas dudas interpretativas que pueden surgir en torno al verdadero alcance de los actos de salvamento como modalidad específica de accidentes de trabajo.

A estos efectos, y aunque no deja de ser un tema polémico, parece que las reglas de la lógica obligan a considerar excluidas del concepto de accidente de trabajo solamente a las primeras consecuencias de la fuerza mayor, y no a las restantes. Y es que, en caso contrario, se estaría ofreciendo, en perjuicio del trabajador afectado, una interpretación muy restrictiva del tenor literal del artículo 156.4 a) del TRLGSS, teniendo en cuenta, además, que el legislador ha optado por no realizar ninguna especificidad ni aclaración al respecto. Cualquier otra interpretación produciría el efecto de restringir notablemente el campo de aplicación de los actos de salvamento como modalidad *sui generis* de accidentes de trabajo, pues no se puede olvidar que, tras toda catástrofe, resulta habitual encontrar fenómenos de ayuda, tanto estatal y organizada, como particular y espontánea,

trabajador, que el relato fáctico de la sentencia denomina «un desprendimiento de rocas procedentes de un talud vertical que limita con la parte trasera de las viviendas de la c/ S. Juan, afectando de lleno a la cochera propiedad del Sr. Juan Manuel», en la que se encontraba el trabajador cumpliendo órdenes del empresario, constituye o no «fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta –según el tenor literal del precepto legal transcrito– la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente», y teniendo en cuenta que «en ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza». Entiende en este caso el tribunal que dicho desprendimiento de rocas es un fenómeno de la naturaleza análogo a «la insolación o el rayo» y, por lo tanto, no constituye un supuesto de fuerza mayor extraña al trabajo, de lo que se colige el carácter laboral del accidente mortal, por no concurrir la circunstancia excluyente de fuerza mayor.

que quedarían desprotegidos (al menos, los segundos) si se considera que también están motivados por la fuerza mayor³³.

5. El papel de la imprudencia del trabajador en las labores de rescate

Como ocurrirá con cualquier tipo de accidente, no se puede olvidar que nunca tendrán la consideración de accidente de trabajo «los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado» (art. 156.4 b) TRLGSS). Por el contrario, la imprudencia profesional no impedirá esta calificación (art. 156.5 a) TRLGSS). A estos efectos, debe advertirse que la práctica demuestra que nuestros jueces y tribunales vienen realzando una interpretación muy flexible de los requerimientos legales, en beneficio del trabajador afectado. Esto es: son muy pocas las situaciones en las que se apreciará que el sujeto actuó con imprudencia temeraria al llevar a cabo las labores de rescate³⁴. Y es que, siempre que el objeto que se intenta salvar sea para el trabajador en cuestión tan importante como para poner en riesgo su vida (independientemente de su naturaleza o valor material, como a continuación se expone con mayor detenimiento), se entiende que este actuó de forma «razonable», independientemente de las probabilidades efectivas que en abstracto pudiera tener de llevar a cabo el rescate con éxito, sin poner en peligro su integridad física³⁵.

³³ Precisamente porque la fuerza mayor solo puede excluir el carácter laboral de las contingencias que genere de forma directa e inmediata, pero no de las que estas, a su vez, puedan derivar, y, en la línea con lo expuesto anteriormente, tampoco impedirá constatar el carácter laboral del accidente sufrido la fuerza mayor susceptible de justificar la realización de horas extraordinarias. Y es que la necesidad de actuar ante la fuerza mayor es la que justifica la prolongación de la jornada, pero, a partir de ese momento, todo accidente que sufra el trabajador realizando estas tareas se considerará producido en lugar y tiempo de trabajo, mientras se desarrollaba la prestación laboral de servicios, sin que quepa apreciar la exclusión por fuerza mayor prevista en el artículo 156.4 a) del TRLGSS.

³⁴ A modo de excepción, véase la STSJ de Cantabria 561/2011, de 4 de julio, respecto al ahogamiento de un monitor de un campamento de personas con necesidades especiales cuando intentaba sacar del agua a un usuario. En este caso, se entiende que la imprudencia del trabajador (colocándose en situación de riesgo), aunque no desvirtúa el carácter laboral del accidente sufrido, sí produce el efecto de atenuar el *quantum* indemnizatorio, reduciéndolo finalmente al 70 % de lo acordado en la sentencia de instancia.

³⁵ A esta conclusión llega la STSJ de Galicia 477/2010, de 9 de febrero. En esta ocasión no se considera temeraria la conducta de un trabajador que saltó al mar al intentar salvar a un compañero que previamente había caído por la borda del barco en el que prestaba servicios, pese a encontrarse el mar embravecido y con poca visibilidad por niebla. Similares reflexiones subyacen en la STS de 22 de abril de 1970, en la que no se considera imprudencia temeraria el hecho de socorrer a un operario de otra empresa al que ve caer a un pozo mientras se encontraban ambos en tiempo y lugar de trabajo, falleciendo el trabajador que intentaba el rescate al inhalar gases tóxicos.

Como se puede apreciar, el orden jurisdiccional social, siempre con una finalidad *pro operario*, al menos por lo que a la configuración de los actos de salvamento como tipos específicos de accidentes de trabajo se refiere, no utiliza el mismo concepto de imprudencia temeraria que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico. Y es que, sin duda, respecto a otras implicaciones de los actos de salvamento, se utiliza un concepto mucho más riguroso de temeridad, como ocurre, por ejemplo, en derecho civil, a la hora de determinar la responsabilidad o no de las compañías aseguradoras, en cuyas pólizas se excluye la cobertura por los daños causados por imprudencia temeraria del tomador del seguro o del propio asegurado.

En torno a este tema, resulta muy interesante tener en cuenta que la imprudencia determinante para romper o no el nexo causal es solamente aquella en la que pueda haber incurrido la persona que ha realizado las labores de salvamento o rescate (y que ha resultado lesionada por ello), y nunca de la persona o personas que hayan causado la necesidad del rescate ni, incluso, de la posible imprudencia con la que haya podido actuar la persona que finalmente haya sido objeto del rescate (si es que se trata de un salvamento personal y no material). Y es que, en la práctica, son muy frecuentes los fenómenos de salvamento que en realidad derivan de una previa conducta imprudente de otro sujeto (otro trabajador, un tercero o, incluso, el propio rescatado), lo que no obsta al reconocimiento del carácter laboral del accidente sufrido por aquel que acudió en su rescate.

6. Entidad personal o económica del bien rescatado

Otro de los aspectos que no clarifica el legislador es la naturaleza material o personal del bien objeto del rescate. Se trata de una cuestión de fundamental importancia, pues ¿qué valor ha de tener el bien que se pretende rescatar como para justificar un acto de salvamento? Y es que, si llega el momento de tener que valorar si el acto de salvamento puede ser constitutivo o no de un accidente de trabajo, quiere decir que el sujeto que lo lleva a cabo ha resultado lesionado; por tanto, ¿qué tipo de bien es tan valioso como para justificar que un trabajador arriesgue su vida o su integridad física para salvaguardarlo?

Una primera aproximación al artículo 156.2 d) del TRLGSS permite apreciar que el legislador no introduce especificidad alguna al respecto, por lo que no se impide que el salvamento como accidente de trabajo englobe tanto actividades de rescate de personas como de bienes. Ahora bien, no se puede obviar que esta cuestión mantiene una estrecha conexión con la prudencia o imprudencia en la que el trabajador haya podido incurrir al llevar a cabo el salvamento. Y es que ¿puede apreciarse que el trabajador en cuestión incurre en imprudencia temeraria al arriesgar su vida por rescatar un objeto de escaso valor material? O, realmente, ¿no estaría incurriendo siempre en imprudencia temeraria el que ponga en riesgo su vida para salvaguardar otro bien diferente a otra vida humana? Sin duda, habrían de ser las reglas de la lógica las que orientaran a realizar cualquier actividad de rescate sin poner en riesgo la propia vida, pero, como la práctica permite demostrar, esto no siempre

ocurre. Es entonces la jurisprudencia la que viene realizando una lectura muy amplia del tenor literal del artículo 156.2 d) del TRLGSS, considerando actos de salvamento los que pretendan salvaguardar la vida o integridad física de otros trabajadores, clientes, terceras personas no vinculadas a la empresa pero cuya situación de especial necesidad se constata con ocasión del trabajo realizado³⁶, dinero en efectivo³⁷, animales³⁸, mercancías, maquinaria, documentación, vehículos³⁹, o cualquier otro objeto material, a veces no siempre de elevado valor económico.

Sin duda, nadie discute que el valor material no tiene necesariamente que coincidir con el valor sentimental o moral que cierto tipo de objeto puede tener para una persona. Y es entonces cuando jueces y tribunales del orden social hacen gala de una clara interpretación *pro operario*, considerando únicamente imprudencia profesional, pero no temeraria (como las importantísimas consecuencias que esta calificación lleva aparejadas), toda actuación de rescate a través de la que se pretenda salvaguardar un bien que, por cualquier motivo, la víctima haya considerado relevante, sin entrar a realizar valoraciones de razonabilidad ni de oportunidad o proporcionalidad.

En torno a esta cuestión, parece que las únicas excepciones que se vienen detectando al respecto estarían motivadas por sospechas de fraude: esto es, se excluirá la calificación de accidente laboral del aparente acto de salvamento realizado cuando las reglas de la lógica hacen muy difícil justificar que, con determinada actuación, realmente se pretendía realizar una labor de rescate de un objeto nimio, cuando, en realidad, el móvil de la actuación era otro muy distinto y claramente temerario⁴⁰.

³⁶ Por ejemplo, la STS de 3 de junio de 1971 considera causado en acto de salvamento el ocurrido al conductor de un tractor mientras se acercaba a avisar a los conductores de una cosechadora, con los que no mantenía relación profesional alguna, del riesgo de colisión con un cable de alta tensión. En similares términos, la STCT de 12 de diciembre, respecto al salvamento de un bañista.

³⁷ Este es el motivo que permite anular la STSJ de Galicia 1079/2013, de 19 de febrero, para apreciar finalmente el carácter laboral de la contingencia sufrida al intentar evitar el robo de un bolso en el que guardaba la recaudación a la trabajadora de un estanco mientras esta se dirigía a su domicilio una vez terminada su jornada de trabajo.

³⁸ Sirva como ejemplo la STSJ de Navarra 9/2005, de 19 de enero, en la que no se considera imprudencia temeraria el hecho de que el trabajador subiera al techo de la nave en la que se encontraban refugiados de la intensa lluvia para rescatar una paloma. Adviértase que, en el caso en cuestión, se considera suficientemente probado que el trabajador con su acción pretendía al mismo tiempo eliminar ramas que el temporal había arrancado y que hacían peligrar la integridad del techo del lugar en el que se encontraban.

³⁹ Como aprecia, respecto a un taxi averiado, la antes comentada STS de 20 de febrero de 1971.

⁴⁰ Este tipo de estrategias con finalidad fraudulenta se suelen utilizar para intentar justificar el carácter laboral del accidente sufrido cuando el trabajador hubiera abandonado injustificadamente el lugar de trabajo durante la jornada laboral. Las reglas de la lógica permiten apreciar que, si no existe algún indicio, por pequeño que sea, que permita sustentar la posibilidad de que el trabajador se ausentara con el fin de atender una petición de socorro, no podrá apreciarse que el accidente en cuestión se produjo «en acto de salvamento».

7. Actos de salvamento y recargo de prestaciones

Uno de los aspectos más polémicos del carácter laboral de los accidentes sufridos en actos de salvamento radica en que, por las circunstancias en las que se presentan, no siempre concurre responsabilidad alguna del empresario para el que el trabajador lesionado prestaba sus servicios. Y es que muchas veces este ni ha omitido norma alguna en materia de seguridad e higiene en el trabajo, ni ha incumplido tampoco el deber de vigilancia y tutela de los trabajadores a su servicio.

Tan variadas pueden ser las circunstancias en las que un trabajador pueda resultar moralmente obligado a salvaguardar la integridad de otras personas, incluso, de bienes materiales, que muchas veces resulta imposible haber previsto este riesgo en los correspondientes planes de prevención (piénsese, por ejemplo, en rescates en carretera, de transeúntes que se puedan observar durante el desarrollo de la jornada de trabajo, episodios fortuitos que puedan acaecer en tiempo y lugar de trabajo o en el trayecto de ida o vuelta al lugar de trabajo, etc.).

Así pues, al no poder apreciarse, en muchas ocasiones, que exista un empresario infractor a cuya actuación negligente vincular el desenlace de los hechos, tampoco podrá aplicarse la figura del recargo de prestaciones a los accidentes acaecidos en actos de esta índole. Ahora bien, debe advertirse que esta respuesta solo puede aplicarse para los actos de salvamento de personas ajenas a la estructura empresarial (piénsese, por ejemplo, en la tradicional sentencia en la que se analiza el carácter laboral o no del ahogamiento de un camarero de un restaurante de costa cuando acudía a rescatar a un bañista). En cambio, cuando se trata de salvamentos derivados de percances que sufren personas o bienes en la misma empresa en la que el trabajador presta sus servicios, las cosas cambian: salvo que se aprecie que la causa del incidente es la fuerza mayor, si la necesidad de rescate surge debido a otro accidente de trabajo acaecido en la propia empresa, las causas motivadoras de este deben considerarse extensivas al segundo. De esta forma, si el primer accidente derivó del incumplimiento empresarial de ciertas obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, también el accidente que sufra otro trabajador que pretendiera realizar el rescate del primer accidentado o reparar las consecuencias del primer incidente (en el caso de que no hubiera personas lesionadas inicialmente) debe entenderse provocado por las mismas causas. Por lo tanto, si esta fuera la situación, la figura del recargo se apreciará respecto a las prestaciones generadas por los dos sujetos sucesivamente accidentados⁴¹.

⁴¹ A esta conclusión llega la STSJ de Galicia 477/2010, de 9 de febrero, al analizar la caída al mar de un trabajador por accidente y del compañero que salta a salvarlo. Se entiende que la primera caída obedece a la omisión de las medidas preventivas que resultaban exigibles y que no hubo imprudencia temeraria en la segunda, por lo que considera procedente el recargo de prestaciones respecto a las causadas por los dos sujetos fallecidos. Aprecia el juzgador que, en el momento en que se produjo el accidente, la embarcación no contaba con chalecos salvavidas, ni disponía de cinturón de seguridad ni de prendas térmicas. Tampoco se habían impartido a sus trabajadores los cursos sobre actuación en caso de auxilio que este tipo de actividad requiere.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el recargo de prestaciones no es la única consecuencia a la que se puede enfrentar el causante del accidente. Y es que, si la necesidad del rescate surge por dolo o culpa del empresario o de tercera persona, la responsabilidad por daños y perjuicios que pueda generar alcanzará a todos los daños, materiales y morales, causados en virtud del incidente provocado: esto es, no solo a las primeras víctimas, sino también a todos aquellos que resultaron heridos en el transcurso de las labores de salvamento⁴².

8. Conclusiones

Dado que los actos de salvamento son escasísimos en la práctica, también resultan escasísimas las sentencias en las que se aplica el artículo 156.2 d) del TRLGSS (al igual que lo que tradicionalmente venía ocurriendo con el art. 115.2 d) LGSS). Esta reducida incidencia se produce por la confluencia de varias circunstancias.

Por una parte, porque suelen producirse bien en tiempo y lugar de trabajo, bien *in itinere* (o, incluso, en misión), por lo que encontrarán acogida en preceptos diferentes del TRLGSS, calificándolos también como accidentes de trabajo por motivos diferentes al salvamento en sí.

Otro de los motivos por los que, posiblemente, resultan tan excepcionales los actos de salvamento como modalidad específica de accidentes de trabajo es porque estos se producen con más frecuencia en el contexto de la realización de actividades especialmente peligrosas, en un entorno claramente laboral y, por tanto, normalmente no es necesario acudir al supuesto previsto en la letra d) del artículo 156.2 del TRLGSS (que no se puede olvidar que constituye una extensión del criterio general). Y es que, al producirse en tiempo y lugar de trabajo, su carácter de contingencia profesional no suele suscitar controversia alguna. De hecho, otra de las circunstancias que de alguna forma han influido en la escasa incidencia práctica que actualmente tienen los actos de salvamento como accidentes de trabajo ha sido la mejora progresiva de las medidas de prevención de riesgos laborales exigibles en la empresa, lo que ha reducido las cifras de siniestralidad tanto respecto a los propios trabajadores de la plantilla, como frente a terceras personas, no necesariamente incardinadas en la estructura empresarial (como podrían ser clientes, usuarios, o, incluso, vecinos o transeúntes).

Por otra parte, tan específico es el supuesto regulado como «acto de salvamento», tan escueta y ambigua es su definición legal, y tan poco analizada ha sido hasta ahora por nuestra doctrina y jurisprudencia que, muchas veces, verdaderas conductas que podrían calificarse como actos de salvamento pasan desapercibidas, privando al sujeto que las sufre de la protección que el ordenamiento laboral ofrece a las contingencias de trabajo.

⁴² Al respecto, véase Monerri (2017). Sobre la responsabilidad civil o penal que, en su caso, puede derivar de la intervención de terceras personas no vinculadas a la empresa en el accidente de trabajo, véase Carrillo (2015).

Desde otro punto de vista, no está de más insistir en los perfiles diferentes que presentan los actos de salvamento como modalidad *sui generis* de accidentes de trabajo, y los actos humanos a través de los que se intenta cumplir la obligación legal de no omitir el deber de socorro. Y es que mientras esta última solo actuará respecto a salvamentos humanos y solo cuando el sujeto pueda socorrer, sin riesgo para su integridad física, a la persona en cuestión, los actos de salvamento contemplados en el artículo 156.2 d) del TRLGSS no están sujetos a condicionamientos de ningún tipo en el texto de la ley, lo que hace que jueces y tribunales entiendan que pueden responder a múltiples situaciones fácticas, incluso cuando la voluntad de ayudar sobrepasa los límites físicos del sujeto que lleva a cabo el rescate, provocando el accidente.

Respecto a la incidencia de la fuerza mayor sobre el accidente de trabajo causado en acto de salvamento, debe decirse que, a diferencia de lo que ocurre respecto a la extinción del contrato por fuerza mayor (donde la existencia de esta causa de configuración jurídica indeterminada ha de ser previamente constatada por la autoridad laboral para poder desplegar las medidas previstas en la ley vinculadas a la extinción o a la suspensión del contrato de trabajo), serán las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social las que, en un primer momento, apreciarán o no la concurrencia de fuerza mayor susceptible de desvirtuar el carácter laboral del accidente sufrido en acto de salvamento. Decisión que, en definitiva, queda alejada de cualquier tipo de control administrativo por parte de la autoridad laboral y, por lo tanto, en caso de desavenencia entre las partes, solo cabrá recurrir a la jurisdicción social, que será la que resuelva el conflicto, analizando el verdadero carácter de fuerza mayor de la causa alegada.

Por último, no está de más insistir en la dificultad de incluir este tipo de contingencias profesionales en el plan de prevención. Y es que, salvo riesgos directamente conectados con la actividad laboral realizada (en cuyo caso se habrá previsto un protocolo específico de actuación en caso de rescate y se habrá dotado a los trabajadores de formación oportuna y medios materiales suficientes para poder cumplirlo sin poner en riesgo su salud), será imposible reflejar en el plan de prevención todas las situaciones fácticas que, en la práctica diaria, pueden derivar en una situación de rescate. Adviértase que, analizando las últimas sentencias recaídas al respecto, comentadas todas ellas en las distintas notas al pie que complementan este trabajo, se aprecia que, en la práctica, la mayor parte de los actos de salvamento se llevan a cabo fuera de tiempo y lugar de trabajo y a raíz de hechos fortuitos que presencia el trabajador en cuestión aleatoriamente, muchas veces *in itinere*.

En definitiva, aunque se trata de una modalidad, por esencia, excepcional, es importante visibilizar el concepto de accidente de trabajo ocurrido en acto de salvamento, reflexionar sobre su contenido y alcance, con el fin de familiarizar a los distintos operadores jurídicos con este tipo de situaciones, evitando que, injustamente, pasen desapercibidas, en perjuicio del trabajador afectado.

Referencias bibliográficas

- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L. (1995). *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid: Civitas.
- Álvarez Alcolea, M. (1981). Accidente de trabajo y acto de salvamento. *Jurisprudencia de Sanidad y Seguridad Social*, 9(IV), 403-406.
- Blasco Lahoz, J. F. (2018). La protección por contingencias profesionales en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. *Revista de Información Laboral*, 1, 65-79.
- Carrillo López, A. (2015). La responsabilidad del tercero en el accidente de trabajo. *Anales del Derecho*, 1(33).
- Cavas Martínez, F. (1996). El despido por fuerza mayor. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número extraordinario 19, 203-212.
- Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J. (2006). *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi.
- Cruz Villalón, J. (2000). El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional. En B. Gonzalo González y M. Nogueira Guastavino (Coords.), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900* (pp. 271-294). Madrid: Fraternidad-Muprespa y UNED.
- Fernández-Costales Muñiz, J. (2001). *La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario* (Tesis doctoral dirigida por G. Barreiro González y J. J. Fernández Domínguez). León: Universidad de León.
- González Yuste, J. (2016). *Los servicios públicos de extinción de incendios y salvamento* (Tesis doctoral dirigida por Á. Alonso Álvarez y E. López González). León: Universidad de León (texto completo en <<https://buleria.unileon.es/>>).
- Iglesias Cabero, M. (2011). Las fronteras del accidente de trabajo (I) y (II). *Diario La Ley*, 7610.
- Lladó, A. (2015). Un sinfín de supuestos bajo el paraguas del accidente de trabajo *in itinere*. *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 99, 70-71.
- Mercader Uguina, J. R. (2016). La guerra en Siria como causa de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(8), 343-348.
- Monerri Guillén, C. (2017). *La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: valoración del daño*. Murcia: Laborum.
- Montoya Melgar, A. (2019). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Poquet Catalá, R. (2015). Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva. *IUSLabor*, 2/2015, 188-205.
- Sánchez Pérez, J. (2013). *La configuración jurídica del accidente de trabajo* (Tesis doctoral dirigida por J. L. Monereo Pérez). Granada: Universidad de Granada (acceso abierto en <<https://digibug.ugr.es/>>).
- Tamayo Jaramillo, J. (1982). Las causas de exoneración en la responsabilidad civil. Segunda parte. La fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho de un tercero. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 58, 69-103.

La conciliación «corresponsable» de la vida personal, familiar y profesional en el trabajo autónomo tras el Real Decreto-Ley 6/2019

Aránzazu Roldán Martínez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha supuesto la introducción de cambios de gran calado en el ámbito del trabajo autónomo. En línea con las modificaciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Básico del Empleado Público, se han reforzado los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional, con la particularidad de que dicha regulación tiene como finalidad, expresada en el preámbulo, favorecer la asunción equilibrada de las obligaciones familiares, en sintonía con el artículo 44 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La reforma ha supuesto la modificación sustancial de los términos en los que se disfruta la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, y la introducción, de forma sorprendente, de unas garantías para suspender la actividad para el cuidado del lactante. Este estudio se plantea la necesidad de reflexionar sobre la oportunidad de las nuevas medidas y de analizarlas en profundidad, poniendo de manifiesto sus logros y sus deficiencias. Se comprobará, asimismo, si el ejercicio corresponsable de estos derechos goza de la adecuada tutela judicial.

Palabras clave: trabajo autónomo; conciliación/corresponsabilidad; lactancia; nacimiento y cuidado del menor; Real Decreto-Ley 6/2019.

Fecha de entrada: 17-02-2020 / Fecha de revisión: 10-03-2020 / Fecha de aceptación: 10-03-2020

Cómo citar: Roldán Martínez, A. (2020). La conciliación «corresponsable» de la vida personal, familiar y profesional en el trabajo autónomo tras el Real Decreto-Ley 6/2019. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 51-92.



The «co-responsible» reconciliation of personal, family and professional life in self-employment after the Royal Decree-Law 6/2019

Aránzazu Roldán Martínez

Abstract

The Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, has made changes in the field of self-employment. In line with the modifications established in the Statute Basic of the Workers and in the Statute of the Public Employee, the rights of reconciliation of personal, family and professional life have been reinforced with the particularity that such regulation is intended to favor the balanced assumption of family obligations. The reform modifies the terms in which the birth suspension of the activity is enjoyed and introduces, surprisingly, guarantees to suspend the activity for the care of the nursing child. This study reflects on the need for the new measures, and analyzes them in depth, highlighting their achievements and deficiencies. Likewise, it will be verified if the co-responsible exercise of these rights enjoys adequate judicial protection.

Keywords: self-employment; conciliation/joint responsibility; breast feeding; birth and care of the child; Royal Decree-Law 6/2019.

Citation: Roldán Martínez, A. (2020). The «co-responsible» reconciliation of personal, family and professional life in self-employment after the Royal Decree-Law 6/2019. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 51-92.





Sumario

1. Introducción
2. La relevancia constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores autónomos y su tutela judicial reforzada
3. Regulación del derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los trabajadores autónomos en la LETA
 - 3.1. Identificación de los preceptos afectados por la reforma
 - 3.2. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional común del trabajador autónomo
 - 3.2.1. La suspensión de la actividad por nacimiento y cuidado de menor (suspensión en «situaciones de nacimiento»)
 - 3.2.2. ¿La «enigmática» suspensión de la actividad por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante existe?
 - 3.3. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional del TRADE
4. Las reformas en las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para facilitar el mantenimiento de la actividad profesional
 - 4.1. Bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación
 - 4.2. Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural
 - 4.3. Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 7 de marzo de 2019 se publicaba en el BOE el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹. Partiendo de los discretos resultados obtenidos por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), el decreto ofrece un conjunto de medidas que pretenden dar un paso más, deseablemente el definitivo, para acabar con las desigualdades entre ambos sexos que persisten en el mercado laboral. Entre los motivos que explican el mantenimiento de esas desigualdades ocupa un lugar destacado la falta de una auténtica corresponsabilidad. Como expone el Gobierno en el preámbulo, el derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone su equiparación no solo en el ejercicio de los derechos, sino también «en el cumplimiento de las obligaciones». De forma expresa se califican como contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, además de las discriminaciones por el embarazo, la maternidad y la asunción de obligaciones familiares, las motivadas por «el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral».

No cabe duda de que la medida más mediática ha sido la equiparación de la duración de los permisos de paternidad y maternidad, denominaciones que desaparecen y se sustituyen por la única de «permisos por nacimiento y cuidado del menor». No menos importante, aunque haya pasado más desapercibida, es la reforma del anteriormente conocido como «permiso de lactancia», ahora «permiso por cuidado del lactante», y la creación de una nueva prestación de Seguridad Social «para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». El artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir dichas prestaciones en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), lo que ha obligado a modificar los preceptos relacionados con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, contenidos en el régimen profesional común de los trabajadores autónomos, en el régimen específico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y en determinadas bonificaciones de las cuotas de

¹ El real decreto-ley acoge en parte el contenido de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el PSOE el 1 de agosto de 2018 y tomada en consideración por el Pleno el 16 de octubre de 2018 (BOCCGG de 7 de septiembre de 2018).

la Seguridad Social. Asimismo, se ha aprovechado también para adoptar un lenguaje inclusivo, de modo que se sustituye el término «trabajador autónomo» por el de «personas trabajadoras autónomas»².

Dos meses después de la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019, se conocía el primer «Informe sobre la jornada laboral de los autónomos y su conciliación con la vida personal»³, elaborado por la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA) y realizado a partir de una encuesta a 1.330 autónomos. El informe refleja unos datos que, si bien no sorprenden, sí invitan a una reflexión: casi seis de cada diez trabajadores por cuenta propia (el 57 %) afirma trabajar 10 horas diarias o más, y otro 21 % sobrepasa una media de 9 horas diarias en su negocio⁴. Solo un 15 % cumple con la jornada laboral de 8 horas establecida para los asalariados. Desde la perspectiva de la conciliación de la vida profesional y familiar, son precisamente las maratónicas jornadas laborales sin horario fijo y sujetas a los requerimientos de clientes y proveedores las que hacen imposible compatibilizar trabajo y vida familiar en la mayoría de los casos. En el análisis por edad destaca que son los mayores de 55 años los que más concilian debido a que sus negocios están más consolidados y tienen hijos de mayor edad. Ahora bien, el porcentaje apenas llega al 55 %. Cuanto más joven es el autónomo, es más difícil la compatibilización de vida profesional y familiar. De hecho, el 82 % de quienes tienen entre 26 y 35 años tienen dificultades para ejercer esa conciliación. También es más sencillo conciliar para los autónomos empleadores. Precisamente, las dificultades para conciliar explican que la mayor parte de los ceses de actividad de negocios regentados por mujeres se produzcan cuando tienen hijos.

² A mi modo de ver, la introducción del lenguaje inclusivo, siguiendo las directrices marcadas por la Real Academia Española, no era necesaria, ni en la LETA ni en el Estatuto de los Trabajadores (ET). En un marco legal que reconoce los mismos derechos a hombres y mujeres, claramente la utilización del masculino genérico engloba a los dos sexos. Solo en circunstancias excepcionales está justificado el desdoblamiento del lenguaje o, incluso, la utilización de un único género gramatical. Así, Casas sostiene que las escasas medidas reservadas a la mujer, por su condición de madre biológica o de víctima de violencia de género, sí justificarían la utilización exclusiva del género femenino. De la misma opinión es Blasco (2019, p. 55).

³ El resultado del estudio fue publicado el 22 de mayo de 2019 en [Autonomosyemprendedor.es](https://www.autonomosyemprendedor.es) (Diario AyE). Recuperado de <<https://www.autonomosyemprendedor.es/articulo/actualidad/autonomos-trabajan-cada-semana-jornadas-mas-asalariados/20190521145731019616.html>>.

⁴ En el Acuerdo de interés profesional de la empresa Bimbo y Bakery Iberia para los transportistas, suscrito en abril de 2018, se consideró razonable una jornada semanal de 50 horas. Un año y medio después, CC. OO. y ATA denunciaban que Bimbo hacía trabajar a los transportistas autónomos más de estas 50 horas a la semana. Denunciaban la intención de la empresa de despedir a 290 repartidores por cuenta ajena que serían sustituidos por *riders* TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente). En octubre de 2019, la empresa rompió el acuerdo de 2018 y firmó uno nuevo, solo con la UGT. ATA ha advertido que la consecuencia de esta ruptura, además de los despidos de los casi 300 trabajadores, es el aumento de las horas de la jornada para los TRADE de Bimbo, una jornada que pasa de continua a partida y sin control de horario. Recuperado de <<https://financialefood.es/ccoo-denuncia-que-bimbo-hace-trabajar-a-sus-autonomos-mas-de-50-horas/>>.

La corresponsabilidad implica que los dos miembros de la pareja asumen las obligaciones de cuidado de menores y de otros familiares. Pero para que ello sea factible es necesario garantizar a ambos progenitores las mismas posibilidades, sean trabajadores por cuenta propia o ajena⁵. Las medidas no deben ser necesariamente idénticas, ya que existen diferencias sustanciales entre el ejercicio de una actividad laboral por cuenta ajena y una actividad profesional (Charro y San Martín, 2013, p. 16). Como se ha explicado anteriormente, el problema de la conciliación de los trabajadores autónomos son las largas jornadas y la dependencia de una clientela (otros empresarios o consumidores finales) que no pueden perder (M.^a C. López, 2019, p. 24). Corolario de lo anterior, para los trabajadores por cuenta propia, resultan esenciales las prestaciones sociales y la labor de fomento de los poderes públicos, que se traduce en la adopción de incentivos que contribuyan a paliar los efectos negativos que el ejercicio del derecho a conciliar pueda tener en la esfera económica, profesional y en la carrera de cotizaciones. Las bonificaciones en las cuotas de los autónomos y las previstas para los contratos de interinidad de trabajadores que sustituyan a aquellos tienen, en este sentido, mayor eficacia práctica como medida facilitadora de la conciliación que en el trabajo por cuenta ajena. Junto a ello, es preciso reforzar la tutela de los trabajadores autónomos frente a decisiones discriminatorias de los clientes, motivadas por el ejercicio de obligaciones familiares.

En este estudio se reflexionará en torno a si el Real Decreto-Ley 6/2019 ha contribuido a remover los obstáculos que dificultan que los trabajadores autónomos ejerzan sus derechos de conciliación de vida personal, familiar y profesional en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena. Si no fuera así, la corresponsabilidad quedaría frustrada. Además, en el sueño de la Mesa del Congreso de los Diputados duermen dos proposiciones de ley presentadas por el grupo parlamentario socialista que, si bien han caducado, podrían ser presentadas de nuevo en la legislatura que acaba de iniciar su singladura. Nos referimos a la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, admitida a trámite por la Mesa del Congreso el 25 de julio de 2019, y la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, admitida a trámite en la misma fecha⁶. Interesa destacar que la primera de ellas reproducía en parte el contenido del Real Decreto-Ley 6/2019⁷. Su examen puede

⁵ Como explica M.^a C. López (2019, p. 24), con la anterior regulación, el peso de la conciliación, por los roles tradicionalmente asumidos, recaía sobre las mujeres. Cuando la persona trabajadora por cuenta ajena era mujer, existía la excusa perfecta para que fuera ella quien conciliara, pero, incluso, cuando la mujer era autónoma, el desigual tratamiento regulatorio de los permisos por maternidad y paternidad provocaba también que recayera «sobre ellas el rol de cuidadoras y el coste laboral de la decisión de tener descendencia».

⁶ Publicadas ambas en el BOCCGG de 30 de julio de 2019.

⁷ Se explica que las medidas del Real Decreto-Ley 6/2019 se incluían en la proposición de ley con el objetivo de disponer de un texto integrado que contuviera el conjunto de actuaciones desarrolladas en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, con posterioridad a la LOI.

resultar oportuno, porque en su exposición de motivos se explicaba con más claridad la finalidad de las reformas emprendidas y porque permite comprobar si, tras un periodo de reflexión de 4 meses, el partido en el Gobierno corrigió algunas deficiencias que se apreciaban en la norma de urgencia. La segunda proposición resulta especialmente interesante, porque dedicaba un artículo específico, el 14, a la regulación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia.

Este estudio se plantea en un contexto de profunda transformación del trabajo autónomo, como consecuencia de la crisis económica. Por un lado, como explica Martínez (2019, pp. 22-23), la crisis del trabajo asalariado ha impulsado la aparición de autónomos precarios que no emprenden realmente un proyecto, sino que se limitan a enajenar su fuerza de trabajo de forma muy similar a los trabajadores asalariados. La libertad de autoorganización y la independencia económica que siempre han caracterizado al autónomo se están difuminando progresivamente debido a la fuerte dependencia de la empresa principal y de otras empresas contratistas y subcontratistas con las que tienen que colaborar. Por otro lado, el surgimiento de nuevas formas de negocio que se apoyan en las llamadas «plataformas colaborativas», sustentadas básicamente en la prestación de servicios de trabajadores autónomos, ha contribuido a extender también este tipo de trabajo, que, en muchas ocasiones, se presta en condiciones muy precarias, poniéndose incluso en cuestión por la propia Inspección de Trabajo y por los tribunales el carácter fraudulento de tales contrataciones. Puede afirmarse que la «soberanía sobre el tiempo de trabajo», cuya ampliación impulsa la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como estándar del trabajo decente del futuro (OIT, 2019, p. 41) y que tradicionalmente se asociaba al trabajo autónomo, dista mucho de ser una realidad en la situación económica actual. Por las razones apuntadas, se hace especialmente apremiante reflexionar sobre la aplicación a los trabajadores autónomos de derechos tradicionalmente reservados a los trabajadores por cuenta ajena, entre ellos los relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, y la tutela frente a los actos discriminatorios ligados al ejercicio de tales derechos.

2. La relevancia constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores autónomos y su tutela judicial reforzada

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha afirmado en varias sentencias que las medidas tendentes a facilitar la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar tienen una dimensión constitucional que debe «prevaler y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional» (Sentencias del TC –SSTC– 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.º; 26/2011, de 15 de marzo, FJ 5.º). Los primeros recursos de amparo que llegaron al Alto Tribunal fueron presentados

por mujeres que veían denegados derechos relacionados con el embarazo y la maternidad o con el cuidado de menores. El primer supuesto se vinculó con la discriminación directa por razón de sexo⁸, mientras que en el segundo supuesto (excedencias, reducciones de jornada, adaptaciones de jornada) se acudió al concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, en conexión con el mandato de protección a la familia y la infancia del artículo 39 de la Constitución española (CE)⁹. En el año 2007, la LOI recogió en el artículo 3 una definición del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, conforme a la cual «supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Posteriormente, llegaron ante el TC los primeros recursos de amparo presentados por varones. En el caso enjuiciado en la STC 26/2011, de 14 de marzo, el trabajador solicitante de un cambio de turno por razones familiares alegó discriminación «por razón de sexo». El TC rechazó que la negativa de la empresa supusiera una discriminación directa por razón de sexo, dado que la denegación de su pretensión no se había fundamentado en que fuese varón. También se rechazó la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, por considerarse que el objeto de esa discriminación no era él sino su esposa¹⁰, pues:

[...] el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres (FJ 4.º).

⁸ SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 5.º –extinción de contrato de mujer embarazada en periodo de prueba–); 173/1994, de 7 de junio (FJ 3.º –no renovación de contrato temporal a una mujer embarazada–); 136/1996, de 23 de julio (FJ 5.º –despido de trabajadora por razón de embarazo–); 20/2001, de 29 de enero (FJ 4.º –cese de funcionaria interina durante baja maternal–); y 41/2002, de 25 de febrero (FJ 3.º –extinción de contrato después de reincorporación tras baja maternal–).

⁹ *Vid.*, SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6.º), y 203/2000, de 24 de julio (FJ 5.º), en relación con funcionarias interinas que solicitaron excedencia por cuidado de hijo. En relación con trabajadores por cuenta ajena, *vid.*, SSTC 3/2007, de 15 de enero (FJ 5.º –reducción de jornada por cuidado de hijos–), y 24/2011, de 14 de marzo (FJ 2.º –solicitud de adscripción a turno fijo–).

¹⁰ Explica Rodríguez (2015, p. 370) al respecto que con este razonamiento «se convierte a las mujeres en las únicas posibles víctimas de discriminación por razón de sexo, al menos en su dimensión indirecta». La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) (Sala 6.ª) de 18 de septiembre de 2019 (C-366/18) se ha pronunciado recientemente en contra de la apreciación de una discriminación indirecta por razón de sexo para las trabajadoras, cuando el solicitante es un hombre. Ante la alegación por el órgano judicial remitente de que el artículo 37.6 del ET establece una discriminación indirecta para las trabajadoras, el tribunal concluye que dicho precepto constituye una norma indistintamente aplicable a varones y mujeres, y, al no demostrar el órgano judicial remitente cuál sería la desventaja particular sufrida por un trabajador del sexo masculino si la discriminación indirecta afecta a las mujeres, ello determina la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a la Directiva 2006/54, por tener un carácter meramente hipotético (apdos. 37 a 40). *Vid.*, notas a esta sentencia en Rojo (2019).

Sin embargo, en opinión del tribunal, ello no suponía negar que las decisiones empresariales fueran discriminatorias, ya que los derechos del trabajador tenían su anclaje constitucional en el último inciso del artículo 14 de la CE (discriminación por otra «condición o circunstancia personal o social») en conexión con el artículo 39. De esta forma, se construyó el concepto de prohibición de «discriminación por circunstancias familiares», destinado a proteger a los varones y a las mujeres¹¹. Con ello, el tribunal se elevó por encima de la discriminación por razón de sexo, que trata de atajar las dificultades a las que se enfrenta la mujer en el acceso y mantenimiento en el mundo laboral, para «aproximarse al cuidado de hijas/os como un fin en sí mismo, y a la postergación injustificada en el mismo como discriminatoria» (Rodríguez, 2015, p. 373)¹².

Cuatro meses después de la aprobación de la LOI, la LETA reconoció expresamente en su artículo 4.3 a) como derecho individual de todos los trabajadores autónomos en su actividad profesional el de no ser discriminados, directa o indirectamente, «por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El artículo 6.2 prescribe que los poderes públicos y quienes contraten la actividad profesional de los trabajadores autónomos quedan sometidos a dicha prohibición de discriminación, que «afectará tanto a la libre iniciativa económica y a la contratación, como a las condiciones del ejercicio profesional». La Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación ponía un especial interés en concretar esta prohibición de discriminación en la relación autónomo/cliente, disponiendo en su artículo 14:

1. No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en esta ley en el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior será igualmente de aplicación a los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional, así como a los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad.

¹¹ Lousada (2018, p. 5) manifiesta su extrañeza ante el recurso a la cláusula general del artículo 14 de la CE, cuando, en su opinión, hubiera sido mejor considerar que existió una discriminación por razón de sexo/género.

¹² Hay que señalar, sin embargo, que el TC no acudió a esta noción de discriminación por «circunstancias familiares» para reconocer un derecho autónomo del padre a suspender el contrato por paternidad en igualdad de condiciones con la madre por estimar que el permiso de maternidad estaba unido a la condición biológica de la mujer (SSTC 75/2011, de 19 de mayo; 111/2018, de 17 de octubre; 117/2018, de 29 de octubre; y 138/2018, de 17 de diciembre).

Ante una decisión discriminatoria del cliente, motivada por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo, este podría recabar la tutela antidiscriminatoria, ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento sumario y preferente (art. 6.3 LETA). Si el órgano judicial estimara probada la vulneración del derecho denunciado, debería declarar la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando procediera, la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto. En atención a la naturaleza, dependiente o independiente, del trabajador autónomo se produce una disociación de la jurisdicción (Páez, 2017, p. 595), de modo que, para el trabajador autónomo ordinario, la jurisdicción competente será la civil, quien conocerá a través del juicio declarativo ordinario de los artículos 399 a 430 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) (a los que se remite el art. 249.1.2 LEC). Respecto de los TRADE, será competente la jurisdicción social, quien conocerá del asunto a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas regulado en los artículos 177 a 184 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS)¹³. En la jurisdicción civil, el Tribunal Supremo (TS) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la doctrina del TC, anteriormente comentada, a un arrendamiento de servicios. En el caso analizado en la Sentencia del TS (STS) de 20 de abril de 2011 (rec. 87/2009), la demandante, una especialista en cirugía, planteó demanda por considerar discriminatoria por razón de sexo la modificación de las condiciones de trabajo introducida por el cliente al reincorporarse al trabajo después de una baja médica por embarazo de alto riesgo y posterior disfrute del permiso de maternidad. La Sala Primera recordó la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio y, en particular, por razón de sexo, así como las reglas sobre la carga de la prueba, considerando que esta doctrina también es aplicable a un arrendamiento de servicios. Destacó que la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora había de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituían un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Aunque tras los pronunciamientos del TC no existe duda sobre la vinculación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral con el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, sería conveniente que se recogiera de forma expresa en la ley. En este sentido, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha perdido la oportunidad de incluir en la LETA la prohibición de discriminación motivada por «el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral», a la que se refiere en su preámbulo, algo que, por cierto, sí se preocupaba de hacer la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación,

¹³ Artículos 2 d) de la LRJS y 17 de la LETA. En el caso de que surgiera un conflicto con el cliente por la negativa de este a aceptar el disfrute por parte del trabajador autónomo de los derechos vinculados a la conciliación, sería necesario valorar si debería seguirse el curso del proceso especial regulado en el artículo 139 de la LRJS.

en su artículo 5. Pero, yendo más allá y en aras de tutelar de forma más eficaz el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional de los varones, sería deseable que el legislador los vinculara también con la protección de la familia del artículo 39 de la CE, incluyendo un nuevo factor autónomo de discriminación, separado del sexo, pues, en definitiva, el bien jurídico protegido también es el menor¹⁴.

3. Regulación del derecho a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los trabajadores autónomos en la LETA

3.1. Identificación de los preceptos afectados por la reforma

En una primera y rápida lectura, el Real Decreto-Ley 6/2019 parecería haberse limitado a realizar modificaciones puramente terminológicas del siguiente tipo:

- Se concluye la adaptación al Código Civil, iniciada con la reforma del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, que dio nueva redacción solo a los artículos 38 y 38 bis, con el fin de incorporar las nuevas denominaciones de las formas de protección de los menores: «adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar». De esta forma, se modifican el artículo 4.3 g) y h), apartados 2.2 y 5 del artículo 11, apartados 1 d) y 3 del artículo 16.
- En el artículo 4.3 g) y h), apartados 2.2 y 5 del artículo 11, apartados 1 d) y 3 del artículo 16, y artículo 26.1 b), desaparece la referencia a la maternidad y paternidad y se sustituye por la nueva causa de suspensión «en las situaciones de nacimiento»¹⁵.

¹⁴ En el voto particular a la STC 138/2018, de 17 de diciembre, la magistrada Balaguer Callejón reprochaba al tribunal que no hubiera definido suficientemente la naturaleza constitucional de dichos permisos, es decir, cuál es el bien jurídico protegido. Compartimos la opinión de la magistrada de que, de esta forma, el tribunal perdió:

[...] la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), derecho del que son titulares los progenitores, pero también, y a mi juicio, sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paterno-filial. Esta consideración, implícita en la sentencia, consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el artículo 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos.

¹⁵ La LETA solo utiliza la expresión «nacimiento y cuidado del menor» en el artículo 26, cuando se refiere a la acción protectora de la Seguridad Social.

- Se introduce la suspensión de actividad por ejercicio corresponsable de lactante en el artículo 4.3 g) y la correspondiente prestación en los artículos 4.3 h) y 26.1 b).
- Desaparece el último inciso del artículo 4.3 g) que establecía que el derecho a la suspensión de la actividad en estas situaciones se ejercería «en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social».

No obstante, bajo estos retoques aparentemente formales se esconde una reforma de mayor calado. Ante la falta de concreción por el legislador del contenido de estos derechos, en los siguientes epígrafes trataremos de reconstruir su régimen jurídico, a partir de una lectura integradora con el ET y con la normativa de Seguridad Social.

3.2. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional común del trabajador autónomo

3.2.1. La suspensión de la actividad por nacimiento y cuidado de menor (suspensión en «situaciones de nacimiento»)

El artículo 4.3 g) de la LETA debe ponerse en conexión con el también modificado artículo 318 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) que establece que será aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos:

[...] en materia de protección por nacimiento y cuidado de menor, lo dispuesto en el capítulo VI del título II, excepto el artículo 179.1 [...]. Los periodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena. Los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

El artículo 318 de la LGSS, como hacía la LGSS de 1994, define la situación jurídica protegida y únicamente remite al desarrollo reglamentario las condiciones y términos para el disfrute a tiempo parcial. Se consideran situaciones protegidas, según el artículo 177:

[...] el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones

se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La duración y la distribución de la suspensión de la actividad profesional del trabajador autónomo será, pues, la establecida para los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 48 del ET.

La norma de urgencia ha creado una única causa de suspensión, por nacimiento y cuidado del menor (apdo. 4), que engloba a los anteriores permisos de maternidad y paternidad biológicos. La filosofía que inspira la reforma es facilitar la corresponsabilidad entre los dos progenitores, lo que se traduce en que los derechos a suspender la actividad:

- Se conciben como derechos individuales de ambos progenitores y tendrán la misma duración máxima: 16 semanas.
- Se configuran como derechos intransferibles.
- Se establece el disfrute obligatorio de 6 semanas de descanso inmediatamente después del parto, que serán disfrutadas a tiempo completo¹⁶. La ley dice que «el nacimiento suspenderá el contrato», utilizando un término imperativo que permite afirmar que el real decreto-ley ha configurado el nacimiento como una causa de suspensión automática del contrato (Casas, 2019, p. 237; M.^a J. López, 2019, pp. 170-171). Por primera vez, el legislador ha mostrado especial interés por justificar por qué obliga a descansar durante un periodo y, además, a hacerlo a tiempo

¹⁶ Precisamente, porque la suspensión del contrato es obligatoria durante 6 semanas a partir del parto, la finalidad del permiso por nacimiento de hijo que se regulaba en el artículo 37 perdió su sentido, siendo suprimida por el real decreto-ley. Resulta controvertida la cuestión de si se mantiene la regulación convencional que mejoraba dichos permisos. Atendiendo a la STS de 17 de enero de 2008 (rec. 24/2007) que estableció que el disfrute del permiso por nacimiento debía «hacerse efectivo en el tiempo inmediatamente siguiente a aquel en que tuvo lugar el correspondiente nacimiento», salvo que expresamente el convenio previera la posibilidad de ser disfrutado en fechas posteriores al alumbramiento, será necesario analizar la redacción de cada uno de los convenios para conocer cuál era la intención de los negociadores. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de julio de 2019 (rec. 16/2019), en relación con el convenio colectivo de mediación, concluyó que no podía aceptarse «la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación con idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley)». Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2019 (rec. 221/2019), en relación con el convenio colectivo de la empresa Renault, aclara que «la novedad legislativa es compatible con los permisos que por paternidad venían disfrutándose y, por otro lado, estamos ante derechos de distinta naturaleza», ya que:

[...] uno es a disfrutar de un permiso retribuido a cargo del empresario y otro, bien distinto, que no es de nuevo cuño, que es la suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario y, en cambio, con cobertura prestacional por el sistema público de Seguridad Social (vid. De la Puebla, 2019).

completo. En el caso de la madre biológica se explica que la finalidad es asegurar la protección de su salud, mientras que en el caso del otro progenitor es «para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil». La remisión al artículo 68 del Código Civil causa extrañeza y puede provocar confusión. Conviene recordar que fue la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, la que añadió un inciso al artículo 68 para señalar que los cónyuges «deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Este precepto se incluye en el capítulo V del título IV («Del matrimonio») que lleva por título «De los derechos y deberes de los cónyuges». Los destinatarios son, pues, las personas unidas por vínculo matrimonial, no las parejas de hecho. La reforma del Código Civil tuvo como objeto proclamar la igualdad en la asunción de determinadas tareas tradicionalmente consideradas responsabilidad exclusiva o preferente de las mujeres¹⁷. Se trata de una obligación que podría calificarse de natural, ya que el incumplimiento de este deber matrimonial no trae aparejada ninguna consecuencia¹⁸, teniendo una misión simbólica y de pedagogía social¹⁹. Este ejercicio corresponsable de la patria potestad, por otro lado, persiste en los casos de separación y divorcio; por esa razón, la propia ley introdujo medidas que favorecieran la corresponsabilidad parental tras la ruptura de la convivencia conyugal, entre otras la custodia compartida²⁰.

La remisión al artículo 68 del Código Civil no es muy afortunada. Lousada (2019, p. 5) hace una interesante reflexión al respecto: la norma legal parece derivar el incumplimiento del disfrute por parte del otro progenitor al ámbito de las relaciones matrimoniales, lo que, sin duda, no ha sido la intención del Gobierno. Debería buscarse una fundamentación más adecuada que permitiera justificar la suspensión

¹⁷ Así se justifica la enmienda 37 al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil, introducida por el PNV (BOCCGG de 15 de marzo de 2005).

¹⁸ Lógicamente, nos referimos a las responsabilidades que pudieran exigirse entre sí los cónyuges en el caso de que uno de ellos no asumiera de forma compartida el deber. Cuestión distinta, claro está, son los casos de incumplimiento del deber de cuidado de los hijos, que puede traer aparejada, ya sea un matrimonio o una pareja de hecho, la pérdida de la patria potestad o incluso la comisión de un delito de abandono. Por otro lado, si un cónyuge no ha asumido de forma corresponsable las tareas de cuidado, será tenido en cuenta si solicita la custodia compartida.

¹⁹ Así lo manifestó la diputada del PNV Margarita Uría, quien señaló que: «Nadie vigilará que se cumpla, como nadie vigila que se cumpla que los cónyuges mantengan la fidelidad». Uría esgrimía que no se trataba de controlar si cada miembro de la pareja realizaba la mitad de las tareas domésticas, sino de poner negro sobre blanco que la responsabilidad de las tareas domésticas recae en ambos cónyuges (*Diario de León* de 22 de abril de 2005. Recuperado de <<https://www.diariodeleon.es/articulo/afondo/repartir-cargas-hogar-ley/2005042200000072636.html>>).

²⁰ Como ha estudiado Alba (2020), la posibilidad de conciliar vida familiar y laboral es uno de los criterios que tienen en cuenta los tribunales a la hora de reconocer la custodia compartida.

obligatoria del contrato para matrimonios y para parejas de hecho. Podría encontrarse en el deber de cuidado de los hijos que se inserta en la relación de filiación, deriva directamente de la patria potestad y se vincula al artículo 39 de la CE y a «los deberes paternales de asistencia “de todo orden” que allí se prescriben en favor de los hijos» (Pastor, 2019, p. 199). Sin embargo, tanto este deber de cuidado de los hijos como la obligación de compartir entre cónyuges el cuidado de los mismos se pueden realizar de formas muy distintas, siendo muy discutible que ambas obligaciones civiles puedan justificar la limitación de la libertad de los progenitores para tomar decisiones sobre su vida doméstica. En realidad, la fundamentación del artículo 48 del ET hay que buscarla en el artículo 14 de la CE, ya que es una medida dirigida a garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Pero difícilmente se cumplirá esta obligación si no se tiene voluntad de ello, dado que no se ha establecido ninguna sanción (Ballester, 2019, p. 29; C. Fernández, 2019, p. 31; Lousada, 2019, p. 4). La Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación sí preveía una modificación de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), para que un nuevo artículo 8 ter.2 tipificara como infracción grave:

No proceder a la suspensión obligatoria del contrato de trabajo durante las 6 semanas inmediatamente posteriores al nacimiento, a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, cuando el nacimiento, la resolución judicial o la decisión administrativa hayan sido debidamente comunicados al empresario por el trabajador o la trabajadora.

En el caso de los trabajadores autónomos, ¿el descanso durante las 6 semanas posteriores al parto es también obligatorio? Hay que recordar que el artículo 318 de la LGSS equipara la «distribución» de su descanso a la de los trabajadores por cuenta ajena, así, pues, la respuesta es afirmativa. Sin embargo, la inexistencia de sanciones, incluso en el caso de que se llegara a reformar la LISOS, norma que no se les aplica, dificulta extraordinariamente su imposición. La única consecuencia que se nos ocurre es que, si se solicitara por primera vez la prestación por nacimiento con posterioridad a las 6 semanas posteriores al parto, aquella fuera denegada por la entidad gestora.

El descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto se mantiene para la madre biológica en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, pero no se indica nada del otro progenitor.

Hay que tener en cuenta que la nueva regulación no entró inmediatamente en vigor, sino que la disposición transitoria decimotercera ha establecido un proceso gradual de aplicación, de modo que la equiparación absoluta entre ambos

progenitores no se producirá hasta el año 2021. Para 2020, la duración máxima de la suspensión del contrato del progenitor distinto de la madre biológica es de 12 semanas, siendo 4 de disfrute obligatorio tras el parto. Se mantiene además el carácter transferible de 2 semanas del periodo voluntario por parte de la madre.

- Otra novedad es que para ambos progenitores se permite que el disfrute de la suspensión no tenga que ser necesariamente ininterrumpido, salvo las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. Transcurrido este periodo, podrá distribuirse a voluntad de los progenitores, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo cumpla 12 meses²¹. El disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de 15 días. Desde el punto de vista de la prestación de la Seguridad Social, la nueva forma de distribución del descanso puede plantear algunas dudas: si el disfrute del descanso se interrumpe, ¿se recalcula la base reguladora de la prestación? Es decir, ¿se tiene en cuenta la base de cotización del mes anterior al parto o la base de cotización correspondiente al mes anterior al inicio del descanso? Téngase en cuenta que, al haberse ampliado hasta los 12 meses el periodo dentro del cual puede disfrutarse el descanso, podría darse la circunstancia de que hubiera variado la base de cotización durante el periodo intermedio. Contamos con un antecedente: el artículo 7.7 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, para los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, de modo que, cuando se reanude el subsidio, se percibirá en la misma cuantía que se venía abonando antes de la interrupción, salvo que fuera necesario modificar la base reguladora por concurrir alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado 8 del artículo 7. A la misma solución se llega, en el caso de los trabajadores autónomos, aplicando por analogía lo previsto para la incapacidad temporal en caso de recaída, donde una vez calculada la base reguladora «se mantendrá

²¹ En caso de disfrute interrumpido, según la disposición transitoria trigésima segunda de la LGSS:

[...] el abono de la prestación de estos periodos [los no obligatorios] no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute de los mismos, en tanto no se realicen, por parte de la entidad gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación.

Según informó el Ministerio de Trabajo, el sistema informático iba a estar preparado para que se pagara la prestación en el mes correspondiente a la interrupción a partir del mes de julio de 2019 (declaraciones a *El Periódico*, «Trabajo subsana el retraso en el cobro de los permisos de paternidad», noticia del 28 de julio de 2019. Recuperado de <<https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20190728/permisos-paternidad-retraso-cobro-prestacion-fallos-7568928>>).

durante todo el proceso de incapacidad temporal, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que el interesado hubiese optado por una base de cotización de cuantía inferior, en cuyo caso se tendrá en cuenta esta última»²².

El descanso voluntario podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, siempre que medie acuerdo con el empresario. Tratándose de los trabajadores autónomos, ese acuerdo no es necesario, ni siquiera para los TRADE.

- La duración de la suspensión del contrato por adopción y guarda con fines de adopción y acogimiento familiar es prácticamente idéntica. Su regulación se unifica en el apartado 5 del artículo 48 y se construye en paralelo con el permiso por nacimiento. Tiene carácter individual e intransferible y su duración será también de 16 semanas para cada adoptante, acogedor y guardador. Por primera vez, se incluye también un descanso obligatorio de 6 semanas que deberán disfrutarse a jornada completa y de forma ininterrumpida después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. La diferencia reside en el *dies a quo*, ya que en este caso no hay un parto, sino una resolución judicial o una decisión administrativa. Se prevé también un régimen transitorio hasta el año 2021 que reviste mayor complejidad.

3.2.2. ¿La «enigmática» suspensión de la actividad por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante existe?

Dentro de las situaciones de «suspensión» de la actividad, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha introducido en el apartado g) la situación del «ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». Para referirse a una situación que supone la interrupción de la actividad profesional, el precepto utiliza la expresión empleada en la LGSS para denominar a la nueva prestación social incluida en la acción protectora del sistema (art. 42.1 c) y no la de permiso para el «cuidado del lactante»²³, utilizada por el ET en sustitución del anterior «permiso de lactancia» (denominación, por cierto, que se mantiene en el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP– en el artículo 48 f)²⁴. Nos encontramos ante una de las medidas estrella de

²² Artículo 6.2 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. Esta norma, según aclaró la STS de 27 de febrero de 2012 (rec. 1563/2011), tiene como finalidad evitar la compra de un subsidio superior.

²³ Un estudio del permiso por cuidado de lactante en el ET en García (2019).

²⁴ Como ha apuntado Ballester (2019, p. 32), parece que la norma ha sido escrita por distintas manos, porque llama de distintas formas a una misma situación.

la reforma de 2019. Si bien las novedades son importantes en el ámbito de la prestación de servicios en régimen de subordinación (trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos), lo son aún más en el ámbito del trabajo autónomo, ya que se ha introducido un derecho que no existía hasta la fecha, aunque nos tememos que, al menos durante un tiempo, se va a quedar en un «brindis al sol» por la falta de eficacia jurídica directa de la ley²⁵.

Es preciso recordar que tradicionalmente las únicas titulares del permiso de lactancia eran las trabajadoras por cuenta ajena y las empleadas públicas. Cuando la madre biológica era autónoma, se veía obligada a limitar su actividad, posiblemente con la consiguiente pérdida económica, y sin contar con la ayuda del otro progenitor, quien carecía de este derecho. La STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09, asunto Roca Álvarez), sobre la base de que la normativa nacional y la interpretación jurisprudencial española habían terminado por desvincular este permiso del hecho biológico de la lactancia natural, considerándose actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad, concluyó que no existía justificación para no configurar al progenitor masculino como titular del mismo. La reforma introducida por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, configuró este derecho como un derecho individual de ambos progenitores, si bien, en caso de que ambos trabajaran, solo podía ser disfrutado por uno de ellos.

Con la finalidad de favorecer la corresponsabilidad, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha introducido en el ET importantes cambios en este permiso. Lo ha configurado definitivamente como un derecho individual e intransferible y, mediante la adición de un párrafo cuarto en el artículo 37.4, ha creado lo que podría denominarse un «bonus de corresponsabilidad»²⁶, de modo que:

[...] cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los 9 meses.

A diferencia del artículo 48, en esta ocasión la norma no impone la corresponsabilidad, sino que se limita a fomentarla.

²⁵ En septiembre de 2019, el Servicio de asesoramiento al trabajo autónomo de CC. OO. de Andalucía informaba de que el permiso de lactancia para las «mujeres» autónomas aún no estaba reconocido legalmente. Recuperado de <http://autoempleoandalucia.ccoo.es/noticia:401769--Conciliacion_familiar_y_personal_de_la_persona_autonoma_periodo_de_lactancia>.

²⁶ En la Proposición de Ley de conciliación, igualdad y apoyo a las familias, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos (BOCCGG de 22 de junio de 2018), se preveía un «bonus de corresponsabilidad» consistente en reconocer semanas adicionales de permiso por maternidad y paternidad en caso de que los titulares utilicen sus permisos de forma equitativa.

La norma distingue ahora dos tramos:

- Primer tramo: desde la finalización del permiso por nacimiento o cuidado (o de cada periodo fraccionado) hasta el cumplimiento de los 9 meses. Tiene naturaleza retribuida. Puede disfrutarse de forma aislada por uno solo de los progenitores.
- Segundo tramo: desde que el lactante cumple los 9 meses hasta los 12 meses de edad, correspondiente con el «bonus de corresponsabilidad». Exige el disfrute por ambos progenitores, lo que supone la exclusión de las familias monoparentales²⁷.

Para cubrir la pérdida de ingresos se ha creado una nueva prestación de Seguridad Social de «corresponsabilidad en el cuidado del lactante», desarrollada para el régimen general en los artículos 183 a 185 de la LGSS. No obstante, solo podrá ser disfrutada por uno de los trabajadores.

No resulta claro si para acceder a la prolongación del permiso el otro progenitor tiene que ser también trabajador por cuenta ajena. El hecho de que el precepto exija que ambos progenitores ejerzan «este derecho» parece sugerir que se refiere al derecho regulado en el artículo 37.4 del ET, por lo que ambos tendrían que ser trabajadores por cuenta ajena (Lousada, 2019, p. 16). La misma interpretación parece desprenderse del artículo 183 de la LGSS²⁸, que considera como situación protegida por la prestación en el régimen general:

[...] la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad.

La consecuencia de esta interpretación es que en las parejas mixtas no cabría la prolongación del periodo de disfrute hasta los 12 meses. Sin embargo, esta solución choca con la finalidad de la norma que es premiar y favorecer la corresponsabilidad. Quizá esa sea la razón por la que se ha incluido en el artículo 4.3 g) de la LETA la suspensión de la actividad por ejercicio corresponsable del lactante.

Tampoco resulta claro si el bonus premia el hecho de que el permiso se haya disfrutado por ambos progenitores hasta el cumplimiento de los 9 meses, de forma simultánea y con

²⁷ Sin embargo, en el modelo de solicitud que aparece en la página web de la Seguridad Social, cabe la posibilidad de indicar que el progenitor solicitante es integrante de una familia monoparental. Recuperado de <<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/8384ea39-10a9-48d3-9c2d-22a426fc3811/097350.pdf?MOD=AJPERES&CID>>.

²⁸ El artículo 184 de la LGSS excluye a los funcionarios públicos, remitiéndose al artículo 48 f) del EBEP.

la misma duración, y que se siga haciendo hasta los 12 meses de edad o si premia solo un hecho futuro, a saber, el disfrute simultáneo a partir del cumplimiento de los 9 meses, con independencia de que, a lo mejor, solo uno hubiera hecho uso del primer tramo. El precepto parece partir de que ambos progenitores ya han ejercido «este derecho» con la misma duración y régimen y, precisamente por eso, el periodo de disfrute puede extenderse (Lousada, 2019, p. 18; Ballester, 2019, p. 32). En cualquier caso, se hace depender la extensión del permiso de la decisión del otro progenitor²⁹.

Tampoco están claros los términos en que ambos progenitores deben hacer uso del permiso para poder acceder a su ampliación. Los artículos 37.4, cuarto párrafo, del ET y 183 de la LGSS exigen coincidencia en la duración y el régimen de ejercicio del permiso, pero ¿qué se considera «duración» y «régimen» de ejercicio del permiso? Si nos atenemos al tenor literal de la norma, el término «régimen», que, por cierto, no aparece en ningún otro momento en el artículo 37.4, podría referirse a la forma concreta de disfrute, de tal forma que los progenitores podrían optar por cualquier alternativa, pero tendría que ser la misma para ambos³⁰. Blasco (2019, p. 63) ofrece otra interpretación. Respecto de la «duración» opina que, partiendo de la base de que el convenio colectivo puede mejorar la media hora que legalmente se concede por reducción, «el periodo extra de disfrute solo podrá acontecer, desde este punto de vista, cuando ambos progenitores hayan acordado reducir su jornada el mismo tiempo, ya sea este media hora o el tiempo de más que se hubiera establecido convencionalmente». En cuanto a que sea exactamente ese «mismo régimen», como la autora parte de la base de que la ley exige para reconocer el periodo extra que el permiso se disfrute en forma de reducción de media hora, en consecuencia, concluye que:

²⁹ En el EBEP, sin embargo, se ha ampliado la duración del permiso hasta los 12 meses para ambos progenitores, teniendo carácter retribuido (art. 48 f) EBEP).

³⁰ Barrios (2019), sin embargo, añade que:

[...] parecería entenderse que el disfrute ampliado del derecho referiría, única y exclusivamente, a la reducción de jornada en media hora destinada al cuidado del lactante, mas no a las otras dos modalidades de ejercicio. Con todo, también cabría interpretar que en el ámbito exclusivamente laboral cualquier modalidad de disfrute sería perfectamente admisible, bien que solo una de ellas (la reducción de jornada en media hora de uno solo de los dos progenitores) implicaría la posibilidad de causar derecho a la específica prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante en los términos previstos en los artículos 183 y siguientes de la LGSS. A buen seguro, problemas prácticos de acreditación del ejercicio corresponsable del derecho (con la «misma duración y régimen») avalen, de momento, la interpretación restrictiva en favor de su disfrute ampliado en la exclusiva modalidad de reducción de la jornada en media hora. Con todo, aun sin contar con una prestación de Seguridad Social específica, no debieran rechazarse *a priori* las otras opciones posibles de disfrute del derecho. Al menos, se insiste, en el ámbito exclusivamente laboral. Por lo demás, ni que decir tiene que la interpretación (laboralmente) extensiva que aquí se defiende perfectamente podría ser asumida por la negociación colectiva y/o individual en los términos que en cada caso se consideren oportunos.

[...] podría entenderse que se alude a la distribución de tiempo de trabajo y tiempo de reducción de jornada, de tal forma que solo cuando ambos progenitores hubiesen optado por reducir su jornada con base en el mismo parámetro temporal (diario, semanal, mensual) podrá disfrutarse de 3 meses más de reducción hasta llegar a los 12 meses.

En nuestra opinión, debería hacerse una interpretación finalista, de modo que sería razonable concluir que lo que pide la norma es que ambos progenitores hagan uso del permiso de cuidado del lactante desde su reincorporación al trabajo hasta el cumplimiento de los 9 meses³¹, siendo indiferente la forma concreta elegida para su disfrute. No puede obviarse que, en función del convenio colectivo por el que se rijan ambos progenitores o del acuerdo al que hayan llegado con el empresario, las modalidades de disfrute del permiso y su duración pueden ser diferentes. Es decir, no creemos que la intención de la norma sea que ambos progenitores coincidan en la misma franja horaria en el cuidado del menor, sino que ambos, dentro de las posibilidades que a cada uno reconocen la ley y su convenio, se impliquen en el cuidado del lactante, eligiendo la opción que mejor se adecue a las necesidades de la pareja³². Esta es, por otro lado, la interpretación más respetuosa con la vida privada de la pareja.

En conexión con la cuestión antes planteada, resulta igualmente dudoso si hay una forma preceptiva de disfrute del permiso que genera el derecho a la prestación, ya que el artículo 183 de la LGSS claramente habla de reducción de jornada en media hora. Lo cierto es que el artículo 37.4 del ET es el culpable de esta confusión, ya que tan pronto parece utilizar el término reducción como una de las tres modalidades de ejercicio del derecho, como lo utiliza de forma global para referirse al derecho en general (Ballester, 2019, pp. 31-32). El artículo 183 de la LGSS, sin embargo, no se refiere de forma genérica a la reducción de jornada, sino que, como acabamos de indicar, especifica que la reducción es en media hora. Nuevamente, la solución más acorde con el respeto a la vida privada de los progenitores sería que el permiso se pudiera disfrutar en cualquiera de las alternativas que permite el artículo 37.4 del ET, aunque la Seguridad Social solo abonaría la prestación en la cuantía correspondiente a una reducción de jornada en media hora (Blasco, 2019, p. 64). Hay que tener en cuenta que la reducción de jornada en media hora es el mínimo establecido por ley, pero los convenios pueden ampliarlo. El artículo 183 de la LGSS, como no podía ser de otra manera,

³¹ Hay que tener en cuenta que hasta el año 2021 no existirá equiparación absoluta entre la suspensión de contrato por nacimiento o cuidado del menor entre ambos progenitores. Durante el periodo transitorio, el permiso por cuidado corresponsable del menor lactante será necesariamente mayor en el progenitor cuya suspensión del contrato sea menor, lo que, lógicamente, no debería ser un obstáculo para que se produjera la ampliación del permiso de cuidado del lactante.

³² En este sentido, era más afortunada la expresión utilizada por la Proposición de Ley de conciliación, igualdad y apoyo a las familias, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos, que para reconocer el «bonus de corresponsabilidad» exigía que los progenitores utilizaran sus permisos «de forma equitativa». El disfrute de «forma equitativa» no significa que necesariamente se deba hacer de forma «idéntica». El concepto equitativo se relaciona con lo que es justo y proporcional.

estaría estableciendo una prestación uniforme partiendo del mínimo legal, pero sin condicionar la forma real de disfrute. No es esta la interpretación, sin embargo, que sostiene la doctrina más cualificada, para quien, únicamente, la reducción de jornada habilita para la prestación social, de modo que en los demás casos «habrá derecho a la ampliación del permiso hasta los 12 meses, pues el artículo 37.4.IV del ET no vincula tal derecho a una determinada modalidad de disfrute, pero esa ampliación es sin derecho a retribución ni a prestación social» (Lousada, 2019, p. 17). ¿Condiciona la regulación de la legislación de Seguridad Social la forma de disfrutar el primer tramo?³³. En nuestra opinión, la legislación de Seguridad Social puede definir la situación jurídica protegida correspondiente al segundo tramo de una manera muy restringida, si lo estima conveniente por razones presupuestarias o para facilitar la gestión, sin embargo, respecto del primer tramo se aplicaría la legislación laboral, de modo que hasta los 9 meses sería factible que los titulares del derecho hubieran optado por cualquiera de las posibilidades que les ofrece el artículo 37.4 del ET (Lousada, 2019, p. 17).

La información que proporciona la página web de la Seguridad Social respecto de la forma de disfrute de la prestación es confusa e incurre en contradicciones³⁴:

- «El inicio de la reducción de la jornada de trabajo puede comenzar entre el mes noveno del nacimiento del lactante y hasta el duodécimo, pero, una vez se haya producido el hecho causante, el tiempo que dure la reducción de la jornada de trabajo deberá ser el mismo para ambos progenitores, coincidiendo todos los días». El hecho causante, pues, se sitúa a partir del mes noveno, siendo a partir de entonces cuando los dos progenitores deben coincidir «todos los días».
- «En cuanto a la reducción de la jornada de trabajo, esta ha de ser diaria sin poder acumularse semanalmente, por lo que una persona que trabaja 40 horas semanales (en 5 días), su reducción a la semana deberá ser como mínimo de 2 horas y media (media hora por día)». Sin embargo, al definir la situación protegida dice: «la reducción de jornada –en media hora o acumulada–», lo que podría hacer pensar razonablemente que cabría la acumulación de jornada.
- «Por otro lado, hay que indicar que la prestación que va a pagar esta entidad gestora va a ser aquella que corresponda a la reducción de la jornada de trabajo en media hora. Es decir, la persona trabajadora puede reducir su jornada laboral en el tiempo que desee (media hora, una hora, dos horas...), pero el INSS solamente abonará la reducción de media hora, pues es la situación protegida para esta prestación tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 183 del TRLGSS».

³³ La respuesta es afirmativa para Blasco (2019, p. 63).

³⁴ Recuperado de <<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/61f8b540-c867-43cf-926d-77476b975f36>>.

Es importante reseñar que, si bien el disfrute del permiso laboral es un derecho individual de los trabajadores, el derecho a la prestación, como ocurre con la prestación por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves, corresponde solo a uno de ellos:

[...] cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos (art. 184.2).

Nos preguntamos si la ley exige solamente que los dos progenitores hayan disfrutado el permiso hasta el noveno mes o si exige también que continúen disfrutándolo durante los 12 meses. Dado que solamente uno de los progenitores va a cobrar la prestación, teniendo para el otro progenitor carácter de no retribuido, sería razonable pensar que no puede exigirse a este último que continúe disfrutando el permiso con reducción de su salario. Por esta interpretación se inclina Ballester (2019, p. 34), quien advierte de que «es muy probable que la adición de 3 meses sea disfrutada por la madre, ya que solo da lugar a una prestación, con lo que la finalidad del reparto se difumina». Sin embargo, el artículo 183 de la LGSS parece exigir que ambos continúen con el permiso, ya que se refiere a la reducción de jornada que los dos progenitores, guardadores o cuidadores lleven a cabo con la misma duración y régimen «desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad»³⁵.

Acabamos de comprobar que la ley ofrece importantes dudas interpretativas respecto del permiso laboral de cuidado del lactante, existiendo hasta la fecha opiniones doctrinales muy diferentes. Como se va a explicar a continuación, en el caso de los trabajadores autónomos el problema es mayor, ya que, hasta que no se lleven a cabo los desarrollos reglamentarios previstos en la disposición final primera del Real Decreto-Ley 6/2019³⁶ y en el artículo 318 b) de la LGSS, las leyes implicadas no son directamente aplicables. Pero no por ello pierde sentido este estudio, ya que cabe reflexionar sobre el contenido de esos futuros reglamentos y sobre la necesidad de esta nueva causa de suspensión de la actividad profesional.

A diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, donde esta situación tiene naturaleza de permiso retribuido, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, la naturaleza es de simple suspensión de la actividad, ya que no van a recibir ningún tipo de remuneración por el cliente que los contrata, salvo que se haya pactado en el contrato o previsto en un acuerdo

³⁵ De esta opinión es también Blasco (2019, p. 64), quien llama la atención sobre el efecto disuasorio de la norma «para los progenitores que pretendieran hacer uso de esta reducción de jornada corresponsable al saber que, por su disfrute, uno de ellos no tendría acceso a ningún beneficio derivado de la Seguridad Social y vería, además, reducido su salario».

³⁶ Disposición final primera: «El Gobierno, en el plazo de 6 meses, deberá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo del presente real decreto-ley en las materias que sean de su competencia».

de interés profesional. Pero ¿realmente es así? Hay que tener en cuenta que el trabajador autónomo puede ser contratado «para la ejecución de una obra o serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios» (art. 7.2 LETA) y puede ser compensado por unidad de tiempo o por resultado³⁷. Precisamente, una característica del trabajo autónomo es la capacidad de autoorganizarse y el trabajar sin sometimiento a una jornada o a un horario determinado, porque lo importante es el resultado final, no el tiempo empleado. Aun cuando redujera media hora su actividad para el cuidado del lactante, si es capaz de concluir la obra o el servicio en menor tiempo, percibirá íntegramente la remuneración correspondiente, ya que para el cliente resulta indiferente el menor tiempo dedicado. Por esa razón, en el trabajo autónomo más correcto que hablar de «reducir jornada» es hablar de «cesar parcialmente» en la actividad, ya que se hace hincapié en que lo que se reduce es la actividad (esta es la expresión utilizada para el RETA en la regulación de la prestación de cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves)³⁸. Aunque la situación descrita es la más generalizada, no podemos olvidar que dentro de los trabajadores autónomos podemos encontrar otras situaciones, donde el tiempo sí es un factor importante. Por ejemplo, cuando se ejerce una actividad con establecimiento mercantil abierto al público, la reducción de los horarios de apertura al público sí podría implicar una pérdida de ingresos. Tampoco hay que olvidar que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2017, existía en torno a un 15 % de trabajadores autónomos independientes cuyo horario era fijado por los clientes (Martín y García, 2019, p. 15)³⁹.

Debe advertirse que este es el único momento en que la LETA se refiere a este nuevo derecho a suspender la actividad para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Se echa en falta una definición y la concreción de sus términos y forma de ejercicio, si se puede ejercer como el trabajador autónomo estime conveniente, o en alguna de las opciones que ofrece el artículo 37.4 del ET, precepto este último al que, de forma significativa, no se remite. Queremos volver la atención sobre el hecho de que la LETA haya acudido para denominar la suspensión de la actividad profesional a la expresión utilizada por la legislación de Seguridad Social, lo que podría sugerir que el derecho reconocido en la letra g) se limitaría a la situación jurídica protegida por la prestación social en la letra h). Ello supondría que, mientras que para los trabajadores por cuenta ajena y para los empleados públicos existe

³⁷ Según el artículo 10: «1. Los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica por la ejecución del contrato en el tiempo y la forma convenidos y de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

³⁸ Artículo 2.5 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

³⁹ El número de trabajadores independientes que decidían su horario era de 1.537.100 trabajadores, siendo 222.400 los trabajadores independientes que indicaban que el horario de trabajo lo decidía el cliente o los clientes.

un permiso de lactancia que puede ser ejercido en solitario por cada miembro de la pareja, en el caso de los trabajadores autónomos el derecho a suspender la actividad profesional estaría condicionado a que ambos lo hicieran (dejando fuera, por tanto, a las familias con un único progenitor). ¿Ha sido esta la intención del legislador?

Conforme a una primera interpretación, el artículo g) estaría estrechamente vinculado con la letra h) que regula la prestación de Seguridad Social, de modo que se limitaría a regular el presupuesto de hecho sobre el que se construirá la protección social. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, aunque la prestación de Seguridad Social se limite al segundo tramo, se parte del presupuesto de que es necesario que se haya disfrutado por ambos progenitores el primer tramo de permiso o, en nuestro caso, de suspensión de la actividad. Ello supone que por vía indirecta el artículo g) reconocería también el derecho a suspender la actividad profesional hasta el cumplimiento de los 9 meses.

Conforme a una segunda interpretación, el supuesto de la letra g) sería más amplio que la situación jurídica protegida por la prestación de la letra h), y, por lo tanto, el derecho podría ser disfrutado durante un primer tramo por el trabajador autónomo de forma aislada y como mejor se ajustara a sus necesidades. Supondría también el reconocimiento de un derecho autónomo al cuidado corresponsable del lactante, independiente de la prestación de la Seguridad Social. Resulta significativo al respecto que en la reforma de 2019 haya desaparecido el último inciso del artículo 4 g), que prescribía que las suspensiones de la actividad en las situaciones descritas se hicieran «en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social». También es muy elocuente de la intención del Gobierno, la exposición de motivos de la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el PSOE. En un marco legal donde la regulación del artículo 4 g) y h) se mantenía idéntica a la del real decreto-ley, el partido proponente explicaba que las modificaciones introducidas para incentivar la corresponsabilidad daban lugar:

[...] a una profunda reforma de ciertos permisos, reducciones y suspensiones previstos en el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre; la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; y el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

Es decir, parecía entender que la LETA sí regulaba permisos, reducciones y suspensiones como el ET y el EBEP.

Centrándonos ahora en la prestación de la Seguridad Social, el artículo 318 a) de la LGSS establece que será de aplicación lo dispuesto en el capítulo VII «en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente». A diferencia de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, la situación jurídica no se define por la ley, sino que se remite a un desarrollo reglamentario que todavía no se ha realizado, lo que significa que todavía

no puede solicitarse esta prestación por parte de los trabajadores por cuenta propia. Así parece entenderlo el propio INSS, que, en su página web, tras señalar que esta prestación está incluida dentro de la acción protectora de todos los regímenes del sistema, únicamente proporciona información sobre el régimen general.

Adelantándonos al futuro desarrollo reglamentario, podríamos imaginar dos escenarios posibles:

1.^{er} escenario: que la situación jurídica del cuidado corresponsable de los trabajadores autónomos se remita al artículo 37.4 del ET, lo que garantizaría que también las parejas «mixtas» pudieran hacer uso del «bonus de corresponsabilidad». No sería algo extraordinario, ya que es lo que tradicionalmente se ha venido haciendo con las prestaciones de maternidad y paternidad⁴⁰ y con la prestación para cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves⁴¹. Por otro lado, la intención del legislador expresada en el preámbulo de la norma de urgencia podría ir en esta línea, cuando indica que:

[...] se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de la Seguridad Social.

Obsérvese que la inclusión de la prestación en el RETA parece vincularse a las novedades introducidas en el ET.

2.^o escenario: que la situación jurídica se defina de forma distinta.

En el caso de que el legislador opte por la primera alternativa, sería conveniente que se aclarase la propia normativa reguladora del régimen general cuya lectura, como acabamos de comprobar, suscita muchas dudas.

⁴⁰ Artículo 318 a) de la LGSS y artículo 2.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁴¹ En la prestación para cuidado de hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves, la situación jurídica protegida es el cese parcial en el trabajo, lo que se identifica con una reducción de su jornada de al menos un 50 %. La diferencia con los trabajadores por cuenta ajena es que se toma como referencia para la reducción una jornada de 40 horas semanales (art. 4.1 RD 1148/2011).

Naturalmente, para acceder a la prestación será preciso acreditar la reducción de jornada, tal como establece el segundo párrafo del artículo 183 para el régimen general: «La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores». Señala la ley que reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación. Es razonable pensar que lo que se debe acreditar es que el trabajador ha disfrutado del primer tramo y que va a prolongar el permiso en el segundo tramo. En el caso del trabajador autónomo no existe un tercero que pueda certificar la reducción, salvo en el caso del TRADE, siempre y cuando la reducción de jornada se realice en la prestación de servicios para el cliente principal. Como ocurre con la prestación por nacimiento y cuidado del menor que se percibe a tiempo parcial⁴² y con la prestación de reducción de jornada por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otra enfermedad grave⁴³, deberá ser el propio trabajador autónomo quien lo acredite presentando en la entidad gestora un documento acreditativo, una declaración, en el que se recojan los términos precisos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio. Será este uno de los puntos que debería recoger el futuro reglamento.

Respecto de los beneficiarios, para el acceso a la prestación «se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menor regulada en la sección 1.ª del capítulo VI».

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Será preciso, pues, calcular el porcentaje que media hora de duración diaria del permiso representa sobre el total de la jornada de trabajo y aplicar ese porcentaje sobre la base reguladora. En el caso del trabajador autónomo, el futuro desarrollo reglamentario deberá precisar cuál es el total de jornada que se toma como referencia. ¿Se calcula el porcentaje que supone la reducción en media hora sobre la jornada real que, como hemos visto, es habitual que llegue a las 50 horas semanales, pero que también puede ser inferior? Lo más razonable es tomar como referencia una jornada de 40 horas semanales⁴⁴, como ha hecho el legislador con la reducción de jornada por cuidado

⁴² Artículo 14.2.6.º del Real Decreto 295/2009.

⁴³ Artículo 9.2 del Real Decreto 1148/2011.

⁴⁴ El problema podría plantearse con los TRADE, ya que respecto de ellos sí puede haberse reflejado una jornada máxima en el contrato. En el artículo 14 de la LETA se establece:

2. Mediante contrato individual o acuerdo de interés profesional se determinará el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal. [...]

4. El horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

de hijos enfermos de cáncer u otra enfermedad grave de los trabajadores autónomos en el artículo 9.2 a) del Real Decreto 1148/2011. Esto supondría un porcentaje del 6,25 %, que, aplicado, por ejemplo, a una base reguladora de 944,4 euros (correspondiente a la base mínima vigente en 2019), daría una prestación diaria de 1,96 euros y, en consecuencia, una prestación mensual de 58,8 euros.

No creemos que, dado el escaso porcentaje de reducción de jornada que supone, se exija al trabajador autónomo que realice la declaración de la situación de la actividad referida a la jornada profesional que reduce⁴⁵.

Retornemos ahora al inicio de esta reflexión. ¿Podemos hablar en la letra g) realmente de un «derecho»? Se trata de una mera suspensión de la actividad, por lo que el cliente, en el caso de que se retribuya en función de las horas realizadas, no está obligado a pagar la contraprestación por las no trabajadas. En el caso de que sea retribuido por resultado, será indiferente el tiempo invertido en ello. Pero, entonces, ¿qué sentido tiene reconocer el derecho a la suspensión? Creemos que, fuera del caso del periodo correspondiente al «bonus de corresponsabilidad», donde puede percibir prestación de la Seguridad Social, el único efecto de la suspensión sería la limitación impuesta al cliente para no adoptar medidas extintivas o penalizadoras por el menor número de horas trabajadas. Además, de acuerdo con la interpretación que hemos defendido, permitiría acreditar el ejercicio corresponsable por ambos progenitores y, en consecuencia, que el miembro de la pareja que fuera trabajador por cuenta ajena pudiera extender su permiso hasta los 12 meses.

3.3. Derechos reconocidos en la LETA dentro del régimen profesional del TRADE

La preocupación por hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los TRADE se pone de manifiesto en el artículo 11.2, de forma que se permite en el apartado a) la contratación de un trabajador por cuenta ajena (la ley insiste en que «se permitirá la contratación de un único trabajador») en los siguientes supuestos y situaciones:

Lo cierto es que el Real Decreto 1148/2011 no tuvo en cuenta la realidad del TRADE para establecer como referente su jornada real.

⁴⁵ Por ejemplo, el artículo 9.2 a) del Real Decreto 1148/2011 añade que también deberán presentar declaración de la situación de la actividad referida a la parte de jornada profesional que reduce el trabajador autónomo. Es preciso indicar cómo gestionaba el negocio antes de la reducción de jornada indicando los medios humanos (número de empleados, socios...), el horario del negocio y los días de la semana; cómo queda la gestión del negocio durante la reducción (cierre del establecimiento, inactividad parcial, persona a cargo del negocio) y con qué medios humanos, así como el nuevo horario y días de trabajo. En caso de inactividad parcial se indicará el nuevo horario del negocio.

1. Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses.
2. Periodos de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar.
3. Por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo.
4. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
5. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 %, debidamente acreditada.

El contrato se realizará por el trabajador autónomo, no por el empresario que contrata sus servicios. En lo no previsto expresamente, la contratación del trabajador por cuenta ajena se regirá por lo previsto por el artículo 15.1 c) del ET y sus normas de desarrollo⁴⁶. Con el fin de evitar la concatenación de contratos, finalizada la causa que dio lugar a dicha contratación, el trabajador autónomo podrá celebrar un nuevo contrato con un trabajador por cuenta ajena por cualquiera de las causas previstas anteriormente, siempre que, en todo caso, entre el final de un contrato y la nueva contratación transcurra un periodo mínimo de 12 meses⁴⁷, salvo que el nuevo contrato tuviera como causa alguna de las previstas en los números 1 y 2. Tras la reforma de 2019 y ante la posibilidad de disfrutar los permisos de nacimiento de forma discontinua, es preciso aclarar si el contrato de interinidad es único o si podrían hacer contratos con trabajadores distintos. Interpretamos que existe un único contrato, porque la causa es única⁴⁸.

Hemos indicado en el epígrafe anterior que el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, desde el punto de vista de la relación horizontal con el cliente, debería tener como contrapartida el mantenimiento del contrato del TRADE. La LETA parte de la base, en el artículo 16, de que las interrupciones de la actividad fundadas en incapacidad temporal, nacimiento, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses se considerarán interrupciones justificadas que no permitirán al cliente extinguir el contrato por la vía del artículo 15.1 f) (extinción por voluntad del cliente por causa justificada). Obsérvese que, aunque el Real Decreto-Ley 6/2019 ha creado la nueva suspensión de actividad por ejercicio corresponsable de lactante, no la ha incluido en el artículo 16, quizá porque el legislador piensa que su escasa repercusión

⁴⁶ Sobre este peculiar contrato de interinidad para sustituir a trabajador autónomo, *vid.* Roldán (2018).

⁴⁷ Así se explica en la exposición de motivos de la Ley 31/2015.

⁴⁸ De la misma forma que se admiten la realización de un único contrato de interinidad por vacante para cubrir plazas de fijos discontinuos (STS de 11 de abril de 2018, rec. 2581/2016).

en la jornada o en el resultado del trabajo no llevará al cliente a querer extinguir el contrato. La extinción del contrato, fundada en uno de estos motivos, daría lugar a la obligación de indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios causados en los términos previstos en el artículo 15.3. Ciertamente, si el único motivo de la extinción fuera la situación de embarazo, parto o lactancia de la trabajadora autónoma, nos encontraríamos ante una discriminación por razón de sexo que, de acuerdo con lo establecido en la STS de 20 de abril de 2011, anteriormente comentada, daría lugar a la nulidad de la decisión y a la puesta en marcha de los mecanismos de tutela de derechos fundamentales⁴⁹. La Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación proponía, en esta línea, añadir un apartado 5 al artículo 15 con la siguiente redacción:

Se considerará nula y sin efecto la extinción que constituya o cause discriminación por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Su comisión dará lugar a la obligación de indemnizar de manera efectiva y proporcionada el perjuicio causado.

En el caso de progenitor varón igualmente debería apreciarse discriminación no ya por razón de sexo, sino por circunstancias familiares, conforme a la STC 26/2011.

Cuando la interrupción, en las situaciones descritas, ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato, a efectos de lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo anterior. El legislador prevé la posibilidad de que el empresario no pueda extinguir el contrato, si el TRADE mantiene su actividad contratando a un trabajador por cuenta ajena, conforme a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 11, pero no admite que la sustitución se realice con otro trabajador autónomo⁵⁰. *A sensu contrario*, no se considerarán interrupciones justificadas las debidas al cuidado de menores de 7 años, familiares a cargo en situación de dependencia o de personas con discapacidad⁵¹, salvo

⁴⁹ La posibilidad de que el cliente extinga el contrato ha sido muy criticada por Montoya (2009, p. 158).

⁵⁰ Al respecto, y en relación con el artículo 30 del ET, señala Selma (2016, p. 82) que:

[...] a pesar de la libertad de empresa que proclama la CE, en virtud de este régimen jurídico, si el trabajador autónomo opta por concertar un vínculo civil con otro trabajador autónomo que, actuando por cuenta propia, le sustituya en el trabajo, transfiriéndole encargos y clientes, no quedará encuadrado en el supuesto de hecho que configura la citada bonificación.

⁵¹ En la tramitación de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, en la enmienda número 1 presentada por el Grupo Mixto y en la número 36 presentada por Entesa pel progres de Catalunya en el Senado se solicitaba la eliminación de la posibilidad de contratar por cuenta ajena, con la siguiente justificación:

que se entendieran incluidas dentro de la fórmula genérica del artículo 16.1 b) dentro de «la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles», si bien, creemos que dicho precepto parece estar pensando en situaciones parecidas a los permisos retribuidos del artículo 37.3 b) del ET. Ahora bien, nada impediría que mediante contrato o acuerdo de interés profesional se pactara su consideración como tales (art. 16.2 LETA). Pero otra interpretación es posible: si, efectivamente, el legislador tiene en mente reducciones de la jornada del trabajador autónomo, no estaríamos ante una «interrupción de la actividad», y, por lo tanto, no sería justificada la extinción del contrato por este motivo⁵². Tratándose de trabajador autónomo que suspende parcialmente su actividad para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, dada su brevedad, es muy difícil concebir un caso en el que se ocasione «un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad» que pudiera justificar la extinción del contrato.

4. Las reformas en las bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para facilitar el mantenimiento de la actividad profesional

El Real Decreto-Ley 6/2019 se ha limitado a realizar en los artículos 38 y 38 bis de la LETA las adaptaciones terminológicas necesarias para sustituir las expresiones «maternidad y paternidad» por la nueva denominación de «nacimiento». No obstante, las reformas operadas en la suspensión de actividad por nacimiento y cuidado del menor no podían dejar de influir en el régimen de las bonificaciones⁵³, planteándose problemas interpretativos que deberían recibir respuesta en el futuro, deseablemente por el legislador, y, en todo caso, por los tribunales. Por otro lado, el real decreto-ley ha perdido la oportunidad de realizar reformas facilitadoras de la conciliación que venían siendo reclamadas por la doctrina.

El acceso a determinados derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los TRADE no puede realizarse a costa de perder su condición para pasar a tener la condición de empresarios. Es mejor regular el acceso a esos derechos (por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo, por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada y por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, con una discapacidad igual o superior al 33 %, debidamente acreditada) como una interrupción, total o parcial, de la prestación de servicios para la empresa cliente, equiparándolos a los ahora ya reconocidos en el artículo 16 de la misma ley.

⁵² Ambas interpretaciones, como posibles, encontramos en Fernández (2017, p. 18).

⁵³ Para un estudio más profundo de estas bonificaciones, Roldán (2018).

4.1. Bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación (art. 30 LETA)

La rúbrica del artículo nos indica que dicha bonificación está vinculada a la contratación de un trabajador por cuenta ajena. Dichas contrataciones deberán respetar lo establecido en el apartado 2 del artículo 30 y en lo no previsto expresamente «se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo» (apdo. 7). *De lege ferenda*, sería oportuno que una norma con rango de ley permitiera concertar el contrato del sustituto con anterioridad al inicio de la situación jurídica protegida en el precepto. Hay que pensar que, para los trabajadores autónomos, sin trabajadores a su servicio (como es el caso de la mayoría de las mujeres emprendedoras), supone un riesgo dejar al frente del negocio a un desconocido⁵⁴.

Los destinatarios de la bonificación son los trabajadores incluidos en el RETA, así como los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar (apdo. 8). Se excluyen de la bonificación los autónomos empleadores, ya que la ley exige que el autónomo carezca de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los 12 meses anteriores a la misma. No se tomará en consideración a los efectos anteriores al trabajador contratado mediante contrato de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo «durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural». El apartado 4 del artículo 30 ha pasado desapercibido para el Real Decreto-Ley 6/2019, aunque no hay mayor problema en ello, ya que conforme a su disposición adicional única «todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley». Los

⁵⁴ En este sentido, es ejemplar lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución de 6 de septiembre de 2019, de la Secretaría General de Empleo de Extremadura, por la que se convoca la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, correspondiente al ejercicio 2019-2020, respecto de la subvención reconocida a autónomos que contraten a trabajadores para sustituirlos durante la situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia:

[...] La subvención podrá extenderse hasta 2 meses anteriores a la fecha de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, cuando la persona desempleada haya sido contratada para cubrir una situación de incapacidad temporal previa a la maternidad, acreditando dicha circunstancia mediante la correspondiente documentación oficial o haya sido contratada con el fin de adquirir una experiencia previa en el trabajo a desempeñar que le permita sustituir posteriormente a la persona trabajadora autónoma.

autónomos societarios podrán beneficiarse también de la bonificación, siempre y cuando la sociedad mercantil no tuviera trabajadores contratados⁵⁵.

El incentivo consiste en el derecho, por un plazo de hasta 12 meses, a una bonificación del 100 % de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el «tipo mínimo de cotización vigente en cada momento»⁵⁶, establecido en el citado régimen especial en los siguientes supuestos:

- a) Por cuidado de menores de 12 años que tengan a su cargo.
- b) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
- c) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida.

El Real Decreto-Ley 6/2019 no ha puesto fin a la falta de concordancia entre los supuestos descritos en el artículo 30 y en el artículo 11.2 a)⁵⁷. En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta. La bonificación se aplica solo sobre la cuota por contingencias comunes, dejando al margen la cuota por contingencias profesionales que hasta la reforma del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, era obligatoria solo para los TRADE y otros autónomos que estuvieran obligados a formalizar su cobertura por desempeñar una actividad profesional con un elevado riesgo de siniestralidad.

⁵⁵ Recientemente la STS (Sala 3.ª) de 3 de diciembre de 2019 (rec. 5252/2017) ha reconocido la tarifa plana del artículo 31 de la LETA a los autónomos societarios, por considerar que no estaban excluidos expresamente por el precepto y porque la condición de autónomo con la constitución de una sociedad mercantil no es incompatible, sino todo lo contrario, con la finalidad de la norma que es estimular la iniciativa empresarial, en especial de los jóvenes, y promover el autoempleo.

⁵⁶ El precepto no ha sido afectado por la reforma de 2018. Pese a que no indique expresamente que se incluye la incapacidad temporal, lo más razonable es interpretar que el tipo mínimo incluye dicha contingencia, toda vez que su cobertura es obligatoria para todos los autónomos, excepto para los trabajadores del sistema especial agrario y para quienes trabajen en régimen de pluriactividad.

⁵⁷ Respecto de los menores, la edad es más elevada en el artículo 30. Sin embargo, respecto de las personas con discapacidad a cargo, tratándose de personas con discapacidad física, dejaría fuera a aquellos con un grado de discapacidad inferior al 65 %. El Real Decreto-Ley 6/2019 ha perdido la oportunidad de corregir estas incoherencias.

Dispone el apartado 6 que «la medida prevista en este artículo será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a la normativa vigente». ¿A qué incentivos se refiere el artículo 30? Si el contrato que debe realizarse con el trabajador sustituto es de interinidad, solo hay dos normas que prevén bonificaciones para este tipo de contratos:

- El Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los descansos por maternidad, adopción o acogimiento.
- La disposición adicional vigesimoprimera del ET, que regula las reducciones de cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores que estén en la situación de excedencia por cuidado de familiares.

La segunda de las normas se dirige únicamente a la sustitución de trabajadores por cuenta ajena, mientras que la primera prevé la sustitución de trabajadores por cuenta propia, pero únicamente durante los descansos de maternidad, paternidad (léase, nacimiento), riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Así pues, hoy por hoy, es preciso concluir que el artículo 30 se refiere a una ley futura (M.^a B. Fernández, 2019, p. 196). El Real Decreto-Ley 6/2019 también ha perdido la oportunidad de hacerlo.

No parece estar en el ánimo del Gobierno abordar las reformas sugeridas a corto plazo, ya que el mismo olvido se apreciaba en la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

4.2. Bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (art. 38 LETA)

Son beneficiarios los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en el RETA o como trabajadores por cuenta propia en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, «durante los periodos de descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que este periodo tenga una duración de al menos 1 mes». Tras el Real Decreto-Ley 6/2019, garantizada la duración obligatoria de 6 semanas, la referencia a la duración mínima de al menos 1 mes resulta superflua.

El incentivo consiste en la aplicación en la cotización de una bonificación del 100 % de la cuota de autónomos, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia⁵⁸. A diferencia del artículo 30, la bonificación no se limita a la cuota por contingencias comunes, sino que de forma genérica se habla de la «cuota de autónomos» a la que se aplicará no el tipo mínimo, sino el «tipo de cotización establecido como obligatorio», por lo que es razonable interpretar que alcanzará también a la cuota por contingencias profesionales, cese de actividad y formación profesional, con excepción, claro está, de los trabajadores incluidos en el sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta propia, para quien continúa siendo voluntaria. Si el trabajador llevara menos de 12 meses de alta en el RETA o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

A diferencia del artículo 30 de la LETA no se vincula a la contratación de un trabajador por cuenta ajena, estipulándose que, caso de realizarse, esta bonificación será compatible con la establecida en el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre. Como en la bonificación del artículo 30, el legislador debería permitir que el contrato de interinidad se celebre con anterioridad al inicio del descanso.

El Real Decreto-Ley 6/2019 no ha tenido en cuenta que cabe el disfrute en múltiples periodos de la prestación de nacimiento y cuidado de menor, de modo que el arco temporal durante el cual puede disfrutarse el descanso, y, por ende, la bonificación, se ha prolongado hasta los 12 meses. En este caso nos surgen dos dudas: ¿se aplica la bonificación también de forma interrumpida en cada uno de los tramos o se esperaría al final del periodo? Desde el punto de vista de la Tesorería General de la Seguridad Social puede ser difícil de gestionar con rapidez, ya que, salvo que el futuro reglamento establezca otra cosa, en la actualidad en el momento de la solicitud del primer periodo obligatorio no existe el deber de informar a la Seguridad Social sobre las futuras semanas en que se va a descansar. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la bonificación se aplica sobre la base media de cotización en los 12 meses anteriores «a la fecha en que se acoja a la medida». En este caso, ¿habría que recalcular esa base media en cada uno de los periodos distintos al inicial o se atendería únicamente a la fecha de disfrute del primer periodo obligatorio de descanso? En nuestra opinión, de la misma manera que la base de cotización que se debería tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la prestación es la anterior al hecho causante, por ejemplo, el nacimiento, debería aplicarse la misma regla para las bonificaciones. En todo caso, son cuestiones que deberá resolver el futuro reglamento.

⁵⁸ La opción por la base media significa, en opinión de M.^a B. Fernández (2019, p. 193), que «la bonificación no se calculará sobre la base mínima de cotización, sino sobre la base real, y con ello se desincentiva la opción por la base mínima».

4.3. Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos (art. 38 bis LETA)

Esta bonificación fue introducida por la Ley 6/2017, que no hizo sino recuperar un incentivo que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, reconocido en la disposición adicional sexagésima quinta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2006, que había sido derogada por la disposición derogatoria única.2 c) del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁵⁹. A través de la técnica de las bonificaciones se fomentaba el mantenimiento de la actividad de la trabajadora autónoma tras el disfrute del descanso por maternidad. Anteriormente, el artículo 47.1.1 i) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, había establecido, dentro del programa de fomento del empleo, una medida parecida para las trabajadoras por cuenta ajena que se reincorporaran tras el descanso por maternidad o de una excedencia por cuidado de hijo, incentivo que después se incorporó con modificaciones en el artículo 4.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, y que también fue suprimido por la disposición derogatoria única.1 f) del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En el año 2017, el legislador recuperó esta medida para las trabajadoras autónomas, pero no para las trabajadoras por cuenta ajena.

Las trabajadoras incluidas en el RETA o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, que, habiendo cesado su actividad por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia dentro de los 2 años inmediatamente siguientes a la fecha efectiva del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes y contingencias profesionales quedará fijada en la cuantía de 60 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia. Si las trabajadoras optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada

⁵⁹ El Real Decreto-Ley 20/2012 dio cumplimiento a las recomendaciones de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios de dirigir las bonificaciones a la contratación a colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo. Se suprimieron todas las bonificaciones a excepción de las destinadas a la contratación de personas con discapacidad, así como a la contratación, a través de nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, de jóvenes, mayores de 45 años parados de larga duración y mujeres. Se mantuvieron igualmente las bonificaciones a la contratación de jóvenes que se constituyeran como autónomos, y personas que sustituyeran a víctimas de violencia de género y trabajadores en baja por maternidad.

en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el periodo antes indicado una bonificación del 80 % sobre la cotización por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo de cotización por contingencias comunes vigente en cada momento. La bonificación guarda paralelismo con la tarifa plana de los artículos 31 y 32. No obstante, se observan algunas diferencias:

- No se trata de una reducción, sino de una bonificación.
- No se excepciona de cotizar por cese de actividad y formación profesional durante el disfrute de la bonificación.
- Tampoco se desglosa la cuota de 60 euros, que en la tarifa plana general es: 51,5 euros por contingencias comunes y 8,5 euros por contingencias profesionales. Tampoco se ha previsto un régimen específico para el sistema especial agrario de trabajadores autónomos como se hace en los artículos 31 bis y 32 bis, lo cual habría sido aconsejable, ya que las trabajadoras de dicho sistema no están obligadas a cotizar por incapacidad temporal ni por contingencias profesionales. Lo más adecuado habría sido prever para estas trabajadoras una tarifa plana de 50 euros.

El precepto está redactado de una forma extraordinariamente confusa. El presupuesto de hecho que da derecho a la bonificación es el «cese en la actividad» en determinados supuestos. Existe controversia en torno a si dicho cese debe ser definitivo o si también podría ser temporal. Optar por la baja definitiva en el RETA significaría que el nuevo incentivo tendría como finalidad facilitar el reemprendimiento de las trabajadoras autónomas. Sería un supuesto especial de nueva alta, que no se regiría por las reglas del artículo 31 de la LETA, que exige que haya pasado un periodo mínimo de 3 años desde el cese definitivo de la anterior actividad (Cavas, 2017, pp. 172-173). La segunda posibilidad es interpretar que no es necesario que la trabajadora haya causado baja definitiva en el RETA como consecuencia de la maternidad. Perfectamente, podría darse el caso de que, por tener derecho al descanso y a la percepción del correspondiente subsidio, se encontrase en situación asimilada al alta, sin necesidad, por tanto, de darse de baja definitiva en el RETA. De esta forma, la ley atendería a dos objetivos: favorecer el reemprendimiento para quien hubiera cesado definitivamente, pero también facilitar el mantenimiento de la actividad tras la reincorporación de una maternidad, lo que contribuiría, utilizando las palabras del preámbulo de la Ley 6/2017, a «mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora». Esta es la interpretación que nos parece más razonable, de modo que el «cese de actividad», hasta mayor concreción normativa, ha de entenderse como el parón en la actividad de la autónoma por la maternidad con o sin baja definitiva en el RETA, de modo que, si la trabajadora hubiera mantenido abierto el negocio, poniendo al frente del mismo a otra persona (lo que se hace constar en la declaración de actividad) o hubiera suspendido parcialmente la actividad como consecuencia de las situaciones descritas en el precepto, no tendría derecho a esta bonificación (M.^a C. López, 2019, p. 18). En un primer momento, la Dirección General de

la Ordenación de la Seguridad Social exigía la baja en el RETA. Sin embargo, en marzo de 2019 rectificó su interpretación y ahora considera que el requisito de cese no solo se cumple en el caso de las trabajadoras que hayan decidido no reanudar su actividad laboral y hayan producido baja en el RETA, sino también en aquellos casos en que la trabajadora autónoma, tras disfrutar del correspondiente descanso por maternidad, haya optado, sin solución de continuidad, por reanudar la actividad laboral⁶⁰. Según se explica en la página web de la Moncloa, el cambio de criterio es consecuencia de la nueva redacción introducida por el Real Decreto-Ley de 2019⁶¹. Debe existir un error, ya que la redacción del contenido de la tarifa plana se modificó por el Real Decreto-Ley de 2018, que es el que introdujo los cambios en materia de cotización acordados con las asociaciones de trabajadores autónomos en noviembre de 2018⁶², limitándose la norma del año 2019 a sustituir la referencia a la maternidad por la de nacimiento. En cualquier caso, sería deseable que el legislador definitivamente lo dijera de forma expresa.

El periodo de 2 años computa desde la «fecha efectiva del cese», que debería identificarse con la fecha de inicio del descanso por las causas enunciadas en el precepto. La bonificación empieza a disfrutarse desde la fecha de la reincorporación al trabajo. En los casos en que el descanso por nacimiento se hubiera disfrutado de forma interrumpida, ¿será necesario esperar a que la reincorporación a la actividad profesional sea definitiva para empezar a aplicar esta segunda bonificación? Creemos que sí, pues de lo contrario se produciría un solapamiento entre la bonificación del artículo 38 y la del artículo 38 bis. En todo caso es una cuestión que también debería aclarar el legislador.

Estamos en presencia de la única bonificación reservada a mujeres y no necesariamente condicionada a una maternidad biológica, lo que significa que, en una pareja homosexual femenina, ambas podrían disfrutarla, mientras que, en una pareja heterosexual, el varón quedaría excluido. Se ha apuntado por un sector de la doctrina que la actual regulación tiene visos de ser discriminatoria (Nicolás, 2018, p. 39; Rodríguez Bravo de Laguna, 2019, p. 45). Para ello resulta necesario aclarar la finalidad de dicha bonificación, ya que el trato diferenciado podría estar justificado por tratarse de una medida de acción positiva destinada a fomentar el autoempleo femenino, encontrándose su fundamento en los artículos 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 9.2 de la CE y 27.3 de la LETA (M.^a B. Fernández, 2019, p. 196). Es preciso recordar que la norma que recuperó la bonificación, la Ley 6/2017, en su preámbulo, no vinculó esta medida a la necesidad de fomentar y promover

⁶⁰ El nuevo criterio tiene carácter retroactivo, con efectos a 1 de enero (*Revista Seguridad Social* de 22 de marzo de 2019. Recuperado de <<https://revista.seg-social.es/2019/03/22/las-trabajadoras-autonomas-pueden-beneficiarse-de-las-bonificaciones-por-maternidad-con-fecha-1-de-enero/>>).

⁶¹ Publicación de 22 de marzo de 2019. Recuperado de <<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo/Paginas/2019/220319-igualdad.aspx>>.

⁶² *Vid.* contenido del acuerdo en la página web de ATA. Recuperado de <<https://ata.es/autonomos-y-gobierno-alcanzan-un-acuerdo-sobre-la-cotizacion-para-2019/>>.

el trabajo autónomo femenino (las medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo se incluyeron en el título II, donde encontramos, precisamente, la tarifa plana para mujeres emprendedoras), sino a «la necesidad de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores autónomos». Por esa razón, se incluyó dentro del título III, junto con las bonificaciones del artículo 30. Lo cierto es que el nuevo criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social proporciona argumentos contrarios a la reserva de esta medida para las mujeres, toda vez que no exige que la mujer haya abandonado la actividad profesional para dedicarse al cuidado del menor, de modo que puede afirmarse que los hombres y las mujeres que han suspendido su actividad por los motivos señalados en el precepto se encuentran en una situación comparable⁶³. *De lege ferenda* y teniendo en cuenta que, desde la LOI, y de manera más clara con el Real Decreto-Ley 6/2019, la regulación de los derechos de conciliación de la vida profesional, personal y familiar tiene como finalidad favorecer la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, sería deseable que se extendiera la bonificación sin distinción a trabajadores de ambos sexos. Precisamente, esta bonificación podría cumplir la función de compensar la pérdida económica que supondría suspender la actividad por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, cuando la actividad profesional se reanudara sin solución de continuidad tras la suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

⁶³ La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) (WA/INSS) se ha pronunciado recientemente sobre el carácter discriminatorio del complemento de maternidad regulado en el artículo 60 de la LGSS. Estima que la Directiva 79/7/CEE se opone a una norma nacional, como la española, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. Llega a esta conclusión tras comprobar que la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables. Llama la atención sobre el hecho de que la norma reconoce el complemento por el mero hecho de ser madres, en sentido biológico o jurídico, sin necesidad de acreditar que hayan tenido que apartarse temporalmente del trabajo para el cuidado de los menores. En este sentido, recuerda el Tribunal de Justicia que la condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres. En consecuencia, la situación de un padre y una madre puede ser comparable en cuanto al cuidado de los hijos. En palabras del propio tribunal:

La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

Referencias bibliográficas

- Alba Ferre, E. (2020). Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 (pendiente de publicación).
- Ballester Pastor, M. A. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Barrios Gaudor, G. (2019). Nuevo régimen jurídico del cuidado del lactante en el ámbito laboral. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8.
- Blasco Jover, C. (2019). La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2(7), 46-73.
- Casas Baamonde, M.^a E. (2019). «Soberanía» sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 227-244.
- Cavas Martínez, F. (2017). [La reforma 2017 del Estatuto del Trabajo Autónomo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 417, 163-178.
- Charro Baena, P. y San Martín Mazzucconi, C. (2013). Las responsabilidades familiares y las trabajadoras autónomas: una doble discriminación. *IV Congreso de la Red Española de Política Social*. Alcalá de Henares. Recuperado de <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/Pilar%20Charro%20Baena/TCPonenciaCharroSanMartin.pdf>.
- Fernández Collados, M.^a B. (2017). Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(5). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5987920&orden=0&info=link>.
- Fernández Collados, M.^a B. (2019). Madre y emprendedora: ¿ofrece el sistema alguna fórmula de conciliación de la vida familiar y laboral? En M.^a C. López Anierte y E. M.^a Rubio Fernández (Dirs.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres* (pp. 185-202). Murcia: Laborum.
- Fernández Prats, C. (2019). Nacimiento y cuidado de menor de doce meses. En C. Fernández, E. García y M. López (Coords.), *Los derechos de conciliación en la empresa* (pp. 17-46). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Testal, E. (2019). El permiso para el cuidado del lactante. En C. Fernández, E. García y M. López (Coords.), *Los derechos de conciliación en la empresa* (pp. 79-94). Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Álvarez, M.^a J. (2019). Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 155-188.
- López Anierte, M.^a C. (2019). Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad: la subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia. *Revista Derecho Social y Empresa*, 10. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6883593&orden=0&info=link>.
- Lousada Arochena, J. F. (2018). La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 1-10 (formato pdf).

- Lousada Arochena, J. F. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación. *Revista Derecho Social y Empresa*, 11, 1-28 (formato pdf).
- Martín López, S. y García Jiménez, M. (2019). *El trabajador autónomo económicamente dependiente en el marco de los nuevos modelos de prestación del trabajo*. Alcoi: Luhu Editorial.
- Martínez Yáñez, N. M.^a (2019). [Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 440, 19-56.
- Montoya Melgar, A. (2009). *El contrato del TRADE: la ley y el reglamento*. Cuadernos Civitas. Madrid: Thomson-Reuters.
- Nicolás Bernad, J. A. (2018). [Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de reformas urgentes del trabajo autónomo, y propuestas de mejora](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 422, 27-59.
- OIT. (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf>.
- Páez Escámez, R. (2017). La tutela judicial del trabajador autónomo. En J. L. Monereo Pérez y F. Vila Tierno (Dir.), *El trabajo autónomo en el marco del derecho del trabajo y de la seguridad social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo* (pp. 589-612). Granada: Comares.
- Pastor Martínez, A. (2019). Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *IusLabor*, 1. Recuperado de <<https://www.upf.edu/documents/3885005/224374284/4.Pastor.pdf/fc237263-43cf-12c8-b750-d3a88c2a0280>>.
- Puebla Pinilla, A. de la. (23 de enero de 2019). Permiso de paternidad reconocido en convenio colectivo. ¿Tienen los trabajadores derecho a disfrutarlo? [entrada en un blog]. *El Foro de Labos*. Recuperado de <<https://forodelabos.blogspot.com/2020/01/permiso-de-paternidad-reconocido-en.html>>.
- Rodríguez Bravo de Laguna, J. J. (2019). [El modelo de protección del trabajo autónomo en España: avances en la acción protectora y déficits de regulación normativa](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 441, 25-50.
- Rodríguez Ruiz, B. (2015). La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 355-384. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5028587.pdf>>.
- Rojo Torrecilla, E. (2019). No aplicación de la Directiva sobre permiso parental a un supuesto de reducción de jornada y reducción de salario previsto en la normativa española (art. 37.6 LET). STJUE (Sala Sexta) de 18 de septiembre de 2019 (asunto C-366/18). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8. Recuperado de <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-0000000707>.
- Roldán Martínez, A. (2018). Incentivos a favor de la conciliación de la vida profesional, personal y familiar en el RETA: bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. *Protección a la familia y Seguridad*



Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. 1, pp. 697-713). Murcia: Laborum.

Selma Penalva, A. (2016). [Incentivos a la mujer emprendedora. Especial referencia a las nuevas medidas introducidas por la Ley 31/2015 de fomento del trabajo autónomo y de la economía social](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 394, 63-90.



Digitalización o la oportunidad de creación de más y mejores empleos

María Cristina Aguilar González

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

Extracto

«Se estima que el 85 % de los trabajos que habrá en 2030 aún no se han inventado». «No podemos detener la innovación tecnológica, pero podemos gestionarla de manera colectiva». Las habilidades propias del ser humano no podrán ser sustituidas por la tecnología, luego constituirán las nuevas competencias transversales que supondrán una ventaja competitiva en los procesos de selección. Del mismo modo, será primordial el papel de las empresas, en concreto de su personal directivo, para potenciar el crecimiento de sus profesionales desde la formación y reciclaje continuo, su motivación para que ofrezcan la flexibilidad exigida y una participación más dinámica desde la adaptación de los puestos de trabajo a sus necesidades, combinadas con las del mercado de trabajo.

Partiendo del Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo «El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global» (2019) y, en el ámbito de la Unión Europea, del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El diálogo social para la innovación en la economía digital» (2019), las conclusiones de la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo y, en especial, del Programa de trabajo conjunto de los interlocutores sociales interprofesionales para el periodo 2019-2021, en el que la digitalización figura como primera prioridad sobre la que asumen como objetivo la firma de un acuerdo marco autónomo, estudiaremos el papel del diálogo social europeo como instrumento de regulación en el «entorno VUCA».

Palabras clave: perfiles laborales; puestos de trabajo del futuro; «nuevos» yacimientos de empleo; políticas de empleo por colectivos; diálogo social europeo.

Fecha de entrada: 24-01-2020 / Fecha de revisión: 11-03-2020 / Fecha de aceptación: 11-03-2020

Cómo citar: Aguilar González, M.^a C. (2020). Digitalización o la oportunidad de creación de más y mejores empleos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 93-120.





Digitalization or the opportunity of creation of more and better jobs

María Cristina Aguilar González

Abstract

«It is assumed that 85 % of the future jobs in 2030 have not been invented yet». «We cannot stop technological innovation, but we can manage it in a collective way». Human capabilities cannot be replaced by technology, so they will get to be the new crosscurricular competencies which will be an advantage in the recruitment process. In the same way, it will be of the utmost importance the role of the firms, above all their management staff, to foster the growth of their workers insisting on their training and continuing vocational training, their motivation to enable them to offer the flexibility demanded and a more dynamic participation when adjusting to the new jobs and labour market demands.

Based on the Report of Global Commission on the Future of Work «The future of work we want: a global dialogue» (2019), and in the European Union field on the Opinion of the European Economic and Social Committee on «Social dialogue for innovation in digital economy» (2019), the conclusions of the Tripartite Social Summit for Growth and Employment and the Work programme on European social dialogue for 2019-2021, where digitalization stands as the first priority to reach an autonomous framework agreement, we will analyse the role of European social dialogue as a regulation instrument in the «VUCA context».

Keywords: labour profiles; future jobs; new sources of jobs; employment policies for difference labour groups; European social dialogue.

Citation: Aguilar González, M.^a C. (2020). Digitalization or the opportunity of creation of more and better jobs. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 93-120.





Sumario

1. Consideraciones generales
 2. Perfiles laborales y puestos de trabajo en los actuales «nuevos» yacimientos de empleo
 3. La labor de la OIT
 4. Marco de referencia en derecho español
 5. Diálogo social europeo y digitalización
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones generales

El hecho de que las nuevas tecnologías lleguen a aplicarse en las relaciones laborales, en cualquiera de las revoluciones industriales acontecidas, ha generado siempre desconcierto en trabajadores y empresarios, por los efectos que causa inevitablemente en tantos y tan diversos ámbitos como la organización del trabajo, el empleo, la Seguridad Social, la salud laboral, la formación profesional, etc. La expresión «entorno VUCA» (*volatility, uncertainty, complexity* y *ambiguity*), concepto acuñado en la década de los noventa por los soldados norteamericanos, describe de forma acertada la situación que estamos atravesando desde hace unos años¹; si bien el derecho va tomando conciencia, en ocasiones de forma demasiado pausada, y siempre en cumplimiento de la conocida máxima «el derecho va por detrás de la realidad», ello nos hace plantearnos, de un lado, la necesidad de regular y a qué nivel, de otro, la capacidad de adaptación de las normas a la realidad social que padece la desregulación: la elasticidad de la ley y el recurso a otras posibles fuentes del derecho, de la mano de actores «con poder legislativo» desde su autonomía colectiva.

Son numerosas las «frases impactantes» que se leen en relación con esta situación y que incluso son utilizadas en anuncios televisivos: «Se estima que el 85 % de los trabajos que habrá en 2030 aún no se han inventado»; «La automatización creará más empleos de los que destruirá»²; «Para anticiparse y estar preparado ante los retos que vienen, es clave saber navegar en el entorno VUCA»; «En 2018 la distribución de tareas entre humanos y máquinas es del 71-29 %, en 2022, será del 58-42 %» (World Economic Forum).

El futuro del trabajo «es el tema»: para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para la economía, para la sociedad, para los mercados laborales, para las entidades formativas y comisiones de planes de estudios a nivel universitario y de formación profesional para el empleo... El conocimiento y la predecibilidad se elevan a la consideración de

¹ Según la Asociación para el Progreso de la Dirección (APD), «Qué es el entorno VUCA y cómo afecta a la supervivencia de las empresas» (<<https://www.apd.es/que-es-el-entorno-vuca-y-como-afecta-a-la-supervivencia-de-las-empresas/>>).

² Según el estudio dirigido por el Institute for the Future (ITF) junto con veinte expertos en tecnología, académicos y expertos en negocios de todo el mundo (<https://www.abc.es/sociedad/abci-85-por-ciento-empleos-habra-2030-no-existen-actualidad-201707161718_noticia.html>); «¿Cómo será el empleo del futuro? El 85 % de los trabajos que habrá en 2030 no se han inventado todavía» (<<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9903453/05/19/EI-85-de-los-trabajos-que-habra-en-2030-aun-no-se-han-inventado-segun-Randstad.html>>).

claves para adaptarse al entorno VUCA³; a lo que añadimos la regulación jurídica, salvo que la anomia legislativa ostente la consideración de «solución menos mala de momento» (Sánchez-Rodas, 2017, p. 171).

El nuevo contexto conocido como industria 4.0 o economía 4.0 consiste en un entorno económico, empresarial y social provocado por la llegada y evolución de diversas tecnologías (*big data*, *blockchain*, nube, impresión 3D, inteligencia artificial, internet de las cosas, realidad aumentada, realidad virtual, ciberseguridad, 5G, robots y robots colaborativos), que, a su vez, están relacionadas con internet y que se complementan entre sí (Torrecilla, Pardo y Rubio, 2019, pp. 30-34). Asistimos a la aplicación, a escala industrial, de sistemas automatizados con especial incidencia en los procesos productivos y la interconexión entre unidades productivas, consiguiendo crear redes de producción digitales que permiten acelerar dicha comunicación y utilizar los recursos de manera más eficiente. Son cuatro los pilares de esta transformación: la automatización, el acceso digital al cliente, la conectividad y la información digital.

Esta cuarta revolución industrial nace, además, en una etapa marcada por la globalización de los mercados, la evolución tecnológica, la digitalización, que exige profundos cambios en las organizaciones empresariales para su permanencia: aparecerán nuevos perfiles profesionales de alta cualificación, mientras que otros desaparecerán (trabajos manuales), y con una destacable brecha temporal entre la fase destructiva y la fase creativa, siendo más costosa la regeneración del empleo que de este modo no compensará las pérdidas (Cruz, 2017b, p. 31). Causará otros efectos como el incremento del trabajo colaborativo; la flexibilidad en el tiempo de trabajo; el aumento de la precarización de ciertos puestos de trabajo en la *gig economy*, que se caracteriza por la división del trabajo en microtarefas (tareas individuales de corta duración); el *crowdsourcing* o la contratación de varios profesionales para poder tener cubierta la demanda en todo momento; la contratación *on demand*, por el tiempo exacto y por la duración concreta del servicio, y unos profesionales presentados como trabajadores autónomos, con sus medios, asumiendo los costes de la actividad, y con libertad para fijar su horario y el tiempo de trabajo (según el Foro Económico Mundial 2019).

Resulta muy gráfica la afirmación hecha por Ametic, la patronal representante del sector de la industria tecnológica digital en España, en junio de 2019⁴: «La digitalización es la palanca ineludible del progreso económico y educativo». Vivimos la transición a un nuevo modelo industrial que generará una nueva dinámica económica y provocará grandes desafíos que afectan/afectarán a todos los sectores, de forma desigual; por ejemplo, tendrá un gran alcance en los sectores tradicionales, como el textil, la construcción, la energía, la

³ CC.OO. Industria. (2017). «La digitalización y la industria 4.0. Impacto industrial y laboral» (p. 2). «Qué es el entorno VUCA y cómo afecta a la supervivencia de las empresas» (<<https://www.apd.es/que-es-el-entorno-vuca-y-como-afecta-a-la-supervivencia-de-las-empresas/>>).

⁴ <<https://ametic.es/es>>.

industria del automóvil, servicios, las bebidas, lácteos y cárnicas. En el doble sentido económico-educativo antes expuesto, en el sector portuario, los trabajos de estiba y desestiba de buques han sido reformados por el Real Decreto-Ley 9/2019, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria, y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, norma que contempla a los especialistas en derecho digital como nueva profesión (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2019).

El trabajo en la era de la inteligencia artificial tiene unas exigencias diferentes, más evolucionadas, y genera, del mismo modo que en etapas anteriores, la necesidad de protección del trabajo y de la persona del trabajador.

Precisamente la necesidad de regular responde a la protección a ofrecer a los trabajadores que han de desenvolverse en el nuevo escenario, con lo que volvemos a la función tuitiva que históricamente caracteriza al derecho del trabajo: «el derecho es una continua experiencia» (García, 2019, p. 150). También hay que proteger al trabajo en sí: el trabajo/empleo en la era de la inteligencia artificial, que lleva implícita la reorganización de la formación profesional para el empleo.

Por otra parte, en el sistema de las fuentes del derecho nos preguntamos por el papel regulador atribuible al diálogo social europeo y sus distintos resultados. Conscientes de que los interlocutores sociales europeos tienen en su punto de mira la digitalización, interesa analizar qué margen de actuación les reserva el sistema normativo actual y si se está procediendo a una revisión del mismo para primar su intervención.

Según el Comité Económico y Social Europeo (CESE):

La digitalización, junto con otros avances que afectan a las condiciones laborales, la situación económica de los trabajadores y la vida laboral, está cuestionando las estructuras empresariales existentes, los métodos de gestión y el liderazgo y las relaciones laborales, así como el alcance y los métodos de diálogo social⁵.

El impulso que recibe a nivel institucional y por parte de los propios actores de dicho diálogo, en todos los ámbitos, lo presentan como instrumento regulador clave en los nuevos tiempos.

Es urgente regular. De forma gráfica, en la «Nueva agenda estratégica para la UE 2019-2024», acordada en el Consejo Europeo de junio de 2019, dentro del área prioritaria «Desarrollar nuestra base económica: el modelo europeo del futuro» se encuadra «*working on all*

⁵ CESE, Dictamen sobre «El diálogo social para la innovación en la economía digital», 2019/C 159/01, de 24 de enero de 2019 (DOUE de 10 de mayo de 2019), punto 1.2.

aspects of the digital revolution and artificial intelligence: infrastructure, connectivity, services, data, regulation and investment»; seguida, como no puede ser de otra manera, por la necesaria integración entre ambas políticas, del área relativa a la construcción de una Europa social⁶.

En cualquier caso, la digitalización de la industria y los servicios brinda un enorme potencial en ámbitos muy variados: «Se reducirán en 0,98 % millones los puestos de trabajo existentes, se crearán 1,7 % millones de nuevos puestos de trabajo» (World Economic Forum); «El 65 % de los expertos en RR. HH. cree que la automatización destruirá empleos en la misma medida que los creará» (Informe de Adecco sobre el futuro del trabajo en España, 2016)⁷; y en las anteriores revoluciones industriales el balance en el aumento de empleo ha sido positivo (Cabero, 2019, p. 4).

Este estudio parte de un enfoque optimista, no por ello alejado de la realidad: puesto que el mundo del trabajo está inmerso en un proceso que ya no podemos parar, aprovechemos todo lo que de positivo aporta para la persona del trabajador y su entorno laboral, y busquemos las herramientas que acaben con la precarización de las relaciones laborales, que habrán de ser plasmadas en una regulación jurídica de origen heterónimo-pactado.

2. Perfiles laborales y puestos de trabajo en los actuales «nuevos» yacimientos de empleo

La primera pregunta que nos surge se refiere a cuáles serán esos puestos de trabajo del futuro, qué perfiles son exigibles a trabajadores y empresarios en el nuevo mercado laboral.

Según el «Llibre blanc del futur del(s) treball(s). Reflexions per a una nova política econòmica local», una publicación de Barcelona Activa, la agencia de desarrollo local del Ayuntamiento de la ciudad, los sectores relacionados con las tecnologías, la salud y la economía verde serán clave en los próximos años como generadores de empleo. Añade que disciplinas como la psicología, la salud y las humanidades ganarán peso en el mundo del empleo en los próximos años⁸.

Según la medida número 22 del Plan Reincorpora-t: Plan trienal para prevenir y reducir el desempleo de larga duración 2019-2021⁹, se priorizarán los programas de formación orientados a la cualificación en sectores de interés preferente e interés público relacionados con: la sostenibilidad ambiental y transición energética vinculada a medidas de lucha contra el

⁶ <<https://www.consilium.europa.eu/en/eu-strategic-agenda-2019-2024/>>.

⁷ <<http://pre.adecogroup.es/wp-content/uploads/notas-de-prensa/737.pdf>>.

⁸ <https://www.barcelonactiva.cat/barcelonactiva/images/cat/Llibre-Blanc-CAT-Web_tcm101-49510.pdf>.

⁹ Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el plan (BOE núm. 85, de 9 de abril).

cambio climático; cualificación agraria, forestal y empleo rural; el ámbito de los cuidados, asistencia personal y servicios de proximidad y dependencia; todos aquellos derivados de los procesos de digitalización y cambio tecnológico; todos los que se identifiquen en el Informe anual de prospección y detección de necesidades formativas del Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)¹⁰.

Si hacemos un rápido recorrido histórico, observaremos que los nuevos sectores económicos, en los que se prevé que habrá la demanda de un número significativo de empleos en un futuro próximo, esto es, el sector tecnológico y de I+D+i, turismo y ocio, salud y bienestar, y la energía, estaban ya presentes en los ámbitos tan heterogéneos de los «nuevos yacimientos de empleo» acuñados en 1993 por el comisario Delors en su Libro Blanco: servicios de la vida diaria, servicios de mejora de la calidad de vida, de ocio y cultura y de protección del medioambiente (Fernández-Costales, 2017, p. 18). En concreto, entre los servicios de la vida diaria, se encontraban las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; el turismo y el sector audiovisual estaban ya entre los servicios de ocio y cultura; los servicios de mejora de la calidad de vida, seguridad y transportes colectivos locales experimentaban asimismo su auge; y entre los servicios de protección del medioambiente, ya estaban las energías renovables.

Hay claridad en cuanto a los perfiles laborales más demandados en el futuro frente a los que están en retroceso (se estima una progresiva disminución de unos 75 millones de trabajadores), según las interesantes tablas publicadas por Torrecilla *et al.* (2019, pp. 42-43). Entre los primeros, destacan los tecnológicos o digitales cualificados tales como los analistas de *big data*, y científicos, especialistas en inteligencia artificial y robótica, desarrolladores de *software* y aplicaciones; los especialistas en el trato con personas o *coaches*, psicólogos, y gestores de nuevas formas de trabajo; profesionales de ventas y *marketing*, que provocan el desarrollo de negocios; especialistas en desarrollo organizacional, y servicios de tecnología de la información. Entre los segundos, grabadores de datos, contabilidad y administradores, contables y auditores, secretarios administrativos y ejecutivos, trabajadores de fábricas y cadenas de montaje, información y atención al cliente, servicios de negocios y jefes de administración, dependientes de almacenes, jefes generales y de operaciones, asalariados del servicio postal¹¹.

¹⁰ <<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/observatorio.html>>.

¹¹ Sorprende mirar hacia las diez ocupaciones del mundo laboral futuro: especialista en banca digital y criptomonedas; especialista en alojamiento de datos; especialista en ingeniería alimentaria; especialistas en impresión de alimentos en 3D; responsables de nuevas formas de organización de negocios; *chief data officer* o responsables de datos; especialista en privacidad; diseñadores de órganos humanos para enfermos; especialistas en campañas de *crowdfunding* (microfinanciamiento); diseñadores de avatares, en «Los 10 trabajos del futuro, muy ligados a las tecnologías y la salud», basado en el Libro Blanco elaborado por la agencia de desarrollo local del Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona Activa, y Alternativas Económicas SCCL (<<https://www.educaweb.com/noticia/2018/09/18/10-trabajos-futuro-muy-ligados-tecnologias-18560/>>).

Las pequeñas empresas, tan relevantes en el tejido productivo español, se ven asimismo envueltas en esta vorágine de transformaciones industriales. Según Cepyme, «los 10 puestos de trabajo con más futuro» son¹²: profesionales de la enseñanza con una amplia base de conocimientos, así como habilidades especializadas, que enseñen el idioma inglés, historia y filosofía para preparar candidatos para futuros trabajos; terapeutas deportivos o *personal trainers*, que alivien tensiones y lesiones, y nutricionistas como asesores en materia de alimentación; artesanos, auténticos y especializados, a los que los compradores pagarán extra por productos y servicios locales, como barberos o tiendas muy especializadas; comerciantes cualificados, entre ellos, carpinteros o decoradores (puesto que la automatización afectará a los trabajos manuales); profesionales de la hostelería y restauración, industria de alimentos y bebidas, restauradores, chefs y camareros, que combinen las habilidades más demandadas para futuros empleos (originalidad, flexibilidad y habilidades de gestión); ingenieros eléctricos para conectar nuestras casas inteligentes, civiles para diseñar nuestras carreteras, de *software* para conectar las farolas a internet, ambientales para que funcionen cuando se agote el petróleo, ingenieros con conocimientos en la demanda técnica de las mercancías; profesionales de la salud, que ante el aumento de la esperanza de vida nos ayudarán a aprender, trabajar y mantenernos conscientes de nuestro entorno y nos proporcionarán tecnología portátil para controlar la frecuencia cardiaca, los niveles de glucosa en sangre o los patrones de sueño; especialistas veterinarios, porque casi dos de cada cinco hogares poseen mascota; vendedores, que serán seleccionados por su originalidad, flexibilidad y habilidades de gestión, y, a medida que la urbanización continúa y las tiendas de la calle reviven, los compradores querrán hablar con personas reales; los creativos, los diseñadores, comercializadores y escritores se beneficiarán de la nueva tecnología digital y del fácil acceso a estos roles.

Como vemos, con carácter general, los puestos del futuro se encuentran entre los *white collar jobs*, que requieren un conocimiento intensivo y son desarrollados en una oficina con el uso del ordenador en numerosos casos; a diferencia de los *blue collar jobs*, trabajos manuales y físicos, o los *pink collar jobs*, relativos al trato con el cliente, ventas y relaciones públicas¹³.

De todo ello extraemos como conclusión lógica la necesidad de adaptar la formación ofertada a las necesidades a cubrir en el mercado de trabajo (nada nuevo, por otra parte). Ello se pone de manifiesto en la medida clave prevista en el Programa nacional de reformas del Reino de España para 2019¹⁴: la actualización del catálogo de cualificaciones profesionales, en coordinación con los agentes sociales y en colaboración con el sector privado, de los contenidos de los títulos actuales, con impulso a las cualificaciones en ámbitos como ciberseguridad, robótica colaborativa y avanzada, *big data* y análisis de datos, fabricación

¹² <<https://cepynews.es/puestos-trabajo-con-mas-futuro>>.

¹³ En sentido pesimista, viendo la amenaza de la automatización también en los trabajadores de cuello blanco y en «los descamisados», Serrano (2018, p. 220).

¹⁴ <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/190430_np_programa.pdf>.

2D y 3D, realidad ampliada y realidad virtual o conectividad. Se incorporan siete nuevas cualificaciones profesionales y se adoptan dos órdenes de actualización. Responde a la necesidad de adaptación de las cualificaciones a las exigencias laborales de la economía del siglo XXI, e incrementar de este modo la productividad y reducir el desempleo.

Sin embargo, si consultamos la oferta formativa para desempleados en la comunidad autónoma de Andalucía, hemos de entresacar, con dificultad, aquellos que pueden atender las necesidades de los nuevos yacimientos de empleo y los conectados con la era digital¹⁵; como ejemplos los cursos relativos a la atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales, las operaciones auxiliares con tecnologías de la información y la comunicación, y la dirección y coordinación de actividades de tiempo libre educativo-infantil y juvenil o la dinamización de dichas actividades.

En cuanto a los cursos de formación estatal para el empleo que oferta el SEPE, parecen más adaptados a las nuevas exigencias¹⁶: «*Data warehouse business intelligence*» (que se imparte en la modalidad de teleformación, para los siguientes colectivos prioritarios: trabajadores de baja cualificación, personas con discapacidad, mujeres, desempleados de larga duración y mayores de 45 años); «*Cloud computing*»; «Aplicación de las herramientas digitales en la innovación educativa»; y «*Big data*» (presencial).

En el mismo sentido, si miramos al presente, el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE en el Informe «Los perfiles de la oferta de empleo 2019» nos ilustra acerca de la oferta laboral vigente, a nivel estatal, por contar con buenas perspectivas de empleo¹⁷. Desarrolla diecisiete perfiles profesionales en los que se han detallado las competencias, los conocimientos y las habilidades que ha de reunir el candidato que acude a la oferta de trabajo. Si bien cada perfil responde a competencias muy distintas, el informe confirma una tendencia hacia la transversalidad de las habilidades personales y sociales que el mercado laboral requiere de todo candidato. Dichos perfiles son: directores de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), profesionales de la educación ambiental, químicos, ingenieros mecánicos, ingenieros aeronáuticos, ingenieros de materiales, ingenieros de papelera y gráfica e ingenieros textil, ingenieros electrónicos, arquitectos (excepto arquitectos paisajistas y urbanistas), analistas financieros, delineantes y dibujantes técnicos, técnicos en electricidad, técnicos en instalaciones de tratamientos de residuos, de aguas y otros operadores en plantas similares, chefs, recepcionistas (excepto hoteles), vendedores a domicilio y operadores de *telemarketing*, cuidadores de animales y adiestradores, operadores de máquinas para elaborar productos alimenticios, bebidas y tabaco.

¹⁵ <<https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/oficinavirtualFPE/ov-fpe/#!financiadas>>.

¹⁶ <<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/sae/servicios/cursos-fpe-estatal.html>>.

¹⁷ <<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/perfiles-oferta-empleo.html>>.

Como habilidades o cualidades buscadas para el acceso al empleo o su mantenimiento: la orientación al cliente y a objetivos, la responsabilidad, el esfuerzo, la comunicación, la organización, la perseverancia, la adaptabilidad y flexibilidad funcional, la iniciativa y dinamismo, la proactividad, la disposición al aprendizaje continuo, la actitud creativa y negociadora, el trabajo en equipo, la actitud positiva y empatía, la calidad y excelencia en el trabajo.

Entre las conclusiones del informe, en relación con las competencias que responden a la necesidad de incrementar la productividad y competitividad en un entorno variable de economía digital, van de lo más básico, como navegar por internet, gestionar el correo electrónico o conocer las redes sociales, hasta el dominio de programas informáticos de gestión, aplicables a cualquier fase de un proceso de trabajo: dirección, diseño, proyectos, gestión, fabricación, venta, posventa, almacenaje, distribución.

En los actuales entornos de cambio y transformación, se valora especialmente la polivalencia, que en muchos casos los trabajadores han de compatibilizar con un grado de especialización alto, la predisposición a realizar funciones diferentes a las tradicionales de un puesto determinado y la capacidad para asumir nuevos desafíos, el conocimiento preciso del sector o actividad económica en el que se trabaja y de sus interrelaciones con otros, la adaptación al cambio y a exigencias nuevas, la flexibilidad y disponibilidad caracterizan una oferta de empleo influida por factores de muy diversa índole, entre ellos la coyuntura nacional e internacional, la actividad bajo pedido o encargo, y la oportunidad o la temporalidad.

¿Y en qué cambia la relación con el empleador o con los trabajadores muy cualificados que los representan en la empresa? A los líderes de las organizaciones se les presumen las habilidades conocidas como «*soft skills*» que les servirán para dirigir las, impulsadas por valores (éticos, emocionales y económicos). El fin es que haya un alineamiento entre empresa y empleado para llegar a un objetivo común. Los mejores líderes sabrán motivar y reconocer el esfuerzo, comunicar ideas e influir, transformar grupos en equipos, y plantear y resolver problemas, liberar y gestionar energía creativa, desarrollar y liderar proyectos, manejar conflictos como fuente de aprendizaje, gestionar el estrés y promocionar el bienestar. Son habilidades que implican delegar con el fin de potenciar las colaboraciones, gestionar valores y actuar como *coach*.

Hemos de añadir que en el nuevo entorno laboral se verá afectada, asimismo, la configuración del poder de dirección del empresario sobre los trabajadores subordinados en la ejecución diaria de la prestación por los trabajadores, que pueden pasar a ser destinatarios de instrucciones digitales o a ostentar una presencia más virtual que física en el centro de trabajo, y su incidencia en los derechos de información de estos y de sus representantes acerca de la implantación de nuevas tecnologías en la empresa (Sánchez-Rodas, 2017, p. 171).

Por último, entran en la escena laboral los *cobots* o máquinas inteligentes que interpretan las emociones humanas facilitando la interacción («robots humanoides» o colaborativos).

Son «los compañeros de trabajo en el futuro»¹⁸: trabajo colaborativo entre humanos y robots. También serán compañeros de trabajadores que sean personas con discapacidad o de edad madura (Goñi, 2019, p. 62). En cualquier caso, al compartir las tareas, realizarán las operaciones complejas o más penosas de forma más rápida y con menor impacto en las personas. Nos quedamos de nuevo con el enfoque positivo.

3. La labor de la OIT

El Programa de trabajo decente define a la OIT desde sus orígenes: «Para un futuro de trabajo decente, se necesita un programa centrado en las personas»¹⁹.

Los cuatro pilares del Programa de trabajo decente –creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social– se han convertido en elementos centrales de la nueva Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, firmada en 2015 por los jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de Naciones Unidas, como compromiso internacional para hacer frente a los retos sociales, económicos y medioambientales de la globalización, poniendo en el centro a las personas, el planeta, la prosperidad y la paz, bajo el lema de «no dejar a nadie atrás»²⁰.

La Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, en su Informe «El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global»²¹, presentado en Ginebra el 22 de enero y sometido a consideración de la reunión del centenario de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2019, formula propuestas para gestionar la transición que causa la automatización y dirigir así el proceso de adaptación al futuro del trabajo.

Del elenco de propuestas de la OIT, destacaríamos la opción de gravar los robots que reemplacen el trabajo humano y reducir de este modo el ritmo de adopción de nuevas tecnologías, de tal forma que los cambios se producirán de forma gradual por el aumento de costes que implicaría para las empresas (derivados de la consecuente introducción de máquinas más productivas), y así se estaría dotando de tiempo a la mano de obra para adaptarse a la nueva situación. Con los ingresos derivados del cobro de dicho impuesto, se crearía un fondo para ser empleado en la nueva capacitación de los trabajadores afectados.

Otra de las propuestas consiste en la ampliación del concepto de «trabajo» al no remunerado, en supuestos como el cuidado a terceros. Tras la erosión de la relación de trabajo

¹⁸ <<https://cepynews.es/cobots-companeros-trabajo-futuro/>>.

¹⁹ <<https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>>.

²⁰ <<https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/brighter-future/lang--es/index.htm>> y <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Agenda2030/Paginas/Inicio.aspx>>.

²¹ <<https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/brighter-future/lang--es/index.htm>>.

típica, se produce el regreso a formas de empleo tradicional, empleo ocasional, trabajo por cuenta propia dependiente o independiente. La cuestión de fondo es la exigencia de responsabilidades, o la identificación del empleador, que en las nuevas relaciones se diluye, es indirecto, invisible, desaparece...

El derecho a la recapacitación profesional se erige en derecho laboral determinante y exige la reformulación de las políticas formativas hacia la adquisición de competencias interpersonales, empresariales y administrativas, en tecnologías de la información, informática y programación, etc. La educación superior debe ser innovadora. Debe fomentar las competencias en CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas). La OIT insiste en el diseño de incentivos para que los trabajadores de edad madura se reciclen. La financiación, como antes hemos mencionado, podría partir del fondo de ingresos de impuestos a los robots que sustituyan el trabajo humano.

La OIT plantea a su vez la reflexión en torno al papel de los sindicatos. La desaparición de su contraparte, la figura del empleador invisible, los debilita: con lo que se enfrentan al desafío de reinventarse y hacer evolucionar su capacidad para proteger a los trabajadores en la economía digital.

En la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, que emana de la 108.ª Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 2019, tras la citada invitación a los sindicatos en el informe, y en el marco de su objetivo de «asegurar una transición justa a un futuro del trabajo», y de «aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social», se hace un reconocimiento decisivo del mismo en cuanto objetivo estratégico de su Programa de trabajo decente, calificándolo como «crucial para una economía que sea productiva y eficiente», y se afirma que «el diálogo social, incluida la negociación colectiva y la cooperación tripartita, es un fundamento esencial de todas las actividades de la OIT y contribuye al éxito de la elaboración de políticas y la toma de decisiones en sus Estados miembros»²².

4. Marco de referencia en derecho español

Sin lugar a dudas, los poderes públicos ostentan un papel determinante en la redirección de este proceso, desde la puesta a disposición de recursos económicos y humanos encaminados hacia la coordinación de actuaciones que respondan al objetivo de que el proceso de cambio tecnológico, digital y productivo no se convierta en precariedad del empleo y desigualdades entre trabajadores.

²² <<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--es/index.htm>>.

La Secretaría de Estado para el Avance Digital (SEAD), en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, es el órgano responsable del impulso y la coordinación de los planes, proyectos tecnológicos y programas de actuaciones para la transformación digital de España, necesaria para crear una nación emprendedora²³.

La Estrategia «España, nación emprendedora» incluía como una de las seis medidas de arranque la Estrategia nacional de inteligencia artificial²⁴, en la que como Recomendación 4.^a se incluye el conocimiento y uso de la inteligencia artificial en el mercado laboral y fomento, recuperación y atracción del talento: sería deseable disponer de un programa de fomento de las vocaciones en inteligencia artificial, de acuerdo a la demanda del mercado laboral, con especial atención a la igualdad de género que en este momento supone una brecha importante. Cabe también una mención especial a la atracción, recuperación y retención del talento, para que nuestros investigadores e ingenieros más brillantes formen parte de este proyecto de transferencia de conocimiento y transición hacia una nueva sociedad y economía.

Del mismo modo que se ha diseñado la Estrategia «España, nación emprendedora», para el fomento del emprendimiento de carácter tecnológico²⁵, en cuanto agenda digital para los próximos 10 años, con el objetivo de convertir a España en un país más «competitivo», habría que diseñar, desde el Ministerio de Trabajo y Economía Social y desde el de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, con la participación de los interlocutores sociales, una estrategia para garantizar los derechos digitales.

Si comenzamos el análisis de la norma básica en materia de derecho del empleo, entre los objetivos generales de la política de empleo que el texto refundido de la Ley de empleo (TRLE)²⁶ enumera en su artículo 2, figuran el enfoque preventivo frente al desempleo (letra c) y mantener un sistema eficaz de protección del desempleo desde la coordinación de las políticas activas y pasivas de empleo (letra b).

A su vez, entre los principios generales de las políticas activas de empleo (art. 37 b), destacamos dar respuesta a las necesidades de las empresas en materia de capital humano, empleo y formación.

²³ <https://avancedigital.gob.es/es-es/SecretariaDeEstado/Paginas/secretaria_estado.aspx>.

²⁴ <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf>.

²⁵ El Gobierno dota con 130 millones su Estrategia «España, nación emprendedora» (<<https://www.lavanguardia.com/vida/20190131/46123571674/el-gobierno-dota-con-130-millones-su-estrategia-espana-nacion-emprendedora.html>>).

²⁶ Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 255, de 24 de octubre). Ley en BOE número 217, de 10 de septiembre.

Con tal finalidad, está regulado un sistema de formación profesional para el empleo, en el que son actores (art. 40.2 TRLE) la Administración General del Estado, responsable de la coordinación en el diseño estratégico del sistema, las comunidades autónomas y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que participan en los órganos de gobernanza y en el diseño, la planificación, la programación, el control, el seguimiento, la evaluación y la difusión de la formación profesional para el empleo, especialmente en la dirigida a los trabajadores ocupados.

La detección de las necesidades formativas se realizará por el Ministerio de Trabajo y Economía Social (art. 40.3 TRLE), con la participación de las comunidades autónomas, de los interlocutores sociales más representativos y de las organizaciones representativas de autónomos y de la economía social, que elaborará un escenario plurianual de la formación profesional para el empleo (de 3 años de duración, informe anual) y desarrollará un sistema eficiente de observación y prospección del mercado de trabajo para detectar y anticipar los cambios en las demandas de cualificación y competencias del tejido productivo (informe anual del Observatorio del SEPE).

Las iniciativas y las acciones de formación profesional para el empleo estarán dirigidas a la adquisición, mejora y actualización permanente de las competencias y cualificaciones profesionales, favoreciendo la formación a lo largo de toda la vida de la población activa y conjugando las necesidades de las personas, las empresas, los territorios y los sectores productivos (art. 40.5 TRLE)²⁷.

Por su parte, el artículo 3.5 del Real Decreto 694/2017, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, que regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, define las áreas prioritarias y, entre ellas, las dirigidas a anticipar las necesidades de cualificación del sistema productivo, así como a cubrir las necesidades actuales y las orientadas al desarrollo de los sectores más innovadores y/o con mejores perspectivas de empleo o necesidades vinculadas con los sectores productivos que tengan regulaciones específicas, de conformidad con lo que establezcan al respecto el informe anual y el escenario plurianual.

Los servicios públicos de empleo deberán especificar en cada convocatoria las acciones formativas que tengan carácter preferente. Y serán destinatarios de las iniciativas de formación, como colectivos prioritarios, los identificados por la Estrategia española de activación para el empleo, y los objetivos estratégicos establecidos en el correspondiente Plan anual de política de empleo, atendiendo a las propuestas y recomendaciones formuladas en el escenario plurianual de la formación profesional para el empleo, y en el informe anual, así como las personas con discapacidad o especialmente vulnerables (art. 5.2 y 3 RD 694/2017).

²⁷ En el sentido de la importancia de la formación a lo largo de la vida y de la adaptación de sus contenidos, CESE, Dictamen sobre «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» (dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia), 2017/C 434/05 (DOUE de 15 de diciembre de 2017), puntos 4.1 y 5.2.

Por su parte, la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020²⁸ presenta como uno de los principales retos la mejora del nivel formativo y el cierre del desajuste de capacidades:

La incorporación del cambio técnico y organizativo a las empresas, en particular la digitalización y la apertura a mercados globales requieren un esfuerzo de reaprendizaje tanto para trabajadores como para demandantes de empleo, que permita aportar capacidades demandadas en el presente y en el futuro.

Entre sus objetivos estructurales, en el eje 2 sobre formación se propone atender a dos finalidades: mejorar la competitividad de las empresas a través de la cualificación de las personas, ajustando las competencias de los trabajadores a los requerimientos actuales y futuros del mercado de trabajo; y mejorar la empleabilidad de los trabajadores con objeto de facilitar sus transiciones desde y hacia el empleo, su desarrollo personal y su promoción profesional.

Entre los objetivos instrumentales se encuentran, ajustar la oferta formativa a las necesidades del mercado de trabajo y a la mejora de la competitividad del tejido productivo, con especial atención a las competencias clave, digitales e idiomáticas; mejorar la información, seguimiento y evaluación de la oferta formativa y el conocimiento de las necesidades de capacidades en los diferentes sectores económicos y territorios (instrumentos establecidos en la Ley 30/2015 y normativa de desarrollo).

Como otro de los instrumentos de coordinación del sistema nacional de empleo (art. 9 TRLE), el Plan anual de política de empleo de 2019, en aplicación de la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020²⁹ y en el marco general del TRLE, los servicios y programas que desarrollen los servicios públicos de empleo deberán dirigirse al cumplimiento de un total de cinco objetivos estratégicos, entre los que destacamos:

- Promover la activación y mejora de la empleabilidad de los jóvenes, con especial atención a los que presentan mayores deficiencias de formación y riesgo de precariedad laboral: materializado en el Plan de choque por el empleo joven 2019-2021, la garantía juvenil y la coordinación con el sistema educativo.
- Potenciar el empleo como principal instrumento de inclusión social, mejorando de manera prioritaria la activación e inserción de personas desempleadas de larga

²⁸ Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020 (BOE núm. 305, de 16 de diciembre).

²⁹ 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, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de empleo, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 64, de 15 de marzo, p. 14).

duración y de las mayores de 45 años: Plan de empleo para personas paradas de larga duración.

- Promover una oferta formativa dirigida a las necesidades del mercado laboral, ajustando mejor las competencias y facilitando las transiciones laborales (RD 694/2017), a través de las órdenes ministeriales que regulan la oferta formativa y su financiación, el Catálogo de especialidades formativas y el Registro de entidades formativas.

Nos situamos en el ámbito de las políticas de empleo por colectivos, y, sin lugar a dudas, los jóvenes serán protagonistas activos en el nuevo mercado digital, pero son también quienes sufren su falta de formación adecuada y la desregulación laboral en el momento crítico de la incorporación al mercado laboral, y en el de la definición de las bases de su carrera profesional³⁰.

Según el Plan de choque por el empleo joven 2019-2021 (p. 5):

[...] es necesario fomentar los estudios relacionados con las ciencias, las tecnologías, la ingeniería y las matemáticas (STEM) como opción, prestando especial atención a fomentar la incorporación de las niñas y las jóvenes a estas disciplinas, ya que en la actualidad están infrarrepresentadas tanto en los estudios superiores como en la formación profesional, y son cruciales para alcanzar mayores cotas de desarrollo en el futuro.

En relación con las mujeres como otro de los colectivos prioritarios (con carácter general en la lista abierta del art. 30.1 TRLE), el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE núm. 57, de 7 de marzo, p. 21692), en su preámbulo incide en la misma medida. Señala que:

[...] las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas. Los nuevos puestos laborales que están siendo creados son, a su vez, los mejores remunerados; por ello, las políticas públicas de igualdad deben remover los obstáculos que impidan el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología.

³⁰ Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de choque por el empleo joven 2019-2021 (BOE núm. 296, de 8 de diciembre), p. 4.

En cuanto a otro de los planes en vigor, que analizaremos a continuación, previsto para desempleados de larga duración, en su medida 21 invoca la formación en competencias digitales y, dentro del colectivo general, tiene como destinatarios de forma preferente a trabajadores mayores de 45 años, trabajadores con menores competencias digitales, «mujeres PLD [paradas de larga duración], y mujeres en entornos rurales».

Volviendo al Plan de choque por el empleo joven 2019-2021, como objetivo número 3 establece «incrementar su cualificación e inserción laboral dotándolas de más competencias profesionales, superando la brecha tecnológica y la segregación, tanto en la selección de itinerarios formativos como en el mercado laboral»; y en el eje 4, relativo a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, prevé programas de apoyo a *start-up* o proyectos de base tecnológica para mujeres jóvenes.

Como objetivo cuantificado en la descripción del marco estratégico, el plan se propone «lograr que, al menos, 225.000 de las personas jóvenes se formen en competencias digitales, el 75 % en competencias básicas y el 25 % en competencias superiores, que supone un 40 % y 38 %, respectivamente, de la población joven menor de 30 años».

En el eje 2, sobre formación, establece como medida número 13 programas en competencias claves, como las de comunicación lingüística, competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología, competencia digital, aprender a aprender, competencias sociales y cívicas, sentido de iniciativa y espíritu emprendedor y conciencia y expresiones culturales (pp. 26-27).

En especial, la medida 14 se refiere a los programas de formación en competencias digitales; y la 16, a programas orientados a la cualificación en sectores estratégicos.

En lo que se refiere al emprendimiento (eje 5), fija el objetivo de su promoción dentro de las políticas de activación e inserción, el empleo autónomo y las nuevas oportunidades laborales que ofrecen la economía digital y las distintas fórmulas de la economía social y de la economía de las plataformas digitales.

En lo que concierne a otro de los colectivos prioritarios/destinatarios de políticas de empleo concretas, el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el desempleo de larga duración 2019-2021, nace en respuesta a que «las consecuencias derivadas de los procesos de cambio tecnológico y digitalización requieren de un importante esfuerzo de recualificación en competencias digitales, tanto dirigido a personas en situación de PLD, como desde una dimensión preventiva». Es por ello que su objetivo 4 consiste en actualizar las competencias profesionales y tecnológicas para el empleo. Como medida, suministrar los medios necesarios para que, al menos, un 10 % de las personas PLD mejoren su empleabilidad mediante la mejora de sus competencias digitales.

Puesto que el plan atiende a un colectivo de atención prioritaria, en su objetivo 1 se propone alcanzar una atención personalizada y un acompañamiento sociolaboral desde la

especialización de los equipos técnicos de orientación, con la finalidad de atender las características diferenciales de los PLD (criterios sectoriales de actividad, por ámbito rural/urbano, especialización en emprendimiento, en economía social, digitalización, etc.).

El plan invoca el Marco europeo sobre competencias digitales para el aprendizaje permanente³¹ y considera imprescindible para el acceso a la gran mayoría de los empleos la adquisición de los conocimientos básicos y suficientes para el uso de la tecnología como herramienta de trabajo, por lo que hay que impulsar cursos de formación de nivel básico e intermedio en soluciones de Microsoft (Excel, Word, Power Point, Outlook e internet en general). Del mismo modo, habrá que impulsar acciones formativas concretas y especializadas para la adquisición de conocimientos específicos vinculados a una especialidad tecnológica (lenguajes de programación, desarrollo de aplicaciones, robótica, etc.).

En cuanto a las medidas previstas para el eje 5, emprendimiento, se complementarán con los programas y actuaciones en el ámbito del fomento de la iniciativa emprendedora (Dirección General de Industria y de la Pyme, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), así como con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado para el Avance Digital, en relación con las medidas diseñadas dentro de la Estrategia «España, nación emprendedora» para el fomento del emprendimiento de carácter tecnológico, el impulso y atracción del talento emprendedor en tecnología –particularmente entre las mujeres– y la formación y capacitación en habilidades STEM.

Por otra parte, hemos de hacer mención de convocatorias como la del entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la concesión, con cargo al ejercicio presupuestario de 2018, de subvenciones públicas para la ejecución de programas de formación de ámbito estatal, para la adquisición y mejora de competencias profesionales relacionadas con los cambios tecnológicos y la transformación digital, dirigidas prioritariamente a las personas ocupadas, de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (Fundae)³², con una financiación de 60 millones de euros, con especial atención a mujeres, personas con discapacidad, trabajadores con bajo nivel de cualificación, y mayores de 45 años. Recoge más de 400 especialidades formativas: 226 nuevas, 180 actualizadas.

³¹ Fijémonos a cuándo se remonta: Recomendación de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, del Parlamento Europeo y del Consejo. Este marco de referencia establece ocho competencias clave para el aprendizaje permanente como factor fundamental para garantizar la flexibilidad y la adaptabilidad del ciudadano a los nuevos entornos de un mundo globalizado en constante evolución. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Plan de acción de educación digital, COM 2018 (22 final), de 17 de enero de 2018.

³² Resolución de 11 de mayo de 2018, del SEPE, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión, con cargo al ejercicio presupuestario de 2018, de subvenciones públicas para la ejecución de programas de formación de ámbito estatal (BOE de 25 de mayo de 2018).

Dicha convocatoria aporta datos relevantes que demuestran cómo la digitalización incide, de manera imparable, sobre el empleo; en España, en un tiempo relativamente corto, según la OCDE, podría afectar a un 25 % de los puestos de trabajo, que se verían transformados, y a un 10 %, que estarían en peligro de desaparecer³³.

En cuanto a los resultados de la misma, relacionando las solicitudes presentadas con los tres tipos de acciones formativas cuya impartición financia: la adquisición de competencias tecnológicas o digitales transversales a los distintos sectores productivos (17 % de las solicitudes); la adquisición de competencias tecnológicas o digitales específicas de cada sector productivo (77 % de las solicitudes, comercio y *marketing*, administración y gestión, hostelería y turismo, servicios a las empresas y educación); y competencias profesionales en los sectores base para el desarrollo tecnológico (empresas operadoras de telecomunicaciones, consultorías e ingenierías), 5 % de las solicitudes.

Se presentaron 553 solicitudes para formar a 532.308 participantes; la financiación solicitada ascendió a 164 millones de euros, más del triple de lo presupuestado. Sobre las acciones formativas solicitadas, el 53 % son de nivel de competencia avanzada y el 47 % restante de nivel básico; 5.539 (97,4 %) son especialidades no vinculadas a certificados de profesionalidad y 149 (2,6 %) a certificados de profesionalidad. La modalidad de impartición preferente es la teleformación.

Por último, enmarcado en las medidas contra la precarización del mercado de trabajo y el fraude laboral (punto 2.5.3) del Programa nacional de reformas del Reino de España para 2019, se presentó el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020 del organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Inmigración y Seguridad Social³⁴.

Responde al objetivo principal de recuperar derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo. Es por ello que aspira a garantizar la competencia leal entre empresas en el mercado de trabajo, por lo que se dirige contra aquellas que incumplen la normativa laboral y de Seguridad Social.

Como una de las medidas operativas, se propone afrontar las nuevas modalidades de prestación del trabajo, al considerar importante avanzar en las competencias digitales de empresarios y trabajadores. Se articulará en medidas concretas, como dotar de medios técnicos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para permitir la identificación de los sujetos intervinientes en las plataformas digitales y comercio electrónico; en la elaboración de una guía de actuación que facilite a sus funcionarios el desarrollo de su actuación, acompañada

³³ <<https://blog.fundae.es/2018/07/31/formacion-de-trabajadores-en-competencias-digitales-datos-sobre-solicitudes-de-subvencion-presentadas>>.

³⁴ Resolución de 27 de julio de 2018 (BOE núm. 182, de 28 de julio).

de una formación en esta materia que permita la especialización de los mismos; y en la realización de una campaña de inspección específica sobre plataformas y comercio electrónico.

5. Diálogo social europeo y digitalización

De las seis prioridades que CES, BusinessEurope, CEEP y SMEunited plasman en su «European social dialogue. Work programme 2019-2021», la primera es «la digitalización»³⁵. Y con la intención firme de celebrar, además de un seminario de investigación conjunto, un acuerdo marco autónomo en la materia, el máximo exponente y el resultado más ambicioso del diálogo social europeo (Aguilar, 2006).

Recordemos que tenemos antecedentes relevantes en cuanto a materias que no habían sido reguladas directamente por las instituciones europeas, como el teletrabajo, y que lo fueron a través de negociación colectiva europea (si bien no hay unanimidad al respecto en la doctrina ni en la actualidad, siendo relegados a meros actos de *soft law* y no de verdadera negociación en sentido tradicional, Loffredo y Tufo, 2019, p. 30), que ha generado acuerdos marco tanto a nivel interprofesional (2002) como a nivel sectorial (recientemente en el sector del comercio, en 2018). Asimismo, los interlocutores sociales europeos han regulado, a nivel interprofesional, otras materias que son de aplicación, de una u otra manera, en el nuevo escenario, tales como el estrés laboral (2004), los mercados de trabajo inclusivos (2010) o el envejecimiento activo (2017).

Pero es que las cuatro restantes prioridades que se marcan en su programa actual de trabajo, *skills* o habilidades, economía circular³⁶, riesgos psicosociales y mejora de los mercados laborales y de los sistemas sociales, asimismo están relacionadas con el objeto de este estudio (Fernández, 2018, p. 6). Podemos afirmar que el diálogo social europeo es el instrumento que, de forma transversal, regulará, ya sea a través de producciones bilaterales, ya sea a través de estructuras tripartitas.

³⁵ <<https://www.besinesseurope.eu/video-gallery/social-dialogue-employers-and-workers-across-europe>>. Ya el CESE lo señalaba como objetivo primordial del diálogo social y una prioridad a nivel europeo: Dictamen sobre «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo», citado, puntos 1.12 y 4.1. En enero de 2017, con motivo del lanzamiento de la Coalición de capacidades y empleos digitales de la Comisión Europea, como una de las diez iniciativas clave propuestas por ella en el marco de la Nueva agenda de capacidades para Europa, los interlocutores sociales europeos continuaban exigiendo un foro europeo sobre la digitalización por separado, Education International, en <<https://ei-ie.org/spa/detail/3917/europa>>.

³⁶ «La EFCI participa en la Cumbre Social Tripartita de la UE» de octubre de 2019: destacaron la necesidad de contar con una política orientada a los servicios para permitir que esta industria se integre rápidamente en la economía circular, y la importancia de garantizar un amplio acceso a las habilidades digitales básicas y «verdes» (<<http://www.revistalimpiezas.es/asociaciones-e-instituciones/asociaciones/la-efci-participa-en-la-cumbre-social-tripartita-de-la-ue>>).

El fortalecimiento del diálogo social es otra de las prioridades, siguiendo este sexto Programa de trabajo conjunto de los interlocutores sociales europeos la línea marcada por la Comisión Europea en la nueva etapa que se abre en 2016: «A new start for social dialogue».

Tanto para BusinessEurope como para el interlocutor sindical europeo, la política industrial es asimismo una prioridad, siendo la digitalización uno de sus apartados³⁷. La conclusión de un acuerdo marco en la materia la consideran, dentro del diálogo social, como la prioridad más importante dentro de las quince previstas en el nuevo mandato de las instituciones europeas. Y en la prioridad octava de la política industrial y digitalización se marcan el objetivo de que las tecnologías digitales reviertan en la mejora de las condiciones de trabajo y en la calidad del empleo. Se deben arbitrar fondos a nivel de la Unión Europea y políticas activas de empleo para facilitar los cambios tecnológicos a los trabajadores y mitigar sus efectos disruptivos; todo ello en el contexto del respeto de sus derechos, tales como la protección de datos, el derecho a la desconexión y a la información, consulta y participación³⁸.

Como no puede ser de otra manera, en coherencia con los objetivos que dominan en el periodo en curso, nuestro tema de estudio ha sido relevante en las últimas reuniones de la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, y ello en seguimiento de la «Declaración de los interlocutores sociales europeos sobre la digitalización», firmada el 16 de marzo de 2016 en el seno de este órgano, en la que BusinessEurope, UNI Europa, CEEP y UEAPME analizan sus efectos y señalan los principales retos para los responsables europeos y para ellos mismos³⁹. En la reunión de la cumbre celebrada en octubre de 2018, uno de los debates se centró en las posibilidades que ofrece la revolución digital para los mercados laborales y la economía, y, a su vez, en los retos y oportunidades que ofrece la digitalización del trabajo y su relación con la vida diaria. Siempre remarcando la necesidad de preparar la mano de obra de la Unión Europea para el futuro como aspecto fundamental en economías competitivas y justas, esto es, el enfoque en la mejora de las competencias profesionales relacionadas con la digitalización, y la adaptabilidad del capital humano a las necesidades del mercado laboral y a las nuevas modalidades de trabajo.

En la cumbre social de primavera, celebrada el 20 de marzo de 2019, bajo el lema «Una Europa más fuerte, más unida y con más visión de futuro», uno de los temas de los debates fue aprovechar el «nuevo comienzo del diálogo social» para configurar el nuevo mundo laboral caracterizado por la digitalización, la robotización y la automatización.

³⁷ <<https://www.businesseurope.eu/policies/industrial-policy>>.

³⁸ <<https://www.etuc.org/en/document/15-etuc-priorities-new-mandate-eu-institutions>>. «EU trade unions and employers want ambitious EU industrial strategy» (<<https://www.etuc.org/en/pressrelease/eu-trade-unions-and-employers-want-ambitious-eu-industrial-strategy>>).

³⁹ «Cumbre Social Tripartita. Los retos comunes de la UE no se resolverán sin las pymes» (<<https://www.pimealdia.org/es/cimera-social-tripartita-els-reptes-comuns-de-la-ue-no-es-resoldran-sense-les-pimes/>>).

En la cumbre celebrada el 16 de octubre de 2019, titulada «Avanzar en las dimensiones sociales y económicas para una Europa competitiva, justa y sostenible: el papel de los interlocutores sociales y el diálogo social», debatieron acerca de «la concepción de una estrategia industrial preparada para el futuro». Otro de los debates se centró en la inversión en la capacitación y la mejora del acceso a la formación de adultos, desde la preocupación por la adaptación de los empleos actuales al panorama económico cambiante⁴⁰.

Puesto que el proceso de digitalización seguirá una diferente evolución en los distintos sectores de la economía, acelerado en el sector servicios (sistema financiero, comercio, logística y distribución), más lento en la aplicación de la conectividad de los procesos industriales (interconexiones entre unidades productivas) y más a largo plazo en el desarrollo de la automatización y robotización de la industria manufacturera en su conjunto, a este ritmo se han ido produciendo resultados en materia de diálogo social en cada uno de ellos.

En este sentido, en la Declaración conjunta sobre los efectos de la digitalización en el empleo del sector financiero, firmada en 2018 por CC.OO., junto con el resto de organizaciones sindicales asociadas a UNI Europa Finanzas, y las asociaciones patronales europeas del sector bancario (European Banking Federation, Banking Committee for European Social Affairs, European Association of Co-operative Banks and European Savings and Retail Banking Group), se establecen como puntos fundamentales «la formación continua y el desarrollo de nuevas competencias como clave para paliar el impacto de la digitalización en las diferentes tareas, así como en los posibles cambios de la organización del trabajo y de la empleabilidad»; también «el efecto de la digitalización sobre la salud laboral y el equilibrio de la vida personal y laboral y los retos que la digitalización puede plantear como el trabajo flexible y el teletrabajo»⁴¹.

Por su parte, ya en 2016, en la Declaración conjunta sobre los efectos sociales de la digitalización firmada por Insurance Europe junto con los interlocutores sociales europeos en el Comité de diálogo social sectorial de seguros:

La industria europea de seguros está a la vanguardia en el desarrollo de productos y servicios de última generación para los consumidores en la era digital. En este tiempo de cambio para la industria, el diálogo entre los interlocutores sociales europeos será más valioso que nunca para garantizar un resultado positivo para las partes interesadas⁴².

⁴⁰ <<https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2019/10/16/>>.

⁴¹ <<https://www.ccoo-servicios.es/madrid/internet/html/43810.html>>.

⁴² Sebastian Hopfner, presidente de la ISSDC y de la plataforma de diálogo social de Insurance Europe, en «Insurance Europe. Declaración conjunta sobre los efectos sociales de la digitalización» (<<https://www.inese.es/noticias/declaracion-conjunta-sobre-los-efectos-sociales-de-la-digitalizacion>>).

Como vemos, el diálogo social europeo sectorial ha producido logros en la materia. Otro ejemplo es la posición conjunta en la metalurgia sobre las repercusiones de la digitalización y las acciones que cabe emprender, «An Industrial Europe & CEEMET joint position», de 8 de diciembre de 2016.

No despreciemos el valor de los instrumentos de *soft law* en la estructuración del marco normativo europeo, ya sea con carácter alternativo y, en ocasiones, complementario a las tradicionales técnicas de *hard law*, y sus repercusiones en los derechos nacionales (Cruz, 2017a, pp. 28 y 38). La Comisión Europea fue visionaria y ha detectado desde siempre las variadas y positivas cualidades del diálogo social en relación con tan diversas materias, y su inestimable aportación, en particular, a las reglas de la gobernanza (Comisión Europea, 2019, p. 220)⁴³.

De otro lado, el CESE ha emitido dictámenes relevantes en la materia, tales como el relativo al «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» (2017) y, más recientemente, sobre «El diálogo social para la innovación en la economía digital» (2019), en los que recomienda el refuerzo del papel de los interlocutores sociales a todos los niveles y la conveniencia del enfoque a escala de la Unión Europea en realidades laborales como las plataformas (puntos 1.13 y 3.3, en el primero; punto 1.1, en el segundo)⁴⁴.

Insiste en la necesidad de reconocer y reforzar el papel del diálogo social y la negociación colectiva a todos los niveles, llamándolos a desempeñar un rol de primer orden, precisamente por los cambios tan profundos y rápidos que se están produciendo, que exigen una reflexión colectiva para paliar sus efectos adversos (puntos 1.1 a 1.5). Sin embargo, mientras que en este primer dictamen el CESE limita sus resultados y eficacia al «intercambio de información, estudios prospectivos y de buenas prácticas» (punto 1.12), dicha apreciación figura modificada en el punto 1.6 del dictamen de 2019: «Los interlocutores sociales deben seguir buscando nuevas modalidades de diálogo social, en concreto de negociaciones, adaptadas a los nuevos desafíos para generar soluciones equilibradas [...]»: una evolución en favor del diálogo social como instrumento de regulación jurídica muy destacable.

Por su parte, el segundo dictamen mencionado invoca la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los convenios de la OIT (punto 1.8), y aboga por que el aprovechamiento en plenitud del potencial de innovación, requiere la participación y la motivación de los trabajadores, entre otros, a través del diálogo social. Este debe apoyarse con un entorno político y regulador favorable a la innovación en toda Europa (punto 1.1).

⁴³ <<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8219>>.

⁴⁴ Sobre el papel de los interlocutores sociales, véase <<https://www.eurofound.europa.eu/es/topic/social-partners>>.

La importancia del recurso al diálogo social radica, entre otras cuestiones, en la anticipación al cambio que aporta, tan necesaria para mitigar los posibles efectos adversos, y en contrarrestar el aumento de la inseguridad económica ocasionada en parte por la digitalización, tal y como indica el CESE en su dictamen de 2019 (punto 1.3).

Su puesta en valor deriva, asimismo, de la intervención de los comités de empresa europeos, en virtud de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a través de la consulta obligatoria en los supuestos de introducción de nuevas tecnologías y la necesidad del recurso a la negociación colectiva para acompañar los cambios que generan estas tecnologías (punto 5.5).

Coincidimos, por tanto, con el planteamiento, y reconocimiento de su distinta funcionalidad, que se manifiesta en tres tipos de gobernanza: la institucional, la reflexiva, que promueve la autorregulación por los agentes sociales de sus intereses, y la horizontal, de integración entre los poderes públicos y los agentes sociales en el consenso en las políticas públicas mediante el diálogo social (Cabero, 2019, p. 9).

6. Conclusiones

El trabajador actual y de futuro ha de ser una persona versátil (para moverse en el entorno VUCA), con talento y capacidad de adaptación y flexibilidad, con habilidades transversales, con capacidades técnicas y de orientación a resultados, habilidades de colaboración, internacionales, de comunicación, con habilidades sociales, con capacidad de liderazgo, con interés por un aprendizaje constante y curiosidad (Adecco, Informe sobre el futuro del trabajo en España, 2016). Asimismo, habrá de sentirse motivado en su empresa, para aportar la flexibilidad que le será demandada y su predisposición a la adquisición de la formación específica y continua que le será requerida. Por todo ello, será un trabajador satisfecho laboralmente, con unas cualidades desarrolladas no solo por sí mismo y su interés por mejorar su carrera profesional, sino potenciadas por la organización empresarial para la cual presta servicios: qué gran oportunidad de generar empleo de calidad, con trabajadores motivados alejados del estado de *burnout* (si bien es cierto que otros riesgos psicosociales serán potenciados, entre ellos el estrés que le generará para mantenerse en el ritmo vertiginoso de adaptación a nuevas exigencias o «tecnoestrés»), y de incrementar la interacción entre empleadores y su plantilla, en uso de instrumentos de participación y negociación.

La participación de los representantes de los trabajadores será, por tanto, fundamental, ya que con los empleadores habrán de fijar las medidas de respeto de los derechos que pudieran verse afectados por las nuevas tecnologías y establecer las reglas en la utilización de los dispositivos digitales.

Sí, el cambio de modelo industrial implica que se perderán empleos con la automatización, pero en una evolución que afectará a los trabajos manuales y los que consisten en

tareas repetitivas y físicas (gran oportunidad: mejora de las condiciones de seguridad y salud laboral, y satisfacción laboral con el puesto de trabajo desempeñado), no los que requieran de tareas cognitivas elevadas, competencias interpersonales y creatividad, en investigación, servicios de ocio, en la economía del cuidado..., esto es, de alto contenido emocional y social, insustituible por las máquinas (gran oportunidad: mejores retribuciones, mejora de la satisfacción laboral, y sin riesgo de desaparición, sino todo lo contrario): qué gran oportunidad de creación de más y mejores empleos.

De un lado, ello posiciona el foco en los trabajadores con baja cualificación y su necesaria reubicación, competencia de los servicios públicos de empleo y de sus empresas colaboradoras, así como de las entidades formativas (colaboración público-privada desde la que pueden aflorar los nuevos empleos): gran oportunidad para regenerar la intermediación laboral y el sistema de formación profesional para el empleo. De otro, no significa la desaparición de todos los trabajos de escasa cualificación; solo habrá que recalificarlos para que puedan desarrollar las nuevas funciones que exigen la sociedad y el mercado actuales.

El reto al que se enfrenta el mercado consiste en anticiparse a los cambios y a los riesgos que estos implican: para ello, habrá de adoptar medidas preventivas y enfocadas a minimizar los riesgos y encaminar los empleos hacia la demanda.

Insistimos en que en esta transición entre los puestos actuales y los nuevos el proceso de mejora de las cualificaciones y de reciclaje será la clave del éxito. Y es que la supervivencia de la empresa dependerá tanto del poder de dirección actualizado y enfocado a satisfacer las necesidades que en ella se planteen, como de la capacidad de respuesta a los cambios por parte de su plantilla, fruto del aprendizaje permanente de conocimientos, habilidades y actitudes relacionadas con la digitalización por parte de sus empleados, habiéndose generado un «deber de perfeccionamiento profesional» en la plantilla de trabajadores (Sánchez-Rodas, 2017, p. 183).

Habrà que reorientar la oferta formativa: necesidad de coherencia con las necesidades actuales. Competencias interpersonales (sociales y comunicativas, creatividad y trabajo en equipo), empresariales y administrativas, en tecnologías de la información, informática y programación. La interacción con las máquinas se convierte en el denominador común en numerosos empleos: los robots colaborativos como liberadores del trabajo tedioso, peligroso y con repercusiones negativas en la persona del trabajador.

Otro reto será alcanzar el equilibrio entre la vida personal, familiar y profesional en el nuevo entorno laboral. Para ello, el recurso al teletrabajo, en las empresas que puedan ofrecerlo, y siendo un modo de realizar la prestación de servicios que irá en aumento en la industria 4.0, puede presentar interesantes beneficios.

También habrá que idear herramientas que ayuden a introducir los cambios tecnológicos de forma gradual, tal y como se plantea la OIT en su Informe «El futuro del trabajo

que queremos: un diálogo global», con el objetivo de introducir la desaceleración del proceso de transición.

Además de la anticipación y la formación, y puesto que el proceso es imparable, otro de los recursos pasa por «la gestión de la innovación tecnológica de manera colectiva» (tal y como propone lord Robert Skidelsky, economista británico que se refería a una «gobernanza global que vigile el proceso») o ejercer un control colectivo sobre su aplicación. Hay que regular, y la autonomía colectiva a nivel supranacional tiene un relevante papel que cumplir: la cercanía a los problemas por parte de los interlocutores sociales y el grado de cumplimiento de lo derivado de consenso posicionan al diálogo social como instrumento idóneo.

La incertidumbre define esta etapa imparable, ya prolongada en el tiempo, que no viene siendo paliada ni en la normativa más reciente (a consecuencia de la parálisis política que ha sufrido España por su falta de Gobierno y, en la actualidad, a la espera del anunciado nuevo Estatuto de los Trabajadores), ni en la programación de actividades, en uso de los fondos públicos, de los servicios públicos de empleo como uno de los principales actores en el mercado de trabajo, a través de su deber de intermediación laboral y de políticas activas de empleo en favor de todos los ciudadanos, ya sean ocupados, desempleados o titulares de empresas (véanse las convocatorias de cursos ofertados a desempleados y ocupados por los servicios autonómicos de empleo en virtud de las transferencias de competencias en la materia).

No cabe duda cómo desde la norma se puede paliar la incertidumbre que define esta etapa: esto significa que es necesario regular para establecer límites, medidas de fomento de un tipo de empleo u otro, de la formación profesional para el empleo y de la universitaria que atienda a las necesidades reales del mercado de trabajo, instrumentos de control... No se puede dejar «a las fuerzas del mercado» ni a la inactividad normativa, que solo llevan a la devaluación y precarización de las condiciones del trabajo.

Y, como decimos, la regulación habrá de ser internacional, para un mundo globalizado. Son necesarias soluciones supranacionales que coordinen el proceso de adaptación al futuro del trabajo en los distintos Estados.

Es por todo ello buen momento para la intervención de los interlocutores sociales europeos a través del diálogo social; en la etapa de su relanzamiento, con el bagaje que atesora desde 1985, materializado en resultados tan exitosos de negociación colectiva en el nivel europeo, aplicados por los propios firmantes o a través de una norma de derecho derivado, y con el apoyo actual del CESE, y, como siempre, de la Comisión Europea y del Consejo Europeo. Desde un acuerdo marco europeo puede ser diseñada una estrategia para garantizar los derechos de los trabajadores digitales, de aplicación autónoma, vinculante para los negociadores afiliados a los firmantes europeos, tal y como ellos se fijan como objetivo en su programa de trabajo conjunto.

En cualquier caso, puesto que la frontera entre el trabajo humano «imprescindible» y las máquinas está en las habilidades y competencias propias de la persona trabajadora que no pueden ser replicadas por la tecnología, tenemos el privilegio de saber hacia dónde encaminar tanto la formación de los trabajadores como su contratación: hacia las competencias que marcan/marcarán la diferencia en el mercado laboral actual/futuro. Ello, junto a la inteligencia emocional de los Gobiernos (UE-OIT)-interlocutores sociales (europeos-nacionales)-profesionales, ha de primar en el diseño de los nuevos puestos de trabajo en la era de la digitalización.

Referencias bibliográficas

- Aguilar González, M.^a C. (2006). *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*. Valladolid: Lex Nova.
- Cabero Morán, E. (2019). El futuro del trabajo: cien años de la OIT. Conclusiones generales del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Recuperado de <<https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2019/07/Conclusiones-generales-Congreso-XXIX.pdf>>.
- Cruz Villalón, J. (2017a). El futuro del trabajo y su gobernanza. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 137, 13-39.
- Cruz Villalón, J. (2017b). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 13-47.
- Fernández Avilés, J. A. (2018). [Prioridades para el futuro programa de trabajo autónomo de los interlocutores sociales a escala europea](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 418, 5-13.
- Fernández-Costales Muñoz, J. (2017). Los nuevos yacimientos de empleo. Surgimiento, actualidad y su inclusión en planes y políticas de empleo como sectores generadores de puestos de trabajo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, 99-122.
- García Jiménez, M. (2019). [Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número extraordinario 2019, 147-182.
- Goñi Sein, J. L. (2019). Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo. *Documentación Laboral*, 117, 57-72.
- Loffredo, A. y Tufo, M. (2019). Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale. *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, 405. Recuperado de <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2019/12/20191204-090132_Loffredo-Tufo_n405-2019itpdf.pdf>.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2017). Poderes directivos y nuevas tecnologías. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 163-184.
- Serrano Martínez, J. (2018). *Un mundo robot: la mayor revolución jamás conocida que cambiará nuestros trabajos, nuestras vidas y el destino de la humanidad*. Córdoba: Guadalmazán.
- Torrecilla, J. A., Pardo, C. y Rubio, J. C. (2019). [Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número extraordinario 2019, 27-54.



Análisis de las medidas de Seguridad Social adoptadas por el Gobierno de España en relación con la crisis del COVID-19

Eduardo Enrique Taléns Visconti

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

Extracto

Como es de sobra conocido por todos, el SARS-CoV-2 (causante de la enfermedad denominada COVID-19) es un nuevo tipo de coronavirus que está afectando a la salud de las personas. Fue detectado por primera vez en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China. El COVID-19 está generando en España (y en el resto del mundo) innumerables problemas de toda índole. Entre otros muchos, está planteando nuevos retos y perspectivas dentro del ámbito jurídico laboral. En materia de Seguridad Social pudimos ver las primeras reacciones normativas en relación con el cambio de paradigma que proyecta el coronavirus. A lo largo del presente trabajo, comentaré de una forma sistemática y comprensible todas las medidas que han sido adoptadas en materia de Seguridad Social a lo largo de esta crisis, en este caso, por los Reales Decretos-Leyes 6/2020, 7/2020, 8/2020 y 9/2020.

Palabras clave: COVID-19; Seguridad Social; desempleo; obligación de cotizar; cese de la actividad profesional.

Fecha de entrada: 20-03-2020 / Fecha de revisión: 31-03-2020 / Fecha de aceptación: 31-03-2020

Cómo citar: Taléns Visconti, E. E. (2020). Análisis de las medidas de Seguridad Social adoptadas por el Gobierno de España en relación con la crisis del COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 121-145.





Analysis of the Social Security measures adopted by the Government of Spain in relation to the COVID-19 crisis

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Abstract

As it well know to all, SARS-CoV-2 (or COVID-19) is a new type of coronavirus that is affecting people's health. It was first detected in December 2019 in Wuhan City, Hubei Province, China. COVID-19 is generating countless problems of all kinds in Spain (and the rest in the world). Among many others, it is posing new challenges and perspectives within the labour legal field. In terms of Social Security we were able to see the first normative reactions in relation to the paradigm shift projected by coronavirus. Throughout this text, I will comment in a systematic and understable way all the measures that have been taken on Social Security throughout this crisis, in this case, by Royal Decree-Law 6/2020, 7/2020, 8/2020 and 9/2020.

Keywords: COVID-19; Social Security; unemployment; obligation to contribute; cessation of the professional activities.

Citation: Taléns Visconti, E. E. (2020). Analysis of the Social Security measures adopted by the Government of Spain in relation to the COVID-19 crisis. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 121-145.





Sumario

1. Consideración de la enfermedad y de los periodos de aislamiento como situación asimilada a una contingencia profesional
2. Ampliación de las bonificaciones a la Seguridad Social por mantener en nómina a trabajadores con contrato fijo discontinuo
3. La prestación extraordinaria por cese de actividad de los trabajadores autónomos: más dudas que certezas
4. Medidas extraordinarias de cotización en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19
5. Medidas extraordinarias adoptadas en materia de protección por desempleo
 - 5.1. El reconocimiento de la prestación por desempleo con ciertas garantías excepcionales
 - 5.2. Medidas extraordinarias relativas al nivel asistencial (subsidio por desempleo)

1. Consideración de la enfermedad y de los periodos de aislamiento como situación asimilada a una contingencia profesional

Con anterioridad a la actividad reformista, el propio Gobierno, a través de su Ministerio de Trabajo y Economía Social, acordó el [Criterio 2/2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social](#) (DGOSS), en virtud del cual todas las personas que estuvieran en aislamiento y con positivo en COVID-19 debían ser consideradas en situación de incapacidad temporal (IT) derivada de enfermedad común. En ese momento, el mencionado criterio se limitaba a señalar una cosa bastante obvia, concretamente, que la enfermedad contraída por el coronavirus era una contingencia común (nada nuevo añadía esta previsión). La única novedad residía en la extensión de esta consideración a las situaciones de aislamiento en las que a una persona se le estaban realizando las pruebas para diagnosticarle la enfermedad. Bajo este escenario, los primeros 3 días en IT constituían una pérdida de salario para el trabajador, del cuarto al decimoquinto día se ocupaba la empresa, mientras que a partir del decimosexto la cuantía económica corría a cargo de la entidad gestora de la prestación.

Tras conocerse el [Criterio 2/2020](#), los sindicatos mayoritarios, CC. OO. y UGT, elaboraron un documento de propuestas conjuntas para abordar la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus. En el tema que nos ocupa, animaron al Gobierno a disponer lo siguiente:

- La no exigencia del periodo de carencia para tener derecho a la prestación por IT. Como sabemos, en los casos de enfermedad común, el trabajador necesita evidenciar un periodo previo de cotización.
- Un complemento de mejora de la IT hasta alcanzar el 100 % de las retribuciones de las personas trabajadoras con cargo al fondo creado.

La respuesta por parte del Gobierno llegó con la aprobación del [Real Decreto-Ley 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. El texto entró en vigor el día 12 de marzo (al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el pasado 11 de marzo).

En relación con la propagación de la enfermedad y con el objetivo de mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena, a través del citado real decreto-ley se acordó que los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras

como consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por IT del sistema de Seguridad Social.

En concreto, esta nueva disposición se contiene en el [artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020](#), que textualmente dispone lo siguiente:

1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19.
2. En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta.
3. Podrá causar derecho a esta prestación la persona trabajadora 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.
4. La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.

Varias son las consideraciones que entiendo que resultan de interés al hilo de esta nueva disposición:

En primer lugar, cabe apuntar que se trata de una medida transitoria y muy concreta, pues el propio precepto señala que esta previsión se acuerda «con carácter excepcional». En este sentido, solamente se asimila a una contingencia profesional la enfermedad padecida al contraer el coronavirus, en tanto en cuanto dicha pandemia siga presente en nuestro país.

En segundo lugar, es una medida que afecta a nuestro sistema público de Seguridad Social. Dentro del mismo debemos incluir tanto el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) como los distintos regímenes especiales. Por esta razón, no resulta aplicable a todos aquellos colectivos que tengan concertadas sus contingencias con alguna mutualidad o con cualquier otro sistema de previsión de naturaleza privada. A título de ejemplo, no resulta de aplicación para aquellos abogados que tengan cubiertas sus contingencias con la mutualidad general de la abogacía.

Dos días después de la aprobación del [Real Decreto-Ley 6/2020](#), el Gobierno dictó 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. A través de este último texto se optó por

ampliar esta protección dispensada por la Seguridad Social en relación con las bajas médicas para todo aquel personal encuadrado en los regímenes especiales de los funcionarios públicos (*vid. art. 11 RDL 7/2020*). Se trata de una copia literal del [artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020](#), por lo que su única virtualidad práctica es una traslación de dicha protección en favor de los funcionarios.

En tercer lugar, el precepto que nos ocupa lleva a cabo una ficción legal consistente en una asimilación al régimen jurídico propio de una contingencia profesional de una situación que, en la práctica, no suele serlo. En teoría, solamente lo sería aquella enfermedad por coronavirus contraída en tiempo y lugar de trabajo o como consecuencia directa del mismo. Por este motivo, de forma más que excepcional, el Gobierno ha superado esta noción, entre otras cosas, para mejorar la cobertura dispensada a las personas contagiadas por el virus, tal y como señalaré más adelante. Pero, junto con ello, se evita cualquier esfuerzo tendente a probar si la enfermedad ha sido o no originada a causa de la prestación laboral, es decir, como consecuencia del trabajo. En este sentido, todas aquellas situaciones de aislamiento y contagio por coronavirus serán consideraras, *ex lege*, como un accidente de trabajo.

En cuarto lugar, dicha situación no se reconoce únicamente a los supuestos en los que se dé positivo en la enfermedad, sino también a todos los periodos de aislamiento y mientras se realicen las pruebas pertinentes para detectar un eventual positivo.

La asimilación a una contingencia profesional significa que la persona que esté de baja por IT ocasionada por el coronavirus cobrará el 75 % de su base reguladora desde el siguiente día a dicha situación y, además, se hará cargo de la misma la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y no así las empresas. Seguramente, se pretende descargar con ello a unas empresas que van a sufrir el impacto de la crisis sanitaria viéndose obligadas muchas de ellas a reducir su actividad o, directamente, a cerrar durante un tiempo.

Algunos textos consultados, de los múltiples que se están publicando a lo largo de la crisis, han sostenido que este porcentaje no podrá verse incrementado por las eventuales mejoras dispuestas por el convenio colectivo de aplicación. Basan su argumentación en que el [artículo 5 del real decreto-ley](#) dispone, textualmente, que dicha asimilación lo será «*exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social*». Por lo tanto, esa mejora solamente podría operar cuando la enfermedad haya sido contraída en el lugar de trabajo, pero no así cuando su asimilación a la contingencia profesional venga de la mano de lo previsto en el [Real Decreto-Ley 6/2020](#). En mi opinión, la frase resaltada en cursiva significa que la ficción legal solamente opera para nuestro sistema público de Seguridad Social, dejando fuera de la misma otro tipo de mutualidades de naturaleza privada. En definitiva, entiendo que este porcentaje del 75 % sí que podría ampliarse en el caso de que el convenio colectivo de aplicación reconozca una mejora voluntaria para los casos en los que se contraiga una enfermedad profesional. Así las

cosas, en estos supuestos considero que la empresa deberá completar la cuantía de la prestación en virtud de dicha mejora voluntaria, alcanzando el trabajador, en el mejor de los casos, un porcentaje del 100 % sobre su base reguladora.

Para poder acceder a dicha prestación solamente es necesario acreditar estar dado de alta en algún régimen de la Seguridad Social. Por el contrario, no hace falta evidenciar ningún periodo de carencia específico, es decir, tener cotizado un determinado lapso de tiempo. El [artículo 172 b\) de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) prevé que, en caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización. En este sentido, la prestación llegará a todas las personas sometidas a aislamiento por padecer síntomas o que hubieran sido infectadas por el coronavirus, con independencia de lo que hayan cotizado previamente.

Por lo que se refiere a la duración de esta prestación excepcional, la misma vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta. Por lo tanto, es un parte médico el que expedirá baja y su correspondiente alta, y estos documentos son los que marcarán la duración de la IT.

Una instrucción aclaratoria dictada por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones al día siguiente de la adopción del [Real Decreto-Ley 6/2020](#) ha considerado que «serán los médicos de los SPS los que emitan los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por coronavirus». Por ello, la citada instrucción señala que, «en ningún caso, estos partes de baja/alta podrán ser emitidos por los facultativos de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), del Instituto Social de la Marina o de las empresas colaboradoras». En mi opinión, esta instrucción no puede alterar nuestro sistema de fuentes y, concretamente, las previsiones contenidas en la LGSS relativas a las competencias de las MCSS. También se priva a los médicos de las clínicas privadas a la hora de expedir los partes de baja. Así, por ejemplo, a la luz de esta instrucción, parece previsible que, si un trabajador por cuenta propia obtiene una baja por coronavirus expedida por el médico de su MCSS, la misma no tendrá validez a los efectos de recibir una prestación del 75 % de la base reguladora desde el día siguiente a la misma. No en vano, cuando la baja haya sido dictada por los médicos de los servicios públicos de salud, la MCSS sí que quedará obligada al abono de la prestación, como si de una enfermedad profesional se tratara.

De hecho, la baja se va a tramitar, formalmente, como si fuera una enfermedad común, puesto que esa es la casilla que deberá marcar el médico del servicio público de salud. Por otra parte, la emisión del primer parte de confirmación no excederá en más de 7 días naturales a la fecha de baja inicial.

El [Real Decreto-Ley 6/2020](#) no prevé efectos retroactivos sobre el [artículo 5](#). Por este motivo, en principio, cabe entender que solamente afectará a las bajas que se produzcan desde su entrada en vigor, es decir, con fecha de 12 de marzo de 2020.

Ahora bien, con un escaso rigor técnico en lo que a materia de fuentes del derecho se refiere, la DGOSS ha señalado en su [Criterio 4/2020](#) que, pese a que el [Real Decreto-Ley 6/2020](#) no disponga nada al respecto en lo que se refiere a [su artículo 5](#):

[...] debe especificarse que para aquellos periodos de aislamiento o contagio que se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo se producirá de forma retroactiva a la fecha en la que se haya acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio.

De esta manera, el criterio *–contra legem–* que va a ser aplicado por parte de la entidad gestora es que la prestación económica por IT que se hubiera causado con anterioridad al [Real Decreto-Ley 6/2020](#) deberá considerarse como situación asimilada a accidente de trabajo.

El indicado [Criterio 4/2020](#), dictado por parte de la DGOSS también ha expresado que la asimilación llevada a cabo por el [artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020](#) no se hace extensible a la prestación de asistencia sanitaria. Por lo tanto, la misma derivará de contingencia común, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos del [artículo 156 de la LGSS](#), en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

En último término, me gustaría hacer alguna breve referencia a la calificación que merecen otra serie de contingencias relacionadas con el coronavirus, como es el caso de una eventual pensión de viudedad. En este sentido, entiendo que el fallecimiento del causante dará lugar, en su caso, a una pensión de viudedad con base en una enfermedad común y no profesional. Esa es la lectura que entiendo que cabe realizar del [artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020](#), que simplemente asimila la infección por coronavirus a los efectos de la prestación económica de IT y que, por ende, no lo extiende a otros supuestos. En este sentido, para que el fallecimiento de una persona por coronavirus pueda derivar en una pensión de viudedad originada por una contingencia profesional será necesario probar que la enfermedad ha sido contraída en el trabajo (o como consecuencia del mismo).

En el mismo sentido, tampoco tendrá la consideración, *ex lege*, de contingencia profesional a los efectos de un eventual recargo de prestaciones o para declarar la responsabilidad civil por parte del empresario por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Esto se debe a que la asimilación que efectúa el [Real Decreto-Ley 6/2020](#) únicamente lo es para la prestación económica: en esencia, para que los trabajadores afectados puedan cobrar una prestación mayor, seguramente, para no gravar a las empresas. Por esta razón, para que se derive la responsabilidad empresarial se tendrá que demostrar que el contagio se ha producido a causa de la actividad laboral y, precisamente, por culpa del empresario, manifestada por no aplicar las medidas de prevención de riesgos laborales pertinentes.

2. Ampliación de las bonificaciones a la Seguridad Social por mantener en nómina a trabajadores con contrato fijo discontinuo

El [Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo](#) –antes citado–, ha previsto otra medida de impulso al mantenimiento del empleo de los trabajadores fijos discontinuos en periodos temporales de afectación del COVID-19. Tal y como se expresa en la exposición de motivos del [Real Decreto-Ley 7/2020](#), uno de los principales sectores económicos afectados por la crisis sanitaria del coronavirus está siendo el sector turístico (que constituye uno de los sectores clave de nuestro país, pues representa el 12,3 % del PIB). Esta situación viene ocasionada, claramente, por las restricciones a la libre circulación de personas que se están adoptando, por la menor demanda de servicios turísticos fruto de la incertidumbre y la precaución de los consumidores y usuarios.

El [artículo 13 del Real Decreto-Ley 7/2020](#) se titula «Medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística». Básicamente, del señalado precepto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Las bonificaciones previstas en el mismo se aplican a todas aquellas empresas encuadradas en los sectores de turismo (incluidos los comercios y la hostelería siempre que estén vinculados con dicho sector).
- Se excluyen de dicho precepto las empresas de turismo pertenecientes al sector público (por tanto, las bonificaciones solamente alcanzan al sector privado).
- Dichas empresas deben generar actividad productiva en los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2020. Así, a título de ejemplo, una empresa que abra exclusivamente en los meses de verano, pongamos por caso, julio, agosto y septiembre, no se beneficiará de las bonificaciones. Parece, asimismo, que deben tener actividad en todos y cada uno de los meses citados, por lo que si cerraran en uno de ellos entiendo que no obtendrán la bonificación sobre los contratos de trabajo.
- Las empresas deben mantener la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo durante dichos meses, es decir, de febrero a junio.
- La bonificación prevista durante dichos meses será del 50 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta: desempleo, Fogasa y formación profesional de dichos trabajadores. Se excluyen, por ende, las contingencias profesionales.
- Se prevé, expresamente, el carácter retroactivo de la bonificación a las cuotas de la Seguridad Social, pudiendo aminorarse desde el pasado 1 de enero del año 2020.

- Se excluye de dicha bonificación a las empresas situadas en las islas Baleares y Canarias durante los meses de febrero y marzo de 2020. La razón de ello estriba en que las citadas comunidades autónomas ya tenían prevista para esos mismos meses esta bonificación (*vid.* art. 2 RDL [12/2019, de 11 de octubre](#), por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook). En este sentido, las empresas dedicadas al sector del turismo que mantuvieran durante los meses de octubre y diciembre de 2019 y febrero y marzo de 2020 a trabajadores con contratos fijos discontinuos se podían beneficiar de la bonificación anteriormente apuntada (*vid.* art. 9 RDL [8/2019, de 8 de marzo](#), de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo).

Por lo tanto, lo que hace el [Real Decreto-Ley 7/2020](#) sobre la reciente crisis del coronavirus es, básicamente, lo siguiente:

- Por un lado, ampliar una bonificación que solamente era aplicable a las islas Baleares y Canarias a todo el territorio nacional.
- Ampliar los meses con bonificación hasta junio, incluyendo periodos en los que normalmente hay una mayor actividad, tales como Semana Santa y el inicio de la temporada de verano, razonado por la crisis que se presume que originará la pandemia.
- El objetivo perseguido consiste, probablemente, en incentivar mediante bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social la prolongación de los contratos laborales de trabajadores fijos discontinuos en los sectores de turismo, contribuyendo así al mantenimiento del empleo de dicho colectivo durante los meses de menor actividad, en este caso concreto, por las medidas de contención para evitar la propagación del coronavirus.

3. La prestación extraordinaria por cese de actividad de los trabajadores autónomos: más dudas que certezas

El [Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se ha dictado, principalmente, entre otros motivos, para establecer una serie de medidas de índole laboral que se venían reclamando con urgencia.

La propia exposición de motivos reconoce expresamente que esta crisis sanitaria se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando con ello a la actividad productiva y, de esta manera, al bienestar de los ciudadanos.

Así, de un lado, estamos viendo una caída en la demanda y en la cadena de suministros, especialmente del sector turístico (pero no solo).

El cierre de colegios, establecimientos abiertos al público y, en general, de cualquier acto público o actividad que concentre a un elevado número de personas conlleva la necesidad inaplazable de adoptar medidas para mitigar los efectos derivados de esta situación excepcional.

El objetivo final de estas medidas debe ser, por ende, que, una vez que se reduzca la curva ascendente de personas infectadas por el coronavirus, la actividad económica se pueda retomar con la mayor normalidad posible, sin que nuestro tejido productivo se vea completamente devastado.

En materia de Seguridad Social, una de las medidas acordadas por el Real Decreto-Ley 8/2020 es una prestación por cese de actividad «especial», *sui generis* y de carácter autónomo. En primer lugar, cabe destacar que el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), a los efectos de la prestación regulada en el mismo, contempla dos circunstancias absolutamente nuevas –y excepcionales– en las que a los trabajadores autónomos se los va a considerar en «situación legal de cese de actividad»:

- En primer lugar, podrán acceder a la prestación, todos aquellos autónomos que se hayan visto obligados a cerrar su negocio conforme a lo dispuesto en el [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declaró el estado de alarma. Se está refiriendo el precepto a todas aquellas actividades incardinadas en el anexo del reglamento del Gobierno que declaró el estado de alarma. Por lo tanto, cualquier persona que se haya visto obligada a cerrar como consecuencia de lo establecido en el señalado real decreto podrá solicitar la prestación por el cese de su actividad si, además, reúne los requisitos que posteriormente pasará a analizar.
- En segundo lugar, también se entenderá que están en «situación legal de cese de actividad» aquellos autónomos cuya facturación del mes anterior al que solicita la prestación se haya reducido en un 75 % en relación con el promedio del semestre anterior. Así, cabe poner de manifiesto que se trata de una reducción de facturación notablemente elevada que, por lo demás, obliga a conjugar dos parámetros de medición distintos. De este modo, de un lado, hay que observar la facturación del mes inmediatamente anterior a la solicitud. Notoriamente, muy pocas empresas –por no decir ninguna– alcanzarán estas cifras si solicitan la prestación en el mes de marzo. Aunque, en mi opinión, ni siquiera se podrá solicitar en marzo, toda vez que el *dies a quo* cabe establecerlo el día 14 de marzo de 2020, fecha en la que se dictó el decreto de estado de alarma y en la que se instauró esta prestación «especial» y de carácter autónomo. En este sentido, considero que, como pronto, por esta segunda vía será a partir del 14 de abril de 2020 cuando se pueda solicitar (es en esta fecha cuando se puede observar el mes inmediatamente anterior). No cabe perder de vista que se trata de una prestación exclusiva para paliar los efectos económicos producidos por la crisis del coronavirus. El segundo de los elementos a considerar es la facturación media alcanzada a lo largo de los 6 meses anteriores a la solicitud.

Varias son las consecuencias adicionales que entiendo que cabe poner de manifiesto sobre esta nueva regulación de la «situación legal de cese de actividad» ordenada por el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#):

- El artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020 contempla una primera «situación legal de cese de actividad» inmediata y automática. Es inmediata porque se puede solicitar desde los inicios mismos de la declaración del estado de alarma. En este sentido, desde el 18 de marzo de 2020, los afectados por el decreto del estado de alarma van a poder solicitar la prestación (cuyos efectos pueden retrotraerse al lunes 16 de marzo). Es automática porque bastará con acreditar estar dentro del elenco de actividades que se ordena paralizar y que aparecen recogidas en el anexo del señalado [Real Decreto 463/2020](#).
- El artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020 contempla una segunda «situación legal de cese de actividad» diferida y documentada. Es diferida porque está pensada para situaciones en las que la crisis del coronavirus dure más de lo estimado por parte de las autoridades sanitarias. En este sentido, imaginemos que la situación excepcional de confinamiento se prolongara más de lo esperado. Así, por ejemplo, en el mes de mayo será más que probable que muchos autónomos puedan presentar facturaciones durante el mes de abril que lleguen a cumplir con el porcentaje exigido por el artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020. Es documentada en el sentido de que no basta con acudir al [Real Decreto 463/2020](#), sino que, necesariamente, el autónomo va a tener que presentar una serie de documentos que acrediten que durante el mes anterior a la solicitud su facturación es significativamente muy inferior al promedio de los últimos 6 meses. Por lo tanto, el autónomo deberá presentar una serie de documentos que acrediten que cumple con lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020. De acuerdo con lo determinado por el [Criterio 5/2020](#) emitido por parte de la DGOSS, dicha documentación se realizará mediante la aportación «de la información contable que lo justifique». En este sentido, puede hacerse a través de la copia del libro de registro de las facturas emitidas y recibidas; del libro diario de ingresos y gastos; del libro de ventas; o del libro de compras y gastos. En aquellas empresas que no tengan obligación de llevar una contabilidad, la acreditación de este hecho podrá llevarse a cabo por «cualquier medio de prueba admitido en derecho», es decir, cualquier documento fehaciente que acredite un descenso de la facturación del 75 %. Junto con la entrega de la documentación justificativa, el solicitante tendrá que firmar una «declaración jurada» diciendo que se cumple con los requisitos que causan derecho a la prestación.

Otra cuestión aclarada por el [Criterio 5/2020 de la DGOSS](#) es que, cuando el autónomo no lleve de alta los 6 meses anteriores al cierre, dicha valoración se llevará a cabo de acuerdo con el periodo de actividad, es decir, aunque lleve menos tiempo. Esta previsión guarda relación con lo que se verá más adelante, pues el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) no establece un periodo de carencia para

poder acceder a la prestación. Por este motivo, si no es necesario acreditar que se tienen cotizados 12 meses continuados con anterioridad al hecho causante y, por ello, se permite que puedan acceder a la misma otros supuestos en los que el autónomo lleva menos tiempo en la actividad, razonablemente, la valoración de estos 6 meses anteriores en relación con el descenso de facturación puede obedecer, en su caso, a un periodo menor.

- En último lugar, me gustaría destacar que lo que hace el [Real Decreto-Ley 8/2020](#) es establecer dos «situaciones legales de cese de actividad», *ex novo*, para la situación excepcional de la crisis del COVID-19. Por este motivo, entiendo que siguen estando vigentes los [artículos 327 y siguientes de la LGSS](#). En consecuencia, cualquier trabajador por cuenta propia puede acceder a la prestación «genérica» si cumple con lo establecido en la legislación de Seguridad Social, puesto que no se ha dejado sin efecto ni alterado su contenido. Para todos estos supuestos, el régimen jurídico aplicable será el previsto en la legislación general de Seguridad Social y no así por las medidas excepcionales previstas en el [Real Decreto-Ley 8/2020](#).

Otra cuestión que merece la pena destacar es la relativa al carácter temporal de estas dos nuevas causas que habilitan para solicitar la prestación por cese de actividad. En este sentido, el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) establece un lapso temporal para la vigencia de estas nuevas causas excepcionales:

- Así, de un lado, el *dies a quo* lo constituye la entrada en vigor del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#). Por lo tanto, desde ese momento ya se pueden retrotraer los efectos económicos de la prestación.
- De otro lado, el *dies ad quem* es, en principio, cierto, aunque puede ampliarse en tanto dure la excepcionalidad de la situación vivida en España. En este sentido, en principio, la posibilidad de solicitar la prestación por cese de actividad con base en estas nuevas causas durará 1 mes desde la entrada en vigor del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), es decir, hasta el 14 de abril de 2020. En el supuesto de que el estado de alarma se prolongase durante más de 1 mes, la solicitud de la prestación con base en estas nuevas causas concluirá el último día del mes en el que se declare la finalización del estado de alarma. Así, por ejemplo, si esto sucede el 10 de abril, se podrá solicitar la prestación con base en estas nuevas causas hasta el día 30 de abril.

Tal y como he esbozado con anterioridad, el autónomo debe reunir una serie de requisitos adicionales para poder lucrar la prestación:

- Debe estar afiliado y en alta en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) o, en caso de los trabajadores del mar, en el régimen especial de los trabajadores del mar (RETM). El requisito de alta en el sistema especial

de Seguridad Social es inexcusable e insubsanable. El autónomo deberá estarlo a fecha de 14 de marzo de 2020. Se pretende evitar con ello las eventuales altas tardías con el único propósito de acceder a la prestación.

- Tal y como he explicado antes, cuando la causa no sea la del cierre fulminante ordenado por el decreto que declaró el estado de alarma, el trabajador por cuenta propia deberá presentar los documentos y acreditar que cumple con el porcentaje de caída en la facturación previsto en el [artículo 17.1 del Real Decreto-Ley 8/2020](#).
- Siguiendo con el criterio general previsto en el [artículo 330 de la LGSS](#), no basta con estar de alta en el RETA o el RETM, sino que, junto con ello, es necesario estar al corriente en el pago de las cuotas, es decir, de las cotizaciones. Cuando el autónomo presente un descubierto en el momento de solicitar la prestación, es decir, cuando deba alguna cuota a la Seguridad Social, la entidad gestora activará el mecanismo de invitación al pago, disponiendo el solicitante de 30 días para abonar su deuda. En el supuesto de que se ponga al día en el pago de las cotizaciones en el señalado plazo, la prestación producirá plenos efectos, es decir, que el autónomo podrá obtener su percibo. Visto desde esta perspectiva, nada nuevo aporta el [artículo 17.1 c\) del Real Decreto-Ley 8/2020](#) en este punto, puesto que consiste en una copia literal de lo previsto en el [artículo 330.1 e\) de la LGSS](#). Por lo tanto, es necesario estar al día en el pago de las cotizaciones, pudiendo articularse una invitación para abonar todos los importes debidos sin que ello implique una pérdida de la prestación.
- Existe, no en vano, un requisito establecido en el [artículo 330.1 b\) de la LGSS](#) que sí que se ha eliminado con carácter excepcional en el [artículo 17.2 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) y que considero que tiene una repercusión muy importante. El [artículo 330.1 b\) de la LGSS](#) establece un requisito consistente en evidenciar un necesario periodo de carencia. Concretamente, y direccionando al [artículo 338 de la LGSS](#), el autónomo debe tener cotizados, al menos, 12 meses continuados inmediatamente anteriores al hecho causante. Si solamente pudiera evidenciar ese periodo, le corresponderán 4 meses de prestación. No en vano, la particularidad de esta previsión reside en que si no presenta cotizaciones durante ese periodo no tendrá ni siquiera derecho a la prestación. Así, por ejemplo, si un autónomo cierra a los 6 meses de iniciar la actividad, no tendrá derecho a recibir la prestación por cese de actividad. Además, durante los primeros años de andadura de la prestación, el periodo de carencia ni siquiera era posible que se sujetara al mecanismo de «invitación al pago», extremo que hoy en día sí que es posible.

Ahora bien, en la prestación «excepcional» prevista en el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) no será necesario acreditar un periodo de carencia. En consecuencia, aunque no se hayan podido demostrar 12 meses continuados de cotización anteriores al cierre, la prestación se podrá disfrutar. Sin embargo, en

estos casos, la cuantía económica no se calculará de acuerdo con la base reguladora del autónomo, sino que se hará con el 70 % de la base mínima de cotización establecida para el RETA o el RETM. De este modo, en el caso concreto del RETA, con carácter general (fuera, por tanto, de otros supuestos especiales), al autónomo le corresponderán 661,08 euros (es decir, el 70 % de la base mínima «genérica», que es de 944,4 euros).

Para los supuestos en los que sí que se tenga cubierto el periodo de carencia, la cuantía económica se calculará de acuerdo con lo establecido por el [artículo 339 de la LGSS](#), es decir, que al beneficiario le corresponderá el 70 % de su base reguladora. Esta base reguladora será el promedio de las bases por las que se ha cotizado durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad (coincidente, por ende, con el periodo de carencia).

La duración de la prestación también tiene un componente excepcional, dado que, en principio, solamente se va a conceder por el plazo de 1 mes. En el caso de que el estado de alarma dure más tiempo, la prestación se alargará hasta el último día del mes en el que finalice esta situación. Se aparta de la tabla prevista en el [artículo 338 de la LGSS](#) que no entra en juego en la dinámica del [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#). La razón de ello estriba en que, si con carácter general el cierre de un negocio puede ser definitivo, por presentar los autónomos problemas estructurales, en este caso se prevé que la situación será coyuntural en tanto en cuanto dure un estado de alarma que se presume perecedero. En este sentido, la prestación pretende cubrir a los autónomos que se han visto obligados a cerrar como consecuencia de la crisis del coronavirus, pudiendo obtener una renta de sustitución durante este periodo y con la previsión de que, con posterioridad, se pueda retomar la actividad con relativa normalidad. Por este motivo, en principio, la duración de la prestación es simplemente de 1 mes (ampliable en función de la situación de crisis sanitaria padecida).

Junto con ello, también es importante destacar, en contra de lo establecido con carácter general en el [artículo 338.4 de la LGSS](#), que la cotización correspondiente a este periodo (que deberá efectuar la entidad gestora) «no reducirá los periodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro». Se trata de una salvaguarda de «contador a cero», siendo la prevista en el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) una prestación excepcional y autónoma, separada, por tanto, en algunos puntos, de la prestación regulada en la legislación general de Seguridad Social. De suerte que, ante eventuales situaciones legales de cese de actividad producidas en un futuro, el percibo de la ocasionada con fundamento en el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) no podrá perjudicarlas, ni siquiera reduciendo la duración de las mismas. Además, tal y como indica el [Criterio 5/2020 de la DGOSS](#), el periodo de percepción de esta prestación «excepcional» se entenderá como cotizado a los efectos de computarse en la duración de un eventual reconocimiento posterior.

Por lo que se refiere a la obligación de darse de baja en la actividad y, con ello, de la TGSS, el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) no prevé nada al respecto. Ante las dudas que suscita una eventual aplicación supletoria de la LGSS, todo apunta a que cabe apreciar una interpretación específica, separada por tanto de los supuestos genéricos. En este sentido, entiendo que no es necesario que el autónomo curse la baja en el sistema, siendo, por tanto, una opción voluntaria que las MCSS no van a valorar (así lo considera, igualmente, el [Criterio 5/2020 DGOSS](#)). Esta opción tiene su explicación en el carácter esencialmente corto de la prestación (en principio, de 1 mes) y la situación coyuntural de la que deriva, con la finalidad de evitar trámites adicionales a los autónomos, consistentes en darse de baja y de alta en un corto espacio de tiempo.

Respecto a las personas que pueden acceder a la prestación, nada parece descartar que puedan hacerlo los autónomos que tengan trabajadores a su cargo, con independencia de que hayan realizado un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) o no, así como los «autónomos societarios», cuando reúnan los requisitos establecidos en el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#). Habrá que estar, por tanto, a las personas previstas en el [artículo 350 de la LGSS](#), es decir, los sujetos obligados a cotizar en el RETA. Respecto de la necesidad de llevar a cabo un ERTE cuando el autónomo tenga trabajadores a cargo, el [Criterio 5/2020 de la DGOSS](#) ha opinado que no hace falta finalizar con el mismo para solicitar la prestación. Basta a estos efectos, simplemente, con adjuntar copia del inicio de las actuaciones dirigidas para su tramitación. De este modo, el autónomo no pierde un valioso tiempo consistente en tener que esperar a la finalización del ERTE. No resuelve el citado [Criterio 5/2020](#) qué es lo que pasaría si el ERTE, finalmente, no sale adelante. En este caso, en mi opinión, dado que no ha existido fuerza mayor para llevar a cabo el ERTE y, por ende, la empresa no debe cerrar por este motivo, tampoco se causará el derecho a recibir la prestación, por lo que, en caso de haberse reconocido por parte de la MCSS, cabrá otro pronunciamiento que declare que no se tiene derecho a la misma. En cualquier caso, esta cuestión no está clara (ni en el [RDL 8/2020](#) ni en el [Criterio 5/2020](#)), por lo que habrá que ver cuál es la evolución sobre este tema.

De forma incomprensible, vistas las mejoras introducidas en los párrafos anteriores, el [apartado 4 del artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) establece con rotundidad que la del cese de actividad prevista en este precepto es «incompatible con cualquier otra prestación del sistema de Seguridad Social». Evidentemente, por su naturaleza, es incompatible con la actividad profesional y con cualquier otra prestación que lo sea con la misma. El [artículo 342 de la LGSS](#) sí que permite la compatibilidad de la prestación por cese de actividad con cualquier otra que también lo sea con el trabajo que se venía desarrollando con anterioridad. En este sentido, por ejemplo, estoy pensando en un trabajador autónomo que está percibiendo una pensión de viudedad. De acuerdo con lo dispuesto por el [artículo 342 de la LGSS](#), la pensión de viudedad es compatible con la prestación genérica por cese de actividad. Cabe ahora plantearse si una persona que percibe la pensión de viudedad y ha visto como su negocio ha cerrado por mor del [Real Decreto 463/2020](#) puede acceder o no a la prestación por cese de actividad. En mi opinión, la rotundidad de

la dicción legal no ofrece lugar a dudas. De tal forma que, siendo una normativa excepcional y limitada en el tiempo, parece que su tenor literal debe primar sobre lo establecido con carácter general en la LGSS. El objetivo perseguido es que los autónomos que se vean obligados a cerrar no se queden sin renta alguna (entiendo por parte del sistema nacional de Seguridad Social, pues la prestación por cese de actividad perfectamente es compatible con otra serie de ingresos que el autónomo pueda tener de forma privada, por ejemplo, las relativas al ahorro).

Mayor complejidad suscita la compatibilidad de la prestación en los casos en los que el autónomo está de baja por maternidad/paternidad o por IT. El [artículo 343 de la LGSS](#) establece una serie de presupuestos para la compatibilidad de la prestación por cese de actividad con las señaladas contingencias. Cabe poner de manifiesto, eso sí, que dicha previsión parte de la base de que la duración mínima de la prestación por cese de actividad es de 4 meses y la máxima de 24 meses. Durante ese periodo pueden ocasionarse, perfectamente, enfermedades, accidentes o situaciones de baja por maternidad/paternidad. Si tenemos en cuenta que la prestación anunciada en el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) tiene una duración inicial de 1 mes, parece que lo que se pretende es que durante ese plazo el trabajador autónomo no quede desprotegido, es decir, carente de rentas relativas a la actividad económica paralizada. Por esta razón, por ejemplo, si una trabajadora por cuenta propia estuviera de baja por maternidad, tendría su situación cubierta por una prestación económica que se integra con el 100 % de su base reguladora. Por lo tanto, una vez acabada la misma, entiendo que no podrá solicitar la prestación por cese de actividad regulada en el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), aunque el [artículo 343.2 de la LGSS](#) sí que se lo permita. Lo mismo cabe predicar en los casos en los que durante la prestación por cese de actividad el beneficiario sufre esta misma contingencia, o bien causara baja por IT. El carácter limitado de la prestación del [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), la rotundidad de su apartado 4 y el carácter excepcional de la misma así lo parecen aconsejar, por más que dicha medida pueda resultar, a mi modo de ver, criticable.

En último término, para ir finalizando con el comentario sobre este precepto, simplemente me gustaría señalar que para los socios trabajadores de cooperativas también les serán de aplicación estas mismas previsiones, con los requisitos anteriormente analizados.

Junto con ello, hay que indicar que la entidad gestora de la prestación seguirá siendo, en todo caso, la MCSS con la que el autónomo tuviera cubierta esta contingencia, que, recordemos, desde el 1 de enero de 2019 es de carácter obligatorio (*vid.* [RDL 28/2018, de 28 de diciembre](#)). Será la MCSS la que deberá de resolver si concede o no la prestación y la que se encargará de su pago. Frente a la decisión denegatoria de la MCSS, ante el silencio que guarda el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), entiendo que cabrá plantear reclamación previa en los términos previstos en el [artículo 350 de la LGSS](#). Por descontado, durante el percibo de la prestación, el autónomo no viene obligado a cotizar, pues esto lo hará la MCSS (tal y como también reconoce el [Criterio 5/2020 DGOSS](#)).

4. Medidas extraordinarias de cotización en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19

El [artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) contempla un régimen de exoneración de la obligación de cotizar en los casos en los que se hayan producido suspensiones o reducciones de jornada de los contratos de trabajo por causa de fuerza mayor. El [artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) es el que regula la causa de fuerza mayor y el procedimiento específico para esta situación de crisis ocasionada por el COVID-19.

El [artículo 273.2 de la LGSS](#) indica que, en los casos en los que la prestación por desempleo obedezca a la reducción de jornada o suspensión de los contratos, la entidad gestora se ocupa de cotizar la aportación del trabajador, incumbiendo a la empresa la obligación de ingresar su parte (cuota empresarial). Por lo tanto, el régimen general prevé que la empresa debe seguir cotizando en los casos en los que los contratos estén suspendidos o la jornada reducida. Esto es, justamente, lo que se exonera en virtud del [artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), donde cabe tener en cuenta las siguientes singularidades:

- La exoneración alcanza, exclusivamente, a los ERTE o reducciones de jornada por fuerza mayor. En este sentido, en los casos en los que las suspensiones lo sean por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (con ciertas especialidades previstas en el [art. 23 RDL 8/2020](#)), no cabrá una exoneración sobre la obligación de cotizar.
- La exoneración se prolongará en tanto en cuanto dure la suspensión de los contratos de trabajo o la reducción de jornada por fuerza mayor, previamente confirmada por la autoridad laboral. Por lo tanto, la exoneración del deber de cotizar tendrá la misma duración que la suspensión de contratos o la reducción de jornada.
- No en vano, la exoneración tiene distinta intensidad en función del número de trabajadores de los que disponga la empresa. La fecha en la que el [Real Decreto-Ley 8/2020](#) establece que cabe observar el número de plantilla existente en la empresa es el 29 de febrero de 2020. En mi opinión, debería haberse previsto el volumen de plantilla existente en el momento de la declaración del estado de alarma, puesto que así se dispone para otras tantas previsiones. Pues, en realidad, hasta que se decretó dicha situación excepcional, la mayoría de empresas funcionaban con una relativa normalidad y no pienso que en este punto puedan actuar de una forma estratégica y en fraude de ley atemperando su plantilla con vistas a lo que se avecinaba. En cualquier caso, en función del volumen de trabajadores de la empresa, la exoneración será la siguiente:
 - Para las empresas que a 29 de febrero de 2020 tengan menos de 50 trabajadores (es decir, hasta 49), la exoneración de la obligación de cotizar será del 100 %.

- Para las empresas que a 29 de febrero de 2020 tengan 50 trabajadores o más, la exoneración alcanzará al 75 %. Desde el punto de vista contrario, las empresas con 50 trabajadores o más tendrán que cotizar el 25 % de la cuantía por cada trabajador con contrato suspendido o su jornada reducida por causa de fuerza mayor.
- Todo el periodo en que dure la suspensión del contrato o la reducción de jornada será considerado, para el trabajador, como cotizado. No en vano, para las empresas, dicho periodo exento de cotización no computará para otra serie de efectos previstos en el [artículo 20 de la LGSS](#), por ejemplo, bonificaciones, reducciones o cualquier otro beneficio en las bases, tipos y cuotas de la Seguridad Social.
- La exoneración no se aplica de oficio, es decir, solamente cabe adquirirse a instancia de parte. A tales efectos, deberá ser el empresario quien se dirija a la TGSS para solicitar –más bien comunicar– dicha exoneración. El empresario debe comunicar los contratos suspendidos o con jornada reducida, señalando su duración e identificando con claridad a los trabajadores afectados. La TGSS simplemente deberá corroborar que los trabajadores indicados tienen reconocida la prestación por desempleo. Así las cosas, la Seguridad Social cotizará la parte correspondiente al trabajador, quedando la empresa, según lo especificado en este punto, exonerada de ingresar su parte (cuota empresarial y recaudación conjunta).
- Con efectos puramente administrativos, el último apartado del [artículo 24 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) señala que la TGSS establecerá los sistemas de comunicación necesarios con el Servicio Público de Empleo Estatal para controlar la exoneración del deber de cotizar mientras los trabajadores están percibiendo la prestación por desempleo.
- Por último, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la [disposición adicional sexta](#) y en la [disposición transitoria primera](#):
 - Según la [disposición adicional sexta](#), debemos entender que para que la exoneración de la obligación de cotizar se conserve la empresa debe mantener el empleo durante el plazo de 6 meses a la fecha de la reanudación de la actividad. En caso contrario, entiendo que deberá ingresar la correspondiente cuantía.
 - La [disposición transitoria primera](#) establece que los procedimientos previstos en los artículos 22 y 23 serán de aplicación con la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 8/2020](#), es decir, el miércoles 18 de marzo (y no así con anterioridad). Ahora bien, la exoneración del deber de cotizar previsto en el artículo 24 se puede aplicar con efectos retroactivos, siempre y cuando la causa de suspensión o reducción de jornada sea consecuencia de fuerza mayor motivada por el COVID-19.

5. Medidas extraordinarias adoptadas en materia de protección por desempleo

5.1. El reconocimiento de la prestación por desempleo con ciertas garantías excepcionales

El [artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) contempla ciertas especialidades en lo que se refiere a la prestación contributiva por desempleo, en las que, *grosso modo*, cabe resaltar las siguientes conclusiones:

Las mejoras previstas en el [artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) se aplican tanto a los trabajadores cuyo contrato ha sido suspendido o su jornada reducida con base en el [artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) como por el [artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), es decir, ERTE por fuerza mayor o por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción.

El percibo de la prestación por desempleo en estos supuestos se reconocerá con independencia de que los trabajadores cumplan con el periodo de carencia exigido para las situaciones «normales». En este sentido, de acuerdo con lo establecido por el [artículo 266 b\) de la LGSS](#), en relación con lo dispuesto por el [artículo 269.1 de la LGSS](#), el trabajador debe tener cotizados 360 días en un arco temporal de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo. Este requisito es el que se exonera cuando la suspensión del contrato o la reducción de jornada lo haya sido con motivos del COVID-19. Se trata de una alteración sobre el periodo de carencia y, con ello, sobre el carácter contributivo del sistema. Se asemeja en este punto a una prestación un tanto más asistencial y que viene explicada por una situación de excepción marcada por el estado de alarma. Así, por ejemplo, si un trabajador tuviera, simplemente, 2 meses cotizados en los últimos 6 años, tendrá derecho a la prestación por desempleo mientras dure la suspensión de su contrato o la reducción de su jornada.

De otro lado, otro de los beneficios previstos es que la prestación por desempleo ocasionada por el COVID-19 es plenamente autónoma a la predicada en el régimen general. Por este motivo, el tiempo que dure la prestación no se computará ante una eventual y futura prestación por desempleo. O, dicho en otros términos, una vez extinguida esta prestación prevista por el [artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), si el trabajador causa, de nuevo, otro derecho a prestación por desempleo, su duración se asignará sin tener en cuenta la ocasionada como consecuencia del COVID-19 (es decir, no se acortará ni afectará a su duración máxima).

Junto con las personas beneficiarias de la prestación por desempleo contempladas con carácter general en el [artículo 264 de la LGSS](#), para la específica prestación prevista en el [artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) también tendrán derecho: los socios trabajadores

de sociedades laborales y cooperativas que tengan previsto cotizar por desempleo, siempre y cuando el inicio de la relación haya sido con anterioridad al 18 de marzo de 2020. Se pretende evitar con este plazo que estas personas opten por cotizar en el RGSS en lugar del RETA, cuya prestación por cese de actividad ya hemos visto que presenta mayores problemas interpretativos. Junto con ello, en estos casos, la causa que ha originado la suspensión o reducción de jornada debe estar constatada por la autoridad laboral, de acuerdo con el procedimiento establecido en el [Real Decreto 42/1996, de 19 de enero](#).

Cuando un trabajador tenga suspendida una prestación por desempleo anterior, la misma no se reanuda, sino que se originará una nueva prestación «especial», que es la contemplada por el [artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2020](#).

Por lo que respecta a la duración de la prestación, la misma se entenderá desde el día en el que se adopte la medida en cuestión y hasta que dure la suspensión del contrato o reducción temporal de jornada en la que trae causa.

Por lo que se refiere a la cuantía, del mismo modo que sucede en el [artículo 270 de la LGSS](#) para las situaciones genéricas, la base reguladora se computará con base en el promedio de los 180 días anteriores al hecho causante. No en vano, como para lucrar esta prestación «especial» no hace falta ningún periodo de cotización previo, en estos casos la base reguladora vendrá marcada por el promedio de los días trabajados antes del hecho causante, pudiendo, por ende, ser menos de 180 días.

Para todas aquellas cuestiones de cuantía que no regula el [artículo 25 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) de forma específica, entiendo que cabe acudir al [artículo 270 de la LGSS](#) (por ejemplo, así se hará en relación con la exclusión de horas extraordinarias, para su cómputo en jornadas a tiempo parcial, para aplicar las singularidades de las personas con hijos a cargo, etc.). En este sentido, en principio, con base en dicha remisión, la cantidad a percibir por el trabajador con contrato suspendido será del 70 % de la base reguladora. Entiendo que habrá que aplicar los límites y circunstancias especiales que también se regulan en el [artículo 270 de la LGSS](#).

Respecto de la instrucción del procedimiento, el [artículo 25.4 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) remite a la normativa genérica, sin establecer ninguna condición especial (salvo en lo que inmediatamente se verá). En este sentido, en principio, le corresponderá al propio trabajador afectado solicitar la prestación por desempleo durante los 15 días siguientes a la suspensión o reducción de jornada (aunque desde el ministerio se está barajando la opción de evitar este trámite a las personas trabajadoras). En un primer momento, el [artículo 26 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) dejó en suspenso la aplicación de los artículos [268.2](#) y [276.1](#) de la LGSS. De este modo, hasta la aprobación del [Real Decreto-Ley 9/2020](#), todo apuntaba a que el trabajador tenía 15 días para solicitar la prestación. Ahora bien, si lo hiciera con posterioridad, el nacimiento de la misma lo será desde el primer día, es decir, desde el hecho causante (por lo tanto, sin pérdida de días).

Sobre esta cuestión se han ido realizando correcciones. Así, en este sentido, el [Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo](#), entre otras medidas, ha concretado el procedimiento sobre el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo para todas las personas afectadas por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada basados en las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. En concreto, es el [artículo 3 del citado Real Decreto-Ley 9/2020](#) el que intenta agilizar el trámite a la hora de acceder a la prestación por desempleo. El objetivo propuesto por esta norma es descargar a los trabajadores afectados por un ERTE del trámite consistente en solicitar por ellos mismos la prestación. A tales efectos, según dispone el citado precepto, este trámite «se iniciará mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora». En consecuencia, el sujeto obligado al impulso del procedimiento pasa a ser la propia empresa que ha realizado un ERTE. Esta solicitud será colectiva, es decir, que no se tendrá que efectuar para cada uno de los trabajadores afectados, sino que la documentación remitida a la entidad gestora contendrá todos los datos referidos a la totalidad de las personas incluidas en el ERTE. Será la entidad gestora la que facilitará un modelo para que los empresarios puedan llevar a cabo este trámite. Junto a ello, el empresario tendrá que facilitar, por cada centro de trabajo afectado, información relativa a la identificación de la empresa, de los trabajadores afectados, número de expediente asignado por la autoridad laboral, especificación de las medidas y fechas (así como otra serie de documentación que se pueda solicitar). Cualquier variación producida en relación con estos datos deberá ser, asimismo, comunicada a la entidad gestora, especialmente, cuando el ERTE se decida acortar o alargar más de la cuenta.

Las empresas disponen de un plazo de 5 días para remitir todos estos datos a la entidad gestora, variando su *dies a quo* en función de si el ERTE adoptado lo ha sido por fuerza mayor o por «causas empresariales»: en el primer supuesto, el plazo empezará desde la solicitud presentada ante la autoridad laboral; en el segundo caso, el plazo comenzará el día en el que la empresa notifique a la autoridad laboral su decisión, comunicación de obligado cumplimiento una vez finalizado el periodo de consultas (*vid.* [art. 23 RDL 8/2020](#), en relación con el [art. 47 Estatuto de los Trabajadores](#)).

En aras de evitar desplazamientos innecesarios, de otra parte vedados por la limitación a la movilidad ordenada por el estado de alarma, y toda vez que las oficinas permanecen cerradas, toda la tramitación se efectuará a través de los medios telemáticos, siendo el SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal) el que habilitará un procedimiento específico que considero que deberá ser ágil y comprensible para los ciudadanos, facilitándoles al máximo este trámite.

Se prevé, asimismo, una ampliación –transitoria– del régimen de infracciones y sanciones dentro del orden social. En este sentido, el [artículo 22.13 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) tipifica como infracción grave «el incumplimiento de la obligación de comunicar a la entidad gestora de la prestación por desempleo, con carácter previo a su efectividad, las medidas de despido colectivo o de suspensión o reducción de

jornada». Esta comunicación es general, cuya implicación no es tan relevante como la prevista en el [artículo 3 del Real Decreto-Ley 9/2020](#). Lo que hace el Gobierno en este punto es trasladar esta misma consideración de infracción grave a las obligaciones del [artículo 3 del Real Decreto-Ley 9/2020](#) en relación con la comunicación de los ERTE en el plazo previsto (5 días) junto con toda la documentación pertinente. En resumidas cuentas, una empresa que ha llevado a cabo un ERTE está obligada a tramitar la prestación por desempleo a cuenta de sus empleados, siendo sancionada en caso contrario.

En último término, como medida adicional encaminada a la triangulación de la información, se dispone que la autoridad laboral también comunicará a la entidad gestora las comunicaciones finales de los expedientes tramitados. En este sentido, la información facilitada por las empresas a sendas Administraciones públicas debe ser coincidente en lo que se refiere a los plazos previstos, número de trabajadores afectados y datos personales de los mismos.

Para los trabajadores fijos discontinuos o fijos periódicos también se establecen especialidades en los supuestos en los que hubieran tenido que prestar servicios, pero no lo estén llevando a cabo como consecuencia del COVID-19. Para ello, habrá que fijarse en la temporada realizada el año pasado, en aras de comprobar si durante este periodo se encontraban prestando servicios o si, por el contrario, estaban desempleados. Para el trabajador que sea el primer año que presta servicios para la empresa habrá que observar el comportamiento estacional de otros trabajadores con una situación comparable. En este sentido, si el trabajador debiera estar prestando servicios, pero no lo hace como consecuencia del COVID-19, percibirá la prestación por desempleo «especial» y, posteriormente, cuando vuelva a encontrarse en situación legal de desempleo podrá volver a percibir la prestación con un límite máximo de 90 días.

La [disposición transitoria primera](#) establece que los procedimientos previstos en los artículos 22 y 23 serán de aplicación con la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 8/2020](#), es decir, el miércoles 18 de marzo (y no así con anterioridad). Ahora bien, para lo dispuesto por el artículo 25, es decir, para el caso de la prestación por desempleo, la misma se puede aplicar con efectos retroactivos, siempre y cuando la causa de suspensión o reducción de jornada haya sido como consecuencia directa del COVID-19.

El tema de la fecha de efectos de la prestación ha sido corregida y completada 10 días más tarde, por mor de la [disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 9/2020](#). La citada disposición establece dos fechas distintas en función de si la medida se ha llevado a cabo por la vía del [artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) o por el [artículo 23](#) de esa misma norma:

En el primer caso, es decir, en los ERTE por fuerza mayor, la situación legal de desempleo coincidirá con la del «hecho causante». Cabe entender por «hecho causante» el cierre efectivo de la empresa y la consecuente paralización de la actividad económica. Esto

se puede producir desde el domingo 15 de marzo, es decir, como consecuencia directa del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#) (no cabe perder de vista que dicho reglamento se elaboró durante la tarde del sábado 14 y se publicó por la noche), o bien, unos días más tarde.

En el segundo caso, es decir, en los ERTE por «causas empresariales», la situación legal de desempleo coincidirá con la comunicación de la empresa entregada a la autoridad laboral una vez que haya concluido el periodo de consultas.

Tal y como se concluye en la [disposición adicional tercera, in fine](#), «la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberán figurar, en todo caso, en el certificado de empresa, que se considerará documento válido para su acreditación». Por lo tanto, el certificado de empresa tendrá presunción de certeza sobre la fecha del hecho causante de la situación legal de desempleo.

Para finalizar, la [disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 9/2020](#) intenta salvaguardar a los trabajadores en caso de que el reconocimiento de las prestaciones por desempleo sea indebido por causas imputables a la empresa (solicitudes de ERTE que contengan falsedades, con incorrecciones o que no resulten necesarias o no tengan conexión suficiente con el COVID-19). En estos supuestos, como consecuencia de la revisión de oficio llevada a cabo sobre el reconocimiento de las prestaciones, se sanciona a la empresa con la obligación adicional consistente en ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios. En consecuencia, los trabajadores no tendrán que devolver la prestación recibida de forma indebida, sino que este reintegro incumbirá a las empresas que hubieran incurrido en alguno de los incumplimientos anteriormente mencionados.

Por su parte, la [disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 9/2020](#) encomienda a la Inspección de Trabajo la investigación del fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo ocasionadas por los ERTE. A tales efectos, la entidad gestora pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo aquellos casos en los que aprecie la existencia de indicios de fraude. Por su parte, la Inspección de Trabajo incluirá esta cuestión entre sus planes de actuación, que podrá llevar a cabo conjuntamente con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

5.2. Medidas extraordinarias relativas al nivel asistencial (subsidio por desempleo)

El [artículo 27 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) contiene una serie de medidas extraordinarias en relación con el subsidio por desempleo y que acto seguido procedo a comentar:

El periodo de vigencia de las dos medidas especiales que contiene el [artículo 27](#) lo será mientras dure el confinamiento domiciliario y las limitaciones sobre la movilidad y libre circulación de los ciudadanos o que atañan a los servicios públicos que gestionan la prestación por desempleo.

Debemos partir de la base de la existencia previa de un subsidio de desempleo. En este sentido, el [artículo 276.2 de la LGSS](#) señala que, cada 6 meses de devengo del subsidio, sus beneficiarios deberán presentar una solicitud de prórroga (hasta su duración máxima). Para ello, deberán acompañar junto con la solicitud toda aquella documentación que acredite el mantenimiento de los requisitos para seguir percibiendo la misma. Para llevar a cabo este cometido disponen de un plazo que comenzará a contar desde el día siguiente en el que concluye el semestre y los 15 días siguientes a la fecha del vencimiento del periodo de pago de la última mensualidad devengada. De esta suerte que, si la prórroga se produce en tiempo y forma, los siguientes 6 meses de prestación comenzarán al día siguiente de la finalización del anterior semestre. En caso contrario, se producirá un descuento de días, iniciándose a partir de la solicitud extemporánea.

En este orden cosas, lo que ha hecho el [artículo 27 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) es suspender esta mecánica. Dicho en otros términos, no se le obliga al beneficiario a tener que solicitar la citada prórroga. Por ello, esta prórroga se realizará de oficio por parte de la entidad gestora. De este modo, el beneficiario no sufrirá los perjuicios relativos a la interrupción del subsidio ni a su correspondiente pérdida de días.

De igual modo, se suspende lo previsto por el [artículo 276.3 de la LGSS](#) respecto del subsidio de los mayores de 52 años. Para mantener este subsidio, las personas beneficiarias deberán presentar una declaración de sus rentas (con la documentación pertinente). Transcurridos 12 meses desde el nacimiento del derecho o desde la última renovación, los beneficiarios disponen de 15 días para presentar dicha documentación. Una vez superado dicho plazo, el subsidio se interrumpe y comenzará de nuevo desde la citada declaración de rentas cuando haya sido presentada de forma extemporánea.

El [artículo 27 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) suspende la aplicación del [artículo 276.3 de la LGSS](#), por lo que no existirá ninguna interrupción en el pago del subsidio ni de la consecuente cotización. En este sentido, los efectos negativos producidos por la presentación extemporánea de los documentos requeridos no se producirán mientras perdure el estado de alarma.

En último término, en mi opinión, de lo que se trata es de favorecer a los desempleados que reúnen los requisitos para que se lleve a cabo la prórroga del subsidio. De tal forma que la entidad gestora la realizará de oficio con la finalidad de evitar eventuales interrupciones o descuentos en el devengo del subsidio. Ahora bien, a mi modo de ver, con posterioridad, cuando se supere esta pandemia, la entidad gestora podrá reclamar la documentación pertinente y obrar en consecuencia en caso de que, una vez examinada la misma, no proceda acordar la prórroga.



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

Miradas judiciales a la actualidad de la Seguridad Social: «derecho humano» y necesaria, pero «acosada», «función de Estado»

Cristóbal Molina Navarrete

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

Desde tiempos remotos, en que surgieron las comunidades organizadas, el ser humano ha necesitado protección contra las contingencias de la vida. El desarrollo de sistemas formales de seguridad social para prestar asistencia médica y garantía de ingresos representó uno de los pasos más importantes y exitosos en la evolución de las sociedades humanas. El primer país en implantarla, a través de la técnica de los seguros sociales, fue Alemania, en 1880.

OIT. (2011). Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa

1. Los sistemas avanzados de Seguridad Social, necesaria –y exitosa– función de Estado y un derecho humano. Quizá por influjo de ese tópico literario que llaman «justicia poética», en que «lo virtuoso» resulta especialmente reconocido, e incluso premiado, precisamente cuando mayor presión y crítica estaba recibiendo, sin que una cosa traiga causa lógica de la otra, la devastadora crisis del nuevo coronavirus (SARS-CoV-2, que provoca la enfermedad COVID-19) ha servido para realzar lo imprescindible de un sistema avanzado, perfeccionado, de Seguridad Social ex [artículo 41 de la Constitución española](#) –CE– (y ex arts. 11-14 [Carta Social Europea](#) [CSE] –originaria y revisada–). Es bien conocido que, hasta la llegada de esta plaga –no muy disímil a las que narran los textos bíblicos–, las instituciones de la gobernanza económica mundial, lo que llaman «mercados» y las entidades financieras, habían venido manteniendo un duro sitio contra el «excesivo» gasto social que representa, sobre todo, la rama de pensiones públicas, hasta considerarlo ya insostenible y urgido de nuevos recortes. El atroz y estructural desequilibrio financiero que vendría padeciendo (casi 20.000 millones de euros actualmente; tras la salida del crac del coronavirus, serán muchísimos más) avalaría tal presión. Ahora, sin embargo, desbordados y desesperados por una crisis tan inesperada como mal gestionada (el [art. 55.1 CE](#) solo limita la libertad de crítica para los estados de excepción, solo declarado de forma encubierta, no formalmente, pues nos mantenemos en «estado de alarma» reforzada, de momento), el reclamo al sistema de Seguridad Social aparece como una determinante –no la única– «tabla de salvamento» –junto a la rama de asistencia sanitaria; sobre todo, la rama de protección por desempleo (y cese de actividad), pero también la condonación de cuotas–.

Nada hay que reprochar a esta opción en sí misma; al contrario, no se trata sino de hacer valer la principal función del sistema de Seguridad Social en época de crisis: jamás nunca se inventó una técnica de amortiguación social de la crisis económica más exitosa. Por lo tanto, además de la rama de pensiones públicas, como garantía de rentas suficientes para quienes ya alcancen la edad jubilar o para quienes queden en incapacidad para trabajar, otro amplísimo catálogo de contingencias, riesgos sociales o «situaciones de necesidad» (personal, humana, pero también social y económica) quedaban bajo su cobertura, mediar crisis o no. Donde reside el gran problema es en las décadas que llevamos, en todo el mundo, cuestionando estas utilidades y devaluando esta imprescindible «función de Estado», preconizando, en cambio, su reducción y desplazamiento por técnicas de protección –previsión social– privadas, sea en las formas estrictamente individuales, sea en las colectivas –sistemas de pensiones de empleo–. Un craso error del que ahora más de una institución parece arrepentirse (al menos, en el fragor de la durísima batalla contra el virus; veremos lo que dura «en el día después» del viaje a este infierno) y del que ya venía advirtiendo la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Pero no solo la OIT ha evidenciado, evaluado y constatado lo formidable que es, como función de Estado, no solo como derecho humano, la protección de una Seguridad Social madura y suficiente, también el propio Tribunal Constitucional (TC) español reconoce, desde sus mismos orígenes posconstitucionales, esa dimensión necesaria. Inequívoca es la [Sentencia del Tribunal Constitucional \(STC\) 133/2019, de 13 de noviembre](#), que, si bien relativa a una cuestión de distribución competencial (ya hemos evidenciado su actualidad en la realidad española más acuciante políticamente, tanto en esa rama como en la de pensiones públicas) en relación con la protección por desempleo, tan crucial hoy (se ha evidenciado en la [actualidad](#) que incorpora este número, a cargo del profesor Eduardo E. Taléns), ofrece otros varios aspectos de interés. Recuerda la dimensión evolutiva del sistema de Seguridad Social y su capacidad para avanzar allí donde la sociedad, y su Estado, lo consideren más oportuno para atender de forma eficaz las múltiples y crecientes, también costosas, pero muy rentables socioeconómicamente cuando se protegen de forma eficaz, contingencias –comunes y profesionales–. Por eso, se hace acreedora de un [diálogo](#) específico, realizado, desde la vertiente de la protección por desempleo y su evolución –que tan relevante está siendo en la lucha contra este cruel virus–, a cargo de la profesora, especialista en la materia, Susana de la Casa.

Cierto, la CE, a diferencia de las normas internacionales de las que bebe y le sirven de referencia interpretativa, no reconoce la protección de seguridad social como lo que hoy es realmente, un derecho humano fundamental. En cambio, sí se reconoce como derecho subjetivo en el desarrollo legislativo ([art. 1 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)), si bien, concretado para las personas españolas (habla todavía de «españoles») y en el marco de lo que en cada momento decida esa legislación (la seguridad social como derecho de configuración legal). Ahora bien, no menos cierto es que el sistema normativo es, como el sistema de ramas de protección, más complejo, y otro amplio cuerpo legislativo, tanto nacional (por ejemplo, legislación de extranjería) como internacional, también en el plano co-

munitario (sistema de reconocimiento y garantía de la libertad de circulación de personas; también, a través de los sistemas de coordinación de los diversos derechos de seguridad social de los Estados miembros, etc.), amplía la protección. Si bien no por ello se convierte en «universal» (subjettiva –campo de personas beneficiarias– y objetivamente –acción protectora–), sí camina hacia ella.

2. La protección multinivel del derecho humano fundamental a la seguridad social no quiere permanecer ajena al progreso del sistema; tampoco, a su racionalidad económica. Al respecto, es oportuno recordar la constante evolución protectora del sistema en virtud del activismo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pese a sus limitadas competencias legislativas en la materia, al ser un campo que todavía se mantiene abonado a la pulsión soberanista nacional –esa que tanto daño está haciendo al futuro del proyecto europeo, incapaz de reaccionar ante una crisis tan formidable y amenazante como la del nuevo coronavirus–. Piénsese, por ejemplo, en el constante goteo de sentencias del TJUE (STJUE) en este ámbito, reclamadas por los tribunales de ámbito nacional, que promueve, luego, decenas de decisiones judiciales disruptivas respecto del pasado, desautorizando jurisprudencias consolidadas y reclamando reformas en el plano legal. Por solo limitarnos a ejemplos muy recientes, de enorme interés es la [STJUE de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18](#), que tendrá como efecto facilitar el acceso a la jubilación anticipada de los emigrantes retornados (un magnífico análisis en este monográfico a cargo del profesor Juan Antonio Maldonado).

Por supuesto, el TJUE, que hace de «héroe» y «villano», da unas de cal y otras de arena, tampoco es insensible a los impulsos de renacionalización y a las inquietudes de reserva soberana (causa de la salida del Reino Unido) que constantemente expresan los Estados (por ejemplo, la [STJUE de 12 de marzo de 2020, asunto C-769/18](#), cuida de no extremar el principio de equivalencia entre prestaciones de diferentes sistemas nacionales; en el caso, entre la prestación por crianza de un hijo con discapacidad, en Francia, y la ayuda a la integración de niños y adolescentes con discapacidad mental en Alemania). Y la materia de protección social es uno de los campos donde se juega con mayor frecuencia e intensidad ese conflicto entre el poder comunitario (más integración, más solidaridad europea) y el poder soberano, que se resiste, encontrando más de un espacio de comprensión por el TJUE. Pese a ser derecho fundamental y presupuesto inexorable para el mercado interior, la libre circulación de personas sigue encontrando más de un límite para que no devenga una «carga financiera añadida» para los sistemas de Seguridad Social, inquietos por su equilibrio (por ejemplo, [STJUE, Sala Tercera, de 18 de diciembre de 2019, asunto C-447/18](#): las prestaciones complementarias de Seguridad Social se reservan a los nacionales de un Estado). Una línea más garantista del proteccionismo nacional que hallamos en otras sentencias y respecto de otros Estados (por ejemplo, [STJUE de 5 de marzo de 2020, asunto C-135/19](#): el [Reglamento \(CE\) 883/2004](#), modificado por el [Reglamento \(UE\) 465/2012](#), no se opone a que se deniegue a una persona, que ha dejado de estar afiliada a la Seguridad Social de su Estado de origen tras cesar en su actividad y trasladarse a otro Estado miembro,

en el que ha cotizado mayoritariamente cierto subsidio de rehabilitación previsto en aquel sistema de origen y no en el de acogida).

Sea como fuere, en un sentido de política jurídica u otro, lo cierto es que esa pugna abre una creciente conflictividad. Así lo evidencia, para determinar las rentas computables, integrando también las derivadas de pensiones causadas fuera del Estado español, a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 728/2019, de 23 de octubre, que, revisando su doctrina previa, trata de ofrecer un equilibrio entre las razones en conflicto, las razones de integración y las razones de equilibrio financiero (un comentario muy sugerente en este monográfico por la profesora Isabel M.^a Villar). Las decisiones que se afanan en equilibrar la protección derivada de la libre circulación y equilibrio financiero nacional no faltan (por ejemplo, STJUE de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18, clarifica el concepto de pensión a percibir como requisito de acceso a la jubilación anticipada voluntaria).

La respuesta garantista del TJUE (sobre la base del art. 48 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el citado Reglamento (CE) 883/2004), que vuelve a evidenciar el protagonismo de los derechos fundamentales a la hora de promover una evolución y mejora de los sistemas de Seguridad Social nacionales, aunque de ello se deriven costes adicionales –siempre que no sean excesivos, irrazonables–, exigirá volver más adelante, aun sucintamente, sobre esta modalidad de jubilación, que se revela cada vez más conflictiva; también, en el ámbito nacional (más allá, claro, de la respuesta al asunto, tras la sentencia comunitaria, de la sala de suplicación social gallega). Y ello porque refleja una posición no siempre inequívoca en torno a otra cuestión de fondo que hoy atraviesa todos los sistemas nacionales de Seguridad Social, también el español, cual es la necesidad de una honda revisión o reforma de los mismos desde una perspectiva de género. Si en materia de pensión de jubilación anticipada el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, no evidenció sensibilidad alguna hacia el juzgar el sistema de pensiones con perspectiva de género, como le reprochó un fundado voto particular de la misma, la STS 115/2020, de 6 de febrero, sí lo ha hecho.

Esta mediática sentencia ha reconocido –otra paradoja de «justicia poética»– el servicio social de la mujer de época franquista como tiempo asimilado a la cotización. De este modo, se equipara al servicio militar masculino (art. 208.1 b) LGSS). El principio de igualdad de trato por razón de sexo resucita puntualmente normas de otro tiempo (Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937, regulador del «servicio social de la mujer»), de otro mundo (autoritario y sexista, paternalista). Decimos que refleja otra «paradoja de justicia poética» porque la STS 79/2020, de 29 de enero, se hizo célebre por corregir el sexismo ínsito en ciertas normas todavía vigentes de esa misma época. Esta sentencia reconoce que las beneficiarias de pensiones del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) pueden causar prestaciones en favor de familiares, pese al silencio legislativo en esta materia, obediente a los estereotipos sexistas de su tiempo de promulgación. El SOVI refleja mejor que ningún libro de historia, ni ningún documental, la «política de confinamiento masivo» decretado au-

toritariamente a las mujeres respecto de la fábrica por el célebre Fuero del Trabajo de 1938 (derogado formalmente por la CE; la realidad fue otra cosa, si bien las manifestaciones del 8M –hoy tan en el ojo del huracán– evidencian que el tiempo de un cambio profundo está llegando). Precisamente, el servicio social de la mujer pretendía dar una «utilidad social» al trabajo de jóvenes y solteras sin poner en discusión su confinamiento en «sus labores» del hogar –cuando se casaran, claro–.

Por cierto, la [Orden ministerial de 13 de febrero de 1967](#) sigue hablando en estos términos (su tradicionalismo se refleja en diversas sentencias –[STS de 29 de enero de 2014, rec. 1122/2013](#); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de [Cataluña 4450/2019, de 27 de septiembre](#)–, aunque no se ponga en cuestión su vigencia). Parece claro que, como ha exigido el defensor del Pueblo, estas sentencias tienen un sentido mayor que el caso resuelto (la cuantía es tan escasa que no desequilibrará finanzas algunas) y se debe promover una reforma legislativa mucho más profunda a la vista de la jurisprudencia y de la interpretación con perspectiva de género del sistema. Crítica, asimismo, las resistencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a estas relecturas en clave de género. Pero, evidenciando una vez más la ambivalencia que suele caracterizar los pronunciamientos del TJUE, este imperativo jurídico y social de reforma del sistema de Seguridad Social para corregir la profunda brecha de género, sobre todo en pensiones públicas contributivas, parecería hoy chocar con las resistencias del *praetor imperator* a una igualdad efectiva entre mujeres y hombres para reivindicar la figura del «varón (viudo o no) discriminado». Así parecería desprenderse de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#).

Esta sentencia declara discriminatorio por razón de sexo el complemento del [artículo 60 de la LGSS](#). Dada su trascendencia, amerita un [análisis](#) específico, que se incluye en este monográfico de doctrina jurisprudencial en materia de Seguridad Social, al que remito, como a los demás.

El profundo dinamismo que introduce esta relectura del sistema de Seguridad Social a la luz de los derechos fundamentales, siendo ella misma expresión de un derecho humano, se refleja igualmente en el ámbito jurisdiccional dominado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De este modo, de nuevo paradójicamente, un entorno de derechos civiles y económicos, no sociales (escenario propio de ese otrora considerado «hermano pobre»: el Comité Europeo de Derechos Sociales [CEDS], garante de la CSE, originaria y revisada, «Constitución social» de Europa), abre nuevas expectativas de protección. Y, para cierta perplejidad jurídica, lo hace sobre el impacto de dos derechos inespecíficos: de un lado, el ya comentado derecho a la no discriminación y, de otro, más llamativo, desde el derecho a la propiedad ex [Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos \(CEDH\)](#). La seguridad social aparece, de este modo, en el marco del derecho europeo como un derecho humano por su inclusión dentro del derecho económico de la propiedad. Inequívocas al respecto son, entre algunas recientes, las SSTEDH de [26 de abril de 2018 \(caso Čakarević vs. Croacia\)](#) y de [5 de marzo de 2020 \(caso Grobelny c. Polonia\)](#).

Quizá pueda pensarse que este tipo de decisiones no dejan de ser residuales para una visión más global de la configuración jurisprudencial de los sistemas de Seguridad Social, hasta el punto de que suelen afectar a países que, aun europeos, consideramos más alejados de las pautas jurídico-culturales e institucionales, también de protección social, españolas. No creo que sea así. Pese a las evidentes limitaciones competenciales por razón de la materia, sin duda a diferencia de lo que sucederá una vez que se ratifique, como prometido, la [CSE revisada](#) en relación con la doctrina del CEDS, la intervención del TEDH no debe ser desdeñada para la revisión de más de una doctrina jurisprudencial en este ámbito. Un buen ejemplo, aunque al final frustrado, por el momento, es la [STSJ de Cataluña 1877/2019, de 9 de abril](#).

En ella, tras realizarse el debido juicio de convencionalidad (conformidad con la norma internacional; en este caso, el art. 1 [Protocolo núm. 1 CEDH](#) –derecho a la propiedad–, al que llama el [art. 96 de la CE](#) –revitalizado por la [STC 140/2018](#)–), del [artículo 146 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (procedimiento de revocación de los actos administrativos declarativos de derechos; entre otros, organismos administrativos por entidades gestoras de la Seguridad Social), se llegó a la conclusión de que no existe incompatibilidad entre la norma legal nacional y la internacional. Una doctrina que se reiterará en casos posteriores, añadiendo que esa compatibilidad será mayor si se trata de asuntos en los que se carece de elementos fácticos suficientes para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad entre «la injerencia en el derecho de propiedad que supone el reintegro de prestaciones indebidas y la situación de la trabajadora» ([STSJ de Cataluña 5716/2019, de 27 de noviembre](#)). Ahora bien, no debe desdeñarse un doble dato. De un lado, esa doctrina no se ha fijado de forma unánime, sino que cuenta con un nutridísimo voto particular que opina todo lo contrario, que existe disconformidad de la ley nacional con la internacional. De otro, son varias las sentencias de instancia social –cierto, luego revocadas– que sí estimaron, en cambio, este tipo de demandas de beneficiarios de la Seguridad Social obligados al reintegro de prestaciones indebidas por considerar que se violaba su derecho de propiedad, al concurrir ciertas situaciones de necesidad (falta de recursos para garantizar su subsistencia) de aquellos.

Sea como fuere, las cuestiones tratadas en estas decisiones son de gran recurrencia en el sistema de Seguridad Social y en su intensa conflictividad judicial, por lo que es manifiesto que se trata de una senda jurídica por explorar en la práctica forense nacional. Si las sentencias referidas de la praxis forense catalana refieren a la gestión eficiente que busca hacer el Servicio de Empleo Público Estatal, reclamando la devolución de prestaciones de desempleo que entiende indebidamente pagadas, al margen de la concreta situación financiera que puede padecer la persona beneficiaria (indebidamente cobradas), en la citada [STEDH de 5 de marzo de 2020](#) se da la razón a un trabajador agrario al que, en cambio, los tribunales nacionales le habían denegado la protección en una situación de incapacidad para el trabajo, en virtud de un error de evaluación de su estado de salud y aptitud para el trabajo. Empeñado en que él ya no estaba apto para trabajar, pese al no menos afán de los servicios de Seguridad Social polaca de que sí lo estaba, se vería obligado a recurrir a diversos órdenes jurisdiccionales nacionales (el social y luego el civil –reclamación civil de

daños-), hasta que finalmente encontró satisfacción, tanto en el ámbito nacional –se le reconoció la pensión de incapacidad permanente (IP) de forma tardía, pero no se le resarcó de lo no cobrado cuando tenía derecho a ello– cuanto en el internacional –el TEDH le reconocerá una indemnización de daños por el periodo en el que, estando incapacitado para trabajar, el sistema público no se lo reconoció–.

No creo que haya que justificar mucho para evidenciar cómo se abre una nueva vía de tratamiento de ámbitos de conflictividad judicial en materia de seguridad social muy al uso en nuestro país, tanto en la rama de protección por desempleo como, mucho más aún, en la rama de protección de la salud frente a la enfermedad (tanto en términos de prestación asistencial de sanidad cuanto en los de prestación económica como garantía de rentas). Sean en relación con la incapacidad temporal (IT), sean respecto de la IP, se dictan miles y miles de sentencias anualmente al respecto, evidenciando un profundo desajuste entre la posición de las entidades gestoras –que tienden a «sospechar» de la existencia de fraude, por lo que se atrincheran en el no reconocimiento– y la doctrina judicial y –más rara vez, por la dificultad que hay de acceder a la casación por unificación de doctrina– jurisprudencial. Esta parece más proclive a una mirada más benévola y comprensiva de las razones de protección de quienes se hallan –o entienden hallarse– en situaciones de incapacidad para el trabajo.

Es el caso, por ejemplo, de la [STS 132/2020, de 12 de febrero](#), que recurre al «principio de congruencia flexible» en el proceso laboral para garantizar la percepción del complemento por IT cualificada (20 % sobre el 55 % de la base reguladora), no solicitado, pero al que se tiene derecho, casando la contraria doctrina de suplicación que lo denegó. O la [STS 68/2020, de 28 de enero](#), que facilita, casando también la sentencia recurrida que lo rechazó, el acceso a la mejora voluntaria de seguridad social prevista en convenio y respaldada por la correspondiente póliza de seguro privado en una situación de incapacidad permanente total derivada de contingencia profesional. Su interés no está solo en el sentido dado a su decisión, expresando una cierta política de favor protector, aun restringiendo el ámbito de precedentes menos benévolos, sino por la síntesis de doctrina jurisprudencial al respecto que hace, condicionando en gran medida la solución a la concreta regulación convencional en cada caso. Más ambigua se mostrará, para la revisión del grado de IP, la [STS 35/2020, de 16 de enero](#). Su interés ha merecido el [comentario](#) específico de Andrés R. Trillo, letrado jefe del Servicio Jurídico Delegado Central en el INSS, que hace un completo análisis del alcance de la misma y su posición respecto de la doctrina jurisprudencial precedente.

3. La tensión público-privada en la rama de protección temporal frente a la enfermedad en un contexto de colapso del sistema de atención sanitaria y de creciente recurso a la IT. Hecha la selección de sentencias que parecían más reveladoras del panorama de actualidad jurisprudencial en materia de seguridad social en tiempos más recientes, y realizados con la debida antelación los encargos de comentario a la pléyade de especialistas con los que contamos en este número, tal y como se ha intentado de expresar sintéticamente en las páginas que han precedido estas líneas, sufrimos el tsunami sanitario,

económico, social y laboral que ya todas las personas conocen. Como se ha evidenciado, en diferentes secciones de este número, el reclamo a la cobertura de Seguridad Social se ha convertido en determinante de la respuesta, aluvional, caótica, improvisada, para intentar salir con el menor daño posible –dando por hecho que será inmenso– de esta pesadilla. No existiendo, lógicamente, sentencias específicas sobre estos aspectos (sí sobre otros, también con lectura de Seguridad Social, como son las medidas cautelares judicialmente decretadas para garantizar que los profesionales que combaten contra el virus tengan las debidas protecciones, evitando que la falta de medios preventivos se convierta en bajas laborales por contingencia profesional, donde las contradicciones entre los niveles y órdenes judiciales están a la orden del día), me ha parecido de interés dar cuenta, siquiera muy brevemente, de algunas sentencias que nos permiten ver qué mirada tienen hoy los tribunales en torno a algunas de las cuestiones más relevantes que se están planteando, no ya coyuntural, sino estructuralmente, también, «para el día después de la pesadilla».

Uno de ellos, auténticamente sistémico, transversal, implica una fuerte tensión entre los recursos públicos y los recursos privados en el sistema. Si el primero ha evidenciado que es una técnica asentada sobre la idea de universalidad y de solidaridad (art. 2 LGSS), también el segundo ha expresado que responde a una lógica absolutamente opuesta. Ahora bien, sabido es que un sistema de Seguridad Social maduro, perfeccionado, exige una ingente cantidad de recursos económicos, además de personal profesional, bien cualificado y bien pagado –hoy se da la primera condición en España, no la segunda–. Por lo tanto, su racionalización, tanto en la rama de prestación sanitaria –ahora se está pidiendo para el uso de medicamentos en la lucha contra el virus, ante su creciente escasez; también los miedos que genera, por encima de lo que debería ser racional– cuanto económica es una exigencia de interés general.

Desde esta perspectiva, no sorprende que las entidades gestoras busquen de forma denodada allegar recursos, también recordando que existe la figura del tercero obligado al pago cuando una prestación se da con fondos públicos. Sería el caso, por ejemplo, aunque se trate de la Sala Civil, de la [STS, Sala Primera, 45/2020, de 22 de enero](#), que resuelve –en contra del interés de esa racionalización del gasto– un asunto en el que el Servicio Vasco de Salud reclamaba (arts. [103 Ley del contrato de seguro](#) y [83 Ley general de sanidad](#)) de la compañía aseguradora el importe (9.744 €) de la atención hospitalaria prestada en el alumbramiento de una niña, cuya madre decidió hacerlo en una clínica privada al amparo de la consiguiente póliza de seguro. No obstante, sus facultativos –como ahora están haciendo con los pacientes de coronavirus– recomendaron que se trasladara al servicio hospitalario público para tratar la enfermedad que presentaba. Sin embargo, la madre asegurada «olvidó» dar de alta a la menor, dentro del plazo contractual pactado, para que la cobertura adquiriese efectos retroactivos. Dejando de lado las frecuentes disputas, todavía en los diversos órdenes jurisdiccionales, lo relevante aquí es que la Sala Civil, fiel a su tradición jurídica, prima la libertad de opción de la asegurada, doblemente cubierta, aunque la pague la sanidad pública; también, la mayor confianza del facultativo privado en el público. *C'est la vie*.

Paradójicamente –si no contradictoriamente–, la [STS 362/2019, de 13 de mayo](#), negará la asistencia sanitaria pública a un nacional cubano que convivía, reagrupado, con su hijo y con su nuera (española) en España. A juicio de la mayoría de la sala –el fundado voto particular afirma lo contrario, en línea con la doctrina de suplicación que casa la mayoría–, la tarjeta de residencia temporal por reagrupación familiar superior a tres meses no da derecho a la cobertura pública, pues tal situación ya exigía, aplicando la normativa de extranjería, la cobertura por un seguro privado. No podemos detenernos aquí en tan interesantísima doctrina, muy discutible.

Pero sí conviene destacar un aspecto muy relevante que enlaza con muchos temas de nuestra más triste realidad jurídico-social (por ejemplo, hay quien pide retirar la sanidad en este tiempo de caos a los extranjeros). La sala confirma como, pese a lo anunciado a bombo y platillo en el [Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio](#), sobre el acceso universal al sistema nacional de salud (SNS), dictado en los tiempos felices (que luego tuvieron seguimiento con los «viernes sociales»), el retorno a la figura de la «persona asegurada» (el [art. 42.1 a\) LGSS](#) sigue incluyéndola dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, al margen de la cuestión competencial –transferida a las comunidades autónomas–, en claro detrimento de la figura del «titular universal» –LGS–, no ha desaparecido por completo. Si aquel regreso a la técnica del seguro social (avalada por el TC) propiciada por la reforma de 2012 ([RDL 16/2012, de 20 de abril](#), y [RD 1192/2012, de 3 de agosto](#); [art. 3.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), en relación con el [art. 7 RD 240/2007, de 16 de febrero](#)), hija de los «sábados de dolorosa austeridad» –que ahora seguimos pagando con creces al estar infradotados contra el desafío pandémico–, se ha corregido recuperando la figura del «titular del derecho a la protección de la salud» (nuevo literal del [art. 3 Ley 16/2013](#)), el legislador habría mantenido –dice el TS con toda razón– «las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del SNS».

En consecuencia, cuando se alardea hasta el rubor ajeno de la universalidad de nuestro sistema y de su pretendida «robustez» (la que evitaría que fuésemos China o Italia), habría que recordar no solo aquellos negros «episodios nacionales» (valga la referencia como homenaje al gran escritor Pérez Galdós, cuya actualidad no puede ser borrada por las críticas que recibe desde diversos sectores modernos) de «leyes de austeridad suicida», sino también los recientes, de leyes que tampoco corrigieron sus deficiencias. Por eso, la Sala Social –mucho más atenta que la civil, como vemos– recordará que una guía o pauta interpretativa que debería seguirse en la comprensión de estas leyes es la de atender rigurosamente a la existencia de otras fuentes de financiación diferentes a las públicas (tercero obligado) o se constate la existencia de reglas que impidan exportar el derecho de cobertura sanitaria de un país a otro, siempre a fin de «evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria» (FJ 4.º, punto 2, *in fine*). En suma, la jurisprudencia social (en el mismo sentido, [STS 363/2019, de 13 de mayo](#)) recuerda que el acceso universal al SNS sigue siendo tendencia inacabada. La reforma de 2018 sigue primando la evitación de usos indebidos que racionalicen un ingente coste del sistema asistencial.

Cierto, este sistema se autoprotegería rechazando a menudo la cobertura pública de prestaciones que, muy usuales socialmente, resultan costosas para un sistema solidario y de reparto de bienes escasos. Así lo viene a reconocer la [STS 2/2020, de 8 de enero](#). Ahora bien, en ella también se asevera que eso no impide que pague la rama de protección económica por IT cuando tales operaciones implican una IT, siempre que sea el sistema público el que controle las altas y las bajas. Se desautoriza, así, la doctrina de suplicación más racionalizadora.

Por supuesto, tan generosa protección económica cedería si la operación no financiada públicamente, pero incapacitante temporalmente para el trabajo, obedece a decisiones en materia de estética y no a enfermedades en sentido estricto ([STS de 21 de febrero de 2012, rec. 769/2011](#)). En suma, asistimos a una clara confirmación de la línea jurisprudencial que diferencia entre el régimen de prestación asistencial sanitaria y el de prestación económica de Seguridad Social, autonomizando esta de aquella, medie o no una dimensión profesional de la contingencia (se recordará en tal sentido la [STS 705/2019, de 10 de octubre](#), que reconoce el derecho a una prestación ortoprotésica biónica tras el accidente de trabajo en virtud del principio de reparación íntegra de las secuelas, en concordancia con el viejo estándar del [Convenio OIT núm. 17](#), pese a excluirse ya de las previsiones de la LGSS en materia de asistencia sanitaria y de los nuevos convenios de la OIT).

Finalmente, por lo que hace a este seleccionado abanico de miradas judiciales a la más significativa actualidad de la protección por IT en nuestro tiempo, no querría dejar pasar la cita de la interesante [STS 122/2020, de 11 de febrero](#). Dos razones me llevan a destacarla. La primera, que reconoce como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano padecido por una trabajadora a causa de su profesión habitual, que es la de camarera de piso. Para ello, realiza una interpretación flexible, abierta, del actual sistema regulador del listado de enfermedades profesionales ([RD 1299/2006, de 10 de noviembre](#)), de manera que, si bien no figura este oficio o profesión en el listado, este ni es lista cerrada en tal punto ni deja de referir genéricamente a actividades que son propias de tal actividad. La segunda es que, pese a que pudo –y quizá debió– asumir también una perspectiva de juzgar conforme a criterios de género, puesto que se trata de una profesión muy feminizada, no lo hizo y prefirió remitirse a sus precedentes en este sentido flexible, ya en relación con el derogado [Real Decreto 1995/1978 \(STS de 22 de junio de 2006, rec. 882/2005\)](#). Conviene integrar esta perspectiva en el juzgar el desenvolvimiento judicial del sistema jurídico de Seguridad Social, pero no es nada oportuno convertirlo en una cláusula de estilo que termine banalizando.

4. Miradas judiciales recientes a la rama de protección por desempleo más allá de la cuestión competencial y en espera de una reforma estructural –de mejora– profunda.

Más allá de la coyuntura de la crisis del nuevo coronavirus, parece claro que la rama de protección por desempleo es una de las más urgidas de reforma en un sentido de recuperación tanto de su nivel de cobertura como de su intensidad protectora, laceradas durante décadas de recortes, antes incluso de la gran crisis de 2008. La dimensión finalista múltiple

es evidente en la actual coyuntura, donde su papel de amortiguador social de crisis económicas –también sanitarias– resulta manifiesta. Así, por ejemplo, además de cubrir las regulaciones de empleo de las empresas, también está sirviendo para abrirse a la protección de colectivos históricamente excluidos de esta rama, como las personas empleadas domésticas (la gran mayoría, mujeres, pese a que este enfoque de género nunca fue asumido por parte de tribunal alguno). Por eso, no creo que sea puramente coyuntural, como ahora se presenta, el [subsidio extraordinario para las personas empleadas domésticas](#) (por un mes de duración y una cuantía equivalente al 70 % de su base de cotización) recogido en el [Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo](#). Se trata de un colectivo caracterizado («golpeado») por una gran precariedad laboral tanto por lo reducido de sus remuneraciones como por sus condiciones –materiales y contractuales– de trabajo. El augurio de continuidad no es mera apuesta profética, sino que es una exigencia del compromiso, tantas veces anunciado como inobservado, de ratificar el [Convenio número 189 de la OIT](#).

Es verdad, aquí no cabe ninguna función de suplencia legislativa por la jurisdicción, que no le corresponde (como expresara la jurisprudencia en relación con la protección de la rama de prestaciones familiares, consciente de que es obsoleta, por obedecer «a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual», [STS de 30 de abril de 2014, rec. 584/2013](#)), una vez que el TC rechazó la inconstitucionalidad de esta exclusión y no se ha planteado cuestión prejudicial comunitaria al respecto (por discriminación indirecta por razón de sexo). Ahora bien, sí que podemos hallar en fechas relativamente recientes de alguna decisión jurisprudencial que evidencia una cierta política de favor jurisprudencial por la ampliación de la cobertura de desempleo en colectivos que tradicionalmente habían quedado fuera y que, en la más devastadora realidad de los días de la pandemia coronavírica, también emergen a un primer plano. Es el caso de los autónomos y su prole convertida en «asalariados» por decisión familiar (materna o paterna). En este sentido, la [STS 760/2019, de 12 de noviembre](#), se ha puesto de parte de las doctrinas de suplicación que reconocían el derecho, de los hijos de los trabajadores autónomos menores de 30 años y no convivientes familiarmente, a acceder a la protección por desempleo, desautorizando aquellas que, menos benévolas, y más suspicaces, entendían que esa posibilidad era un boquete de fraude social.

Como es sabido, el trabajo entre familiares (recuérdese que las SSTC [79/1991](#) y [2/1992](#) prohibieron excluir del ámbito laboral relaciones jurídicas por el solo hecho de ser parientes sus titulares) podrá calificarse como trabajo por cuenta ajena tanto si media convivencia con el pariente empleador cuanto, si no media, si se prueba la condición de asalariado de la persona que presta los servicios (destruyendo la presunción de no laboralidad ex arts. [1.3 e\) Estatuto de los Trabajadores](#) y [12 LGSS](#)). Sobre estas situaciones, se aplicarán las normas generales reguladoras de la protección por desempleo a fin de fijar el derecho de las personas empleadas por un familiar a las correspondientes prestaciones, incluidas las de desempleo, al término de su relación laboral. En este escenario, ya relativamente pacífico tras la avalancha de conflictos de este tipo tenidos en la década de los años noventa del pasado siglo, terció la [disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio](#), por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo (LETAU).

En el marco de políticas de promoción del trabajo autónomo, y a fin de facilitar el acceso a un trabajo de mercado asalariado de la llamada otrora «ayuda familiar», la citada disposición adicional décima incorporó la posibilidad de suscribir un contrato de trabajo con un hijo menor de 30 años (o mayor, pero con especiales dificultades de inserción), aun existiendo convivencia, de su progenitor-persona trabajadora autónoma. Siguiendo un esquema de voluntariedad anómalo en el ámbito de la Seguridad Social general, pero típico del trabajo autónomo, la disposición adicional décima otorga un derecho de opción a favor del titular del negocio para que pueda elegir si concluir un contrato mercantil con sus hijos, encuadrándolos en el régimen especial de trabajadores autónomos (o, en su caso, en el régimen especial de trabajadores del mar) o, alternativamente, un contrato de trabajo, aunque convivan con él, quedando encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social (o en el régimen especial propio). Recuérdese que, si bien de forma diferente, ambas vías están bonificadas, sea la del contrato indefinido ([disp. adic. séptima Ley 6/2017, de 24 de octubre](#), de reformas urgentes del trabajo autónomo), sea la del contrato autónomo ([art. 35 LETAU](#), añadido por la [Ley 31/2015, de 9 de septiembre](#), de promoción del trabajo autónomo y economía social). En suma, los hijos (prole) del autónomo podían adquirir, pues, la condición de asalariado (una suerte de proletariado familiar) a la libre voluntad del padre. Claro, para prevenir el riesgo de fraude, la norma precisaba que, «en este caso», quedaría excluida la cobertura por desempleo ([art. 266 LGSS](#)).

Como suele ocurrir con las normas que persiguen objetivos contradictorios (se quiere facilitar que la ayuda familiar –trabajo informal– se convierta en trabajo formal, mejorando la recaudación y la protección, pero se cuida de evitar que con ello se fomente el fraude prestacional), su interpretación dio lugar a pronunciamientos opuestos. En unos casos, se optó por favorecer el control preventivo del riesgo de fraude inherente a este tipo de laboralización de la ayuda familiar, por lo que debía descartarse de la protección por desempleo en todos los casos de contratación de padre-trabajador autónomo a hijo-persona asalariada. En cambio, en otros, desde una posición más benévola, pro beneficiario de la protección –que pagan las arcas públicas–, se entendió que únicamente cabe excluir de la acción protectora por desempleo cuando exista convivencia familiar trabajador-empleador, no en otros casos, en línea con una jurisprudencia social precedente benefactora. Por ejemplo, la [STS de 25 noviembre de 1997 \(rec. 771/1997\)](#), reconoció el derecho a la prestación por desempleo a un trabajador, titular del 10 % de acciones de la empresa, siendo su madre titular del 35 % y su padre el administrador de la sociedad, habiendo sido contratado por su madre en dos ocasiones y por su padre en una, conviviendo con sus padres en el mismo domicilio.

Pues bien, el TS ha decidido proseguir con su línea garantista e inclinar la balanza del lado de la posición más benévola y ha reconocido el derecho a la cobertura por desempleo de los hijos de los trabajadores autónomos que prestan servicios para su padre en virtud de un contrato de trabajo, celebrado al amparo de la [LETAU](#). La citada [STS 760/2019, de 12 de noviembre](#), entiende que:

La DA 10.^a [...] se ha limitado a destruir la presunción *iuris tantum* de no laboralidad de la relación existente entre el hijo y el trabajador autónomo que le contrata cuando convive con él, pero en nada ha alterado la situación contemplada en el artículo 1.3 e) del ET respecto a la existencia de relación laboral, tanto en los supuestos de convivencia si se demuestra la condición de asalariado del familiar, como en los supuestos de no convivencia, en los que no existe la presunción de que dicha relación es la de «trabajos familiares».

Por lo tanto, cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena y, en consecuencia, también la prestación típica de desempleo contributivo. En suma, una vez más la decisión laboral marcará la suerte de las relaciones de protección de Seguridad Social, sirviendo esta a aquella en aras de una constante continuidad entre seguridad en el empleo y, cuando aquella se pierde, seguridad económica, de modo que la pérdida de empleo no signifique al mismo tiempo pérdida de renta suficiente. Y ello, con creciente universalidad y solidaridad, de modo que «nadie se quede excluido» (ni por el colectivo al que pertenece ni por el periodo cotizado concretamente). Pues, como la citada [STC 133/2019, de 13 de noviembre](#), recuerda, respecto de la mutación en estructural del otrora temporal subsidio extraordinario por desempleo, la evolución del sistema de Seguridad Social va en la dirección de superar la dimensión contributiva para asumir la dimensión solidaria de una función de Estado de carácter unitario (en su regulación y en su régimen económico ex [art. 149.1.17 CE](#); para el actual debate en torno a su margen de transferencia a las comunidades autónomas, de gran interés el Foro de Debate entre los profesores [Ojeda Avilés](#) y [Rojo Torrecilla](#)). La Seguridad Social, en su dinamismo y capacidad solidaria, sería, así, el instrumento que permitiría a empresas y personas evitar «llorar por la leche (actividad y empleos) derramada (perdidos)». Pero, claro está, al tiempo, es preciso asegurar que aquella cuenta con la financiación suficiente. Pero, esta ya es otra historia, a la que menos están dispuestos a contribuir –tanto en forma de mayor fiscalidad como de cotizaciones sociales–. Veremos qué futuro nos depara.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Miradas judiciales a la actualidad de la Seguridad Social: «derecho humano» y necesaria, pero «acosada», «función de Estado». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 445, 147-159.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea facilita el acceso a la jubilación anticipada de los emigrantes retornados

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18](#)

Juan Antonio Maldonado Molina

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada
Miembro del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia».
Fundación Francisco Largo Caballero*

1. Marco legal aplicado

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la [Sentencia de 5 de diciembre de 2019](#), ha realizado una innovadora interpretación del concepto «pensión a percibir» en orden a superar el importe mínimo que posibilita acceder a la jubilación anticipada. Para ello ha recurrido a un doble argumento: el concepto comunitario de pensión del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#), de modo que hay que entender que será la suma de las pensiones; pero asimismo sustentándose en el hecho de que, a efectos de calcular el importe mínimo (y aplicar el complemento por mínimos), tanto la norma nacional como la comunitaria también suman las pensiones que se pudieran percibir. Al combinar tales instituciones, creemos conveniente tomar como partida el marco legal aplicado, diferenciando dos tipos de regulaciones: la que versa sobre la jubilación anticipada y la que trata los complementos por mínimos; todo ello desde la perspectiva de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social.

Cómo citar: Maldonado Molina, J. A. (2020). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea facilita el acceso a la jubilación anticipada de los emigrantes retornados. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 160-166.

1.1. El requisito de superar un importe mínimo para la jubilación anticipada

El [Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011](#) fue el que por vez primera vinculó la posibilidad de jubilarse anticipadamente con el cobro de complementos por mínimos. La lógica era que quien decidía de manera voluntaria jubilarse anticipadamente lo debía hacer con todas las consecuencias: asumiendo el importe que le correspondía, sin recurrir *a posteriori* a la mejora de su pensión vía complementos por mínimos, ya que eso significaría una carga para el sistema provocada por el asegurado, que burlaría las consecuencias de su decisión. Además entroncaba con la finalidad de desincentivar las jubilaciones anticipadas. Este acuerdo no propuso condicionar el poder jubilarse anticipadamente a que no procedieran los complementos, sino que directamente los excluía en tales casos. Literalmente, señalaba que «el acceso anticipado a la jubilación mediante este mecanismo no podrá generar complemento por mínimos en la pensión obtenida».

Así planteado, ya en su momento alertamos de que era una medida excesiva, dado que la figura de los topes mínimos tiene un carácter puramente asistencial, condicionándose anualmente a no superar unas rentas del sujeto y de la unidad familiar. Por ello, «condenar» a que con carácter definitivo este tipo de trabajadores quedasen desamparados de la red de seguridad de los mínimos era desproporcionado, porque la situación económica del que se jubila anticipadamente de modo voluntario puede variar en el futuro por circunstancias familiares imprevisibles en ese momento, dejándolo en una situación de desigualdad respecto del resto de los pensionistas ([Maldonado, 2011, p. 115](#)).

Por ello, celebramos que en el Anteproyecto de Ley de 3 de febrero de 2011 se invirtieran los términos, indicando que, si el importe de la pensión solicitada fuese inferior al 125 % de la pensión mínima, no se permitiría el acceso a la jubilación. Finalmente, la [Ley 27/2011](#) lo dejó condicionado a que «el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad». El [artículo 208.1 c\) de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\) de 2015](#) recoge en términos similares lo establecido por la [Ley 27/2011](#), con un matiz, y es que precisa que la pensión cuyo importe debe ser superior al mínimo es la pensión «a percibir». En todo caso, el texto emplea el número singular: pensión, no pensiones.

1.2. Complemento por mínimos en caso de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales

Además de los complementos por mínimos «nacionales», el [Reglamento \(CE\) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril](#), sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, contempla una modalidad específica de complemento para los casos en que la suma de las prestaciones obtenidas en varios Estados resulte inferior a la cuan-

tía de la prestación mínima. Es el llamado «complemento comunitario» (Carrascosa, 2014) o «complemento por residencia» (dado que desde sus orígenes se circunscribía al tiempo durante el cual se residiera en el territorio del Estado que lo prevé). Así, y bajo la rúbrica de «Asignación de un complemento», el artículo 58 del [Reglamento 883/2004](#) señala que, en caso de pensiones prorrateadas, el beneficiario:

[...] no podrá percibir, en el Estado miembro de residencia y con arreglo a cuya legislación se le adeude una prestación, en concepto de prestaciones, una cuantía inferior a la de la prestación mínima fijada por dicha legislación para un periodo de seguro o de residencia igual al total de los periodos computados para la liquidación según el presente capítulo [...] [añadiendo en su número 2 que] la institución competente de dicho Estado miembro le abonará, durante todo el periodo de residencia en su territorio, un complemento igual a la diferencia entre la suma de las prestaciones debidas en virtud del presente capítulo y la cuantía de la prestación mínima.

A esta regla se remite el real decreto de revalorización de pensiones anual en el precepto dedicado a la revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales. Así, el artículo 14.3 del [Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre](#), señala que, para las pensiones reconocidas al amparo de los reglamentos comunitarios de Seguridad Social, será de aplicación lo previsto en el artículo 58 del [Reglamento 883/2004](#).

2. Supuesto de hecho

En la Sentencia del TJUE ([STJUE de 5 de diciembre de 2019](#)) se resuelven dos asuntos acumulados (C-398/18 y C-428/18), que tienen por objeto sendas cuestiones prejudiciales, planteadas por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, mediante Autos de 25 de mayo y 13 de junio de 2018. En los dos casos nos encontramos con emigrantes retornados que prestaron sus servicios en Alemania, habiéndoseles reconocido una pensión en dicho país, y solicitando en España una pensión de jubilación anticipada de forma voluntaria. En la STJUE se detallan los datos de los dos asuntos: el señor Bocero Torrico, nacido el 15 de diciembre de 1953, presentó al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) una solicitud de pensión de jubilación anticipada el 16 de diciembre de 2016, fecha en la que acreditaba cotizados 9.947 días en España y 6.690 días en Alemania. La pensión de jubilación a la que tiene derecho en Alemania asciende a un importe efectivo de 507,35 euros, mientras que la pensión a la que podría tener derecho en España en concepto de jubilación anticipada ascendería a 530,15 euros. Por otro lado, el señor Bode, nacido el 4 de junio de 1952, presentó al INSS una solicitud de pensión de jubilación anticipada el 31 de mayo de 2015, fecha en la que acreditaba cotizados 2.282 días en España y 14.443 días en Alemania. En Alemania percibe una pensión de jubilación por un importe efectivo de 1.185,22 euros, y la que –según el señor Bode– le hubiera correspondido en España si le hubieran concedido la jubilación anticipada hubiera sido de 206,6 euros, mientras que, según el INSS, hubiera sido de 99,52 euros.

Como el importe de la pensión española era inferior a la pensión mínima a percibir por su situación familiar al cumplir 65 años (784,9€ en el caso del señor Bocero Torrico y 782,9€ en el caso del señor Bode, por su situación familiar), las solicitudes fueron denegadas por el INSS, al igual que las reclamaciones previas presentadas.

Tras ser desestimada la reclamación previa, se acude a la vía jurisdiccional. En la primera instancia, los Juzgados de lo Social (el núm. 2 de Ourense y el núm. 2 de A Coruña) desestimaron las demandas interpuestas contra las entidades gestoras, al considerar que el importe de la «pensión a percibir», en el sentido del [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#) (cuantía que debe ser superior a la pensión mínima aplicable al interesado al cumplir 65 años), es el importe de la pensión real española, basándose en una interpretación teleológica: la finalidad de la LGSS es evitar complementar hasta el mínimo legal pensiones de jubilación a personas que todavía no han llegado a la edad legal de jubilarse.

Frente a ello, interpusieron sendos recursos de suplicación ante el TSJ de Galicia, que consideró que en tales casos no habría lugar a complementar la pensión, ya que la normativa española (el real decreto de revalorización, que para ese año era el [RD 1170/2015](#)) se remite al reglamento comunitario, conforme al cual solo se permitirá el complemento si la suma de las prestaciones debidas con arreglo a la normativa de la Unión Europea es inferior a la cuantía de la pensión mínima española, y el importe será por la diferencia. Y en consecuencia, a su juicio, no representa una carga para el sistema de Seguridad Social español, ya que no procedería el complemento, que es lo que buscó la [Ley 27/2011](#).

Por ese razonamiento, el TSJ de Galicia plantea sendas decisiones prejudiciales, en las que se pregunta si la forma en que el INSS interpreta la expresión «pensión a percibir» del [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#), a efectos de determinar si un trabajador puede optar a una pensión de jubilación anticipada, es decir, tomando en consideración únicamente la pensión efectiva a cargo del Reino de España, constituye una discriminación contraria al derecho de la Unión. Señala que un trabajador con derecho a una pensión de al menos dos Estados miembros puede no tener derecho a tal pensión de jubilación anticipada, mientras que un trabajador con derecho a una pensión de la misma cuantía, pero a cargo exclusivamente del Reino de España, tendría derecho a ella. El TSJ de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, formulada en términos idénticos en los asuntos C-398/18 y C-428/18:

¿El artículo 48 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impone como requisito para acceder a una pensión de jubilación anticipada que el importe de la pensión a percibir sea superior a la pensión mínima que correspondería al interesado en esa misma legislación nacional, interpretada esa «pensión a percibir» como la pensión efectiva a cargo solo del Estado miembro competente (en este caso España), sin computar también la pensión efectiva que pudiera percibir por otra prestación de la misma naturaleza a cargo de otro u otros Estados miembros?

3. Doctrina judicial aplicada

El TJUE, en la [sentencia comentada](#) –tras aclarar que no entra a cuestionar que exista una disposición que supedite el derecho a una pensión de jubilación anticipada a que el importe de la pensión a percibir sea superior al importe de la pensión mínima (ya que ninguna disposición del [Reglamento 883/2004](#) se opone a una regla de este tipo)–, se centra en la cuestión planteada, que es el concepto de «pensión a percibir», en el sentido de si se refiere únicamente a la pensión a cargo del Reino de España o debe incluir las pensiones a cargo de otros Estados miembros a las que pudiera tener derecho el interesado. Para ello, se apoya en una doble argumentación.

a) Es discriminatorio indirectamente para los emigrantes

El «principio de asimilación» recogido en el artículo 5 a) del [Reglamento 883/2004](#) establece que, si la legislación del Estado miembro competente atribuye efectos jurídicos bien a ser beneficiario de una prestación o bien a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado los tendrá en cuenta. Y eso es lo que ocurre en el tema examinado, ya que, si el importe supera el de la pensión mínima, tiene lugar un efecto jurídico consistente en que puede accederse a la jubilación anticipada. Por el contrario, excluye –con buen criterio– la aplicación de la totalización de periodos (arts. 6 y 52.1 [Reglamento 883/2004](#)) –como sostenían los recurrentes en los litigios principales–, ya que en los presentes asuntos se discute si debe tenerse en cuenta el importe de las pensiones a que tienen derecho los citados recurrentes en otro Estado miembro para determinar si pueden acceder a una pensión de jubilación anticipada, no el que deba totalizarse para acreditar el periodo mínimo requerido. En consecuencia, entiende que una disposición como el [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#) debe ser interpretada (para ser respetuosa con el art. 5 a) [Reglamento 883/2004](#)) por las autoridades competentes españolas teniendo en cuenta no solo el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social adquiridas por el interesado en virtud de la legislación de ese Estado, sino también el disfrute de las «prestaciones equivalentes» adquiridas en cualquier otro Estado miembro, considerando que las pensiones de jubilación a que tienen derecho en Alemania los recurrentes en los litigios principales son equivalentes, en este sentido, a las pensiones a que podrían tener derecho en España en concepto de jubilación anticipada, extremo cuya comprobación, no obstante, encomienda al TSJ de Galicia.

Ya con esta argumentación concluye que el artículo 5 a) del [Reglamento 883/2004](#) se opone a una interpretación del concepto de «pensión a percibir», tal como figura en el [artículo 208.1 c\) de la LGSS](#), que se refiera únicamente a la pensión a cargo del Reino de España, con exclusión de aquella a la que los recurrentes en los litigios principales tienen derecho en Alemania, lo que se corrobora con el examen de las situaciones objeto de los litigios principales a la luz del «principio de igualdad de trato», del que la asimilación de prestaciones, de ingresos, hechos y acontecimientos contemplada en el artículo 5 del reglamento constituye una expresión concreta. La [sentencia](#) recuerda que el principio

de igualdad de trato, tal como está formulado en el artículo 4 del [Reglamento 883/2004](#), prohíbe no solo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de Seguridad Social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, desemboque de hecho en el mismo resultado (remitiéndose por analogía a la [Sentencia de 22 de junio de 2011, Landtová, C-399/09](#), apdo. 44 y jurisprudencia citada). En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos.

b) La discriminación indirecta no encuentra justificación en perseguir un interés general

Pero queda la posibilidad de que tal discriminación se encuentre justificada, en la medida en que persiga un objetivo de interés general y siempre que sea adecuada para garantizar la realización de este, y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (se remite a la [Sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto C-523/13, Larcher](#), apdo. 38). Y es lo que pasa a examinar a continuación, pero de una forma somera, sin desarrollar los argumentos aportados por los recurrentes, en el sentido de que quienes cobran dos pensiones y su importe supera el mínimo no tienen derecho a complementos, luego el interés general económico no tendría cabida.

Así, se limita a rechazar los argumentos que en este sentido expusieron los representantes del Gobierno español y del INSS, cuando indicaron en la vista que la aplicación de este requisito tiene por objeto que disminuya el recurso a la jubilación anticipada, evitando además cargas adicionales para el sistema de Seguridad Social español, al excluir el derecho a una pensión de jubilación anticipada en los casos en que el importe de la pensión al que tiene derecho el interesado le permite obtener una pensión complementaria.

Frente a estos argumentos, acoge los del abogado general, que en el punto 49 de sus conclusiones consideró que las alegaciones formuladas por el INSS y el Gobierno español no permiten justificar la aplicación discriminatoria de tal requisito en perjuicio de los trabajadores que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación.

4. Trascendencia de la sentencia

A diferencia de otras decisiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles –que son numerosas, dado el «fervor judicial nacional por la "cuestión prejudicial"» ([Molina, 2017](#))–, que se han centrado en la discriminación por razón de género, y en particular en el

caso de los trabajadores a tiempo parcial, nos encontramos con una cuestión planteada al dudar de que sea discriminatoria para los emigrantes y, por tanto, atentatoria contra la libre circulación. Otro elemento diferencial es que centra el análisis en un reglamento comunitario y no en directivas comunitarias como suele ser más común en caso de decisiones prejudiciales.

En cuanto al fondo, también es novedoso al versar sobre la jubilación anticipada voluntaria, figura de reciente aparición en nuestro ordenamiento (año 2013), y, en concreto, sobre el requisito de que la pensión a percibir supere el importe de la pensión mínima, requisito que desde un punto de vista técnico-jurídico no ha planteado apenas litigios en nuestro sistema (no hay datos estadísticos sobre los procesos judiciales cuyo objeto ha sido este requisito de la jubilación anticipada voluntaria, pero –según el [Informe estadístico anual 2018 del INSS](#), p. 71– de los 69.380 litigios que se plantearon contra el INSS en 2018, solo 395 eran sobre jubilaciones anticipadas, por lo que es fácil colegir que el número de procesos sobre este requisito debe ser testimonial).

Pero no por tener un impacto reducido estadísticamente es un tema menor. Con esta [sentencia](#) se corrige una contradicción que existía en nuestro derecho de la Seguridad Social, como era la de sumar las prestaciones que se percibieran de varios Estados, en orden a calcular el importe del complemento por mínimos, pero no hacerlo si de lo que se trataba era de demostrar que no se iba a necesitar recurrir a tales complementos.

La LGSS habla de «pensión a percibir», en singular, pero realizar una interpretación literal implica dar la espalda a los principios comunitarios que inspiran la coordinación de la Seguridad Social de los migrantes (en particular, el de asimilación de prestaciones, ingresos o hechos, principio que en otros casos ya ha sido de aplicación a nuestro derecho de la Seguridad Social –[Maldonado, 2017](#)–).

Pero además se pasa por alto la propia finalidad del requisito en cuestión, ya que, cuando la [Ley 27/2011](#) condicionó el acceso a esa jubilación a que no se requiriese de complementos, lo que buscaba era evitar un abuso de derecho, en el que el trabajador acepta una pensión exigua, pero a sabiendas de que el sistema se sacrificaría por él incrementando el importe vía complementos. Y el sacrificio de la jubilación anticipada voluntaria no puede ser derivado al Estado, sino asumido por el que lo ejerce. Ahora bien, si el propio ordenamiento impide que en caso de concurrencia de pensiones de distintos Estados miembros (pensiones que hayan sido calculadas conforme al reglamento de coordinación en la materia) se obtenga el complemento en caso de que supere el mínimo (cosa obligada si quieres jubilarte anticipadamente), carece de relevancia impedir dicha jubilación, más allá de cerrar la puerta a su jubilación durante 2 años, hasta que cumpla la edad ordinaria, lo cual es un trato claramente discriminatorio respecto de un trabajador que devengue una prestación por similar cuantía, pero que no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación y la obtuviese solo del sistema español.

En definitiva, una [sentencia](#) que contribuye a que la libre circulación pueda ejercerse plenamente, sin que los efectos en seguridad social la desincentiven, ni de forma directa ni indirecta.

Revisión de grado de incapacidad permanente. Incidencia en la base reguladora y efectos económicos

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 35/2020](#),
de 16 de enero

Andrés Ramón Trillo García

*Letrado jefe del Servicio Jurídico Delegado Central.
Instituto Nacional de la Seguridad Social*

1. Marco normativo y jurisprudencial

La [sentencia](#) estudia la naturaleza jurídica de la revisión del grado de incapacidad permanente cuando inicialmente se reconoció una pensión de incapacidad permanente total (IPT) derivada de accidente de trabajo y posteriormente se inicia un procedimiento para la determinación de una nueva pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, reconduciéndose por la Sala de lo Social al procedimiento de revisión del grado de incapacidad y determinándose un nuevo grado. Por otra parte, se establece la fecha de efectos económicos del nuevo grado de incapacidad permanente reconocida.

Desde esta perspectiva, la cuestión jurídica controvertida se enmarca normativamente en el [artículo 143 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\) de 1994](#) (vigente [art. 200.2 LGSS](#)) y en los [artículos 17 a 19 de la Orden de 18 de enero de 1996](#), para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social; [36 a 40 de la Orden de 15 de abril de 1969](#), por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la Seguridad Social; y [17 a 21 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre](#), por el que se aprueba el Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen general de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

Cómo citar: Trillo García, A. R. (2020). Revisión de grado de incapacidad permanente. Incidencia en la base reguladora y efectos económicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 35/2020, de 16 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 167-178.

Por otra parte, la cuestión debatida se atiende a las directrices y premisas plasmadas en las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de [12 de junio de 2000 \(rec. 898/1999\)](#), [29 de septiembre de 2004 \(rec. 60/2003\)](#), [4 de noviembre de 2004 \(rec. 1045/2003\)](#) y [5 de julio de 2010 \(rec. 3367/2009\)](#).

2. El supuesto de hecho enjuiciado

El actor, nacido el día 29 de octubre de 1975, está afiliado al régimen general de la Seguridad Social, siendo su última profesión habitual la de comercial. Al tiempo del hecho causante de la pensión, el actor había cotizado 153 días al régimen especial de trabajadores autónomos.

Por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 6 de julio de 2012, previos los exámenes médicos procedentes, se acordó la «calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado total, por accidente de trabajo, siendo su cuadro residual síndrome subacromial de hombro derecho (rector), artropatía traumática acromioclavicular derecha, lesión del nervio espinal derecho con secuela de limitación de la movilidad escapulotorácica derecha».

Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 14 de octubre de 2014, dictada conforme el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de fecha 29 de septiembre de 2014, previos los exámenes médicos procedentes, se acordó calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado de total para su nueva profesión de comercial.

Formulada reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 10 de diciembre de 2014.

El actor interpuso demanda ante la jurisdicción social, dando lugar a los autos 56/2014 en el Juzgado de lo Social número 2 de su localidad, si bien el 7 de septiembre de 2015 se tuvo por desistido al actor en la demanda por incomparecencia en el acto del juicio.

El 27 de agosto de 2015 se incoó procedimiento de revisión por posible mejoría de su situación de incapacidad permanente. Previo examen del EVI, por Resolución de 28 de octubre de 2015, se declaró no haber variación en el estado de las lesiones que determine la modificación del grado de incapacidad.

La base reguladora de la prestación derivada de enfermedad común asciende a 703,87 euros al mes.

El informe médico de revisión de grado de la incapacidad permanente inicialmente objetiva el siguiente cuadro clínico: «Padece accidente cerebrovascular, ictus isquémico pro-

tuberal y cerebeloso, trastorno de la arteria basilar». Se indica que persiste el mismo grado de limitaciones, moderada para aquellas de riesgo para sí y/o terceros, así como actividades que precisen comunicación verbal fluida y para aquellos trabajos que requieran moderados requerimientos intelectivos.

La sentencia de instancia efectuó en su parte dispositiva la siguiente decisión:

Estimo parcialmente la demanda en materia de incapacidad permanente absoluta interpuesta por D. Arcadio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa Frutas Sol Vio, SL, y la mutua Fremap, debo declarar y declaro que la demandante se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de contingencia común, y, en consecuencia, reconozco su derecho a percibir la prestación económica, en los términos y con los efectos que reglamentariamente procedan, debiendo los demandados estar y pasar por dicha declaración.

Asimismo, confirmo la resolución impugnada en cuanto a la incompatibilidad de las prestaciones, desestimando la demanda en dicho extremo.

3. Doctrina judicial aplicada

3.1. Los fundamentos de los recursos acumulados

La [sentencia](#) resuelve los recursos de casación acumulados planteados por el actor y por el INSS contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 18 de julio de 2017 en el recurso de suplicación 115/2017.

El demandante inicial pretende que la pensión de incapacidad permanente absoluta (IPA), que se le ha reconocido en la instancia, se calcule sobre la base reguladora fijada en su momento para la pensión de IPT que le fue reconocida por contingencias profesionales, por importe de 1.090,06 euros.

Para cumplir con el ineludible requisito de la contradicción exigido por el [artículo 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) se invoca la [STS \(Pleno\) de 12 de junio de 2000 \(rec. 898/1999\)](#).

Se trataba allí de un litigio en torno a la determinación de la base reguladora de la pensión de IPA, y particularmente sobre la base sobre la que ha de calcularse dicha pensión cuando tal situación es consecuencia de la agravación del previo grado de total. La sala señaló que la pensión trae causa de la revisión por agravación, no una pensión distinta, sino «una sola prestación de la Seguridad Social, y por ello la base reguladora de la misma ha

de ser también única», ni siquiera cuando la contingencia determinante de la agravación fuera distinta del reconocimiento del grado inicial.

La contradicción existe, puesto que, aun cuando en el presente caso la sentencia recurrida niegue que se haya seguido un expediente de revisión de grado, lo cierto es que el beneficiario era pensionista de IPT y, tras el análisis judicial de instancia de sus dolencias, es reconocido como incapacitado para toda profesión, con independencia de que el expediente administrativo inicial hubiera concluido con una declaración de otra IPT para otra profesión.

En su recurso de casación, el INSS busca que se modifique la fecha de efectos de la prestación de IPA y se fije la misma en la que corresponde a los 3 meses anteriores a la reclamación previa. En concreto, se refiere la entidad gestora a la segunda reclamación previa que se formuló por el actor.

El recurso invoca, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2016.

En la indicada sentencia de contraste se resuelve sobre la determinación de la fecha de efectos económicos de la pensión de IPT derivada de enfermedad común en un supuesto en que, al igual que acontece en el presente, se había presentado ya una demanda contra la resolución de la entidad gestora de la que desistió.

La sala de Las Palmas considera que los efectos económicos de la pensión controvertida solo pueden retrotraerse a los 3 meses anteriores a la solicitud. Es esta una conclusión completamente opuesta a la que llega la sentencia recurrida, la cual fija tales efectos en la fecha de la resolución administrativa.

3.2. La revisión de grado de la incapacidad permanente

3.2.1. La naturaleza de la revisión de grado de la incapacidad permanente

La situación de incapacidad permanente no es una situación estática, sino al contrario, es dinámica, de manera que se puede producir una modificación del grado inicialmente reconocido cuando se produce un cambio profesional, bien porque suponga una mayor merma en la capacidad para trabajar, bien porque se produzca un empeoramiento, o bien porque se constate un error en el diagnóstico de las patologías del actor (Serrano, 2016, pp. 353 y ss.). Para adecuar la prestación reconocida a las nuevas circunstancias patológicas que determinan la capacidad laboral, se arbitra un procedimiento administrativo que la [Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1991, de 28 de enero](#), califica como:

[...] un supuesto excepcional de modificación o incluso de supresión de derechos consolidados a prestaciones de Seguridad Social, que tiene su origen, en lo que aquí interesa, en una sensible y permanente modificación del *factum* de la situación patológica que, en unos casos, da derecho al beneficiario a obtener una mejora de la correspondiente prestación, y, en otros, a la entidad gestora a reducir o incluso suprimir la prestación inicialmente concedida (FJ 1.º).

Así, el [artículo 200.2 de la LGSS](#) establece que:

Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1 a) para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

No obstante lo anterior, si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.

Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el primer párrafo de este apartado.

La agravación se produce por empeoramiento de las lesiones, o por la concurrencia de otras que repercuten en la capacidad laboral y determinan un nuevo grado de incapacidad permanente.

En el caso de agravamiento de la situación del incapaz que determine un grado nuevo de incapacidad permanente es posible que esta situación haya sido provocada por patologías de distinto origen a la que provocó la determinación inicial de la incapacidad permanente. Esta concurrencia de causas podrá determinar diversas responsabilidades en el abono de toda o parte de la prestación resultante, así como distintas consecuencias económicas.

Sobre si deberían tomarse en consideración para determinar la revisión del grado de incapacidad permanente todas las lesiones con independencia de la contingencia que concurre en el beneficiario o únicamente las correspondientes a la nueva contingencia, la Sala Cuarta del TS ha mantenido un criterio vacilante ([García y Miñarro, 2001, pp. 759-778](#)) hasta que se dictó la Sentencia de 9 de junio de 1987, y posteriormente en la Sentencia de 18 de octubre de 1988, que declararon definitivamente que:

[...] la valoración conjunta de las secuelas de distinto origen es susceptible de ser realizada dentro de un proceso de revisión de invalidez, y ello porque tanto el Reglamento de accidentes de trabajo, el Reglamento de enfermedades profesionales [...] y la Orden de 15 de abril de 1969 [...] disponen que la revisión de la incapacidad se produce por la agravación de «las lesiones» determinantes de la invalidez, pero el artículo 145 de la Ley general de la Seguridad Social, de 1974, suprime la expresión «las lesiones» y establece como causa de revisión, en su apartado a), «agravación o mejoría», con lo que da base para interpretar que la agravación ha de referirse a la situación de invalidez apreciada en su conjunto, teniendo en cuenta no solo las lesiones originarias del grado ya reconocido, sino las que puedan advenir por otras contingencias.

Las consecuencias de la revisión se determinan en el [artículo 40 de la Orden de 15 de abril de 1969](#), estableciendo las siguientes normas:

- a) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le diera derecho a pensión se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que dé derecho a una pensión de cuantía diferente, pasará a percibir la nueva pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en que así se ha declarado.
- b) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le diera derecho a pensión se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una cantidad a tanto alzado, dejará de percibir la pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en que así se haya declarado y percibirá la parte de la indicada cantidad que, en su caso, exceda del importe total percibido en concepto de pensión.
- c) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le diera derecho a pensión se le reconociese, como resultado de la revisión, la no existencia de grado alguno de incapacidad, dejará de percibir a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en que así se haya declarado; en el supuesto de que se le reconociese el derecho a percibir una indemnización a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes, se le aplicará la norma establecida en el apartado anterior.
- d) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le hubiere dado derecho a una cantidad a tanto alzado se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una cantidad a tanto alzado de cuantía diferente, percibirá la diferencia entre ambas si la nueva cantidad fuese superior a la anterior, y si fuese inferior, no vendrá obligado a reintegrar la diferencia entre las mismas.
- e) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le hubiera dado derecho a una cantidad a tanto alzado se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una pensión, esta se devengará a partir del

- día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en que así se haya declarado, pero no comenzará a percibirse hasta que se haya deducido de la misma el importe correspondiente a las mensualidades de la cantidad a tanto alzado percibida que excedan de las transcurridas desde que se reconoció el derecho a ella.
- f) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le hubiera dado derecho a una cantidad a tanto alzado se le reconociese, como resultado de la revisión, la no existencia de grado alguno de incapacidad, no vendrá obligado a devolver ninguna cantidad, y en el supuesto de que se le reconociese el derecho a percibir una indemnización a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes, se aplicará la norma establecida en el apartado d).
- g) Las modificaciones y transformaciones de pensiones, cantidades alzadas o indemnizaciones por baremo que se hayan producido como consecuencia de los supuestos señalados en los apartados anteriores darán lugar a las oportunas compensaciones, ingresos o devoluciones entre el correspondiente servicio o servicios comunes de la Seguridad Social, mutua colaboradora con la Seguridad Social o empresario responsable, que deberán llevarse a cabo en el plazo de 1 mes, a partir de la fecha en que la resolución que las motive sea definitiva. En los casos de desaparición o insolvencia de una mutua colaboradora o empresario responsable, le sustituirá en sus obligaciones y derechos derivados de la revisión el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

3.2.2. El criterio administrativo de gestión. El Criterio 5/2012 del INSS

El INSS aborda la cuestión de las consecuencias económicas cuando con posterioridad al reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente, de lesiones o patologías diferentes, se determina la consideración conjunta del estado invalidante provisional a efectos de la determinación de un grado distinto de incapacidad permanente y cuando procede la calificación independiente de las nuevas dolencias en el Criterio de gestión 5/2012, de 18 de mayo, estableciendo las siguientes directrices:

- 1.º Reconocida una pensión por incapacidad permanente a través de un determinado régimen, la agravación posterior del estado invalidante del interesado, tanto si es debida al empeoramiento de las lesiones o padecimientos que motivaron la anterior calificación, como si viene ocasionada por la concurrencia de otras lesiones o enfermedades, podrá dar lugar a la revisión del grado declarado, se haya vuelto o no a cotizar, y, en el primer caso, se haya hecho al régimen que reconoció la pensión inicial o a otro/s distinto/s. Sobre ese presupuesto:
 - En cualquier caso (sea la misma u otra dolencia), la revisión por agravación del estado invalidante será aquella que dé lugar al cambio de grado de in-

capacidad declarado en la calificación inicial; es decir que si el empeoramiento del beneficiario motivado por la patología o lesiones anteriores y/o dolencias nuevas no determina el reconocimiento de un grado superior, ha de entenderse que no procede la revisión, sino la confirmación del grado, sin perjuicio de lo que se indicará en el apartado 2.º.

- Cuando proceda efectivamente la revisión del grado de incapacidad del pensionista, el reconocimiento de la pensión correspondiente a dicha revisión no se supedita a la concurrencia de nuevos requisitos, y su cuantía se puede obtener al cotizar y ser más favorable, de una nueva base reguladora.
- Si se trata de agravación de las dolencias anteriores, aparte de tener en cuenta las limitaciones de plazos y edad establecidas en el artículo 200.2 de la LGSS, hay que contar también con que el reconocimiento de la nueva pensión ha de efectuarse por el régimen de procedencia de la inicial y, respetando las pautas marcadas por la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 3 de julio de 1986, el cálculo de una nueva base reguladora se llevará a cabo en el momento de la revisión, sin aplicar revalorización alguna y con la misma legalidad que marcó el primer reconocimiento.
- Si, en cambio, la revisión viniese motivada por una enfermedad o por las secuelas de un accidente padecidas después de la calificación de la incapacidad permanente, podrá promoverse sin sujeción al plazo fijado en la anterior resolución, y la nueva valoración se considerará debida a la contingencia, común o profesional, que desencadena la revisión.

Cabe, igualmente, en estas revisiones fijar otra base reguladora, cuando, por existir cotizaciones posteriores resulte ser de mayor cuantía que la inicial; esa base alternativa sería la que, conforme a la legalidad vigente en el hecho causante inicial, correspondiese a la contingencia determinante de la agravación, a la situación (alta/asimilada/no alta), de estar ante una causa común, y a la edad (si es enfermedad común), en la fecha de la revisión, asignándose la pensión resultante al régimen al que se haya cotizado en último término.

- Estos casos de revisión de grado de incapacidad por sobrevenir una nueva contingencia pueden dar lugar al reparto de responsabilidades entre las distintas gestoras y colaboradoras. Si la cobertura de la última contingencia correspondiese a entidad distinta de la que asumió la pensión revisada, esa segunda entidad será la responsable de la diferencia de cuantía entre ambas prestaciones.

2.º No obstante lo dicho en el apartado precedente, es también posible causar, en razón de otras dolencias o padecimientos surgidos después de una calificación,

una nueva pensión por incapacidad permanente, independiente y en algunos casos compatible con la anterior. En este caso no se modificará aunque sea inferior al de la pensión posterior.

Esta posibilidad, referida únicamente a aquellos pensionistas que hayan vuelto a trabajar y cotizar, se plantea cuando la nueva enfermedad o lesiones son, por sí solas –sin consideración conjunta de sus consecuencias y de las tenidas en cuenta antes en otra calificación–, determinantes de un grado de incapacidad, y siempre que se acrediten los requisitos legales que condicionan el acceso al derecho de que se trate. Ello sin perjuicio, evidentemente, de lo que pueda resultar de la aplicación de las normas sobre incompatibilidad de las pensiones entre sí, y consiguiente derecho de opción por una de ellas, recogidas en el ordenamiento de la Seguridad Social; tanto las relacionadas con pensiones pertenecientes al mismo régimen, como aquellas que afectan a regímenes distintos cuando se han de totalizar cotizaciones.

3.2.3. La doctrina jurisprudencial sobre la determinación de la base reguladora en los casos de agravación de la incapacidad permanente cuando el grado inicial deriva de contingencia profesional y el resultante deriva de enfermedad común

La [STS de 12 de junio de 2000 \(rec. 898/1999\)](#) sostiene que en los casos de IPT inicial derivada de riesgo profesional, que es revisada reconociéndose el grado de IPA derivada de enfermedad común, resulta claro que, si a cada una de estas situaciones se aplica la base reguladora que legalmente corresponde a la causa que se reconoce como generadora del grado de invalidez, resultaría que la base reguladora de la IPA podría ser inferior a la correspondiente a la prestación de incapacidad permanente. No obstante, la sala considera que en estos casos debe mantenerse, después de efectuada la revisión, el montante o importe de la base reguladora que se aplicó a la pensión de IPT primeramente reconocida, con base en las siguientes razones:

- a) Las normas en materia de revisión nada indican en relación con la base reguladora.
- b) El concepto de revisión del grado de la incapacidad permanente da idea de una cierta unidad o conexión entre las situaciones de invalidez inicial y resultante de tal revisión, lo que conduce a la conclusión de que en ella debe mantenerse el importe de la base reguladora primeramente reconocida, a no ser que existan razones de peso que impongan un cambio de tal importe.
- c) No parece aceptable una reducción en el montante inicial de la base reguladora, como acontecería en los casos en que se cambia la causa generadora de la invalidez, de riesgo profesional a enfermedad común, de manera que una reducción

de la protección social no encaja ni se acomoda con el sentido unitario y de vinculación con la situación precedente que presenta la revisión, máxime cuando en el grado de IPA resultante de la revisión, aunque se declare solamente causado por enfermedad común, gran parte de estas lesiones se deben a las lesiones primitivas de origen profesional.

- d) Si en la conformación global del cuadro lesivo determinante de la IPA también intervienen y repercuten las dolencias profesionales generadoras de la IPT, y no se aprecia ninguna otra razón atendible para alterar la cuantía de la base reguladora de la prestación inicialmente fijada, tal cuantía debe mantenerse después de la revisión.
- e) Normalmente, toda revisión del grado de incapacidad se lleva a cabo algunos años después del reconocimiento de la IPT, en ocasiones bastantes años después, por lo que, si el interesado no ha podido desarrollar en el periodo intermedio ninguna actividad laboral, las consecuencias que se derivarían para dicho pensionista, si se sigue el criterio de cuantificar la base reguladora de la nueva prestación de acuerdo con las normas que al respecto rigen para las invalideces derivadas de enfermedad común, serían excesivamente perjudiciales, pues esa base reguladora, cuantos más años hayan pasado desde el reconocimiento de la IPT, más vería reducido su importe.

3.2.4. La doctrina de la STS de 16 de enero de 2020

La [sentencia](#) se muestra fiel a sus antecedentes jurisprudenciales recordando lo considerado mantenido en las SSTs de [12 de junio de 2000 \(rec. 898/1999\)](#), [29 de septiembre de 2004 \(rec. 60/2003\)](#), [4 de noviembre de 2004 \(rec. 1045/2003\)](#) y [5 de julio de 2010 \(rec. 3367/2009\)](#). Así, la sala indica que no existen diferencias sustanciales en los procedimientos administrativos de declaración y revisión de incapacidad, dado que ambos tienen la misma finalidad, que no es otra que la evaluación conjunta del estado del trabajador desde la óptica de su capacidad para prestar servicios. Igualmente, no puede olvidarse que el solicitante no siempre estará en condiciones de saber en el momento de la incoación del expediente si el resultado de la evaluación practicada va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas que se han agravado o la declaración de una invalidez derivada de secuelas de dolencias distintas. Así las cosas, resulta contrario al principio de eficacia administrativa el obligar al asegurado a recorrer de nuevo el circuito del procedimiento de declaración de invalidez, cuando el procedimiento de revisión ha producido o ha podido producir el mismo efecto de verificación de su estado físico y de comprobación del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones.

Por ello, aun cuando en la vía administrativa se hubiera resuelto que la situación del demandante era calificable como de IPT para otra profesión distinta a aquella que dio lugar a una pensión previa, lo cierto es que la revisión judicial de tal situación y la conclusión de

que el trabajador se halla incapacitado de forma absoluta para el desempeño de toda actividad laboral, precisamente dentro del mismo régimen, supone una innegable alteración de la calificación de su estado general que impide sostener de forma lógica que una misma persona puede carecer de capacidad para todo trabajo y, a la vez, estar incapacitado solo para una profesión concreta. Esta incongruencia se agrava si se tiene en cuenta que el beneficiario de ambas prestaciones estará sometido a la incompatibilidad propia del régimen de Seguridad Social en el que está integrado.

Por tanto, no resulta admisible la reducción de la protección, vía disminución de la base reguladora, y, en consecuencia, deberá ser la misma aplicada a la declaración inicial que obedecía a la situación que se ha agravado.

Como vemos, la [sentencia](#) no contradice el criterio administrativo, sino que la respuesta inicial revisada por la sala se ha producido en el marco del devenir judicial.

3.3. Los efectos económicos de la revisión

La representación letrada de la entidad gestora consideraba en su recurso que, en aplicación de lo establecido en los artículos [71.4 de la LRJS](#) y [53 de la LGSS](#), el actor puede reiterar la reclamación previa en tanto no haya prescrito su derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma, si bien los efectos económicos deben producirse, según fija el [artículo 53.1 de la LGSS](#), a partir de los 3 meses anteriores a la fecha en que se presente la solicitud. En este sentido, la referencia a la correspondiente solicitud debe entenderse a la segunda reclamación previa, tras haber sido declarado desistido por incomparecencia al juicio consecutivo de la primera demanda presentada.

La [sentencia](#) desestima el recurso formalizado por el INSS, si bien, a nuestro juicio, de una forma incongruente con sus anteriores razonamientos.

En efecto, la [sentencia](#) fija los efectos económicos en la fecha en que se calificó por la entidad gestora la IPT derivada de enfermedad común para una nueva profesión habitual, la fecha del dictamen propuesta del EVI, y no la fecha en que debe tener efectos la revisión del grado de la incapacidad permanente de acuerdo con lo establecido en el [artículo 40 de la Orden de 15 de abril de 1969](#), que establece los efectos económicos de la revisión en el día siguiente al de la resolución administrativa.

En este sentido, la [sentencia](#) recuerda que la propia entidad gestora había fijado los efectos económicos de la prestación económica el 13 de octubre de 2014, al declarar al actor en situación de IPT y que el hecho de que no se interpusiera demanda de la que luego se desistió solo podría incidir, en su caso, en la eventual prescripción del derecho, de manera que, no estando prescrito el derecho, los efectos se mantienen en los términos establecidos para este tipo de protección.

De este modo, la sala recuerda la existencia de dos situaciones para determinar la fecha de los efectos económicos de la incapacidad permanente:

- a) Cuando la persona trabajadora es declarada en situación de incapacidad permanente, si la solicitud va precedida de una situación de incapacidad temporal y el solicitante estuviera prestando servicios, distingue entre la fecha del hecho causante –fecha de emisión del EVI ([art. 13.2 Orden de 18 de enero de 1996](#))– y la de efectos económicos de la prestación –fecha del cese en el trabajo–.
- b) Cuando el solicitante estuviera siendo perceptor del subsidio de incapacidad temporal, el hecho causante se sitúa en la fecha de extinción de esta, de suerte que la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente se fija en la fecha de su calificación, salvo que el importe de esta sea superior, en cuyo caso se retrotraerá a la fecha del dictamen del EVI.

Ahora bien, la sala olvida su propia doctrina, afirmada en las Sentencias de 24 de mayo de 1991 (rec. 1122/1990), [16 de enero de 2002 \(rec. 3926/2000\)](#), [4 de marzo de 2009 \(rec. 845/2008\)](#) u [8 de abril de 2008 \(rec. 1940/2008\)](#), que indican que:

Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le diera derecho a pensión se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una pensión de cuantía diferente, pasará a percibir la nueva pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en que así se haya declarado.

La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre](#)

Isabel María Villar Cañada

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

1. Marco normativo y jurisprudencial

El Tribunal Supremo (TS), en [Sentencia de la Sala de lo Social 728/2019, de 23 de octubre](#), computa, a efectos del complemento por mínimos, la prestación de jubilación percibida de una entidad extranjera en atención al trabajo desempeñado por una trabajadora en Suiza, conforme a la legislación de este país, sin tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en España y sin que la misma haya sido reconocida al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social.

La regulación que 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), contiene de los complementos a mínimos ([art. 59](#)) establece el derecho a percibir estos complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones de aquellos beneficiarios de pensiones contributivas, residentes en España, que no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado. Los complementos a mínimos serán incompatibles con la percepción por el

Cómo citar: Villar Cañada, I. M.^a (2020). La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 179-187.

pensionista de los rendimientos mencionados cuando la suma de todos ellos, excluida la pensión que se vaya a complementar, exceda el límite fijado en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado.

En desarrollo de esta previsión legal, anualmente las distintas leyes de presupuestos vienen incorporando una previsión en este mismo sentido, desarrollándose reglamentariamente para cada ejercicio a través de un real decreto sobre revalorización de pensiones y complementos por mínimos. En concreto, para el año 2013, en el que acontecieron los hechos enjuiciados, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre (art. 47.1), fijó el límite de rentas a efectos del complemento a mínimos en 7.063,07 euros anuales, desarrollándose la misma por el [Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre](#).

Pues bien, rectificando la doctrina contenida en la Sentencia del TS (STS) de 3 de noviembre de 2011 (rec. 4615/2010), el tribunal viene a reinterpretar el concepto de «rendimientos de trabajo» a efectos del complemento por mínimos en el sentido de incluir en el mismo todo tipo de rentas percibidas por la persona beneficiaria en razón a la prestación de servicios laborales que pudiera estar realizando o hubiese realizado con anterioridad, con independencia de que las mismas provengan de una entidad extranjera.

2. El supuesto de hecho enjuiciado

La [sentencia comentada](#) viene a resolver el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 30 de marzo de 2017 (rec. 4260/2016), que resolvió el recurso formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Pontevedra de 23 de junio de 2016 (autos 374/2015) sobre demanda en reclamación de revalorización de pensión de jubilación.

En esta sentencia, el Juzgado de lo Social declaró como hechos probados que la actora era perceptora de una pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida por la Seguridad Social suiza desde el 24 de marzo de 2002 y, además, de una renta del fondo de pensiones para empleados del hotel Intercontinental Ginebra en el que prestó servicios. Además, con cargo a la Seguridad Social española, se le reconoció una pensión de incapacidad permanente absoluta del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, desde el 1 de junio de 2002 y por un importe de 19 euros mensuales.

Con fecha de 19 de julio de 2015, el INSS dictó sendas resoluciones; una declarando reconocer un complemento a mínimos de la pensión, requiriendo a la actora a fin de que presentase la declaración de ingresos y justificantes de las dos pensiones percibidas de Suiza; y otra segunda declarando indebidamente percibida la cantidad total de 1.126,88 euros por entender que el complemento por mínimos asignado a su pensión había sido

indebidamente percibido, al tener conocimiento de que las cantidades abonadas a través de la Seguridad Social del organismo extranjero, consideradas como rendimientos de trabajo a efectos de mínimos, superan el límite de ingresos establecido en el artículo 6 del [Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre](#), sobre revalorización de pensiones.

Frente a esta resolución, la demandante interpuso reclamación administrativa previa que fue desestimada por Resolución de 7 de mayo de 2015, al entender que la renta mensual que percibía doña Serafina del fondo de pensiones suizo tenía la naturaleza de rendimiento sustitutivo de las rentas de trabajo y que debía ser computada a efectos del reconocimiento del derecho a complementos a mínimos, por lo que la actora había superado el límite de ingresos a efectos de dicho complemento en el año 2013.

Interpuesta la correspondiente demanda frente al INSS por parte de doña Serafina, por Sentencia de 23 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social número 4 de Pontevedra revocó y dejó sin efecto la citada Resolución de 19 de febrero de 2015 sobre percepción indebida del complemento a mínimos, concluyendo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.3 y 4 del [Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre](#), sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2014, no debía computarse la citada renta procedente del hotel Intercontinental Ginebra por no tratarse de una pensión reconocida al amparo de la normativa de Seguridad Social nacional o extranjera en virtud de convenio bilateral o multilateral.

Frente a esta sentencia, el INSS interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, siendo desestimado por Sentencia de 30 de marzo de 2017 (rec. 4260/2016), que vino a confirmar la sentencia de instancia. El TSJ entiende que el supuesto enjuiciado corresponde al resuelto en la [STS de 3 de noviembre de 2011 \(rec. 4615/2010\)](#) y, acogiéndose a la doctrina en ella establecida, excluye del cómputo de rentas, a efectos del reconocimiento del derecho a complemento por mínimos, la prestación percibida por la actora del fondo de pensiones para empleados del hotel Intercontinental. Reconoce el carácter de pensión pública de esta renta, puesto que la normativa de Seguridad Social de Suiza impone a todas las empresas la obligación de concertar un seguro obligatorio que la garantice. Por este motivo no puede, a juicio del tribunal, calificarse como un fondo privado de pensiones, sino que se trata de una obligación legal que impone la normativa interna de ese país como uno de los pilares en los que se sustenta su sistema público de Seguridad Social. Pese a ello, al tratarse esta de una prestación reconocida exclusivamente en virtud del tiempo trabajado en Suiza y sin tener en cuenta las cotizaciones realizadas en España, concluye que la misma no ha de ser computada a efectos de la determinación del derecho de la actora al complemento a mínimos.

La representación procesal del INSS formalizó el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina que viene a resolver la [sentencia objeto de este comentario](#), aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2009 (rec. 1130/2008). La representación procesal

del INSS sostiene que las rentas percibidas en Suiza tienen la consideración de ingresos sustitutivos de rentas de trabajo y deben, así, ser computadas a efectos de calcular el derecho al complemento por mínimos de la actora.

3. Doctrina judicial aplicada: el fondo del asunto

3.1. Existencia de contradicción

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, el TS resuelve acerca de la existencia o no del requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial. El informe del Ministerio Fiscal –al igual que la demandante en su escrito de impugnación¹– negaba dicha existencia, basándose para ello en el argumento de que, mientras que en el caso de la sentencia recurrida, como hemos visto, la renta procedía de un fondo de pensiones privado, no tratándose, por tanto, de una pensión de Seguridad Social extranjera, en la sentencia referencial sí se trataba de una pensión complementaria de la Seguridad Social francesa.

Pues bien, el TS sí aprecia la existencia de contradicción entre ambas resoluciones, al considerar que en ambos casos se trata de pensionistas que perciben a cargo de la Seguridad Social española una pensión y, a su vez, también reciben otras pensiones o ingresos de entidades extranjeras, vinculados a la actividad laboral que habían desarrollado en esos países. La ya referida diferencia entre la naturaleza de las rentas percibidas en cada uno de los casos –derivada de un fondo de pensiones privado en Suiza en la sentencia recurrida y pensión de la Seguridad Social francesa en la sentencia de contraste– no es relevante, a juicio del tribunal, a efectos de apreciar la contradicción, puesto que lo que se trata de decidir es si los ingresos percibidos de una entidad extranjera en razón de la actividad laboral realizada en el otro país deben ser computados o no a efectos de generar el derecho al complemento por mínimos a cargo de la Seguridad Social española.

Desde el momento en que la sentencia de contraste mantiene que, a tal efecto, debe contabilizarse cualquier tipo de pensión sustitutiva del trabajo, mientras que la recurrida considera que ha de ser excluida la prestación que recibe la actora, generada sin computar las cotizaciones españolas y sin aplicar el convenio bilateral hispano-suizo, el TS concluye que se trata de doctrinas contradictorias que han de ser unificadas.

¹ Además de negar la concurrencia de contradicción entre ambos pronunciamientos, la demandante alegó la existencia de defectos insubsanables en el recurso que obligaban a su desestimación, lo que es rechazado de plano por el TS, que, de manera expresa, deja constancia de que el mismo cumple adecuadamente las exigencias del [artículo 221 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#): expone el núcleo de la contradicción y analiza con detalle la identidad de los supuestos comparados, identifica los preceptos legales que considera infringidos y explicita las razones por las que habrían sido vulnerados.

3.2. Resolución del asunto: finalidad y naturaleza del complemento por mínimos

Como estamos indicando, la cuestión objeto del recurso de casación para unificación de doctrina que resuelve la [sentencia comentada](#) es la determinación de si la renta percibida por la actora, procedente del fondo de pensiones para empleados del hotel Intercontinental Ginebra –en el cual prestó servicios durante el periodo que trabajó en Suiza–, ha de ser objeto de cómputo a efectos de reconocerle o no el derecho a percibir el complemento por mínimos de la pensión de jubilación derivada de incapacidad permanente absoluta del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, reconocida por la Seguridad Social española.

La cuestión que hay que resolver es, por tanto, qué rentas se integran, a efectos del reconocimiento del citado complemento, en el concepto legal «rendimientos de trabajo», establecido en el [artículo 59 de la LGSS](#). Según el TS, en el mismo han de integrarse todo tipo de rentas que perciba el beneficiario en razón a la prestación de servicios laborales que pudiera estar realizando o hubiese realizado en el pasado, ya se califique como rendimiento del trabajo o como rendimiento sustitutivo de las rentas de trabajo. Como ha quedado indicado, el derecho a percibir el complemento por mínimos se condiciona al hecho de que el beneficiario de la pensión no perciba rentas que superen el límite anualmente establecido por la normativa de presupuestos generales del Estado, por lo que para la determinación de derecho y de la cuantía del complemento han de ser tenidos en cuenta, a juicio del tribunal, todos los rendimientos que perciba el beneficiario. Lo contrario supondría realizar una interpretación que iría más allá de lo establecido en la normativa aplicable.

Para llegar a esta conclusión resulta necesario, y así lo hace el TS, analizar y reflexionar sobre la naturaleza y finalidad del complemento a mínimos. Según esa reiterada doctrina jurisprudencial, los complementos a mínimos son considerados prestaciones de naturaleza complementaria, con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza².

Pese a la indudable y estrecha relación entre los complementos a mínimos y la pensión contributiva a la que complementan, son varias las razones que fundamentan la autonomía de aquellos respecto a esta. Así:

- a) Mientras el objetivo de la pensión es el de sustitución de la renta del trabajo, el complemento a mínimos se dirige a paliar una situación de necesidad de la persona beneficiaria.

² En este sentido, *vid.* SSTS [786/2017, de 11 de octubre](#); [22 de noviembre de 2005 \(rec. 5031/2004\)](#); [21 de marzo de 2006 \(rec. 5090/2004\)](#); y [980/2016, de 22 de noviembre](#).

- b) Tampoco coinciden en los requisitos determinantes de su reconocimiento: así, para el nacimiento del derecho a pensión han de concurrir los requisitos exigidos legalmente para cada una de ellas (edad, carencia, grado de discapacidad, cese en el trabajo...), mientras que el reconocimiento del complemento se supedita exclusivamente a la falta de ingresos económicos –junto a la residencia en territorio español–, debiendo, además, acreditarse durante todo el tiempo de percepción y no en una fecha concreta.
- c) Y frente a la pensión, contributiva, la naturaleza del complemento es no contributiva, financiándose, por tanto, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social³.

Así pues, es la situación de necesidad, acreditada por la percepción de ingresos por debajo del mínimo anualmente establecido como límite del umbral de pobreza, la que determina el derecho de la persona beneficiaria de la pensión a que esta sea complementada, en un intento de garantizar el principio constitucional de suficiencia protectora. La naturaleza jurídica y finalidad del complemento por mínimos exige, por tanto, que hayan de ser computados todos los rendimientos económicos o ganancias patrimoniales que pudieran percibirse.

Pues bien, teniendo clara esta cuestión, la problemática en el caso que nos ocupa deriva de si lo expuesto es aplicable en los mismos términos a las pensiones o rentas percibidas de una entidad extranjera. Para la opinión mayoritaria de la sala, la respuesta parece evidente, desde el momento en que ni el [artículo 59 de la LGSS](#) ni las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado establecen ninguna distinción al respecto; distinción que no tendría sentido a la luz de la finalidad del complemento a mínimos. Defiende el tribunal que los rendimientos económicos generados en el extranjero han de computarse, por tanto, en los mismos términos y con el mismo alcance que los percibidos en territorio nacional.

Así es como ha de ser interpretado lo que anualmente establece la normativa presupuestaria y los reales decretos que llevan a cabo el desarrollo reglamentario de los complementos a mínimos (en el caso enjuiciado el art. 14 [RD 1045/2013](#)). Al regular la revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales, el legislador, año tras año, implementa una serie de reglas para acomodar la normativa española sobre el complemento a mínimos a las prestaciones que el beneficiario pudiera percibir de entidades extranjeras.

En el caso de las pensiones reconocidas al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social de las cuales la Seguridad Social española paga una parte, quedando la restante a cargo de otro país, cuando la persona titular de la pensión resida en nuestro país, la normativa indicada establece que, una vez revalorizado el porcentaje de la pensión a cargo de España, se sumará esa cantidad a la parte de la pensión percibida del

³ En este sentido, *vid.* [STS de 22 de abril de 2010 \(rec. 1726/2009\)](#). Una opinión crítica frente a la identificación legal de los complementos por mínimos como de naturaleza no contributiva ([art. 109.3 b\) LGSS](#)) en [López \(2014, pp. 214 y ss.\)](#).

otro país, y, en caso de ser el resultado inferior al importe mínimo de la pensión en España, se garantizará al beneficiario la diferencia existente hasta alcanzar dicho mínimo (art. 14.3 [RD 1045/2013](#)).

Como regla general, las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera tienen la consideración de ingresos o rendimientos de trabajo (art. 14.4 [RD 1045/2013](#)), con lo cual, a tenor de lo anteriormente expuesto, y en línea con lo previsto en el [artículo 59 de la LGSS](#), habrían de ser computadas para establecer si se tiene derecho al complemento por mínimos. No obstante, esta previsión es excepcionada «para la aplicación del apartado 3 o que en un convenio bilateral o multilateral se disponga otra cosa». Un apartado 3 que, como se ha indicado, impone la obligación a la Seguridad Social española de garantizar la cuantía de la pensión mínima a las personas residentes en España, en los supuestos en los que le corresponde pagar una parte a *pro rata temporis*, cuando la suma de las pensiones española y extranjera no alcance el importe de la pensión mínima.

Esta excepción es la tomada como fundamento por la sentencia recurrida para la resolución del asunto, fundamentando en ella la no consideración de las prestaciones a cargo de una entidad extranjera como rendimientos computables a efectos de los complementos a mínimos de las pensiones. En este mismo sentido, se manifiesta el voto particular formulado por la magistrada doña Rosa María Virolés Piñol a la [sentencia comentada](#), que considera que la solución ajustada a derecho es la contenida en la [STS de 3 de noviembre de 2011 \(rec. 4615/2010\)](#); doctrina esta que viene a rectificar la [sentencia objeto de este comentario](#)⁴. A juicio de la magistrada, la pensión reconocida a la actora por la prestación de sus servicios en Suiza lo fue con base exclusivamente en las cotizaciones ingresadas en ese país y en aplicación de su propia legislación, sin que para ese reconocimiento computase ninguna cotización española. Pese, pues, a su naturaleza de rendimiento sustitutivo de las rentas del trabajo, que no aparece cuestionada, no se trataría de una pensión reconocida al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social de la que España paga una parte, y, por tanto, siguiendo el criterio unificador mantenido por el tribunal en 2011, no debería computar a efectos del reconocimiento del derecho a complemento a mínimos.

No obstante, como ya ha quedado apuntado, la sentencia mayoritaria no comparte esta interpretación de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 14 del [Real Decreto 1045/2013](#). Considera que la finalidad perseguida por el legislador no es la de excluir las pensiones recibidas de una entidad extranjera del cómputo de ingresos que debe tenerse en cuenta para el complemento por mínimos, sino regular la fórmula aplicable para determinar el modo en que la Seguridad Social española debe complementar con los mínimos esas pensiones, cuando legalmente proceda. La exclusión de estas prestaciones recono-

⁴ El citado voto particular se fundamenta, además, y, en primer lugar, en la consideración de que entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste no existe contradicción.

cidas por una entidad de otro país sería, considera el fallo, «una previsión *ultra vires* contraria a los preceptos de superior rango que en la ley ordinaria obligan a contabilizar todo tipo de rendimientos o ingresos de trabajo».

Las prestaciones percibidas de entidades extranjeras se han de considerar, pues, ingresos o rendimientos de trabajo que han de ser computados a efectos del complemento por mínimos, pues no tendría sentido la exclusión de conceptos que sí serían tenidos en cuenta si fuesen abonados por una entidad española. Lo contrario supondría otorgar un tratamiento desigual e injustificado a los beneficiarios de las pensiones, en razón de que sea nacional o extranjera la entidad de la que perciban la prestación, y desnaturalizaría la finalidad de los complementos, desde el momento en que permitiría la percepción de los mismos con independencia de la cuantía de la prestación percibida de una entidad extranjera, por muy elevada que pudiera ser la misma.

4. Trascendencia del fallo

Como ha quedado expuesto, en la sentencia objeto de este comentario, el TS rectifica su doctrina precedente, que eximía del cómputo a efectos del reconocimiento del derecho al complemento por mínimos a las pensiones reconocidas en el extranjero con base, exclusivamente, en las cotizaciones ingresadas en aquel país, sin tener en cuenta las realizadas en España. Estimando el recurso del INSS, considera el tribunal, con este cambio de criterio, que la citada exclusión carece de sentido, debiendo ser contabilizadas todas las prestaciones que pueda percibir el pensionista, incluso aquellas recibidas de entidades extranjeras, que serán consideradas ingresos o rendimientos del trabajo y que, por tanto, condicionarán el derecho del beneficiario al complemento.

Una rectificación de doctrina esta que, entendemos, responde a la naturaleza y finalidad perseguida por el legislador con la figura del complemento por mínimos, que no es sino la de contribuir a garantizar en la práctica la exigencia constitucional de suficiencia protectora que deriva de los artículos 41 y 50 de la Constitución. Para ello, se intenta asegurar una cuantía mínima de las pensiones contributivas a aquellas personas beneficiarias para quienes la aplicación estricta del principio de contributividad a la hora de calcular sus pensiones, unida a la ausencia de cualquier otro tipo de renta o ingreso, no les permite alcanzar la cuantía que anualmente se establece como límite del umbral de pobreza.

Parece adecuado, por tanto, que, a la hora de determinar o no el derecho de la persona beneficiaria de una pensión contributiva de la Seguridad Social al complemento por mínimos, haya de ser computada la totalidad de rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales –de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF–, tal y como establece el [artículo 59 de la LGSS](#). Ha de ser la situación de necesidad del pensionista, concretada en la carencia de ingresos por encima

del mínimo legalmente establecido, la determinante del reconocimiento del complemento. Y para valorar si concurre o no esa situación de necesidad, es necesario tener en cuenta la totalidad de los recursos con los que cuente el perceptor de la pensión.

Tal y como ha quedado expuesto, no existe controversia jurisprudencial sobre la naturaleza de rentas sustitutivas de los rendimientos de trabajo de aquellas prestaciones percibidas de una entidad extranjera, con base en las cotizaciones efectuadas en ese país. Partiendo de esta naturaleza, la interpretación mantenida hasta ahora por el TS de la normativa que anualmente desarrolla el [artículo 59 de la LGSS](#) y regula los complementos a mínimos, en el sentido de excluir del cómputo de rentas o ingresos dichas prestaciones, podría dar lugar en la práctica a tratamientos desiguales e injustificados ante situaciones equiparables. Así, según esta interpretación, el reconocimiento o no del derecho a percibir el complemento por mínimos a las personas beneficiarias de una pensión no tendría en cuenta su situación económica, sino que se haría depender simplemente de si la entidad de la que se perciba la correspondiente prestación sea nacional o extranjera.

Y, además, como consecuencia de ello, esa interpretación chocaría con la propia naturaleza del complemento, desde el momento en que la persona beneficiaria de una pensión recibida de una entidad extranjera mantendría el derecho a percibirlo con independencia de la cuantía de la misma, por muy elevada que pudiera ser esta, contraviniendo la finalidad buscada por el legislador que, en palabras del tribunal, no es sino la de «destinar los limitados presupuestos públicos para complementar las pensiones más bajas percibidas por quienes carecen de recursos económicos de cualquier naturaleza y no superan el umbral de pobreza en el que el legislador haya fijado el importe de la pensión mínima».

Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#)

Cristóbal Molina Navarrete

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

[...] Es claro que tanto la identificación de tal divergencia [la igualdad sexual vive en la norma, pero no en los hechos] como la de las garantías capaces de reducirla deben partir [...] no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

L. Ferrajoli

1. Un marco multinivel: deficitaria, pero loable, voluntad nacional de reconocer y corregir la brecha de género en pensiones

El [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) reconoce un complemento, por su «contribución demográfica a la Seguridad Social», para las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos (o adoptados) y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, en relación con las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. De naturaleza contributiva, dicho complemento consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 188-201.

una escala (5 % en el caso de dos hijos, 10 % para los casos de 3 hijos y 15 % para las situaciones de 4 o más hijos). Como es conocido, lo más característico de esta prestación contributiva es la exclusión que se hace, en su campo de protección, del sexo masculino, de modo que, pese a tener idéntica contribución demográfica ambos progenitores, solo las mujeres podrían beneficiarse de este complemento de pensión. En consecuencia, se pergeñó como una auténtica acción positiva (no propiamente como una discriminación positiva) a fin de contribuir de alguna manera a la corrección de la extremada brecha de género en pensiones que se constata en nuestro sistema público de pensiones. La propia denominación dejaba suficientemente clara esta finalidad, al llamarse «complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social».

Aunque, como luego se desgranará con algún detalle, este complemento, loable en su fin, fue políticamente improvisado ([disp. final segunda Ley 48/2015, de 29 de octubre](#), de presupuestos generales del Estado para el año 2016, añadiendo un art. 50 bis a la LGSS de 1994, para las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016) y técnicamente muy viciado, fue avalado sin reserva alguna –en este punto– por todos los integrantes del Tribunal Constitucional (TC). Para el Auto del TC ([ATC\) 114/2018, de 16 de octubre](#), este complemento tenía como última razón jurídica de ser compensar las «carreras de seguro» más cortas de las mujeres derivadas de la maternidad:

[...] el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado [...], y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores (FJ 3.º).

El entero sistema de fuentes jurídicas nacionales en la materia reincidía en esta loable finalidad correctora de la brecha de género en pensiones que padecen las mujeres a causa del sexista reparto de trabajos existente, el productivo eminentemente para los hombres, el reproductivo eminentemente para las mujeres. Sea la nonata norma reglamentaria proyectada, sea el criterio de interpretación técnica para su gestión práctica del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (1/2018, de 1 de febrero), alardeaban de estar ante una genuina medida de acción positiva urgida, no en contra, de la igualdad material entre mujeres y hombres. Por lo tanto, la previsión legal tendría el noble fin de corregir, al menos parcialmente, los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las mujeres «con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos». El persistente sexismo en el mercado de trabajo (menor promoción profesional –techo de cristal; precariedad laboral mayor–, menores retribuciones –brecha salarial– de las trabajadoras) tiene un reflejo directo, aunque no inmediato, sino diferido en el tiempo, en la naturaleza y cuantía de sus pensiones futuras (brecha de género en pensiones: menores bases reguladoras, periodos de cotización más reducidos, etc.).

Por todo ello, tendría, desde la perspectiva jurídico-nacional, total justificación la voluntad legislativa de compensar únicamente a las mujeres tan insostenible diferencial, claramente

injusto, insolidario, regresivo y agravante. Este arsenal de descalificativos no está explicitado en el criterio técnico, es de mi cosecha, si bien subyace en él, al igual que en la más reciente jurisprudencia social. Baste ahora reseñar a tal fin la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 79/2020, de 29 de enero. Esta decisión, apelando al criterio hermenéutico de juzgar con perspectiva de género, en virtud del artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), colmará las deficiencias (vacíos normativos y contradicciones de género) existentes en relación con el sistema de Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) para causar pensiones por muerte y supervivencia.

La ferviente convicción de estar en posesión de la verdad jurídica antidiscriminatoria real con este credo partidario de la igualdad material, la real, no la formal, la proclamada, pero a diario desmentida, llevó también a los niveles jurisdiccionales inferiores, al menos en su mayoría, a resolver las muchas deficiencias jurídicas de la regulación (lagunas, contradicciones, ambigüedades) desde ese fundamento igualitarista. Por eso la tendencia mayoritaria fue a una interpretación expansiva, pero siempre (o casi, por lo que de inmediato se dirá) sin expresar duda alguna en torno a la corrección jurídica de acotar su ámbito subjetivo al colectivo de mujeres, cumpliendo una clara función de suplencia legislativa, incluso reglamentaria, ante el fracaso del proyecto reglamentario ya referido (y que buscaba clarificar esas deficiencias en torno a un defectuoso régimen jurídico, pero en su aplicación, nunca cuestionando su diseño como acción positiva). Desde esta perspectiva partidaria de la mayor expansión posible de la prestación, pero siempre para las mujeres, la doctrina judicial mayoritaria interpretó, por ejemplo, que el nacimiento fallido, por la muerte prematura en las entrañas de la madre –aborto– (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Madrid 521/2018, de 24 de septiembre, y Galicia 4821/2018, de 7 de diciembre), o por no llegar a durar lo suficiente para adquirir personalidad jurídica plena (por ejemplo, STSJ de Aragón 168/2019, de 20 de marzo), no debía frustrar el derecho al complemento. Conviene advertir, no obstante, que otras resoluciones se mostraron más restrictivas (por ejemplo, STSJ de Canarias/Las Palmas 904/2019, de 11 de septiembre, que rechaza el complemento si no logra sobrevivir hasta lograr la personalidad jurídica; también la niega la STSJ de Madrid 351/2019, de 10 de abril).

Sea como fuere, en este ámbito, y a diferencia de lo que está sucediendo respecto de un sinfín de cuestiones laborales y de seguridad social, era poco esperable que algún nivel del sistema jurisdiccional múltiple de los derechos fundamentales de las personas acudiera, por virtud de la cuestión prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para plantear un juicio de conformidad de la exclusión legislativa del complemento de pensión para el varón, también aportador a la demografía patria. Aunque de todos es conocida la tradicional resistencia del TJUE a aceptar alegremente las acciones positivas (doctrina Kalanke: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –STJCE– de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93), no menos sabido es que el legislador comunitario ha ido progresando, justamente como reacción correctora frente a tan antediluviana lectura jurídica (típica de la época liberal ilustrada) y para corregir la desigualdad fáctica, hacia un

mayor favor para con esta técnica de garantía de la igualdad efectiva. Así, el artículo 157.4 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) prevé que:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Asimismo, la configuración de la no discriminación por razón de sexo como un genuino derecho fundamental, aplicable de forma directa a todas las relaciones, públicas y privadas, ha de ser una enseña fundamental en la interpretación del entero sistema jurídico comunitario. Y ello afecta a las normas laborales ([Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio](#)) y de seguridad social. Si el artículo 4 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, establece el principio de igualdad, en su artículo 7 se abre la legitimidad de:

[...] b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos; [...].

Su cuidada o exquisita lucha por desvelar todas las discriminaciones indirectas contra las mujeres, sea en el ámbito laboral, sea en el de seguridad social, por las diferencias reguladoras en la práctica del mercado de trabajo, sería una magnífica exposición de tal proceso evolutivo en el derecho de la Unión Europea, a fin de hacer coincidir la igualdad jurídica con la igualdad de hecho, corrigiendo las profundas divergencias agraviantes, sobre todo en el mercado de trabajo (por ejemplo, la Sentencia del TJUE –[STJUE](#)–, [Sala 3.ª, de 3 de octubre de 2019, asunto C-274/18](#), para un supuesto de abuso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada a tiempo parcial en perjuicio de los contratos de trabajo indefinidos y a tiempo completo, especialmente con mujeres trabajadora, proscribió un doble efecto discriminatorio de la precariedad: por la modalidad contractual y por razón de género).

No obstante, bien es cierto que esa concepción formalista de la igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, sobre todo con relación a la técnica de las acciones positivas y en el ámbito de los regímenes de previsión social –públicos y privados–, se mantuvo (caso Barber: [STJCE de 17 de marzo de 1990](#)) y así queda expresado recientemente, para las pensiones privadas del sistema de empleo, en la [STJUE \(Gran Sala\) de 7 de octubre de 2019, asunto C-171/18](#). Más allá de la anécdota política (será una de las últimas cuestiones prejudiciales a resolver el TJUE respecto de dudas planteadas por órganos judiciales británicos, consumado el Brexit –si el drama del nuevo virus con corona no lo vuelve a retrasar–), en esta sentencia se considera no discriminatoria la equiparación retroactiva de

los trabajadores a la condición más favorable de la edad ordinaria de jubilación de las trabajadoras de un plan de pensiones de empresa, dando cuenta de las vicisitudes sufridas en el orden jurídico por las medidas de diferenciación entre sexos a favor de la igualdad jurídica y en contra de las desigualdades de hecho. Por eso, poco esperable, y minoritaria, en todo caso, la crítica judicial del complemento existía y se plasmó en diversas decisiones. Minoría que han conseguido triunfar en el TJUE, dejando en las mayores de las incredulidades a propios y extraños.

No obstante, por lo que se dirá, si bien mirado, «de aquellos polvos» (improvisación, déficits de técnica reguladora), «estos lodos» (una sobreprotección del varón, tan injusta como costosa para el sistema de Seguridad Social). Conviene, pues, una adecuada comprensión de la doctrina jurisprudencial comunitaria que aquí pasamos a analizar en sus detalles.

2. Caso concreto: relato de hechos para la solución normativa

El INSS concedió a un hombre una pensión por incapacidad permanente absoluta del 100 % de la base reguladora (1.603,43 € al mes más revalorizaciones). El trabajador presentó una reclamación administrativa previa contra dicha resolución, alegando que, al ser padre de dos hijas, debía tener derecho a percibir el complemento de pensión previsto, en las mismas condiciones que las mujeres madres de dos hijos que son beneficiarias de una pensión contributiva de incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social española. El INSS desestimó la pretensión. Interpuesto recurso ante el Juzgado de lo Social número 3 de Gerona, solicitando que se le reconociera el derecho. Presentado el recurso contencioso en lo social, tuvo lugar el fallecimiento del trabajador. Su esposa sucedió al difunto como demandante en el litigio principal. El abono del complemento de pensión, en caso de reconocerse, tendría efectos hasta la fecha del fallecimiento.

El juzgado de lo social valora que el concepto de «aportación demográfica a la Seguridad Social» es predicable por igual tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social. Desde este punto de vista, considera que el [artículo 60.1 de la LGSS](#) establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica. No obstante, el juez es consciente de que la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un periodo de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito

profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del [artículo 60.1 de la LGSS](#) podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad. En la duda, presenta cuestión prejudicial.

3. La doctrina del TJUE: breviarío de razonamientos jurídicos para el fallo

El TJUE gusta de las decisiones de justicia oracular. Piénsese, por citar la más reciente, y en un ámbito de marcada precariedad laboral, en la [STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18](#), que, pese a desautorizar, por sistémico, el abuso por los poderes públicos españoles de la sucesión de relaciones de servicio de duración determinada –también en servicios tan esenciales como los sanitarios, hoy absolutamente determinantes para la lucha contra la lacra del COVID-19, por ejemplo–, termina remitiendo a cada órgano judicial la solución en cada caso concreto (con lo que, dicho sea de paso, abre la vía a tantas respuestas como niveles jurisdiccionales, hasta que pueda intervenir, 2 años después, el TS, sin que tampoco su intervención garantice una respuesta cierta, porque quedará de nuevo abierta al escrutinio de cada órgano judicial nacional que podrá llevarlo de nuevo al TJUE, en una cadena sin fin). Pero no ha sido el caso que nos ocupa en este análisis. La [STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#), ha sido muy clara, incluso demasiado, podría reprochársele, como luego indicaremos ampliamente:

La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional [...] que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Al margen de enmendarle la plana al juez inquiriente en orden al ámbito de derecho de la Unión en cuestión –que no es el planteado de inicio, la [Directiva 2006/54](#), sino el específico de la [Directiva 79/7/CEE](#)–, pues un complemento contributivo no estaría comprendido dentro del concepto de «retribución» ex artículo 157 del [TFUE](#), pero sí en el artículo 3.1 de la [Directiva 79/7](#) (SSTJUE de 16 de diciembre de 1999, asunto C-382/98, Taylor, apdo. 14, y [22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno](#), apdo. 26), el TJUE concluye que el [artículo 60 de la LGSS](#) constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la [Directiva 79/7](#). Se pronuncia, de este modo, en línea con

las conclusiones del abogado general, que descartó, a diferencia de lo que sucede con carácter general en el ámbito de la discriminación indirecta por razón de sexo, el valor de los datos estadísticos acreditativos de la evidente brecha de género en pensiones para justificar el [artículo 60 de la LGSS](#) como acción positiva legítima.

Conviene enfatizar este razonamiento del TJUE. El *praetor imperator* comunitario no descarta la legitimidad de acciones positivas ex artículo 157.4 del [TFUE](#) a fin bien de priorizar el acceso al desarrollo de actividades profesionales al sexo menos representado, bien de «compensar desventajas en sus carreras profesionales». Sin embargo, el complemento de pensión se dirige, para el TJUE, a un objetivo, compensar la contribución demográfica, en el que participan de modo comparable mujeres y hombres, sin que la segunda razón de ser del mismo, compensar las menores carreras profesionales de las mujeres a raíz del trabajo de cuidar, derivada de esa aportación, quede reflejada adecuadamente en el diseño normativo ni en los resultados de la medida legislativa. Consecuentemente, la diferencia de trato ante una situación análoga no se justificaría ni resultaría proporcionada, ya que la situación sería comparable con la de los hombres que vieran igualmente truncada su carrera de cotización a causa de la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, no hallando el TJUE –aquí exhibe su formalismo igualitarista extremo– razón para rechazar que los hombres también puedan sufrir las mismas desventajas en su carrera ([STJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99, Griesmar](#), apdo. 56).

4. Trascendencia de la doctrina: ¿el TJUE cuestiona la «ley con perspectiva de género» o solo la «mala ley de género»?

4.1. La equidad de género debe garantizarse al alza –beneficiando a los hombres–, no a la baja –privando del complemento a las mujeres–: retorno del «varón discriminado»

No hay que argumentar apenas nada para comprender la extraordinaria importancia de esta decisión de política jurídica del TJUE en materia de pensiones públicas con perspectiva de género, tanto práctica (para el grupo de cuestiones a las que afecta) como teórica (para el conjunto de la política de pensiones públicas). La decisión del TJUE se presta a valoraciones de muy diverso signo, debiendo convivir las negativas (por su arraigado formalismo, incapaz de dar un salto cualitativo verdaderamente relevante en este ámbito, dando a la igualdad efectiva un sentido material, no solo formal) con otras positivas (porque no niega en modo alguno ni la brecha de género en pensiones –sería un inconsciente si lo hiciera, negando la realidad– ni la legitimidad de medidas correctoras –sería un obstáculo intolerable para el progreso jurídico–, solo que pide que se hagan de una forma correcta, no improvisada e indiscriminada, lo que no hizo el legislador español). A mi juicio, el análisis valorativo puede hacerse, siempre sucintamente, en cuatro ámbitos. A saber:

- a) La proyección inmediata en la delimitación del campo subjetivo de la acción protectora del [artículo 60 de la LGSS](#), puesto que implica un marcado desbordamiento del previsto, para ser indiscriminado –beneficia a hombres y mujeres–.
- b) El efecto de duda, o de contrarresto, que puede tener la doctrina del TJUE en la suerte del método interpretativo (hermenéutico) que hoy hace furor en los diversos niveles jurisdiccionales: juzgar en el orden social con perspectiva de género.
- c) La revisión de las relaciones entre la doctrina del TJUE, tenida más avanzada, e incluso anticipatoria, en materia discriminatoria respecto de la del TC, pues este legitimó sin la menor tacha una medida que el TJUE ha desautorizado de raíz.
- d) El impacto que puede tener en la reforma del sistema de pensiones públicas, urgida no ya solo para equilibrar el estructural déficit financiero que atraviesa –y que crecerá más con la crisis del coronavirus, al llamar al sistema como amortiguador de parte de los inmensos costes de esta pandemia–, sino también para corregir, o paliar de forma significativa, el desequilibrio de género no menos estructural y profundo que presenta.

La primera cuestión es la más fácil de resolver jurídicamente. El sexo no puede ser ya un requisito determinante para el acceso al complemento del [artículo 60 de la LGSS](#). Por lo tanto, todos y todas tienen derecho al mismo, si reúnen los demás requisitos legalmente previstos para una pensión contributiva de las previstas en el precepto –alta en el sistema, cotización suficiente–. El TJUE viene afirmando, desde hace décadas, en una doctrina consolidada (la aplica la Gran Sala, si bien en el ámbito de un régimen de pensiones privadas del sistema de empleo o de empresa y para la edad de jubilación, en su citada [Sentencia de 7 de octubre de 2019, asunto C-171/18](#)), que, en una situación de discriminación de los hombres respecto de las mujeres, hasta que no se adopten medidas legales que restablezcan la igualdad, solo puede garantizarse tal derecho reconociendo a ellos las mismas ventajas que a ellas.

Precisamente, así lo acaba de reconocer la [STSJ de Canarias/Las Palmas 44/2020, de 20 de enero](#), que, disipando sus dudas –planteó cuestión prejudicial en 2019– al respecto, reconoce el complemento de pensión ex [artículo 60 de la LGSS](#) (le supondrá –apenas– 190 € más al mes) a un trabajador que, viudo (evoca la figura del «viudo discriminado» que acuñara Alonso Olea), se debió hacer cargo del cuidado de sus cuatro hijos. En el sustrato de este fallo subyace un argumento fuerte de corresponsabilidad, a fin de evitar que el beneficio perpetúe la desventaja –la mujer como cuidadora principal–:

La práctica de cuidar «de facto» puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de los hijos/as es un avance hacia la corresponsabilidad y, por lo tanto, la igualdad real entre hombres y mujeres.

4.2. ¿Cuestiona el TJUE la metodología de juzgar con perspectiva de género el sistema de pensiones?: llamando a la corresponsabilidad

Precisamente, a fin de garantizar una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, esta sala de suplicación social se ha caracterizado por promover, con un gran entusiasmo (voluntad) y sólida argumentación (solvencia técnica), la toma en serio de la llamada a la metodología jurídica de «juzgar con perspectiva de género» ([art. 4 LOIEMH](#); arts. 2 y 5 [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) –CEDAW, por sus siglas en inglés–). Tal habría sido su éxito que incluso se ha convertido en jurisprudencia social consolidada. La [STS 79/2020, de 29 de enero](#), desestima el recurso de casación para unificación interpuesto por el INSS contra la pionera [STSJ de Canarias/Las Palmas 281/2017, de 2 de mayo](#). Por lo tanto, se reconoce el derecho de una mujer a percibir prestaciones a favor de familiar a raíz de la muerte de su madre (con una base reguladora de 6,85 €, porcentaje de pensión del 72 %, con efectos del 1 de febrero de 2016), no siendo esta beneficiaria de pensiones de jubilación o incapacidad permanente contributivas, pero sí de una pensión de vejez SOVI –que no reconoce aquella prestación–. De este modo, aplicando la metodología de juzgar con perspectiva de género, la jurisprudencia social cumpliría no solo una función correctora del sistema legal, sino también de suplencia del mismo, de modo que sus omisiones de protección (vicio de laguna jurídica) no terminen siendo contradicciones (vicio de antinomia) con el principio de igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres, eliminando todos los prejuicios, patrones socioculturales o estereotipos y prácticas sexistas, esto es, basados en la idea de diferencias *de facto* ([art. 5 CEDAW](#)).

El TS revisa sus precedentes «superados por la evolución normativa», incorporando el concepto de «*gender mainstreaming*», elaborado en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, Beijing, 1995. Por lo que los artículos 4 y 15 de la LOIEMH exigirían una interpretación del requisito excluyente del artículo 217.1 c) de la LGSS correctora-abrogatoria del prejuicio de género ínsito en él, al descartar la pensión SOVI, absolutamente feminizada, por lo que no tiene un efecto neutro real, solo aparente. También la [STS 115/2020, de 6 de febrero](#), asume, ahora para el [artículo 208 de la LGSS](#) (requisitos para la jubilación anticipada), que su interpretación literal puede generar un impacto de género negativo, mutando en discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. Por eso reconoce, a los efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, el tiempo de prestación del Servicio social obligatorio de la mujer (realizado por la sección femenina en tiempos franquistas), de forma análoga a la consideración que tienen en el [artículo 208.1 de la LGSS](#) tanto el servicio militar obligatorio como la prestación social sustitutoria.

¿Cuestiona la sentencia del TJUE este progreso jurídico, al preconizar una igualdad más formal entre mujeres y hombres, de modo que quedarían deslegitimados los juicios dirigidos a la eliminación de tales estereotipos de género a favor de la mujer si con ello se les

concede una posición de favor respecto de los hombres? A mi juicio, así resulta de una primera y más superficial lectura de la [sentencia del TJUE analizada](#), sin duda exhibicionista del formalismo jurídico más ancestral en materia de igualdad. Pero, mejor analizada, la conclusión debe ser más matizada. El TJUE no solo no es insensible a esos prejuicios sexistas encubiertos en las normas, sino que legitima su corrección, pero por caminos adecuados, no de forma genérica o lineal, por ser más «fácil» y directa, exigiendo, en todo caso, un estricto juicio de proporcionalidad.

Cierto, aunque como pura excepción (SSTJUE de [3 de septiembre de 2014, C-318/13](#), y [26 de junio de 2018, C-451/16](#)), revelando su tradicionalismo, el TJUE asume la legitimidad de las acciones positivas (arts. 4.1 y 7.1 b [Directiva 79/7](#)). En la lista cerrada incluye las relativas a la protección por maternidad, también tras la incorporación (SSTJUE de [12 de julio de 1984, Hofmann](#), apdo. 25, y [19 de septiembre de 2013, Betriu Montull](#)), a fin de corregir la posición desventajosa que de tal condición deriva para las mujeres en el mercado de trabajo. El sistema de pensiones no quedaría fuera de tales acciones. Ahora bien, no vale cualquier medida, no siendo la del [artículo 60 de la LGSS](#) ni adecuada ni proporcionada a tal objetivo, porque no contendría «ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión [...] [y] las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el periodo que sigue al parto» (apdos. 57 y 62).

El TJUE insistirá en la inexistencia de un vínculo directo y específico entre la medida de ventaja en el disfrute de pensiones públicas y las desventajas *de facto* derivadas de la cualidad de madre de la trabajadora para aplicar la opciones comunitarias de acciones positivas, como el artículo 157.4 del [TFUE](#) (apdo. 65):

[...] el complemento de pensión [...] se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión [...], sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera [...] (SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, apdo. 65, y 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, apdo. 101).

La ausencia de esa conexión normativa directa entre el beneficio de pensión pública y las desventajas en el mercado de trabajo de las mujeres haría de una condición común, la procreación y el deber de cuidado de la prole, un factor de diferenciación normativa, lo que estaría prohibido (SSTJCE de [29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99, Griesmar](#), y [26 de marzo de 2009, asunto C-559/07](#)).

Incluso podría pensarse, si bien el TJUE no lo explicita aquí, a diferencia de lo que sí hace en otras sentencias (SSTJUE de [30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez](#), y [16 de julio de 2015, asunto C-222/14, Maïstrellis](#)), en que en su posición subyace

la defensa del principio de corresponsabilidad, a fin de no asociar con el trabajo de cuidar solo al sexo femenino. Así lo expresa la citada [STSJ de Canarias/Las Palmas 44/2020, de 20 de enero](#), que constata una marcada tendencia del TJUE a depurar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres ciertos beneficios o ventajas relacionados únicamente con el cuidado de menores –también de familiares–, pues sería una expresión más de discriminatorios estereotipos de género.

Con todo, aun desde este sustrato de corresponsabilidad, crucial para impedir que las ventajas terminen perpetuando el sexismo en el reparto de los tiempos de trabajo, no se libra el TJUE del formalismo: a diferencia del ámbito de la discriminación indirecta por sexo, aquí desprecia la prueba estadística. Sabemos, también el TJUE y el abogado general, y los propios algoritmos de diferentes servicios públicos de empleo (belgas, holandeses, austriacos), que las mujeres sufren mucho más «las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos, porque, en general, asumen esta tarea» (apdo. 53; punto 66 conclusiones del abogado general). Asimismo, bien sabido es –por todos, pero ahora ya no por el TJUE, ni por el abogado general– que, aun con los mismos hijos, los hombres no han podido sufrir, hasta el momento, en el futuro ya se verá, «las mismas desventajas en su carrera» que ellas. En consecuencia, el TJUE no solo infravalora una realidad de histórica discriminación fáctica por la atribución social del rol principal en el trabajo de cuidar no remunerado, relegándola en el trabajo remunerado, sino que omite su deber de integrar también él, en su juicio, la perspectiva de género, puesto que así se lo exigiría el artículo 9 del [TFUE](#) (también fruto de la citada IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, Beijing, 1995, tan revalorizada por el TS español, según vimos).

4.3. Otro capítulo de conflicto entre el TC, el TJUE ¿y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?: ¿cuál debe evolucionar más?

No es ya, en cambio, a diferencia de su primera etapa, muy partidario el TC español de la figura del «varón (viudo o no) discriminado». Por eso, constatado que las mujeres sufren un amplio catálogo de desventajas laborales (Sentencia del TC –[STC– 128/1987, de 16 de julio](#)), el sistema constitucional español, a través de la interpretación de su máximo órgano de garantías, habría evolucionado desde la vieja etapa de las normas falsamente tuitivas de las mujeres hacia otra de mayor igualdad jurídica efectiva. Una evolución que implica la renovación de técnicas de garantía, para lo que se da entrada de pleno derecho no solo a la discriminación indirecta, sino también a las acciones positivas ([STC 19/1989, de 31 de enero](#)).

Justamente, porque las normas que otorgan ciertos beneficios a las mujeres, lejos de crear discriminación alguna, se limitan a otorgar «determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado» (citada [STC 19/1989, FJ 5.º](#)), el referido [ATC 114/2018, de 16 de octubre](#), legitimó este complemento (FJ 3.º). No hacía otra cosa que seguir también una doctrina consolidada del pro-

pio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este, en relación con las diferencias de edad de jubilación, menor para las mujeres que para los hombres, como una forma de compensar las menores carreras de seguro de ellas, conforme a una práctica legislativa muy extendida en el resto de Europa, como en el Reino Unido, asumió (Sentencia del TEDH –STEDH– de 12 de abril de 2006, caso *Stec y otros vs. Reino Unido*) que, originariamente, «la diferencia establecida entre hombres y mujeres en cuanto a la edad legal de jubilación trataba de corregir las desigualdades de hecho [desventajas económicas derivadas de la reducción de la capacidad de obtener análogos ingresos] entre los primeros y las segundas». Por lo tanto, perseguía un fin legítimo y estaba razonablemente justificada, de modo que no era contraria ni al artículo 14 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) ni al artículo 1 del [Protocolo número 1 del CEDH](#) (recuérdese que, como se ilustró en el [estudio preliminar](#) de este monográfico, el TEDH garantiza de forma efectiva la seguridad social, pese a no reconocerse como tal formalmente en el [CEDH](#), como un derecho humano a través del derecho a la propiedad –por ejemplo, reciente [STEDH de 5 de marzo de 2020, caso Grobelny c. Polonia](#)–).

Cierto, el TEDH pone un condicionante temporal a esa legitimación de la desigualdad de derechos de protección social a favor de las mujeres en aras de la igualdad efectiva, pues tal diferencia legal de trato habría tenido una justificación objetiva y razonable «hasta una época» concreta, aquella en la que «los cambios producidos en los planos social y económico habían hecho desaparecer la necesidad de un trato especial para las mujeres» ([STEDH de 12 de abril de 2006](#), apdo. 66). Ahora bien, al margen de lo discutible que resulta que esa etapa histórica ya esté cerrada, pues la prueba estadística evidencia lo contrario, el TEDH es inequívoco al atribuir al Estado un amplio margen de decisión «en cuanto al calendario de la reforma y a los medios precisos para corregir la desigualdad», siempre que no sean «manifiestamente irrazonables». Precisamente, la [STJUE de 1 de marzo de 2011, asunto C-236/09, Test-Achats](#), para el ámbito de las pensiones privadas, anuló la excepción del artículo 5.2 de la [Directiva 2004/113](#), que autorizaba diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones cuando el sexo constituyera un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, por su temor al «riesgo de que el derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción» (apdo. 31). Por lo tanto, sería en el carácter ilimitado de la excepción donde residirá la contradicción del derecho a la igualdad de trato, recogido no solo en la directiva, sino también en el artículo 21 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (apdo. 32).

En suma, el TC no se muestra como ningún campeón del enfoque de género. Baste pensar en lo que le cuesta identificar discriminaciones indirectas por razón de género, yendo a menudo a remolque del propio TJUE (el ejemplo paradigmático, en este caso para la pensión de jubilación para las personas trabajadoras a tiempo parcial, pero debe predicarse igualmente para la pensión de incapacidad permanente, pues el sistema de cálculo es análogo, está en la [STC 91/2019, de 3 de julio](#), que solo anuló este sistema de cómputo tras una intervención del TJUE). O, así lo probaría, igualmente, el que el propio [ATC 114/2018, de 16 de octubre](#), incluya dos votos particulares que, con magnífico criterio, reprueban a la ma-

yoría el que no aplicara la perspectiva de género en el enjuiciamiento del «complemento de maternidad por contribución demográfica», avalando sin más una medida que, en sí misma, contiene elementos de profundización de la brecha de género en pensiones (por ejemplo, infraprotección de las mujeres con carreras profesionales más «accidentadas» –quebradas– y sobreprotección de las que lograron una carrera de seguro más estable, «masculinizada»). Ahora bien, queda igualmente claro que, en lo que concierne a las acciones positivas, tanto el TC, como, incluso, el TEDH, muestran más sensibilidad, y racionalidad jurídica, que el TJUE, cuyo formalismo igualitario y reduccionismo no solo sigue asombrando, sino que resulta ahora ya completamente desfasado, urgido de una profunda revisión y superación, sin que por ello se deba infravalorar, se insiste, la llamada que hace a una política de género en pensiones más coherente y sofisticada, no tan lineal, rancia y miope como la que refleja el –oportunista y anacrónico– [artículo 60 de la LGSS](#).

4.4. El mensaje para la reforma legal: corregir la brecha de género en pensiones no solo es legítimo, también necesario, pero debe ser coherente y eficaz

Desde esta perspectiva de razón jurídica, más allá, por tanto, de una posición judicial, por más determinante que sea, como la del TJUE, conviene leer adecuadamente el sentido de su fallo, sobre todo por el principal destinatario del mismo, el legislador nacional. No hay duda alguna de que el TJUE ha invalidado la técnica de acción positiva dispuesta por el [artículo 60 de la LGSS](#) para corregir la indudable brecha de género en pensiones que existe en nuestro país, por lo que deberá extenderse a todas las personas, al margen de su sexo. De este modo, además de incrementar notablemente su coste (no solo habrá más personas beneficiarias, sino que su coste será también mayor, porque las pensiones que cobran ellos son muy superiores a las de ellas), con el impacto intensificador del desequilibrio financiero del sistema de pensiones públicas, resulta igualmente evidente que no hará sino profundizar en la brecha de género en pensiones públicas en detrimento de las mujeres –salvo en relación con las pensiones de viudedad–. Si más altas son las bases reguladoras y, por lo tanto, mayores las pensiones sobre las que se aplican los porcentajes, ¿acaso no se crea una discriminación indirecta por razón de sexo?

Nos hallaríamos, pues, en una notable paradoja, sino contradicción jurídica en sentido propio, que deberían resolver los niveles jurisdiccionales internos ¿sobre la base de una renovada metodología de juzgar con perspectiva de género, como se ha venido indicando en las páginas precedentes? El despropósito alcanzaría, en tal caso, proporciones colosales, desde luego descomunales, por lo que bien haría el legislador nacional en releer con detenimiento la sentencia del TJUE y adoptar las medidas necesarias para que, sin incurrir en discriminaciones por razón de sexo directas, tampoco lo haga en indirectas, y menos aún en la perpetuación, sino en la agravación, de la brecha de género en pensiones, tan incontes-

table, por la prueba de los hechos (además de las medidas estadísticas –aunque la prueba estadística no sea siempre determinante, es verdad–), como intolerable hoy.

Además de que el sistema legal regulador de las pensiones públicas contiene variados elementos que agrandan esa brecha, exigiendo una reforma global que elimine, o al menos palíe, esas diferencias de protección injustificadas, atendiendo al complemento contencioso, su infortunio en sede jurisdiccional era la «crónica de una discriminación anunciada». En nuestro tiempo, no puede ser la «contribución demográfica» en sí misma, en la que participen, sin duda de ningún tipo, hombre y mujer a la par (se sigan las técnicas de fecundación que se sigan), el factor determinante de un «plus de protección solidaria» de la ciudadanía, a través del sistema público de pensiones, ni en la incapacidad permanente ni en la pensión de jubilación –otra cosa será en la rama, sí, hoy raquítica, de prestaciones familiares–, sino la compensación real, efectiva, por las muchas desventajas que se derivan del «trabajo de cuidar» (no solo a menores, también a mayores dependientes). Si, como consecuencia de la corresponsabilidad –hoy más un derecho programado que una realidad actualizada–, también los hombres experimentamos las quiebras o fallas en la carrera de seguro, el plus de protección solidaria debe desenvolverse sin género, claro está, por lo que el legislador debe hacer una labor de regulación fina, específica, coherente, e incluir tal situación. Ahora bien, parece claro que ni en la época en que las mujeres que hoy pueden tener derecho a una pensión de jubilación (o, incluso, de incapacidad permanente, aunque sea más nítido en la primera, por razones obvias), ni siquiera las que hoy están madurando tales derechos, gozan de una posición idéntica.

En consecuencia, el legislador tendrá que establecer criterios que, favoreciendo la prueba presuntiva de hecho diferencial en la trayectoria laboral por la condición biológico-social de maternidad, se abran a la prueba específica de situaciones del género también para los hombres. Por lo tanto, si el TJUE ha puesto, cierto, más difícil al legislador el cumplimiento de la misión constitucional ex [artículo 9.2](#) en relación con los artículos [10](#) y [14](#) de la Constitución española, no por ello lo desautoriza a incumplirla, sino tan solo a adoptar criterios más coherentes, de calidad reguladora.

Las competencias autonómicas en materia de desempleo

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019, de 13 de noviembre**

Susana de la Casa Quesada

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

1. Marco normativo: inconstitucionalidad de diversos preceptos

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 133/2019, de 13 de noviembre, da respuesta a dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco; el primero de ellos contra la **disposición adicional centésima vigésima** y los apartados quinto y séptimo de la **disposición final cuadragésima** de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado (LPGE) para el año 2018, y el segundo contra la **disposición transitoria octava** y el apartado 2 d) y e) de la **disposición derogatoria única** del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. Se solicitó por el Gobierno Vasco la acumulación de ambos recursos, que fue acordada mediante Auto del TC 90/2019, de 16 de julio.

La **disposición adicional centésima vigésima de la Ley 6/2018** regula la «ayuda económica de acompañamiento a jóvenes inscritos en el Sistema nacional de garantía juvenil (SNGJ) que suscriban un contrato para la formación y el aprendizaje». La gestión de dicha ayuda se atribuye (apdos. cinco, seis y siete) al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

La **disposición final cuadragésima de la Ley 6/2018** modifica el texto de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). El apartado quinto incorpora una nueva disposición adicional vigésima séptima para regular el subsidio extraordinario de desempleo, y el apartado

Cómo citar: Casa Quesada, S. de la. (2020). Las competencias autonómicas en materia de desempleo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019, de 13 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 445, 202-208.

séptimo incorpora la disposición transitoria trigésima, relativa al acceso a dicho subsidio en determinados supuestos.

La [disposición transitoria octava del Real Decreto-Ley 28/2018](#) regula el régimen transitorio de la ayuda económica de acompañamiento a jóvenes inscritos en el SNGJ que suscriban un contrato para la formación y el aprendizaje. Por su parte, la [disposición derogatoria única](#) establece que quedan derogados expresamente el apartado 7 de la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS, así como también la disposición adicional centésima vigésima y la disposición adicional centésima vigésima primera de la LPGE 2018, sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria octava del real decreto-ley.

El fundamento impugnatorio de los recursos es el mismo al considerar vulneradas las competencias de la comunidad autónoma del País Vasco. Concretamente, se alega:

- Que la atribución al SEPE de las funciones de gestión de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el SNGJ que suscriban un contrato de formación y aprendizaje vulnera el [artículo 10.25 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco](#) (EAPV) y se aparta de la doctrina recogida en las SSTC [100/2017, de 20 de julio](#); [153/2017, de 21 de diciembre](#); y [156/2017, de 21 de diciembre](#).
- Que la gestión estatal (asimismo a cargo del SEPE) del subsidio extraordinario de desempleo incurre en idéntica vulneración. Subsidiariamente, en caso de encuadrarse la controversia relativa a este subsidio en el ámbito del [artículo 149.1.17.^a de la Constitución española](#) (CE), su gestión compete igualmente a la comunidad autónoma, en virtud de lo dispuesto por el [artículo 18, apartados 2 b\) y 4](#), y la [disposición transitoria quinta](#) del EAPV.

2. Supuesto de hecho

El Gobierno Vasco entiende que se ha producido una vulneración de las competencias autonómicas al atribuir al SEPE la gestión de las ayudas de acompañamiento a jóvenes inscritos en el SNGJ que suscriban un contrato para la formación y el aprendizaje. Se alega en el recurso 1974-2019 que la similitud de esta ayuda con las reguladas en los programas de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (Plan Prepara) y de activación para el empleo (PAE) hace que sea de aplicación a la disposición ahora impugnada la doctrina contenida en las SSTC [100/2017, de 20 de julio](#); [153/2017, de 21 de diciembre](#); y [156/2017, de 21 de diciembre](#), según la cual las ayudas allí examinadas se encuadran en el [artículo 149.1.13.^a de la CE](#), correspondiendo la gestión a las comunidades autónomas, con arreglo a la [STC 13/1992, de 6 de febrero](#) (FJ 8.º b).

La demanda no cuestiona la regulación sustantiva contenida en la [disposición adicional centésima vigésima de la Ley 6/2018](#). Circunscribe expresamente el vicio de inconstitucio-

nalidad a los siguientes apartados: recepción de la solicitud (apdo. 5.1), el modelo diseñado por el Estado (apdo. 5.2), gestión y resolución de reconocimiento o denegación (apdo. 6.1), pago (apdo. 4.6), recursos (apdo. 6.3) y devoluciones (apdo. 7.3).

Si bien la [disposición adicional centésima vigésima](#) objeto del recurso quedó derogada por la [disposición derogatoria única, apartado 2 e\), del Real Decreto-Ley 28/2018](#), se establece un régimen temporal en la [disposición transitoria octava](#), conforme al cual la ayuda controvertida se mantiene en tres supuestos, en los que la gestión continúa correspondiendo al SEPE. Por lo tanto, el conflicto subsiste en aplicación de la doctrina sobre el *ius superveniens* ([STC 5/2015, de 22 de enero](#), FJ 3.º).

La Abogacía del Estado se opone a ambos recursos aduciendo razones procesales o formales y razones sustantivas o de fondo. Respecto a las primeras, se plantea la inadmisibilidad de los recursos por cuanto de los mismos no se desprende crítica competencial a que el Estado pueda bien regular supuestos transitorios de la ayuda, bien derogarla. El TC entiende que, siendo la derogación de la ayuda de acompañamiento no total, porque sigue previendo supuestos en los que es posible su concesión, es decir, sigue manteniendo temporalmente su vigencia y, por tanto, sigue vigente la gestión estatal, no existe vacío legislativo alguno y, en consecuencia, entrará a conocer del fondo del recurso planteado sobre esta norma en cuanto que no se ha producido una derogación previa que implique «la carencia del objeto *ab initio*». Idéntica respuesta se ha de dar a la posible carencia de objeto del segundo recurso dirigido al subsidio por desempleo, ya que la derogación operada por el Real Decreto-Ley 28/2018 solo afecta a la vigencia de su duración (pasa de temporal a indefinida), sin alterar en modo alguno la regulación de su gestión.

Por lo que se refiere a las argumentaciones sustantivas o de fondo, se alega que la ayuda se encuadra dentro de las competencias del Estado en materia de Seguridad Social, haciendo suyos los votos particulares discrepantes emitidos a las SSTC [100/2017](#), [153/2017](#) y [156/2017](#). Subsidiariamente, si se sigue manteniendo por el TC que la gestión de la ayuda tendría cobertura en el [artículo 149.1.13.ª de la CE](#), defiende el abogado del Estado su gestión centralizada por darse a su juicio los requisitos requeridos por la importante [STC 13/1992](#). El SNGJ deriva de políticas europeas, está cofinanciado con cargo a la iniciativa de empleo juvenil y el fondo social europeo. La gestión centralizada trata de asegurar que ningún tipo de dificultad financiera ponga en riesgo el abono en tiempo y forma de las ayudas a sus beneficiarios, evitando que se puedan crear diferencias en la percepción de las ayudas por razón del territorio. En el contexto de la situación económica actual, de limitaciones presupuestarias, y ante el enorme drama social y personal que supone el desempleo juvenil, se justifica que sea el Estado el que asuma la gestión centralizada de estas ayudas, cuya cuantía puede variar según las circunstancias históricas del momento.

Por lo que se refiere a la regulación del subsidio extraordinario por desempleo, mantiene el Gobierno Vasco en su recurso 2065-2019 que su gestión es competencia autonómica, entendiéndolo que su regulación es en gran medida una continuación de la contenida en

los programas Prepara y PAE, sin que importe la nueva denominación y su ubicación en la LGSS. Se defiende en el recurso la plena aplicación de la doctrina de las SSTC [100/2017](#), [153/2017](#) y [156/2017](#), incurriendo en vulneración de competencias por los motivos ya explicitados en relación con la [disposición adicional centésima vigésima](#). Se defiende en el recurso que el *nomen iuris* de este denominado subsidio es un subterfugio que intenta eludir la doctrina constitucional, buscando el apoyo en el criterio manifestado en los votos particulares a las citadas sentencias.

Subsidiariamente, alega el Gobierno Vasco que, en caso de encuadrarse la controversia en el [artículo 149.1.17.ª de la CE](#), también la autonomía vasca sería competente para su gestión ex [artículo 18, apartados 2 b\) y 4](#), y [disposición transitoria quinta](#) del EAPV, que le atribuyen la gestión económica del régimen de la Seguridad Social, con reserva al Estado de la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el citado precepto, estipulándose en la disposición transitoria quinta que:

La Comisión Mixta de Transferencias que se crea para la aplicación de este estatuto establecerá los oportunos convenios mediante los cuales la comunidad autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios.

La Abogacía del Estado mantiene que se trata de una regulación encuadrable en el [artículo 149.1.17.ª de la CE](#) y rebate la similitud que el Gobierno Vasco considera que existe con los programas Prepara y PAE, subrayando que no guarda relación con las políticas activas de empleo, que se trata de una disposición que «se limita a recordar los requisitos con carácter general para la percepción de las prestaciones por desempleo», que su ámbito de aplicación «es mucho mayor que el que resultaría de una mera sucesión de estos programas» y que su finalidad «es la protección frente al desempleo», volviendo a apoyarse en un voto particular discrepante de la [STC 100/2017](#).

3. Doctrina judicial

Para dilucidar a quién corresponde la gestión de la ayuda de acompañamiento a la que venimos haciendo referencia, el TC parte de un examen previo, basado en la normativa reguladora, acerca de si la ayuda puede entenderse como una «medida de activación e inserción laboral» para determinados colectivos, compatible con otras ayudas que regulen las comunidades autónomas «en su ámbito de gestión». Recuerda, a continuación, que ya tuvo ocasión de pronunciarse en la [STC 69/2018, de 21 de junio](#), sobre el encuadramiento competencial de las medidas que conforman el SNGJ en el [artículo 149.1.13.ª de la CE](#), entre las cuales puede incluirse la ayuda de acompañamiento objeto de esta controversia.

Una vez encuadrada la regulación controvertida en el ámbito del [artículo 149.1.13.ª de la CE](#), es doctrina consolidada que la competencia para la ejecución de las normas dictadas en virtud de esta competencia estatal corresponde, en principio, a las comunidades autónomas (en el caso de la comunidad autónoma del País Vasco, ex [art. 10.25 EAPV](#)), salvo que concurran circunstancias que, de forma excepcional, justifiquen la gestión centralizada. Defiende la Abogacía del Estado que se dan dichas circunstancias basándose en dos realidades: que el SNGJ está cofinanciado con cargo a la iniciativa de empleo juvenil y el fondo social europeo y que el contexto de la situación económica actual, de limitaciones presupuestarias, y ante el enorme drama social y personal que supone el desempleo juvenil, justifica que sea el Estado el que asuma la gestión centralizada de estas ayudas.

El TC responde de manera negativa remitiéndose a la doctrina recogida en la [STC 100/2017](#), destacando que la muy detallada regulación normativa de la ayuda solo permite a las comunidades autónomas su gestión en unos términos que en modo alguno puedan afectar de manera negativa a la efectividad de la medida y a la homogeneidad en el disfrute. No se entiende como válido el argumento de la Abogacía del Estado con base en el cual la cofinanciación europea deba suponer la gestión centralizada, pues la jurisprudencia del TC ya ha recogido que dicha circunstancia «no altera el reparto competencial en el orden interno». Como conclusión, la sala entiende que no concurren «circunstancias excepcionales» que requieran que la gestión de la ayuda de acompañamiento sea competencia estatal y, por tanto, declara la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados o incisos impugnados de la [disposición adicional centésima vigésima de la LPGE 2018](#) que atribuyen al SEPE la gestión de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el SNGJ que suscriban un contrato de formación y aprendizaje.

Se desestima la impugnación de la [disposición derogatoria única.2 e\)](#) y de la [disposición transitoria octava](#) del Real Decreto-Ley 28/2018, toda vez que su contenido no incluye regulación que, de modo directo y explícito, contemple la gestión estatal de la ayuda regulada en la [disposición adicional centésima vigésima de la LPGE 2018](#).

Y, en aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad no afecta a las situaciones jurídicas consolidadas, debiéndose considerar como tales las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes o las que, en la vía judicial, hayan sido decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Por otro lado, y con objeto de dar solución a la controversia planteada en torno al subsidio extraordinario por desempleo, se ofrece por el TC en la sentencia examinada una argumentación detallada sobre qué debe entenderse por políticas activas de empleo y su relación con la protección por desempleo. Para el TC, el encuadramiento de la controversia «requiere incardinar el subsidio extraordinario de desempleo en una de las dos vertientes del sistema de protección ante situaciones de desempleo, que comprende tanto las políticas activas de empleo como las prestaciones por desempleo» entre las que existe una estrecha interconexión perceptible en la normativa estatal española; en las directrices y orientaciones ge-

nerales de empleo que aprueba anualmente la Unión Europea, así como en el Pilar europeo de derechos sociales. Concluye el TC que los distintos instrumentos de política de empleo:

[...] combinan las dos facetas en grado diverso, pues ni las acciones orientadas al objetivo de incorporación o reincorporación al mercado de trabajo pueden desentenderse de la situación de necesidad, ni las prestaciones por desempleo deben contribuir a desincentivar aquel objetivo. Este enfoque, a la vez que resulta perfectamente comprensible como orientación de la acción de los poderes públicos, tiene una compleja proyección en el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, al combinar medidas de carácter pluridisciplinar y distinta naturaleza jurídica (FJ 4.º).

Señalada la interconexión existente entre las políticas «activas» y «pasivas» de empleo, y los puntos de relación o similitud que hay entre la normativa reguladora del subsidio en cuestión y las ayudas concedidas al amparo de los programas Prepara y PAE, no sorprende que el Gobierno Vasco haya utilizado este argumento en favor de su recurso, apreciando afinidad entre los distintos elementos de unos y de otro. Si bien el TC pone de manifiesto con amplia argumentación jurídica los «elementos diferenciales» del subsidio con respecto a las ayudas del Prepara y PAE.

Fundamenta el TC esos elementos diferenciales en el hecho de que el subsidio por desempleo se ubica dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, tratándose de protección por desempleo de carácter asistencial y explicándose ampliamente la razón de ser y su ubicación, en el preámbulo del Real Decreto-Ley 28/2018, norma en la que el subsidio pasa de tener una vigencia temporal a definitiva.

Por otra parte, se constata la práctica identidad del compromiso de actividad que ha de suscribir quien solicite el subsidio con el mismo compromiso regulado en el [artículo 300 de la LGSS](#) para todos los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo.

Finalmente, la remisión que se opera al [título III de la LGSS](#) para todo lo no regulado en la disposición impugnada es una manifestación clara para la sala de que el legislador, una vez que ha finalizado la vigencia de los programas Prepara y PAE, ha optado por una alternativa jurídica diferente, que no es otra que regular un subsidio extraordinario de desempleo que «ha pasado a formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social».

4. La delimitación material del título competencial en materia de Seguridad Social

Se constata en la [sentencia](#) un cambio de modelo que repercute en la delimitación competencial en materia de Seguridad Social. Si bien el [artículo 41 de la CE](#) es neutro respecto

a la distribución de competencias, marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de la Seguridad Social como «función del Estado» para atender situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía. A esta concepción evolutiva responde el nuevo subsidio extraordinario por desempleo que hace que la controversia competencial que se plantea ante el TC en el recurso haya de resolverse conforme a las competencias que se atribuyen al Estado en el [artículo 149.1.17.ª de la CE](#) («Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas»).

El TC ha trasladado el concepto general de legislación básica a la materia de Seguridad Social y, como consecuencia, ha señalado que queda dentro de dicha regulación básica –y, por tanto, de la competencia estatal– la fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social –campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación, y acción protectora– ([STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 8.º](#)). Tal competencia estatal sobre la legislación básica incluye la determinación del «modelo de gestión» de las prestaciones de Seguridad Social, que no puede ser definido por una comunidad autónoma ([STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 9.º](#)).

Por lo que se refiere a la competencia de gestión que resulta controvertida en el recurso planteado ante el TC en la [sentencia objeto de este comentario](#), el tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse afirmando que «corresponde al Estado la gestión de las prestaciones por desempleo, en tanto que integrante de la caja única de la Seguridad Social» ([STC 104/2013, de 25 de abril](#)). En la misma dirección se ha destacado que las comunidades autónomas no pueden establecer previsiones que incidan en el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social, en tanto tal regulación interfiera en el régimen económico unitario de la Seguridad Social o genere una obligación o carga económica que deba soportar el Estado ([STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 8.º](#)).

El TC deja la puerta abierta a que el Gobierno Vasco pueda gestionar el subsidio extraordinario por desempleo, siempre que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, que se respeten las competencias estatales y el mantenimiento de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social; y, en segundo lugar, en virtud del [artículo 18.2 b\)](#) en relación con la [disposición transitoria quinta](#) del EAPV, que se lleve a cabo la suscripción de los oportunos convenios en el seno de la Comisión Mixta de Transferencias creada para la aplicación del EAPV.

Al no existir ningún convenio que active lo dispuesto en el [artículo 18.2 b\) del EAPV](#) y especifique las concretas facultades que puede asumir la autonomía vasca, no se puede apreciar la lesión competencial que, respecto a la gestión del subsidio extraordinario por desempleo, denuncia el Gobierno Vasco.



Caja única, federalismo de ejecución y déficit de la Seguridad Social

Antonio Ojeda Avilés

Presidente de honor de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Extracto

La considerable polvareda formada a principios de 2020 por el acuerdo político para transferir la gestión económica de la Seguridad Social a la comunidad autónoma vasca ha reverdecido un intenso debate en torno a esta materia, planteado ya desde la década de los ochenta del pasado siglo, y que hoy quizá podamos enfocar con nuevos elementos técnicos y económicos, dentro siempre del paraguas de la Constitución.

Palabras clave: federalismo social; caja única; gestión económica; transferencias autonómicas.

Fecha de entrada: 09-03-2020 / Fecha de aceptación: 09-03-2020

Cómo citar: Ojeda Avilés, A. (2020). Caja única, federalismo de ejecución y déficit de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 209-218.





Single fund, enforcement federalism and Social Security deficit

Antonio Ojeda Avilés

Abstract

The considerable controversy created at the beginning of 2020 by the political agreement to transfer the economic management of Social Security to the Basque Autonomous Community has given rise to an intense debate on this subject, which has been going on since the 1980s and which we can perhaps now approach with new technical and economic elements, always under the scope of the Constitution.

Keywords: social federalism; single fund; economic management; autonomous transfers.

Citation: Ojeda Avilés, A. (2020). Single fund, enforcement federalism and Social Security deficit. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 209-218.





Sumario

1. Las dudas lacerantes en torno al reparto de la gestión económica de la Seguridad Social
2. Reflexiones para el debate
3. La experiencia comparada en el federalismo de ejecución y el federalismo cooperativo
4. La cara oculta de la gestión económica de la Seguridad Social y el porqué de su poco envidiable titularidad

1. Las dudas lacerantes en torno al reparto de la gestión económica de la Seguridad Social

La Constitución no previó que alguna comunidad autónoma pudiera pensar en una reclamación de tanta envergadura como la de gestionar las finanzas de la Seguridad Social, por otra parte tan radicalmente centralista en nuestra historia, pues se hizo a golpe de leyes estatales salvo alguna incursión regionalista en temas como las cofradías de pescadores, y su trazado de competencias ha quedado fuertemente desdibujado, al punto de provocar numerosos conflictos que ha resuelto el Tribunal Constitucional (TC) de una manera que podríamos denominar «evolutiva».

En efecto, por más que se empeñen algunas sentencias del TC, la Constitución no alude a la unidad de caja, ni puede residenciarse en el [artículo 41](#) de la misma una versión tácita de la unidad de gestión, pues como recordaremos proclama el deber de los poderes públicos –y no solo de los estatales– de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice prestaciones suficientes. Por su parte, tampoco el [artículo 149](#) menciona la caja única, pues en su número 1.17.^a considera como competencias exclusivas del Estado las de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas»: todo un panegírico a un régimen dual o cooperativo, en donde se prevé la actuación conjunta del poder central y los poderes autonómicos, en lugar de diseñar un régimen centralizado o bien absolutamente descentralizado, como sucede en otros países.

Es más bien en la doctrina del TC y en la legislación ordinaria del Estado donde aparece el concepto de «caja única» de forma rotunda, aunque contradictoriamente poco desarrollada. Las dos sentencias más significativas son, a mi modo de ver, por un lado, la [184/1989](#), a cuya virtud el acantonamiento del régimen económico de la Seguridad Social en la competencia exclusiva del Estado busca preservar la unidad del sistema y el mantenimiento de un régimen público, o sea, único y unitario para todos (FD 3.º), y ese carácter unitario del sistema, y, por ende, la competencia exclusiva del Estado, viene declarado por la Constitución; y, por otro lado, la [213/2005, de 21 de julio](#) –que viene recordada por la reciente [133/2019, de 13 de noviembre](#)–, dice más ampliamente que la Seguridad Social es una función de Estado a tenor del [artículo 41 de la Constitución](#), protegida por la garantía institucional de un régimen público con un reducto indisponible para el legislador ordinario, y, no obstante, de estricta configuración legal.

En lo que concierne a la Ley general de la Seguridad Social, el [artículo 66](#) introduce en su apartado 1 hasta siete principios de actuación de las entidades gestoras, en donde aparece como quinto el de unidad de caja, precedido del de solidaridad financiera.

Frente a esta centralización de la gestión económica, algunas comunidades autónomas, en concreto Cataluña, País Vasco y Andalucía, esgrimen sus respectivos estatutos, si bien debe observarse que no todas las autonomías han establecido la descentralización de competencias en materia de Seguridad Social, sino solo las seis de Valencia, Navarra, Andalucía, Galicia, Cataluña y País Vasco. Es, pues, un tema minoritario, siendo esta última comunidad la que más ha porfiado y ha llegado a reclamar en su estatuto la celebración de un convenio con el Estado para la asunción de la gestión económica de la Seguridad Social «dentro del carácter unitario y de respeto del principio de solidaridad» ([disp. trans. quinta estatuto](#)).

Por resumirlo con el magistrado Palomo Balda, la interpretación dada por el TC a la normativa del máximo rango responde a una concepción fuertemente centralizada en la que el espacio para la descentralización autonómica de las pensiones y las prestaciones de desempleo es muy reducido, al existir importantes reservas competenciales en favor del Estado.

Y, sin embargo, aún quedan amplios espacios para el debate, como vamos a ver.

2. Reflexiones para el debate

a) Ante todo, forzoso es reiterar que el principio de unidad de caja, a cuya virtud el Estado centraliza los recursos económicos de la Seguridad Social, es una creación del TC sin apoyo claro en la Constitución. Ya he reproducido más arriba los artículos [41](#) y [149.1.17.^a](#), y hemos visto que, en realidad, ese principio no aparece ni en ellos ni en el resto del texto fundamental. Como dijo el magistrado Leguina Villa en su voto particular a la mencionada [Sentencia 184/1989](#), el [artículo 149.1.17.^a](#) asigna el plano normativo para el Estado y la gestión o ejecución para las comunidades autónomas, por lo que el Estado no puede retener toda la gestión en sus manos. No obstante la discutible fundamentación –habría que añadir a tales reflexiones–, la doctrina del TC continúa siendo valiosa para resolver el problema.

b) El nudo de la cuestión radica en esclarecer qué gestión económica corresponde o puede corresponder a las autonomías, y qué otra puede o debe ser asumida por el Estado dentro del reparto competencial que establezcan los estatutos y las leyes estatales.

c) La existencia de un posible título competencial en el [artículo 41](#), cuando dice que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes, parecería indicar lo que algunas sentencias del TC apuntan: la titularidad por el Estado de una competencia que incluso serviría para asumir tareas en principio detentadas por las comunidades autónomas, o, a la inversa, la facultad de estas para complementar con sus propios medios las insuficientes prestaciones del Estado, como indica la [Sentencia 239/2002, de 11 de diciembre](#). Que la competencia en caso de insuficiencia es de doble sentido nos lo indica la amplitud del concepto «poderes públicos» a los que se defiere la titularidad. Ahora bien, lo que no queda claro es cuál pueda ser un reparto ordenado y estable –o armónico– de competencias más allá de tales situaciones de preteritoriedad lindantes con la extraordinaria urgencia.

d) La siguiente cuestión es si puede existir un reparto de competencias que no sea tan episódico. Para ayudarnos acude la interpretación textual del [artículo 149.1.17.^a](#) y, en concreto, de ese concepto que en el precepto aparece encorsetado *in media res* entre la «legislación básica» estatal y la «ejecución de servicios» autonómica. Me refiero al «régimen económico», en principio competencia exclusiva del Estado, si no fuera porque el concepto es sinónimo de gobierno, dirección o administración del aspecto financiero, con una idea de materialidad muy cerca, cuando no en el ámbito, de la ejecución ordenada que se asigna a las comunidades autónomas. A través del concepto de «régimen económico», el Estado retiene en exclusiva algunas competencias superiores sobre el complejo aseguratorio que no son las legislativas, porque ello sería reiterativo respecto a la legislación básica que el propio artículo acaba de mencionar, ni tampoco las reglamentarias, porque ello iría contra la economía gramatical, pues al legislador le habría bastado con suprimir el adjetivo «básico» para expresar lo mismo. Ha de tratarse, por ello, de algo distinto de las competencias normativas, que por su denominación se adentra de alguna manera en el ámbito de las competencias y tiene un carácter de gobierno o de estructuración.

Tales competencias superiores del régimen económico deben siempre comprender, como garantía institucional o, si se quiere, como contenido esencial, al núcleo financiero del sistema que pueda asegurar la suficiencia y la solidaridad a que alude el [artículo 41 de la Constitución](#). Y aquí es donde hay que reivindicar el acertado *fumus boni iuris* seguido por el TC al optar por un concepto que sintetiza bien la idea: en el caso español, de fuerte implicación del Estado en la financiación de la Seguridad Social, la idea solo puede referirse a la caja única, aunque con el sentido restrictivo que emana del concepto: quiero decir que, más allá de la titularidad y gestión del depósito de todos los ingresos del primer pilar contributivo, podrían deferirse a las comunidades autónomas tanto las gestiones recaudatorias, por un lado, como las de pago de prestaciones y obligaciones, por el otro, al hallarse bajo el genérico concepto de «actos de ejecución o administración». La titularidad estatal ha de ser *ab initio* de la circulación financiera, desde el momento mismo de su recaudación, para evitar dilaciones indebidas o, quizá, utilizaciones interinales en cajas colaboradoras.

e) Si buscáramos una analogía en otras partes de la Constitución, aunque el TC no haya ponderado suficientemente sus posibilidades (*cf.*, por ejemplo, su [Sentencia 206/1997, de 27 de noviembre](#)), hay cierta base constitucional para una distribución de tal tipo, pues el [artículo 156.2 de la Constitución](#) establece las posibilidades de delegar en las comunidades autónomas la recaudación, gestión y liquidación de los recursos tributarios, pese a haber venido apuntado hace ya bastante tiempo por Borrajo Dacruz y otros. Y si el artículo de la Constitución solo menciona las fases previas al ingreso en la caja única del Tesoro, y nada dice de las prestaciones –quizá, obviamente, por la naturaleza extractiva tributaria–, es justo la fase previa o recaudatoria la que plantea más dudas a los analistas de la Seguridad Social.

f) No hay una regulación ni siquiera suficiente de la colaboración de las comunidades autónomas con las entidades gestoras del Estado, principalmente con la Tesorería General de la Seguridad Social, similar a la que pueda existir con las empresas o con las mutuas de

accidentes de trabajo, y sería muy conveniente establecer alguna legislación de la materia con independencia de que no todas las comunidades autónomas tengan prevista la transferencia de competencias de gestión.

3. La experiencia comparada en el federalismo de ejecución y el federalismo cooperativo

Una de las sorpresas que experimentamos cuando nos adentramos en este poco conocido campo del reparto de competencias económicas de Seguridad Social radica en el hecho de que a España se la considera con frecuencia en esta literatura como país cuasifederal, y que con igual frecuencia se la estudia junto con países como Alemania o Estados Unidos, países plenamente federales. También se llega a establecer una similitud entre España y Reino Unido con sus federalismos *de facto* en algunos libros como el de López Portas, *Galicia y Escocia*, en 2009, de tan provocativo título sobre dos modelos federales.

Una segunda sorpresa proviene de constatar que la remisión a los entes secundarios de la gestión económica de la Seguridad Social se encuentra plenamente reconocida en los países federales o cuasifederales –siendo la distinción entre ambas clases muy elástica, pues en muchos casos ha existido una evolución histórica desde una situación unitaria a otra federal en la estructura de esos Estados–. Aunque en España llevamos prácticamente todo el periodo de democracia moderna discutiendo con grandes recelos sobre la atribución de esas competencias a ciertas comunidades autónomas, lo cierto es que varios países muy significados de nuestro entorno han optado por delegar la gestión económica aseguradora en unidades inferiores al Estado, y no solamente en las regiones, sino, incluso, en los entes locales, como vemos, por ejemplo, respecto al desempleo en las experiencias mixtas activas/pasivas de Alemania, Francia o Bélgica con los *jobcenters*, los *pôle emploi* o los *werkwinkel*, respectivamente.

Veamos algunos detalles de países federales. Vansteenkiste ha señalado cómo en materia de pensiones la legislación de Canadá establece poderes «concurrentes» en tal materia desde 1951. Respecto a Suiza, el proceso de distribución de competencias ha seguido un camino inverso al que padecemos en España, pues las pensiones y prestaciones originariamente fueron consideradas como competencias de los cantones, y solo mediante sucesivas enmiendas constitucionales ha obtenido la Confederación la competencia primaria en un proceso que se inicia en 1925. En Estados Unidos, sobre todo a partir de la Ley de Seguridad Social de 1934, hay una distribución de responsabilidades entre el Estado federal y los Estados miembros «ampliamente aceptada». En Alemania, en fin, a pesar de tratarse de un país federal, el Estado ha asumido prácticamente todas las competencias en materia de Seguridad Social, y, en concreto, las pensiones de vejez y prestaciones de desempleo las retiene en exclusiva el nivel federal. Con respecto a España, país al que Vansteenkiste califica como cuasifederal, indica el autor que la Seguridad Social precedió al «federalismo», como ha ocurrido también en Alemania y Bélgica, y por ello la gestión atribuida a las comunidades autónomas, regiones o *länder* está más al margen y se reduce prácticamente a la asistencia social suplementaria.

Tampoco el debate doctrinal contemporáneo ha dejado al margen la construcción teórica de semejante reparto de competencias, y en la conformación del federalismo han quedado establecidos un par de conceptos aplicables a cuanto vengo diciendo. Por un lado, el de federalismo de ejecución o *Vollzugföderalismus*. Muy estudiado en Alemania (con K. Hesse, M. Bothie, G. Kisker y otros), en nuestro país tampoco ha pasado desapercibido desde el importante estudio de García de Enterría sobre la [ejecución autónoma de la legislación del Estado](#), un libro publicado por la editorial Civitas nada menos que en 1983. La gestión económica de la Seguridad Social vendría encuadrada en el federalismo o cuasifederalismo dentro de su variante de ejecución, y a la vista del diseño que vemos en nuestra Constitución, en su acepción cooperativa, pues difícilmente cabría, con los mimbres del [artículo 149.1.17.^a](#), delimitar nítidamente las tareas de ejecución, incluso aunque se preserve la unidad de caja para el Estado: acabamos de ver cómo el texto habla de régimen económico para el Estado mientras que defiere la ejecución de los servicios a las autonomías, términos que no se mueven en un mismo plano. Desde hace tiempo, la doctrina critica tal ambigüedad del reparto de competencias y reclama mayor claridad en el ajuste, un tema en el que no voy a entrar, salvo para señalar los temores de algunos respecto a una posible deriva de la cooperación hacia el indeseado campo de la asimetría y, de allí, a la desigualdad entre comunidades autónomas. Entiendo que, vayamos o no hacia una fórmula federal de relación entre el Estado y dichas comunidades, cooperación no implica necesariamente fragmentación, si bien su decantación no puede ser bilateral, sino global, para lo cual el Senado debería asumir finalmente funciones de cámara interregional con miras a una regulación uniforme del reparto de competencias. No parece de recibo, ni siquiera cuando –como es el caso– la gestión económica solo la hayan reclamado Galicia y País Vasco, que se delegue *uti singuli* a tenor de vectores diferentes a negociar particularizadamente.

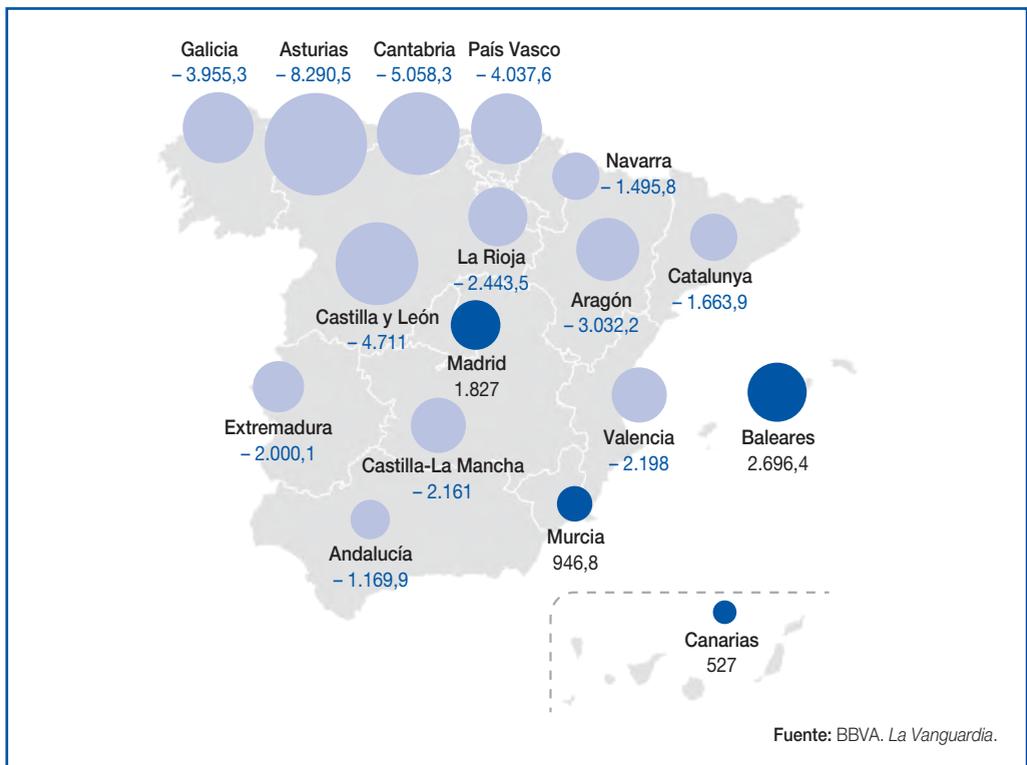
4. La cara oculta de la gestión económica de la Seguridad Social y el porqué de su poco envidiable titularidad

En todo el problema que andamos desgranando, la cuestión financiera siempre, o casi, ha venido postergada por el enconado debate, que ha dado por supuesta la enorme utilidad que depara el control de las cuentas para quien las gestiona. Y si el País Vasco ha seguido tenazmente requiriendo en cada ocasión posible el cumplimiento de su ya antigua reclamación sobre los fondos de la Seguridad Social, sin duda la causa de tal obstinación debe responder a beneficios claros y rotundos. ¿O no?

Sin duda, manejar fondos, incluso dentro del reparto de competencias que ya hemos estudiado en el que el Estado detenta la caja única, siempre supone ventajas para el titular de la gestión. Controlar y requerir las cotizaciones, y, sobre todo, canalizar las prestaciones, significa presentar una imagen de intermediario que permite defender, resolver, acelerar y, hasta cierto punto, condicionar el universo de la tesorería. Ahora bien, hemos de tener muy en cuenta el equilibrio entre ingresos y gastos cuando llega el momento de presentar

el mapa autonómico de las cuentas, porque en los últimos años ha ido tomando forma un desequilibrio de nuevo cuño, a cuyo tenor los ingresos de las cotizaciones en la mayor parte de las regiones, y más específicamente en todas las del norte del país, no cubren los gastos en pensiones y demás prestaciones a que van dirigidos, y han de equilibrarse con aportaciones *ad hoc* del Estado, llámense préstamos a sí mismo (!) o de otra forma. El cuadro de las diferencias por autonomías casi podríamos decir que invierte la superioridad de algunas de las consideradas como poderosas y refuerza el papel de otras, en muchos casos porque las pensiones que deben abonar aquellas son muy superiores a las de las regiones «humildes». Ya [Herce, en su seminal estudio de 2015](#), indicaba esta circunstancia con ejemplos aplastantes, de una diferencia de hasta un 54 % en la cuantía media de las pensiones de una comunidad a otra. Para 2017, como señalaba el centro de estudios del BBVA, la situación era la siguiente:

Déficit por pensión anual (balance por pensión anual en euros)



Así las cosas, el papel del Estado adquiere una relevancia sustancial, y la tendría, incluso, aun cuando entregara la propia titularidad y administración de las pensiones a cada comunidad.



Adquiere, de tal modo, la cooperación entre el Estado y el conjunto de las autonomías un papel político relevante que pudiera incluso revertir el predominio negociador de las autonomías más ricas –salvo Madrid– y permitir, con ello, no simplemente mantener el *statu quo* actual, e incluso utilizar esa capacidad financiera –de completar, auxiliar, cerrar las cuentas– por parte del Estado, para la consolidación de este y de sus elementos autonómicos dentro de un equilibrio constitucional donde la presión recíproca quedara compensada.

¿Es transferible la gestión económica de la Seguridad Social? Federalismo versus caja única

Eduardo Rojo Torrecilla

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

Extracto

Me pide el director de esta revista, el querido e incansable amigo Cristóbal Molina, que dé mi parecer jurídico, *of course*, sobre la posible transferencia de competencias de gestión de la Seguridad Social a la comunidad autónoma del País Vasco, y que sea lo más claro y directo posible. Voy a intentarlo, y los lectores y lectoras juzgarán si he salido con éxito del empeño.

Palabras clave: federalismo social; pensiones; gestión económica; caja única; transferencias autonómicas.

Fecha de entrada: 12-03-2020 / Fecha de aceptación: 12-03-2020

Cómo citar: Rojo Torrecilla, E. (2020). ¿Es transferible la gestión económica de la Seguridad Social? Federalismo versus caja única. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 219-227.

Is the economic management of Social Security transferable? Federalism versus single fund

Eduardo Rojo Torrecilla

Abstract

The director of this journal, my dear and tireless friend Cristóbal Molina, asks me to give my legal opinion, of course, on the possible transfer of Social Security management powers to the Autonomous Community of the Basque Country, and to be as clear and direct as possible. I am going to try, and the readers will judge whether I have been successful in this endeavour.

Keywords: social federalism; pensions; economic management; single fund; autonomous transfers.

Citation: Rojo Torrecilla, E. (2020). Is the economic management of Social Security transferable? Federalism versus single fund. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 219-227.

Primero

¿De qué estamos hablando? De un debate jurídico (siendo cuestión distinta las implicaciones políticas que puede tener o, corrijo, que tiene) que encuentra su origen en el texto constitucional, en concreto el [artículo 149.1.17.^a](#), que dispone que es competencia exclusiva del Estado la «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas».

En este debate jurídico aparecen desde 1979, con modificaciones y/o sustituciones de los textos originales, los estatutos de autonomía (EA) de las distintas comunidades autónomas, llamadas de primer o segundo grado o nivel según la asunción de competencias llevadas a cabo. No solo han sido las comunidades (no entro ahora en el debate de si se trata o no de nacionalidades) históricas (Cataluña, País Vasco, Galicia) las que han asumido todas las competencias que el texto constitucional permite, sino que también lo han hecho otras varias.

¿Y qué ha ocurrido en el apartado relativo a posible asunción de competencias en materia de Seguridad Social? ¿Es el País Vasco una «anomalía» o «especificidad» respecto a las restantes autonomías? Pues no, en absoluto, a salvo, eso sí, de una disposición transitoria (quinta) en su estatuto que no se encuentra en otros.

En efecto, la petición del profesor Molina me ha obligado a releer las competencias exclusivas, compartidas y de ejecución de todas las autonomías, y he aquí, parece que nadie haya reparado en ello, que tenemos un marco jurídico muy semejante en varias de ellas. Pero, primero recordemos cuál es el marco normativo autonómico del País Vasco. Así, dispone el artículo 18 del EA que le corresponde en materia de Seguridad Social:

- a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.
- b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

Y la disposición transitoria quinta determina que:

La Comisión Mixta de Transferencias que se crea para la aplicación de este estatuto establecerá los oportunos convenios, mediante los cuales la comunidad autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, dentro

de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios.

En Cataluña, el artículo 165 de su EA lleva por título justamente «Seguridad Social» y dispone que:

1. Corresponde a la Generalitat, en materia de Seguridad Social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye:

- a) El desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico.
- b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

En Galicia, el artículo 33 de su EA nos dice que en materia de Seguridad Social:

[...] corresponderá a la comunidad autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Corresponde también a la comunidad autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la caja única.

Si nos vamos a Navarra, el artículo 54 regula que en materia de Seguridad Social se atribuye a la autonomía:

- a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social.
- b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

Por su parte, el artículo 54 del EA de la Comunidad Valenciana le atribuye en materia de Seguridad Social:

- a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, a excepción de las normas que configuran el régimen económico de esta.
- b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

¿Y qué decir de Andalucía? Pues que su artículo 63 le atribuye en materia de Seguridad Social «las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja».

Y no nos olvidemos de Baleares, cuyo EA le atribuye en su artículo 32:

[...] en los términos que se establezcan en las leyes y normas reglamentarias que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias:

[...]

4. Régimen económico de la Seguridad Social respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social.

Ni tampoco de Canarias, cuyo EA le atribuye en el artículo 140 «el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación estatal de la Seguridad Social, a excepción de su régimen económico», y las «competencias ejecutivas sobre la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, con pleno respeto a los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social».

No me olvido de Castilla y León, donde su EA le atribuye a la autonomía, en concreto su artículo 71, competencias de desarrollo normativo y de ejecución, «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca» en «Seguridad Social, exceptuando el régimen económico y respetando los principios de unidad económico-patrimonial y de solidaridad financiera».

Segundo

Es cierto que hasta el presente ninguno de los EA ha sido activado en la materia (gestión del régimen económico de la Seguridad Social en particular y competencias en ese ámbito jurídico en general), y por ello que se reabra el debate puede sorprender a unos y preocupar (por muy diversos, y no coincidentes, motivos) a otros, pero en realidad no tiene nada de nuevo para el País Vasco, si se repara en el documento de actualización permanente que elabora el Gobierno Vasco sobre «las transferencias pendientes» a dicha comunidad autónoma y que le ha servido de base jurídica para las negociaciones en 2017 con el Gobierno del Partido Popular presidido por Mariano Rajoy y en las actuales con el Gobierno de coalición PSOE-UP presidido por Pedro Sánchez.

El [documento autonómico](#) efectúa lo que califica de «descripción sumaria de las materias-servicio a transferir», que consistiría en:

Gestión del régimen económico de la Seguridad Social en el ámbito de la comunidad autónoma, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, mediante la subrogación de las instituciones autonómicas en la posición que ocupa la Tesorería General de la Seguridad Social.

A modo ilustrativo se contemplan las siguientes funciones: la inscripción de empresas y potestad sancionadora. La afiliación, altas y bajas de los trabajadores y potestad sancionadora. La gestión y control de la cotización y de la recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del sistema de la Seguridad Social. El aplazamiento o fraccionamiento de las cuotas de la Seguridad Social. La titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos sitos en el País Vasco que son patrimonio de la Seguridad Social. La organización de los medios y el diseño y gestión de los procesos necesarios para el ingreso de las cuotas y demás recursos financieros del sistema de la Seguridad Social. La ordenación del pago de las obligaciones de la Seguridad Social y la distribución de las disponibilidades dinerarias para satisfacer puntualmente dichas obligaciones.

¿Y dónde encuentra base jurídica para dicho traspaso, además, obviamente, de los preceptos constitucional y estatutario antes referenciados? En varias sentencias del Tribunal Constitucional (TC), o al menos en la interpretación que realiza de las mismas. En efecto, se afirma en el citado documento que:

[...] las SSTC 124/1989 y 195/1996 han manifestado la no existencia de un único modelo constitucional de Seguridad Social, abriendo la puerta a un nuevo modelo que otorgue la gestión del régimen económico a la CAE, sin perjuicio de la legislación básica que dicte el Estado (STC 63/2017) o del sistema de pensiones (SSTC 139/2016 y 95/2015). [Y que] [a]simismo, el TC entendió que la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas en la Seguridad Social son actos instrumentales de la obligación de contribuir que no son ajenos al régimen económico de la Seguridad Social, pero tampoco son exclusivamente régimen económico correspondiente a la Generalitat de Cataluña en el marco de la competencia compartida, la ejecución de las funciones antes mencionadas [que] [t]ambién consideró que la potestad sancionadora que recae sobre tales funciones corresponde a las comunidades autónomas.

Tercero

En efecto, la interpretación del [artículo 149.1.17.^a de la Constitución](#), y, en concreto, de la delimitación competencial Estado-autonomías, ha sido ya realizada de forma detallada por varias sentencias del TC. A mi parecer, y con el riesgo de ser forzosamente esquemático en un comentario como el que estoy realizando, son especialmente relevantes la que abrió el camino de delimitación competencial, [124/1989, de 7 de julio](#), y otras tres, [195/1996, de 28 de noviembre](#), [128/2016, de 7 de julio](#), y [133/2019, de 13 de noviembre](#), dos que tratan sobre conflictos que afectan a la autonomía catalana y otras dos al País Vasco.

De la primera, me interesa resaltar su tajante afirmación de que:

[...] las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social.

De la segunda, que se refiere a la anterior y recoge su tesis de que:

[...] cabe concluir que, correspondiendo al Estado el control de dicha caja única, ese control supone la atribución de la potestad ejecutiva cuando recae directamente sobre actividades económicas; mientras que cuando recae sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) comporta solo una facultad de supervisión, siendo la ejecución, en relación con el cumplimiento de los deberes no inmediatamente económicos, competencia de la comunidad autónoma (FJ 4.º, *in fine*).

De la tercera, que de la dicción literal del precepto puede entenderse:

[...] en el sentido de que alude no tanto a competencias que sea, hoy, de titularidad estatal (supuesto en que la norma, ya se ha dicho, sería inconstitucional sin más), sino al eventual ejercicio por la Administración del Estado, al tiempo de adoptarse esta disposición legal, de algunas funciones en el ámbito de las prestaciones sociales que podrían, sin embargo, reconducirse a las competencias estatutarias de la comunidad autónoma, una vez que se proveyera, por ejemplo, a los correspondientes trasposos de servicios. Así entendido, el precepto no merecería reproche constitucional pues nada hay que objetar a que esta norma de ley disponga que la estructura de la Agencia Catalana de la Protección Social se organice en atención a una eventual asunción de funciones que la comunidad autónoma, si así fuera, aún no ejercería en plenitud, pero que se corresponderían, sin embargo, con competencias que la Generalitat sí ostenta positivamente conforme al EAC.

En fin, en la cuarta se efectúa un riguroso análisis de la doctrina constitucional y de cómo ha ido perfilando el deslinde entre los dos títulos competenciales recogidos en el artículo 149.1.17.^a de la Constitución, enfatizando, con cita de varias sentencias, que el texto constitucional:

[...] no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su

régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no solo de normación, sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios,

y que le corresponde al Estado «la gestión de las prestaciones por desempleo, en tanto que integrantes de la caja única de la Seguridad Social».

Ante la sugerente alegación del Gobierno Vasco de tener cabida la gestión del subsidio por su parte, al amparo de la normativa autonómica, el TC no se cierra en modo alguno en banda a que la autonomía vasca pueda llevarlo a cabo, siempre con estricto respeto a las competencias estatales, y por ello al mantenimiento de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social. Puede alcanzarse por la vía del convenio de colaboración, pero, mientras ello no se produzca, no hay vulneración de la normativa estatal, no se infringen los títulos competenciales respectivos que atribuyen competencias al Estado y a la comunidad autónoma. ¿Se llevará a cabo ese convenio, y el traspaso de la gestión, con el nuevo Gobierno español? Es una hipótesis de trabajo nada descartable, pero aquí se acaba la tarea del jurista y entra en juego el debate político, aun cuando finalmente se recurra a los juristas para darle la cobertura constitucional y legal adecuada.

Cuarto

¿Realmente estamos hablando ya de traspaso de competencias en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social? No, en absoluto, aunque pueda llegarse a ello en función de los acuerdos políticos. De momento, coincido con el flamante, y ya muy ajetreado, ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá, que en la [presentación en el Congreso de los Diputados de la política de su departamento, el 27 de febrero](#), manifestaba, en el primer turno de respuesta a las intervenciones de las y los portavoces de los grupos parlamentarios, que aquello que se había acordado el 20 de febrero era «empezar una discusión técnica a partir de un documento a mediados de 2021», y si esa hipotética transferencia, de la que recordaba, y con razón, su existencia en otros EA (antes referenciados), «tiene sentido o no», añadiendo con contundencia que «en este momento nosotros no estamos entretenidos en este tema, ni le estamos dedicando ningún esfuerzo, en absoluto».

Quinto

Y después de toda explicación jurídica, supongo que lectores y lectoras querrán saber cuál es mi parecer. Pues va a ser poco novedoso, ya que coincido con las [declaraciones efectuadas por el director de esta revista y recogidas en un artículo periodístico](#): «No se

pueden generar 17 cajas. Pero eso no implica que no puedan recaudar y pagar. Pueden cobrar y mandarlo a la caja única», defiende Cristóbal Molina, profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Jaén, quien ve un «absurdo» que no se pueda cumplir un texto legal que no ha sido declarado inconstitucional. Y menciona sentencias posteriores (2002, 2016) que ampliarían el protagonismo autonómico: «Las comunidades forman parte del Estado y del sistema de gestión».

Oiga, profesor –podrían plantearme–, pero, aunque ello sea posible, ¿no puede provocar diferencias injustificadas por razón de territorio entre unas comunidades y otras? No, al menos es mi parecer, en el ámbito de las prestaciones contributivas, siendo cuestión distinta, y avalada por la jurisprudencia del TC, que las autonomías puedan intervenir en el ámbito de prestaciones que tienen todas las notas para ser no contributivas y que pueden alojarse, jurídicamente hablando, en otro título competencial de asistencia social.

Y vaya un poco más lejos, profesor –podrían solicitarme–, ¿es buena o mala la posible transferencia para la ciudadanía?, ¿y para el personal traspasado? Para la primera, si mejora la gestión, será efectivamente positiva, aun cuando la Seguridad Social es una de las instituciones públicas que funciona hoy en día mejor en España, y no es fácil que ello pueda ser mejorado. Para el segundo, pues si mejoran las condiciones económicas salariales, y así creo que sería, «miel sobre hojuelas».

Sexto

Pero, pero, pero ¿se rompe o no la caja única?, ¿se pierde información necesaria para la efectividad del sistema público?, ¿pueden ponerse en peligro, [tal como ha sido alertado](#), «los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad de nuestro sistema»?

En términos jurídicos estrictos, no debe ser así en absoluto, pero ciertamente sería prudente conocer mejor qué ha ocurrido con el traspaso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las comunidades autónomas de Cataluña, primero, y el País Vasco, después, y lo que ha supuesto la redistribución (quienes han criticado dicha separación hablan lisa y llanamente de «desmembramiento») de competencias en materia de trabajo y Seguridad Social.

Tiempo habrá para debatir tranquilamente y adoptar, en su caso, las medidas oportunas. Pero, no nos olvidemos, por favor, de que hay unos EA aprobados y de que, con la excepción del de Cataluña al que hay que aplicar la [STC 31/2010, de 28 de junio](#), todos ellos no tienen tacha alguna de inconstitucionalidad. A buen seguro, y con ello termino, que esta revista dedicará dentro de doce meses nueva atención a esta temática, en donde aquello que se tenga en el punto de mira debe ser única y exclusivamente la defensa, y mejora, del sistema público de Seguridad Social para toda la ciudadanía, y la búsqueda de mecanismos de gestión que sean lo más eficaces y eficientes posible.



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

Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Julio Hernanz Gómez

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Extracto

En el presente caso práctico se reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se planteó como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, efectuada por Resolución de 10 de octubre de 2018 de la Subsecretaría (BOE de 22 de octubre y corrección de errores en Resolución de 12 de noviembre –BOE de 20 de noviembre–). En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

Palabras clave: Inspección de Trabajo y Seguridad Social; caso práctico.

Fecha de entrada: 05-02-2020 / Fecha de aceptación: 03-03-2020

Cómo citar: Hernanz Gómez, J. (2020). Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Caso práctico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 229-258.

Inspection of Labour and Social Security

Julio Hernanz Gómez

Abstract

In this practical case is reproduced the statement of assumption referred to the activity of the Inspection of Labour and Social Security that was proposed as the third exercise in the competition for admission to the Higher Body of Inspectors of Labour and Social Security, made by Resolution of 10 October 2018 of the Undersecretariat (BOE of 22 October and correction of errors in Resolution of 12 November –BOE of 20 November–). It is an analysis of the questions arising from the proposed case in made jointly with a law-based solution.

Keywords: Labour and Social Security Inspection; practical case.

Citation: Hernanz Gómez, J. (2020). Inspection of Labour and Social Security. Practical case. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 229-258.

Enunciado

El inspector de Trabajo y Seguridad Social Francisco Flórez tiene una serie de expedientes asignados que tiene que resolver, para lo cual efectúa las actuaciones de comprobación que a continuación se indican, debiendo en cada caso explicar qué respuesta debe dar a las preguntas planteadas, con base en la normativa aplicable, e informar, cuando así se solicite, de si debe adoptar medidas inspectoras, indicando cuáles, detallando la normativa incumplida y la que tipifica los incumplimientos observados, según cada supuesto.

ORDEN DE SERVICIO NÚM. 358/2019

1. La cadena hotelera Contigo Mejor, SAU, ha adquirido en el centro de la ciudad un edificio para convertirlo en hotel, para lo cual va a realizar una rehabilitación integral del mismo. Se va a adjudicar la obra por lotes, no habiendo en ningún momento de la ejecución de la obra una sola empresa principal (contratista), de tal manera que pueden llegar a concurrir varias principales a la vez, independientemente de las subcontratas que cada una tenga.

Se solicita por parte de la propiedad asesoramiento al inspector en el siguiente sentido:

- ¿Qué tipo de estudio de seguridad deberá hacerse?
- ¿Quién deberá elaborar el plan de seguridad y salud?
- ¿Quién deberá presentar la comunicación de apertura?
- ¿Qué empresa o empresas deberán tener libro de subcontratación?
- ¿Qué tipo de coordinación de actividad deberá existir teniendo en cuenta la presencia de varias empresas principales y múltiples subcontratas?

1.ª pregunta. El opositor deberá responder a las cuestiones planteadas por la propiedad con base en la normativa de aplicación.

2. El día 4 de junio de 2019 se realiza visita de inspección a la obra de referencia. Antes de entrar en la misma, el inspector observa el perímetro a fin de comprobar determinadas cosas que llaman su atención:

- a) A nivel de la planta 10, observa que 2 personas están realizando trabajos verticales sobre la fachada principal, a una altura de 8 metros. El equipo de trabajo que llevan es exclusivamente de escalada con una sola cuerda. La empresa para la que prestan servicios estos trabajadores es Trabaja Como Puedas, SL, subcontrata de la empresa contratista que tiene adjudicados los trabajos de fachada, Como Yo Ninguno, SL. En el plan de seguridad y salud en el trabajo no hay previsión alguna respecto a este tipo de trabajos.
- b) Más adelante observa un andamio de unos 25 metros de altura con marcado CE que se ha montado por la empresa Como Yo Ninguno, SL, que es empresa principal, según las instrucciones del fabricante. No obstante, se constata que se han realizado modificaciones tras el montaje inicial en función de algunas circunstancias no previstas en las instrucciones del fabricante. No se acreditan más datos al respecto una vez examinada la documentación sobre el andamio. A mayor abundamiento, se constata que la fachada no es regular y hay entrantes en la misma donde la distancia entre el andamio y la pared llega a ser de más de 50 centímetros, sin que exista protección alguna en dicha parte. El andamio es usado por la empresa Como Yo Ninguno, SL, y eventualmente por sus subcontratas.

A continuación, se accede al interior de la obra y se inicia la visita de inspección, haciéndose acompañar por el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra. Dentro de la obra se puede observar lo siguiente:

- a) En el segundo sótano, se está realizando una excavación horizontal para conectar las bajantes con los registros de la calle. Se han excavado ya 3 metros y no se ha dispuesto protección alguna en las paredes que son arenoso-arcillosas. La empresa que está realizando la excavación es Pocerías El Destino, SL, subcontratista de Excavaciones Seguras, SL, que es la contratista principal para los trabajos de excavación y pocería.
- b) Se está trabajando dentro de un espacio que pudiera entenderse como confinado, en el sótano dos, instalando una maquinaria, sin que exista sistema de aporte de aire suficiente, la gente entra y sale cada vez que lo necesita. El trabajo lo realiza la empresa Todo Es Posible, SL, contratista principal en este caso.
- c) En la planta primera, hay trabajadores de la empresa Llegamos Al Cielo, SL, que tiene adjudicado el montaje de los ascensores, empresa principal para realizar esta operación, que están retirando las protecciones del hueco del ascensor en todas las plantas, siendo un lugar de bastante tránsito de trabajadores, de los propios y de las demás empresas. Lo hacen, según manifiestan los operarios, porque tienen prisa en terminar. Tampoco han procedido a acotar la zona.
- d) Preguntado el coordinador por la presencia de los recursos preventivos, nos responde que aquel día no había ninguno, ya que todos estaban en cursos de formación.

2.ª pregunta. En relación con los hechos descritos, se deberán analizar razonadamente las posibles infracciones a la normativa de seguridad y salud, y su tipificación, y señalar, en su caso, las medidas derivadas de la actuación que proceda adoptar y los sujetos responsables indicando el tipo de responsabilidad, todo ello basado en la normativa de aplicación.

ORDEN DE SERVICIO NÚM. 210/2019

El día 25 de enero de 2019, efectúa visita de inspección al centro de trabajo de la empresa Sidero, SL, a los efectos de llevar a cabo las actuaciones inspectoras necesarias para la investigación del accidente de trabajo sufrido por el trabajador don Gerardo Medina Guillén, en fecha 16 de noviembre de 2018, mientras prestaba servicios laborales por cuenta ajena.

La empresa se dedica a la actividad de fabricación de maquinaria industrial, tiene 65 trabajadores en alta y dispone de comité de empresa y delegados de prevención.

La empresa concertó su actividad preventiva con el servicio de prevención ajeno SPA, SL, en las 4 disciplinas preventivas.

La actuación inspectora se inició por denuncia presentada, en fecha 8 de enero de 2019, por el trabajador accidentado, en la que ponía en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que el accidente se había producido porque «le cayó una carga y esta le golpeó».

El trabajador denunciaba la existencia de irregularidades en materia de prevención de riesgos laborales que habían originado el accidente de trabajo y que le han provocado lesiones que lo han mantenido de baja durante 3 meses, habiéndole quedado algunas secuelas que pueden limitar su capacidad para trabajar, solicitando la investigación del accidente y, en su caso, la propuesta de recargo de las prestaciones de la Seguridad Social. La empresa no había investigado el accidente.

El inspector de Trabajo se trasladó al centro de trabajo donde acaeció el accidente de trabajo y mantuvo entrevista con el gerente, don Francisco López Sánchez, y con un delegado de prevención presente en ese turno de trabajo.

En la entrevista mantenida con el señor López Sánchez y el delegado de prevención, el inspector fue informado de que el trabajador accidentado tenía un contrato de trabajo con la empresa subcontratada Mantenimientos Plus, SL, por Sidero, SL, para reparaciones puntuales de equipos de trabajo, siendo Sidero, SL, la empresa principal y titular del centro de trabajo.

En compañía del gerente y del delegado de prevención, se procedió a realizar una inspección ocular del lugar de los hechos.

El gerente, durante la visita, comunicó al inspector actuante que, en el proceso de fabricación de maquinaria, las piezas metálicas se preparan en la zona de calderería. Allí se llevan a cabo las tareas de soldadura, para posteriormente llevar las piezas a la zona de montaje con un puente-grúa.

La sujeción se efectúa con cadenas enganchadas a la pieza por 2 puntos. La pieza que trasladaba en el momento del siniestro laboral contaba con dimensiones de 5,5 metros x 2,5 metros y un peso de 900 kilos.

Durante el izado de la pieza, esta rozó con un apilamiento de perfiles metálicos que se habían colocado en ese lugar el día anterior al siniestro laboral, originando la caída de la carga e impactando con el trabajador don Gerardo Medina Guillén, quien se encontraba efectuando tareas de reparación del sistema eléctrico en un equipo de trabajo, concretamente en una prensa, situada debajo de la vertical de desplazamiento de la pieza.

La operación de izado se realizó de conformidad con el procedimiento de trabajo establecido por la dirección de la empresa, siendo excepcional el almacenamiento de los perfiles metálicos en esa zona.

Era el primer día de trabajo de don Juan García Fernández, operario que manejaba el mando/botonera del puente-grúa, y aún no había recibido formación preventiva por parte de su empresa.

El inspector de Trabajo y Seguridad Social constató que uno de los ganchos de sujeción utilizados para izar las piezas carecía de pestillo de seguridad.

En las mismas oficinas de Sidero, SL, durante la visita de inspección, el gerente comunicó al inspector actuante que no existía ninguna documentación en materia de prevención de riesgos laborales correspondiente a Mantenimientos Plus, SL, y que tampoco su empresa había facilitado la evaluación de riesgos laborales a la empresa de mantenimiento.

Al finalizar la visita inspectora, se extendió citación de comparecencia para que, en fecha 5 de febrero de 2019, se personase en las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el representante de la empresa Sidero, SL, aportando la documentación necesaria para completar las actuaciones. Se requirió la localización y personación del trabajador accidentado, ya que no se le había podido entrevistar durante la visita de inspección, al haberse extinguido su contrato de trabajo el 31 de enero de 2019.

Posteriormente, se envió por correo la correspondiente citación a la empresa Mantenimientos Plus, SL, al objeto de que aportara la documentación necesaria para completar el resto de las actuaciones inspectoras.

3.ª pregunta. En relación con los hechos planteados, se deberán analizar razonadamente las posibles infracciones a la normativa de seguridad y salud, y su tipificación, y señalar, en su caso, las medidas derivadas de la actuación que proceda adoptar y sujetos responsables.

4.ª pregunta. ¿Qué contestación deberá darse al denunciante en relación con la propuesta de recargo? Explicar si procedería efectuar la propuesta de recargo en el caso planteado, razonando la respuesta con base en la normativa de aplicación.

ORDEN DE SERVICIO NÚM. 1089/2019

Se efectúa visita de inspección a la empresa Paquetería Al Por Mayor, SA, el día 1 de junio de 2019, comprobándose las siguientes circunstancias:

1. La empresa está dedicada a la actividad de logística, figurando en el código CNAE (Clasificación nacional de actividades económicas) 52.
2. El centro de trabajo visitado está destinado al almacenamiento de productos de diversa índole procedentes de un solo cliente, con el que Paquetería Al Por Mayor, SA, ha firmado el oportuno contrato mercantil.
3. La mercantil Paquetería Al Por Mayor, SA, cuenta con un convenio colectivo estatutario de empresa. La tabla salarial recoge un sueldo base, un complemento de especial dedicación y un plus de transporte. Hay 2 pagas extraordinarias anuales, por el importe del sueldo base más el complemento de especial dedicación.
4. La mercantil Paquetería Al Por Mayor, SA, cuenta, en el centro de trabajo mencionado, con una plantilla de 5 trabajadores:
 - 1 director de centro. Realiza tareas de oficina, pero parte de su trabajo, que incluye la supervisión de las tareas, le exige desplazarse repetidas veces, a lo largo de su jornada laboral, por todas las instalaciones de la empresa, incluyendo zonas de almacén y muelles de carga y descarga. Ocasionalmente debe salir fuera del centro de trabajo para celebrar reuniones con el cliente en las dependencias de este último. Sueldo base: 2.700 euros/mes; especial dedicación: 650 euros/mes; plus de transporte: 85 euros/mes. Grupo 1 de cotización.

La empresa ha contratado, el 1 de enero de 2019, un seguro de accidentes a favor de este trabajador. El importe anual de la prima, que se ha pagado en el mes de marzo de 2019, es de 200 euros.

Además, percibe un plus de locomoción cuando asiste a reuniones con la empresa cliente, a una distancia ida y vuelta de 60 kilómetros, a razón de 0,27 euros por kilómetro recorrido, y 32 euros para sufragar el gasto en comidas por cada día de reunión. Desde enero de 2019 ha tenido que acudir a 3 reuniones mensuales, habiendo recibido los siguientes importes con carácter mensual:

- Kilometraje: 48,6 euros.
- Gastos de comida: 96 euros.

Se comprueba que la base de cotización mensual de este trabajador es de 3.908 euros (incluida prorrata de pagas extraordinarias). Esta base es uniforme en todos los meses del periodo, y desde enero de 2019.

- 2 oficiales de almacén. Realizan tareas de almacenamiento, preparado de pedidos y recepción de material. Sueldo base: 2.000 euros/mes; especial dedicación: 300 euros/mes; plus de transporte: 85 euros/mes. Grupo 8 de cotización.

Se comprueba que la base de cotización mensual de estos trabajadores es de 2.683 euros (incluida prorrata de pagas extraordinarias). Esta base es uniforme en todos los meses del periodo, y desde enero de 2019.

- 1 peón de almacén. Realiza labores no cualificadas de limpieza y orden del centro de trabajo. Sueldo base: 1.000 euros/mes; especial dedicación: 100 euros/mes; plus de transporte: 85 euros/mes. Grupo 10 de cotización.

Se comprueba que la base de cotización mensual de este trabajador es de 1.283 euros (incluida prorrata de pagas extraordinarias). Esta base es uniforme en todos los meses del periodo, y desde enero de 2019.

- 1 administrativo de recepción. Realiza labores de control de admisión y salida de vehículos y mercancías. Esta tarea le supone desplazarse por todo el centro de trabajo. Sueldo base: 1.900 euros/mes; especial dedicación: 300 euros/mes; plus de transporte: 85 euros/mes. Grupo 5 de cotización.

Se comprueba que la base mensual de cotización de este trabajador es de 2.567 euros (incluida prorrata de pagas extraordinarias). Esta base es uniforme en todos los meses del periodo, y desde enero de 2019.

Todos los contratos de trabajo son indefinidos a jornada completa. La empresa cotiza, por contingencias profesionales, de acuerdo con el CNAE de la actividad 52, salvo en el caso del director del centro, por quien cotiza por la ocupación «a» del cuadro II de la tarifa de primas.

5. Examinados los listados de admisión de vehículos al centro de trabajo, se aprecia la existencia de un vehículo privado que ha accedido, desde el 1 de enero de 2019

hasta el día de la visita, un total de 20 ocasiones al centro de trabajo (4 accesos al mes), vehículo que no pertenece a ninguno de los trabajadores del centro. Se comprueba que dicho vehículo es propiedad de un perceptor de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, antiguo trabajador de la empresa Paquetería Al Por Mayor, SA. Se comprueba, asimismo, que estas visitas están motivadas por el hecho de efectuar pequeñas labores de mantenimiento de un equipo de aire comprimido situado en el centro de trabajo. El origen de esta actividad es un acuerdo verbal entre el pensionista, que había finalizado su relación laboral con la empresa en marzo de 2016, y la mercantil Paquetería Al Por Mayor, SA. El pensionista acude al centro de trabajo cuando la empresa lo avisa, y esta le abona 100 euros por cada día de trabajo. Todos los utensilios, equipos y herramientas necesarios para la realización de sus tareas de mantenimiento son proporcionados por la empresa. En la base de datos de la Seguridad Social consta como perceptor de la pensión de jubilación sin ninguna reducción, y sin alta en ningún régimen de la Seguridad Social.

5.ª pregunta. Se deberá indicar si las bases de cotización son correctas o no, justificando la respuesta. En el caso de que el inspector actuante debiera adoptar alguna medida, indicar cuál/es. Si hubiera que extender acta, teniendo en cuenta que la visita se realizó el día 1 de junio y la siguiente comprobación tuvo lugar el día 12 de junio, indicar la fecha límite para emitir el acta.

6.ª pregunta. Se deberá explicar si la cotización por contingencias profesionales del director de centro es correcta o no, justificando la respuesta. En el caso de que el inspector actuante debiera adoptar alguna medida, indicar cuál/es.

7.ª pregunta. A la vista de los hechos comprobados que figuran en el apartado 5, se deberá razonar la adecuación o no de los mismos a la normativa de aplicación, señalando, en su caso, las medidas que debieran iniciarse derivadas de la actividad inspectora.

ORDEN DE SERVICIO NÚM. 42/2019

En fecha 25 de marzo de 2019, le es asignada por la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo a la que está adscrito el inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante orden de servicio, cuyo origen es una denuncia del comité de empresa de la empresa Mantenimiento y Promoción Integral, SA.

El comité de empresa relata los siguientes hechos en la denuncia:

1. Manifiestan que les consta que la empresa está pasando dificultades económicas por las que van a llevar a cabo despidos, y no les proporciona información al respecto, en particular el balance y la cuenta de resultados que no se les ha entregado en los últimos 3 años.
2. En cuanto al registro de jornada de los trabajadores, denuncian que no se registra la jornada de trabajo.
3. Hay fraude en numerosos contratos de trabajo vigentes en la empresa.
4. Se ha procedido a trasladar a otro centro de trabajo la totalidad de la producción de una línea de productos, lo que ha supuesto el traslado de 20 trabajadores y dejar vacía una nave de la empresa, sin que se les haya permitido hacer un informe al respecto.

El inspector actuante, Francisco Flórez, realiza visita de inspección el 20 de abril de 2019 al centro de trabajo señalado en la denuncia.

Al llegar al centro de trabajo, el actuante se identifica y solicita la presencia de un representante de la empresa y de la representación legal de los trabajadores.

En la visita lo acompañan la directora de recursos humanos de la empresa, doña Maribel Gómez de las Heras, el presidente del comité de empresa, don Manuel Espejo Crespo, perteneciente al sindicato EE. AA., y una miembro de la sección sindical del sindicato HRT, doña Alejandra Pantoja Jurado, que no forma parte del comité de empresa.

El actuante pregunta por la plantilla de la empresa, declarando la representante de esta que en ese centro hay 100 trabajadores y que recientemente se ha trasladado a una parte de la plantilla (20 trabajadores) a otro centro en otra localidad por razones organizativas.

El inspector solicita el registro de jornada de los trabajadores, tanto los que tienen contrato a tiempo completo como los que tienen contrato a tiempo parcial.

La representante de la empresa manifiesta que no disponen de ningún tipo de registro de jornada y que se encuentran negociando con la representación legal de la empresa el sistema que se va a implantar. Esperan tenerlo el día 12 de mayo, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

La representación legal de los trabajadores manifiesta que es correcto lo que dice la empresa y que están negociando cómo van a implantar el registro de jornada en esta.

El presidente del comité de empresa solicita al inspector si pueden reunirse tras la visita en su local sindical, para hacerle unas consultas con relación a uno de los miembros del comité de empresa, accediendo a ello el inspector.

En ese momento, doña Alejandra Pantoja Jurado indica al actuante que casualmente su sección sindical no tiene ningún tipo de local, lo cual es discriminatorio para los trabajadores afiliados a su sindicato, porque, sin embargo, los miembros del comité de empresa sí disponen de un local.

La directora de recursos humanos, que todavía se encontraba presente, informa al actuante de que, al ser una empresa de pequeñas dimensiones, tienen muy pocas localizaciones para dar locales sindicales a todos los sindicatos con presencia en la empresa y de que la distribución de los locales se ha realizado basándose exclusivamente en razones objetivas.

El presidente del comité, don Manuel Espejo Crespo, pregunta al actuante por el caso de una trabajadora afiliada a su sindicato, doña Rosa Pérez Pérez, miembro del comité de empresa, que tiene la categoría de responsable de producción de la empresa.

Hace 1 mes, la empresa le indicó que, como hacía un uso muy concurrente y habitual de su crédito de horas sindicales, y ello perjudicaba a la actividad de la empresa, procedía al cambio de funciones, encomendándole a partir de ese momento labores administrativas, siendo sustituida en el puesto de responsable de producción por un trabajador con menor antigüedad y la misma cualificación.

Finalizada la visita, el inspector deja citación a la empresa para su comparecencia en las dependencias de la Inspección de Trabajo el día 16 de mayo de 2019, solicitando en la citación entre otra documentación la siguiente:

- 1.º Contratos de trabajo de duración determinada de los siguientes trabajadores, ya que el inspector, con anterioridad a la visita de inspección, procedió a obtener a través de la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social una relación de los trabajadores que se encontraban dados de alta el día de la visita:
 - Manuel López López.
 - María García García.
 - Javier Fernández Fernández.
 - Paula Rodríguez Rodríguez.

- 2.º Registro de jornada de los últimos 6 meses de todos los trabajadores de la empresa.

- 3.º Información referente al traslado de centro de trabajo, comunicaciones a los trabajadores afectados.
- 4.º Indicación del convenio colectivo aplicable.

Llegada la fecha citada, comparece ante el actuante la directora de recursos humanos y el presidente del comité de empresa, informando de lo siguiente:

1. En cuanto a la falta de información al comité de empresa sobre la situación económica de esta, la directora de recursos humanos, doña Maribel Gómez de las Heras, manifiesta que es cierto que están teniendo dificultades económicas que los van a llevar a realizar algunos despidos en las próximas semanas. Por razones de confidencialidad no se había dado información al comité de empresa, pero, en todo caso, se le informará en cuanto se vayan a realizar los despidos.
2. Respecto al registro de jornada, manifiesta que ya está implantado un sistema de registro de jornada en la empresa, que estaba operativo el mismo día de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

El presidente del comité de empresa confirma que es correcto, ya está implantado.

3. Respecto de los contratos solicitados el día de la visita, se aportan los 4 contratos, cuya descripción es la siguiente:
 - Manuel López López, contratado el 2 de enero de 2016, mediante un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, que tiene como objeto la realización de estructura metálica para un museo en la localidad de Madrid, que todavía no ha culminado.
 - María García García, contratada en julio de 2018, mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción, cuya causa, según se indica en el propio contrato, es «exceso de trabajo por la ampliación de pedidos por un cliente de China».
 - Javier Fernández Fernández, contratado por la empresa en fecha 5 de agosto de 2016, mediante un contrato de duración determinada, dado de baja en la empresa el 11 de febrero de 2017 y dado de alta nuevamente con otro contrato de duración determinada el 12 de febrero de 2017, siendo dado de baja nuevamente el 21 de julio de 2017.

Vuelve a ser contratado con la misma modalidad contractual el 22 de agosto de 2017, estando en vigor ese contrato el día de la visita inspectora.

- Paula Rodríguez Rodríguez, trabajadora titular de un contrato de trabajo previsto en el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), celebrado en fecha 15 de junio de 2018, aún vigente, cuyo objeto era sustituir a la trabajadora Alejandra Pantoja Jurado (delegada sindical), durante su periodo de baja por maternidad.

El convenio colectivo de aplicación no contempla ninguna especialidad para los contratos de duración determinada.

4. En cuanto al traslado de los 20 trabajadores a otra localidad, se indica al inspector que se informó a todos los trabajadores afectados por dicho traslado con una antelación de 30 días y que se les han compensado los gastos del traslado ocasionados tanto a cada trabajador como a sus familiares. La totalidad de los 20 trabajadores ha aceptado el traslado.

Se aportan cartas individuales firmadas por cada uno de ellos aceptando el traslado.

En relación con lo expuesto, el opositor deberá contestar a las siguientes cuestiones, justificando con base en la normativa las respuestas que se den:

8.ª pregunta. Se deberá determinar si existe alguna vulneración de los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores en la empresa, y exponer qué medidas derivadas de la comprobación efectuada debe adoptar el inspector, razonando la respuesta conforme a la normativa de aplicación.

9.ª pregunta. Se deberá determinar si existe algún incumplimiento en materia de registro de jornada, y exponer qué medidas derivadas de la comprobación efectuada debe adoptar el inspector, razonando la respuesta conforme a la normativa de aplicación.

10.ª pregunta. El inspector debe resolver la consulta planteada tanto por la delegada sindical doña Alejandra Pantoja Jurado sobre el local sindical, como la consulta del presidente del comité de empresa en relación con doña Rosa Pérez Pérez.

11.ª pregunta. Respecto a los contratos de duración determinada descritos, se deberá analizar su adecuación a la normativa legal vigente.

Si el opositor aprecia la existencia de fraude en la contratación, deberá indicar por qué y si existe o no infracción administrativa.

12.ª pregunta. Se deberá analizar el traslado de los trabajadores, determinando si se ha adecuado o no al artículo correspondiente del ET.

Solución

1.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 358/2019). Asesoramiento por parte del inspector, con base en la normativa de aplicación, sobre las cuestiones planteadas por la empresa.

Una de las funciones que tiene la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con arreglo al artículo 12 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, es la asistencia técnica a empresarios y trabajadores en los distintos ámbitos de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, entre ellos la materia de prevención de riesgos laborales. En el marco de esta función de asistencia técnica, la primera parte del ejercicio práctico correspondiente a la convocatoria de 2018 de acceso al Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social nos plantea una serie de preguntas referidas a la construcción.

En relación con la primera pregunta (*¿qué tipo de estudio de seguridad deberá hacerse?*), los promotores de una obra están obligados a elaborar un estudio de seguridad y salud cuando la obra requiera la realización de un proyecto de obra. El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, contempla la elaboración de un estudio de seguridad y salud o un estudio básico. El artículo 4 dispone que:

«El promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den alguno de los supuestos siguientes:

- a) Que el presupuesto de ejecución por contrata incluido en el proyecto sea igual o superior a 75 millones de pesetas.
- b) Que la duración estimada sea superior a 30 días laborables, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente.
- c) Que el volumen de mano de obra estimada, entendiéndose por tal la suma de los días de trabajo del total de los trabajadores en la obra, sea superior a 500».

Por lo tanto, en las obras donde no se cumplan algunos de estos supuestos, el promotor deberá llevar a cabo un estudio básico de seguridad y salud.

Teniendo esto último presente, dado que el promotor de la obra Contigo Mejor, SAU, quiere rehabilitar completamente un edificio para convertirlo en hotel, podemos presumir que la obra va a ser superior a 30 días laborales y que su presupuesto va a ser superior a 450.759 euros, por lo que deberá elaborar un estudio de seguridad y salud.

En cuanto a la segunda pregunta ([¿quién deberá elaborar el plan de seguridad y salud?](#)), están obligados a elaborar el plan de seguridad y salud cada uno de los contratistas que el promotor Contigo Mejor, SAU, ha contratado para cada fase de la obra. El artículo 7 del Real Decreto 1627/1997 señala que:

«En aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra».

El plan de seguridad y salud elaborado por cada contratista es el instrumento básico para la identificación y evaluación de los riesgos, así como de la planificación preventiva.

Asimismo, respecto a la tercera cuestión planteada ([¿quién deberá presentar la comunicación de apertura?](#)), cada contratista está obligado a presentar la comunicación de apertura con carácter previo al comienzo de su actividad en la obra de construcción. Así pues, el artículo 19 del Real Decreto 1627/1997 dispone que:

«La comunicación de apertura del centro de trabajo a la autoridad laboral competente deberá ser previa al comienzo de los trabajos y se presentará únicamente por los empresarios que tengan la consideración de contratistas de acuerdo con lo dispuesto en este real decreto.

La comunicación de apertura incluirá el plan de seguridad y salud [...].».

Con respecto a la pregunta del libro de subcontratación ([¿qué empresa o empresas deberán tener libro de subcontratación?](#)), hay que señalar que todos los contratistas que vayan a subcontratar parte de su actividad en la obra deben disponer de un libro de subcontratación. El libro de subcontratación se encuentra regulado en el artículo 8 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación, que señala lo siguiente:

«1. En toda obra de construcción, incluida en el ámbito de aplicación de esta ley, cada contratista deberá disponer de un libro de subcontratación.

En dicho libro, que deberá permanecer en todo momento en la obra, se deberán reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa

comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre su aprobación de cada subcontratación excepcional de las previstas en el artículo 5.3 de esta ley [...]».

Para finalizar esta primera parte del ejercicio práctico, se nos plantea la siguiente cuestión: **¿qué tipo de coordinación de actividad deberá existir teniendo en cuenta la presencia de varias empresas principales y múltiples subcontratas?** Dado que en la ejecución de la obra van a intervenir varios contratistas, el promotor Contigo Mejor, SAU, debe designar a un coordinador en materia de seguridad y salud, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1627/1997. El coordinador de seguridad y salud se encarga de coordinar la actividad de cada contratista para que todas ellas cumplan los principios de la acción preventiva en la obra.

También hay que destacar que debe darse una coordinación vertical de cada contratista con respecto a su subcontratista, ya que el contratista tiene la consideración de empresario principal y, por lo tanto, debe verificar que cada subcontratista cumple con la normativa de prevención de riesgos laborales, especialmente el plan de seguridad y salud del contratista. Para cerrar este punto, en el ámbito de la coordinación en la obra de construcción, hay que tener en cuenta la disposición adicional primera del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL):

«Las obras incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, se regirán por lo establecido en el citado real decreto. A los efectos de lo establecido en este real decreto, se tendrá en cuenta lo siguiente:

a) La información del artículo 7 se entenderá cumplida por el promotor mediante el estudio de seguridad y salud o el estudio básico, en los términos establecidos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

Las instrucciones del artículo 8 se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, cuando tal figura exista; en otro caso, serán impartidas por la dirección facultativa.

b) Las medidas establecidas en el capítulo IV para el empresario principal corresponden al contratista definido en el artículo 2.1 h) del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

c) Los medios de coordinación en el sector de la construcción serán los establecidos en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, y en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, así como cualesquiera otros complementarios que puedan establecer las empresas concurrentes en la obra».

2.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 358/2019). Análisis razonado, en relación con los hechos descritos en el enunciado del caso, de las posibles infracciones a la normativa de seguridad y salud, y su tipificación, e indicación de las medidas derivadas de la actuación que procede adoptar, así como los sujetos responsables con señalamiento del tipo de responsabilidad, todo ello basado en la normativa de aplicación.

En esta parte del supuesto práctico se exige señalar las distintas infracciones cometidas con su tipificación, así como las medidas que se derivarían de la actuación inspectora. Conviene señalar que en el caso planteado se indica que el inspector de Trabajo y Seguridad Social observa desde el perímetro de la obra, sin entrar en ella, infracciones relativas a la realización de trabajos en altura, empleando únicamente cuerdas o un andamio sin plan de montaje. Debido a que estos hechos son constatados fuera de la obra, no gozan de la presunción de certeza del artículo 23 de la Ley 23/2015 («Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados»). Para que estos hechos gocen de certeza, se necesita que se hubieran constatado durante el curso de la visita y esta comienza, de acuerdo con el artículo 40 de la LPRL, desde que el inspector entra en la obra y comunica su presencia al empresario y a los representantes de los trabajadores, salvo que considere que dichas comunicaciones puedan perjudicar el éxito de la función inspectora.

Dado que el promotor Contigo Mejor, SAU, ha contratado cada fase de la obra con contratistas distintos, y estos a su vez han recurrido a la subcontratación, vamos a distinguir las siguientes situaciones con el fin de determinar las infracciones cometidas por cada empresa y las medidas inspectoras que deben adoptarse:

- Empresa contratista Como Yo Ninguno, SL, con su subcontratista Trabaja Como Puedas, SL.

2 trabajadores de la empresa subcontratista realizan trabajos en altura (más de 8 metros), mediante la técnica de acceso y posicionamiento con cuerdas. Para estos trabajos es necesario que el plan de seguridad y salud de la contratista Como Yo Ninguno indique que el trabajo en altura mediante cuerdas puede realizarse con seguridad y que el uso de otro equipo más seguro no esté justificado. Sin embargo, el plan de seguridad y salud no hace referencia al trabajo en altura mediante

cuerdas. Tal hecho constituye una infracción en materia de prevención de riesgos laborales según lo dispuesto en el artículo 5.2 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS), por lo que debe extenderse acta de infracción. Se vulneran los artículos 4.2 d) y 19.1 del ET, y concretamente el artículo 11.1 c) en relación con el anexo IV, parte C, apartado 3.1, del Real Decreto 1627/1997, y el artículo 3.1 y 4 en relación con el anexo II, apartados 4.1.1 y 3, del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Dado que los trabajos en altura están incluidos en el anexo II del Real Decreto 1627/1997, que recoge los trabajos con riesgos especiales, la infracción está tipificada y calificada como muy grave en el artículo 13.10 de la LISOS.

En virtud del artículo 42.3 de la LISOS, se debe establecer la responsabilidad solidaria de Como Yo Ninguno y Trabaja Como Puedas, por vulnerarse las condiciones materiales y presentar ambas empresas propia actividad (tanto contratista como subcontratista realizan trabajos de construcción).

Debido a que los 2 trabajadores están realizando trabajos a más de 8 metros sin disponer de las condiciones de seguridad adecuadas a estos trabajos, otra medida que debe adoptar el inspector es la paralización de los trabajos realizados mediante cuerdas, al encontrarse los trabajadores en un riesgo grave e inminente de caída conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la LPRL.

- Empresa Como Yo Ninguno, SL.

La empresa contratista emplea un andamio con marcado CE que en un primer momento fue montado de acuerdo con las instrucciones del fabricante, pero que posteriormente fue modificado por cuenta de la empresa para adaptar el andamio a la fachada del edificio. Al tratarse de un andamio con marcado CE, las modificaciones realizadas que no estaban contempladas en las instrucciones del fabricante deberían haber sido objeto de un plan de montaje del andamio, aspecto que no se cumple.

La no realización de un plan de montaje constituye una infracción en prevención de riesgos laborales en virtud del artículo 5.2 de la LISOS. Así pues, debe levantarse acta de infracción a Como Yo Ninguno, por vulnerar el artículo 11.1 c) en relación con el anexo IV, parte C, apartado 5 a), del Real Decreto 1627/1997, y el artículo 3.4 en relación con el anexo II, apartados 4.1.1 y 4.3.3, del Real Decreto 1215/1997. Al tratarse de un andamio de más de 25 metros de altura, la infracción se tipifica como muy grave en el artículo 13.10 de la LISOS.

Los trabajadores que emplean este andamio sin plan de montaje se encuentran por la altura en riesgo grave e inminente, por lo que el inspector debe ordenar la paralización de los trabajos realizados con este andamio con arreglo al artículo 44 de la LPRL.

- Empresa contratista Excavaciones Seguras, SL, con su respectiva subcontratista Pocerías El Destino, SL.

La empresa subcontratista realiza trabajos de excavación a más de 3 metros de profundidad sin adoptar medios como la entibación para prevenir el desprendimiento de tierra, incurriendo en una infracción en materia de prevención de riesgos laborales en virtud del artículo 5.2 de la LISOS, por lo que la Inspección debe levantar acta de infracción. Tanto Excavaciones Seguras como Pocerías El Destino desempeñan trabajos de movimiento de tierras, por lo que hay propia actividad y, en consecuencia, se debe imputar responsabilidad solidaria a ambas empresas.

No adoptar las medidas adecuadas para prevenir el riesgo de sepultamiento por desprendimiento de tierras infringe lo dispuesto en los artículos 4.2 d) y 19 del ET, y concretamente el artículo 11.1 c) en relación con lo establecido en el anexo IV, parte C, apartado 9 b), del Real Decreto 1627/1997.

La infracción se encuentra tipificada y calificada como muy grave en el artículo 13.10 de la LISOS.

Conforme al anexo II del Real Decreto 1627/1997, entre los trabajos con riesgos especiales se encuentran los trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento. Debido a que los mismos se llevan a cabo sin haberse adoptado medidas de protección, los trabajadores se encuentran en riesgo grave e inminente de sepultamiento, por lo que el inspector debe ordenar la paralización de estos trabajos (art. 44 LPRL).

- Empresa Todo Es Posible, SL, con respecto a la realización de trabajos en espacio confinado.

Por espacio confinado se entiende el recinto con aberturas limitadas de entrada y salida y ventilación natural desfavorable, en el que pueden acumularse contaminantes tóxicos o puede haber una atmósfera deficiente en oxígeno como la que plantea el supuesto práctico. En estas áreas de trabajo, el empresario debe controlar el espacio confinado y adoptar las medidas preventivas suficientes para que sus trabajadores no estén expuestos a riesgos que puedan causarles daño. No se menciona ninguna medida de protección al respecto, por lo que Todo Es Posible comete una nueva infracción en prevención de riesgos laborales, procediendo a extenderse otra acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

No proceder a controlar el espacio confinado durante los trabajos vulnera lo dispuesto en el artículo 11.1 c) en relación con lo establecido en el anexo IV, parte A, apartado 7 b), del Real Decreto 1627/1997.

La infracción está tipificada como muy grave en el artículo 13.10 de la LISOS. La gravedad queda justificada en la presencia de agentes perjudiciales y ausencia de oxígeno en un espacio confinado, poniendo en grave peligro la salud y seguridad de los trabajadores.

La actividad que realizan los trabajadores en el espacio confinado debe ser paralizada hasta que se adopten por el empresario las medidas adecuadas para que los trabajadores situados en el espacio confinado puedan realizar sus trabajos con seguridad.

- Empresa Llegamos Al Cielo, SL.

Esta empresa contratista se encarga del montaje de los ascensores. Para realizar esta tarea está retirando las protecciones situadas en el hueco del ascensor de todas las plantas, por lo que genera el riesgo de que el resto de trabajadores se precipiten por el hueco del ascensor. Por esa razón, toda abertura en el suelo debe estar protegida.

La ausencia de un sistema de protección que evite la caída de personas representa una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que la Inspección debe extender acta de infracción a Llegamos Al Cielo. Los preceptos infringidos son los artículos 4.2 d) y 19.1 del ET, y el artículo 11.1 c) en relación con lo señalado en el anexo IV, parte C, apartado 3 a), del Real Decreto 1627/1997.

La infracción está tipificada como muy grave en el artículo 13.10 de la LISOS.

En cuanto a los recursos preventivos que son objeto también de pregunta, dado que en la obra intervienen varios contratistas que llevan a cabo su actividad simultáneamente, y que se realizan trabajos con riesgos especiales como caída de altura o desprendimiento de tierra, cada contratista debe designar la presencia de un recurso preventivo en aplicación a lo dispuesto en el artículo 32 bis y disposición adicional decimocuarta de la LPRL, en el artículo 22 bis del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, y en la disposición adicional única del Real Decreto 1627/1997. La falta de presencia de recurso preventivo en la obra cuando se realizan trabajos con riesgos especiales supone una infracción para cada contratista, estando la infracción tipificada como muy grave en el artículo 13.8 b) de la LISOS.

Todas las infracciones tipificadas como muy graves deben ser objeto de comunicación al Ministerio Fiscal a través de la Jefatura Provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 210/2019). Análisis razonado, en relación con los hechos planteados, de las infracciones a la normativa de seguridad y salud, su tipificación, medidas derivadas de la actuación que procede adoptar y sujetos responsables.

La actuación inspectora se lleva a cabo para investigar las circunstancias en las que se ha producido el accidente con el fin de determinar las causas y responsables del mismo.

El accidente de trabajo se produce dentro del establecimiento de Sidero, SL, pero el trabajador accidentado no pertenece a esta mercantil, sino a la contrata Mantenimientos Plus, SL. La contrata solo hace tareas de mantenimiento puntuales de los equipos de trabajo, por lo que no presta servicios correspondientes a la propia actividad de Sidero, cuyo sector de actividad es la metalurgia. Este extremo impide establecer una responsabilidad solidaria entre ambas empresas por las infracciones que puedan derivarse del accidente de trabajo.

Entrando en las causas del accidente, a la luz de lo señalado en el supuesto práctico, aquel tiene lugar por encontrarse el trabajador accidentado, don Gerardo Medina, debajo de la carga transportada por un puente-grúa. Asimismo, otra causa del accidente fue no contar uno de los ganchos de sujeción de la carga con un pestillo de seguridad, lo que provocó la caída de la carga cuando chocó con un apilamiento de perfiles de metal que se encontraba dentro del trayecto de esta.

El responsable del accidente es Sidero, porque el mismo se produce en su centro de trabajo y por una grúa que empleaba en su actividad incumpliendo las condiciones materiales.

Las 2 causas directas del accidente mencionadas constituyen una infracción, por lo que debe extenderse acta de infracción en materia de seguridad y salud por motivo ligado al accidente. Los hechos descritos vulneran lo establecido en los artículos 4.2 d) y 19.1 del ET, así como en los artículos 14, 15 y 17.1 de la LPRL, y específicamente lo contenido en el artículo 3.4 en relación con el anexo II, apartado 3.1 c) y d), del Real Decreto 1215/1997.

La infracción está preceptivamente tipificada y calificada como grave en el artículo 12.16 b) de la LISOS.

La sanción se propone en su grado mínimo, pero no en su cuantía inferior, ya que se aprecia como circunstancia agravante, con arreglo al artículo 39.2 de la LISOS, la peligrosidad de la actividad realizada por Sidero.

Dado que el accidente se produce por incumplimiento de las condiciones materiales, el inspector de Trabajo y Seguridad Social debe proceder a proponer recargo sobre las prestaciones causadas por el accidente en virtud del artículo 164 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). Al tratarse de una infracción grave y solo apreciarse un criterio de graduación, se debe proponer un recargo del 30 % a Sidero.

En el supuesto práctico se detectan otras infracciones que, al no estar vinculadas al accidente, deben ser objeto de otras actas de infracción en materia de seguridad y salud.

Sidero, con arreglo al artículo 24.2 de la LPRL, así como a los artículos 6, 7 y 8 del Real Decreto 171/2004, debe dar información e instrucciones a Mantenimientos Plus sobre los

riesgos existentes en su establecimiento y las medidas de prevención. Sin embargo, no aporta la evaluación de riesgos a la empresa contratista ni consta ninguna actuación por parte de la empresa titular en materia de coordinación. Esto constituye una infracción por incumplir los preceptos citados, tipificándose como grave en el artículo 12.14 de la LISOS.

Por otro lado, el supuesto indica que Sidero no ha facilitado al trabajador Juan García la formación preventiva correspondiente a su puesto de trabajo, por lo que se incumple lo establecido en los artículos 19.1 de la LPRL y 5.1 del Real Decreto 1215/1997. La infracción se tipifica y califica como grave en el artículo 12.8 de la LISOS. La sanción se propone en su grado mínimo y cuantía inferior.

En virtud del artículo 16 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, estas 2 últimas infracciones cometidas por Sidero se acumulan en una única acta de infracción por tratarse de la misma materia.

En cuanto a Mantenimientos Plus, también ha cometido infracciones en materia de seguridad y salud. En primer lugar, no ha realizado la investigación del accidente que ha sufrido el trabajador, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 16.3 de la LPRL. La infracción está tipificada y calificada como grave en el artículo 12.3 de la LISOS. La sanción se propone en su grado mínimo y cuantía inferior.

En segundo lugar, el caso práctico señala que la empresa titular del establecimiento no tiene ninguna documentación de prevención de riesgos laborales de Mantenimientos Plus, lo que supone que esta empresa no ha procedido a realizar la evaluación de riesgos laborales. No proceder a evaluar los riesgos vulnera los artículos 16.2 a) de la LPRL y 4 del Real Decreto 39/1997. La sanción se propone en su grado mínimo.

Estas 2 infracciones imputadas a la empresa contratista deben acumularse en el acta de infracción extendida a Mantenimientos Plus.

De la actuación inspectora se derivan también los siguientes requerimientos:

- A la empresa Sidero se le requiere que adopte todas las medidas adecuadas para que no haya ningún trabajador debajo de las cargas suspendidas, instale un pestillo en el gancho de la grúa, y proporcione toda la información preventiva a la empresa contratista con carácter inmediato y la formación suficiente al operador de la grúa en el plazo de 1 mes.
- A la empresa Mantenimientos Plus se le requiere que proceda a realizar la evaluación de los riesgos y lleve a cabo el informe de investigación del accidente en el plazo de 15 días.

4.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 210/2019). Contestación dada al denunciante en relación con la propuesta de recargo y explicación de que sí procede efectuar la propuesta de recargo en el caso planteado, todo ello con base en la normativa de aplicación.

El artículo 164.1 de la LGSS establece que:

«Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 %, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador».

El inspector actuante debe contestar al trabajador que propone recargo sobre todas las prestaciones causadas por el accidente, ya que este ha sido ocasionado por incumplimiento de las condiciones materiales. El recargo debe recaer sobre Sidero, que ha sido el responsable del accidente. Al tipificarse la infracción como grave y no emplear ningún criterio de graduación, debe proponerse un recargo del 30 % sobre las prestaciones. En el caso de que se hubiese graduado con 2 criterios, se podría incrementar hasta un 40 %.

Es importante señalar que el recargo conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene naturaleza de prestación y, por ello, es compatible con la correspondiente sanción.

5.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 1089/2019). Consideración de que las bases de cotización no son correctas y justificación de la respuesta. Señalamiento de las medidas a adoptar por el inspector actuante y, dado que se considera que procede extender acta, teniendo en cuenta que la visita se realizó el día 1 de junio y la siguiente comprobación tuvo lugar el día 12 de junio, se indica la fecha límite para su emisión.

Siguiendo lo establecido en los artículos 147 de la LGSS y 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, vamos a calcular las distintas bases de cotización de los trabajadores de la empresa Paquetería Al Por Mayor, SA:

- Director del centro.

Cada paga extraordinaria es de 6.700 euros (suma del salario base y el complemento de especial dedicación). El importe del prorrateo de las pagas extraordinarias en 12 meses es de 558,33 euros.

En la base de cotización se debe añadir el prorrateo del seguro de accidente que es de 16,67 euros, al dividir 200 euros en 12 meses.

En relación con los gastos de locomoción, se debe incluir la parte que exceda de 0,19 euros por kilómetro recorrido, dado que la empresa ha pagado 0,26 euros por kilómetro al director. De los 48,6 euros abonados por la empresa en concepto de locomoción, están excluidos 34,2 euros, por lo que deben incluirse en la base de cotización 14,4 euros.

También deben incluirse los gastos de manutención que excedan de 26,67 euros. La empresa ha sufragado las comidas motivadas por cada viaje en 32 euros, luego deben incluirse en la base de cotización 15,99 euros, al estar excluidos 80,01 euros.

Para determinar su base de cotización, se debe incluir su salario base (2.700 €), complemento de especial dedicación (650 €), plus de transporte (85 €), el importe de las pagas extraordinarias prorrateadas en 12 meses (279,16 €), el prorrateo del seguro de accidente (16,67 €), así como la parte de los gastos de locomoción y manutención que excedan de la cuantía fijada por la normativa reguladora del impuesto sobre las personas físicas (14,4 y 15,99 €). La base de cotización es de 4.040,39 euros, por lo que la empresa ha cotizado en cuantía inferior (3.908 €), habiendo una diferencia de cotización.

- 2 oficiales de almacén.

Sus bases de cotización se conforman por salario base (2.000 €), complemento de especial dedicación (300 €), plus de transporte (85 €) y las pagas extraordinarias prorrateadas (383,33 €), siendo, por tanto, de 2.768,33 euros. La empresa ha cotizado por 2.683 euros, por lo que hay de nuevo una diferencia de cotización con respecto a estos trabajadores.

- Peón de almacén.

Sumando el salario base (1.000 €), complemento de especial dedicación (100 €), plus de transporte (85 €) y el prorrateo de las pagas extraordinarias (183,33 €), da como resultado una base de cotización de 1.368,33 euros. La empresa cotiza en cuantía inferior, por lo que hay también diferencia de cotización.

- Administrativo de recepción.

Su base de cotización es de 2.651,67 euros, estando constituida por el salario base (1.900 €), especial dedicación (300 €), plus de transporte (85 €) y las pagas extraordinarias prorrateadas (366,67 €). La empresa cotiza sobre una base de 2.567 euros, en consecuencia, partiendo de una cuantía inferior a la debida, por lo que hay también diferencia de cotización.

Conforme a lo expuesto, la empresa ha cotizado por debajo de la cantidad legalmente establecida. Esto determina que el inspector de Trabajo y Seguridad Social debe extender acta de liquidación por diferencias. Asimismo, no efectuar el ingreso de las cuotas en la

cuantía debida constituye una infracción en materia de Seguridad Social (art. 20 LISOS), debiendo extenderse acta de infracción coordinada con acta de liquidación por diferencias en virtud del artículo 34.4 de la LGSS. Los artículos infringidos que deben incluirse en el acta de infracción son los siguientes: 18.1, 2 y 3, 141.1, 142.1, 144.1, 2, 3 y 4, y 147.1 y 2 de la LGSS; 6.1, 7.2, 13, 22.1 y 23.1 y 2 del Real Decreto 2064/1995; y 6.1, 12.1, 55 y 56.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

La infracción está tipificada y calificada como grave en el artículo 22.3 de la LISOS. La sanción de esta infracción es un porcentaje que se aplica sobre la cantidad no ingresada. Siguiendo el artículo 39.2 de la LISOS, la sanción se propone en su grado inferior, dado que la cantidad endeudada no supera los 10.000 euros. En definitiva, la infracción se sancionará con multa del 50 % del importe no ingresado.

El periodo de liquidación del acta de liquidación se extiende desde el 1 de enero de 2019 hasta el 30 de abril de 2019.

6.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 1089/2019). Explicación de por qué la cotización por contingencias profesionales del director de centro no se considera correcta y medidas a adoptar por el inspector actuante.

La empresa aplica en la cotización por contingencias profesionales el tipo previsto para la ocupación «a» del cuadro II de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de noviembre, de presupuestos generales del Estado para 2007, y no aplica la prima correspondiente al CNAE de la actividad de la empresa. La letra «a» del cuadro II se refiere a los trabajos exclusivos de oficina, considerándose personal en trabajos exclusivos de oficina a los trabajadores por cuenta ajena que, sin estar sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina, aun cuando los mismos se correspondan con la actividad de la empresa, y siempre que tales trabajos se desarrollen únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa.

La actividad que realiza el director no cumple con esta definición de trabajos de oficina, porque se desplaza continuamente por las distintas instalaciones de la empresa y, por lo tanto, está expuesto a los riesgos propios de la actividad de la empresa. Por esta razón, la empresa debe aplicar el tipo de cotización correspondiente a la actividad principal de la empresa, habiendo una diferencia de cotización por aplicar el tipo establecido para las ocupaciones correspondientes a trabajos exclusivos de oficina.

En este caso, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe extender acta de infracción coordinada con acta de liquidación. No efectuar el ingreso que por todos los conceptos recauda la Tesorería de la Seguridad Social en la cuantía debida por la incorrecta aplicación de los tipos de cotización constituye una infracción a lo dispuesto en los artícu-

los 142.1, 144.1, 145 y 146 de la LGSS; 6.1, 12.1, 55 y 56.1 del Real Decreto 2064/1995; y 6.1, 12.1, 55 y 56 del Real Decreto 1415/2004.

La infracción está tipificada y calificada como grave en el artículo 22.3 de la LISOS. La sanción se propone en su grado mínimo, concretamente un 50 % de la deuda contraída.

7.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 1089/2019). A la vista de los hechos comprobados que figuran en el apartado 5 del enunciado del supuesto, se razona la inadecuación de los mismos a la normativa de aplicación, señalando las medidas que deben iniciarse derivadas de la actividad inspectora.

El pensionista de jubilación no puede compatibilizar la pensión con el trabajo por cuenta ajena salvo en la jubilación flexible, en cuyo caso la pensión reconocida en un primer momento se reduce en proporción inversa a la reducción de la jornada. Para ello, el trabajador por cuenta ajena debe comunicarlo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y el empresario debe dar de alta en el régimen general al trabajador. Conviene destacar que el trabajador que realiza los trabajos de mantenimiento se enmarca dentro de una relación laboral por cuenta ajena, dado que la propia empresa le proporciona las herramientas y medios necesarios para realizar su tarea, encontrándose dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

Conforme a lo relatado en el caso práctico, el trabajador presta sus servicios en la empresa compatibilizando indebidamente la pensión de jubilación y además no está en alta, por lo que tanto el trabajador como la empresa han cometido respectivamente distintas infracciones en materia de Seguridad Social.

En relación con el trabajador, podrá optar por seguir trabajando o percibir la pensión, devolviendo en ambos casos la totalidad de la pensión percibida desde el inicio de la actividad laboral. En el segundo caso, la devolución de la deuda se llevará a cabo a través del procedimiento especial establecido en el Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, aplicándole descuentos sobre su pensión hasta que devuelva la totalidad de la pensión indebidamente percibida.

Asimismo, el inspector de Trabajo y Seguridad Social debe extenderle acta de infracción por compatibilizar la pensión de jubilación con un trabajo por cuenta ajena indebidamente, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 213 de la LGSS. La sanción se tipifica y califica como grave en el artículo 25.1 de la LISOS. Según lo dispuesto en el artículo 47.1 b) de esa misma norma, la infracción conlleva una sanción consistente en la pérdida de la pensión durante un periodo de 3 meses.

En cuanto a la empresa, debe ser objeto de una nueva acta de infracción en materia de Seguridad Social por dar ocupación a un beneficiario de la pensión de jubilación, cuyo disfrute

es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, sin cursar su alta en la Seguridad Social. Los preceptos infringidos son los artículos 139.1, 140.1 y 213.1 de la LGSS, y 29.1.1.º y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. La infracción se tipifica y califica como muy grave en el artículo 23.1 a) de la LISOS. De conformidad con los criterios recogidos en el artículo 39.2 y 6 de la precitada LISOS, la sanción se propone en su grado mínimo en la cuantía de 10.001 euros.

Asimismo, cabe destacar que la empresa responde solidariamente junto con el trabajador de la devolución de la pensión indebidamente percibida.

Finalmente, el inspector de Trabajo y Seguridad Social debe comunicar el alta de oficio a la Tesorería de la Seguridad Social con efectos desde el 1 de enero de 2019.

8.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 42/2019). Se determina que concurre vulneración de los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores en la empresa, y se exponen las medidas adoptadas por el inspector como consecuencia de la comprobación efectuada, razonando la respuesta conforme a la normativa de aplicación.

El artículo 64.4 del ET dispone que el comité de empresa, con la periodicidad que proceda, tendrá derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados y la memoria, entre otros documentos. La empresa está obligada a entregar estos documentos citados al comité de empresa sin que pueda alegar razones de confidencialidad, ya que el artículo 65.2 del ET establece la obligación de los miembros del comité de empresa de observar sigilo con respecto a aquella información que la empresa les haya facilitado.

Se debe extender acta de infracción en materia laboral por vulnerar el artículo 64.4 del ET. La infracción está tipificada como grave en el artículo 7.7 de la LISOS. Se propone la sanción en su grado mínimo, cuantía inferior, por no observarse criterios agravantes de graduación de la sanción.

Por último, se debe requerir a la empresa para que entregue al comité de empresa la documentación citada.

9.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 42/2019). Delimitación de supuestos (cumplimiento e incumplimiento) relacionados con el registro de jornada e indicación de medidas adoptadas por el inspector derivadas de las comprobaciones efectuadas, todo ello conforme a la normativa de aplicación.

Comenzando con el registro de jornada obligatorio establecido por el Real Decreto-Ley 8/2019, dado que la visita se realizó el 20 de abril de 2019, el inspector no puede exigir

el cumplimiento de esta obligación si el mismo estaba siendo negociado entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el periodo de entrada en vigor del real decreto-ley, por lo que la empresa no tendría ninguna responsabilidad administrativa por el registro de jornada ordinario que exige el artículo 34.9 del ET.

No obstante, con respecto a los trabajadores a tiempo parcial, la empresa debe registrar su jornada en virtud de lo señalado en el artículo 12.4 del ET. Su incumplimiento motiva acta de infracción en materia laboral, estando la infracción tipificada y calificada como grave en el artículo 7.5 de la LISOS. La sanción se propone en su grado mínimo.

El artículo 12.4 del ET indica que el incumplimiento de efectuar el registro de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial determinará que el contrato de trabajo se presuma celebrado a tiempo completo. En consecuencia, la Inspección deberá comunicar la variación de datos del trabajador a la Tesorería y, al producirse una diferencia de cotización por considerarse la jornada a tiempo completo, la actuación inspectora finalizará con acta de liquidación por diferencias.

10.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 42/2019). Resolución de las consultas planteadas por la delegada sindical doña Alejandra Pantoja Jurado sobre el local sindical y por el presidente del comité de empresa en relación con doña Rosa Pérez Pérez.

En relación con la consulta planteada por doña Alejandra Pantoja sobre el local sindical, el artículo 8.2 de la Ley orgánica 11/1985, de libertad sindical, establece los derechos básicos de las secciones sindicales, entre los cuales se encuentra el derecho a utilizar un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades. Salvo que el convenio colectivo establezca otra cosa, para disfrutar de los derechos contemplados en este artículo, la sección sindical debe pertenecer a un sindicato que tenga la consideración de más representativo o tener implantación en los órganos de representación unitaria de la empresa, y para poder disponer de un local, la empresa o centro de trabajo debe contar con más de 250 trabajadores.

La sección sindical de la señora Pantoja no tiene representación en el comité de empresa y la empresa cuenta con 100 trabajadores, por lo que su sección sindical no tiene derecho a un local en la empresa.

En cuanto a la consulta relacionada con la representante de los trabajadores doña Rosa Pérez, conforme al artículo 68 del ET, los representantes de los trabajadores tienen derecho, cada uno, a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación y a no ser discriminados en su promoción económica o profesional por el desempeño de su representación. El cambio de funciones de responsable de producción que realizaba la señora Pérez por labores administrativas, motivado únicamente por el uso del crédito de horas sindicales, siempre que se constate este hecho, constituye

una infracción en materia laboral. Se conculcan los artículos 68 c) y e) del ET y 10.3 y 12 de la Ley orgánica de libertad sindical. La infracción se tipifica como muy grave en el artículo 8.12 de la LISOS. En virtud de esta infracción, se extenderá acta de infracción.

11.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 42/2019). Análisis de la adecuación a la normativa legal vigente de los contratos de duración determinada descritos en el enunciado del supuesto, con indicación de apreciación de fraude en la contratación, razones y existencia o no de infracción administrativa.

El contrato de trabajo de duración determinada de obra o servicio de Manuel López ha excedido de los 3 años de duración, que es la máxima establecida para estos contratos en el artículo 15.1 a) del ET, salvo que el convenio aplicable establezca un plazo superior. El convenio, según la literalidad del texto, no contiene previsión al respecto, por lo que el contrato de obra no se ajusta a la legalidad.

En cuanto al contrato eventual de María García, el mismo debe precisar con detalle la causa de este con arreglo al artículo 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. Establecer en el contrato que su causa es exceso de trabajo por la ampliación de pedidos por un cliente de China no es suficiente, porque no queda justificada la eventualidad. Debería precisar, por ejemplo, para que fuese correcto el contrato, que se formalizó para atender los pedidos de un cliente extraordinario, necesitando la empresa contratar a otro trabajador con carácter temporal. Por esta razón, la empresa ha incurrido en fraude de ley con este contrato eventual.

Javier Fernández ha estado vinculado a la empresa a través de un contrato de duración determinada durante más de 24 meses dentro de un periodo de 30 meses. El artículo 15.5 del ET dispone que los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, con la misma empresa adquirirán la condición de trabajadores fijos. En consecuencia, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social requerirá a la empresa que transforme el contrato de Javier en indefinido. En caso de extinción del contrato temporal, el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social impugnando el despido del empresario.

En relación con el contrato de interinidad de Paula Rodríguez, el mismo continúa en vigor a pesar de que la trabajadora Alejandra Pantoja, para cuya sustitución se celebró el contrato de interinidad, ya se ha incorporado a la empresa. Así pues, Paula no debería tener un contrato de interinidad, por lo que la empresa ha incumplido lo dispuesto en el artículo 15.1 c) del ET.

La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales constituye una infracción tipificada y calificada como grave en el artículo 7.2 de la LISOS. Hay una única infracción y no varias por cada trabajador.

Esta infracción y las anteriores en materia laboral se acumulan en una única acta de infracción en virtud del artículo 16 del Real Decreto 928/1998.

12.ª pregunta (ORDEN DE SERVICIO NÚM. 42/2019). Análisis del traslado de los trabajadores, determinando que no se ha adecuado al artículo 40 del ET.

Dado que la empresa tiene 100 trabajadores y el traslado afecta a 20, tiene la consideración de colectivo. En este caso, el artículo 40.2 del ET obliga a la empresa a llevar un periodo de consulta de 15 días con los representantes legales de los trabajadores.

La empresa no ha realizado este periodo de consulta, sino que ha dado al traslado el tratamiento de individual. La conducta de la empresa no constituye una infracción, porque no está tipificada en la LISOS, pero puede ser impugnada ante la jurisdicción social. Según el artículo 138.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que versará sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial según hayan quedado acreditadas las razones invocadas por la empresa.



La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales

Wilfredo Sanguinetti Raymond y
Juan Bautista Vivero Serrano (Dirs.)

Granada: Comares

419 páginas - 2019

ISBN: 978-84-9045-889-1

La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales (2019) es la tercera obra resultado de la actividad desarrollada bajo el proyecto de investigación «Impacto laboral de las redes de empresas»¹, dirigida por Wilfredo Sanguinetti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano, investigadores principales del proyecto, y materializada en las ponencias presentadas en el *II Seminario Internacional «El trabajo en las redes empresariales: experiencias de regulación y gestión»*, celebrado en Salamanca en noviembre de 2018.

Si en las publicaciones precedentes a esta, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo* (Sanguinetti Raymond, 2016) e *Impacto laboral de las redes empresariales* (Sanguinetti Raymond y Vivero Serrano, Dirs., 2018), el foco estaba puesto en detectar una novedosa forma de organización del trabajo con el objetivo de clarificar el objeto de estudio, la gran novedad de este libro es haber dado un paso más –un paso gigante y definitivo– para sentar las bases en la investigación sobre las redes de empresas y su repercusión en el derecho del trabajo: recoger y sistematizar la respuesta jurídica formulada desde distintas ramas del ordenamiento laboral a los problemas de prestación del trabajo en sistemas de redes de empresas. Es decir, determinado el objeto de análisis –no sin gran esfuerzo de años anteriores–, se ha conseguido volcar en esta publicación la réplica del derecho del trabajo y la reflexión sobre las distintas manifestaciones de su aplicación en los diferentes ámbitos de esta materia.

Este manual se ubica dentro de la colección Trabajo y Seguridad Social, editada por Comares, la cual ofrece numerosas obras que reflexionan sobre las instituciones de derecho del trabajo. Sin embargo, el tema de esta obra hace que destaque por ser el colofón a

¹ Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (referencia DER 2015-67099-P MINECO/FEDER).

un proyecto que comenzó con el atrevimiento a estudiar las redes de empresas, una institución novedosa y atractiva, de una manera transversal y práctica mediante aportaciones de distintos autores, recogiendo esta vez las manifestaciones de la adaptación del derecho del trabajo para responder a un sistema organizativo del trabajo en el que no encajaban tan fácilmente las previsiones normativas existentes, lo cual aumenta el valor de la obra ofreciendo una visión global del objeto de estudio.

Las redes de empresas son la manifestación de la progresiva sustitución del modelo tradicional de empresa. El paradigma de empresa de gran tamaño, autosuficiente y encargada de la producción integral de bienes y servicios sobre el que se han construido las relaciones laborales no impera ya en la actualidad. Ha sido desplazado por otro paradigma para cuyo estudio es necesario alejar el objetivo del microscopio y observar un campo más amplio. Precisamente ahí reside el atrevimiento del proyecto, en mover los puntos de enfoque y contemplar el sistema desde otro ángulo, lo cual ha arrojado una nueva realidad que, por todos los cambios e implicaciones, supone un estímulo para seguir investigando y concretando este objeto de estudio, pues, a pesar del avance realizado en el marco de este proyecto para su concreción, se trata de una realidad con límites difusos.

La gran aportación de este trabajo ha sido la recopilación pormenorizada del análisis que desde diferentes ámbitos han realizado los distintos autores sobre la construcción de un derecho del trabajo aplicable a las redes empresariales. Así, el estudio se divide en cinco partes que relacionan el objeto de estudio con un ámbito concreto: cooperación y derechos laborales, la complejidad de la personificación del empleador, derechos fundamentales y contrato de trabajo, salud laboral y derechos colectivos, y la relación con el sistema del derecho del trabajo.

En el título I, Juan Ignacio Ruiz Peris analiza la franquicia como red empresarial y reflexiona sobre esta forma de organización como ejemplo arquetípico de red empresarial. Le sigue Juan Bautista Vivero Serrano y la problemática de las redes de entidades públicas, donde recoge exhaustivamente su razón de ser, clasificación e impacto laboral. Y concluye Carmen Solís Prieto trasladando la problemática de la prestación laboral en las redes de empresas a la negociación colectiva en las uniones temporales de empresas, vía teórica para la homogeneización de las condiciones laborales de los trabajadores de las distintas empresas que, sin embargo, tiene escaso éxito en la realidad práctica.

El título II comienza con la aportación de Wilfredo Sanguineti Raymond, que reflexiona sobre las responsabilidades y la articulación jurídica del empleador plural y deja sobre el papel la inseguridad que provoca la indeterminación de las responsabilidades de los distintos empleadores y el desequilibrio que supone frente a la multiplicación de los deberes del trabajador. En este apartado se recogen varias aportaciones internacionales como la reflexión de Alejandro Castelo sobre el empleador complejo en Uruguay, la de Elmer Guillermo Arce Ortiz, que reflexiona sobre la crisis del concepto de empleador en las redes empresariales en Perú, o distintas intervenciones sobre la acomodación de las redes empresariales

al ordenamiento italiano de Ester Villa, Luca Ratti, Maria Giovanna Greco o Marco Mocella, terminando con las agrupaciones de empleadores del derecho francés, por Eduardo Martín Puebla. La riqueza de este título manifiesta la complejidad del objeto de estudio del trabajo, así como la repercusión y trascendencia internacional de la materia.

El título III recoge la relación de la red empresarial con los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. José Antonio Baz Tejedor ofrece un estudio pormenorizado de la protección de datos personales de los trabajadores de las redes, expuestos a transferencias constantes de información personal en las redes de subcontratación. Le sigue Rosa María Morato García con los desafíos planteados por la movilidad y circulación de trabajadores en este escenario, clasificando las tipologías de transferencia de trabajadores y ofreciendo propuestas de regulación. A continuación, Ana Lambelho analiza los problemas de la transmisión de la unidad económica entre empresas de la red de acuerdo con el ordenamiento jurídico portugués, recogiendo las repercusiones en los derechos colectivos de los trabajadores. Y finalmente cierran Carlos Gómez Asensio, con una explicación exhaustiva de la infracción del deber de lealtad como causa de extinción de la relación laboral en el contexto de empresas que forman parte de una misma red, y Jesús Lahera Forteza, que señala el vacío regulador del despido colectivo en la empresa-red, ante lo cual plantea distintas hipótesis para ir construyendo una reflexión previa a la realidad material.

En el título IV se encuentran las aportaciones sobre salud laboral y derechos colectivos. Carlos de la Torre presenta la respuesta que desde la norma se da al sistema de obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales en las redes de subcontratación, explicando las obligaciones empresariales y los derechos de los trabajadores en la materia, y en esta misma dirección continúa María Luisa Martín Hernández, aportando el estado de la cuestión y líneas de tendencia sobre la aplicación práctica de la prevención de riesgos laborales en el escenario red. De otro lado, Gloria Rojas Rivero presenta la problemática de la negociación colectiva en las nuevas formas de trabajar y recoge la respuesta a nivel europeo e internacional, mientras que Isabelle Daugareilh plantea la necesidad de acudir al diálogo social y a los acuerdos marco internacionales para regular las condiciones de trabajo en redes más amplias. Concluyen el apartado Isidor Boix Lluch y Víctor Garrido Sotomayor presentando Proyecto Act: un impulso global, sindical y empresarial de la negociación colectiva local.

Por último, en el título V interviene Luisa Corazza, lanzando sugerentes cuestiones sobre la respuesta que desde el derecho del trabajo se puede dar a la problemática de las redes de empresas, una respuesta que nazca del ordenamiento laboral como sistema, cuyo horizonte se renueva continuamente cuando parecía que ya estaba todo escrito.

Resulta poético observar, finalmente, cómo el tema objeto de estudio —«un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero vinculados jurídicamente y económicamente en modo tal que el éxito de sus negocios depende en mayor o menor medida del de los restantes miembros de la red» (Juan Ignacio Ruiz Peris)— ha dado lugar a la materialización

de una obra llevada a cabo por un conjunto de investigadores independientes, pero vinculados por el fin último de contribuir a *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, de modo tal que el éxito de sus conclusiones depende de las de los restantes miembros del equipo.

Ana García García

*Alumna de doctorado.
Universidad de Salamanca*

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), ARLL (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.



Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa



CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 30.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Administración de Empresas**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 26.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 17.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 6.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 5.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Se amplía el plazo de presentación al **1 de junio de 2020** a las **20,00 horas**. Consulte en la web los lugares y modos de entrega.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando www.cef.es