

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Oscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Coordinadora de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO

Carolina Blasco Jover

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Alicante (España)

ÍNDICE

Carolina Blasco Jover, *Introducción al número por parte de la Coordinadora*..... **1**

Artículos

José María Goerlich Peset, *El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal*..... **5**

Carmen Sánchez Trigueros, Antonio Folgoso Olmo, *En torno a la “desconexión digital”*..... **30**

Amparo Garrigues Giménez, *Disposiciones y medidas preventivas y de seguridad social adoptadas en España frente a los riesgos laborales derivados del SARS-CoV-2: balance y propuestas desde un análisis gender sensitive*..... **64**

Carolina Martínez Moreno, *El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres*..... **100**

Santiago García Campá, Asunción Ventura Franch, *El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad*..... **141**

Carolina Blasco Jover, *Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa*..... **179**

María Carmen Aranda Martínez, *Un permiso de orden social. RD-Ley 10/2020, el permiso retribuido recuperable*..... **217**

Henar Álvarez Cuesta, *El Ingreso mínimo vital en la encrucijada*..... **243**

Ángel Luis de Val Tena, *Límites al encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas*..... **284**

Rubén Parres Miralles, *Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia*..... **318**

II

Reseñas Bibliográficas

Silvia Fernández Martínez, *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*, por David Montoya Medina. Una reseña..... **344**

Esther Carrizosa Prieto, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, por Silvia Fernández Martínez. Una reseña..... **348**

Introducción al número por parte de la Coordinadora

Este n. 2/2021 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* que he coordinado cuenta con un total de diez artículos doctrinales y dos reseñas bibliográficas de indudable oportunidad y de excepcional calidad que seguro serán de interés para los lectores de la revista y de utilidad para todo aquel práctico en Derecho del Trabajo que necesite sumergirse en los temas que son objeto de atención en ellos.

De esta manera, comienza el número con el artículo *El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal* del profesor José María Goerlich Peset (Universitat de València, España). Es un trabajo muy interesante sobre un tema que ha pasado a primera línea de actualidad como consecuencia de la irrupción de la Covid-19. En él, el autor centra la atención en el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, pero no para comentarlo con detalle, sino para comprobar en qué medida sus normas – de marcado carácter abierto – han sido objeto de concreción en la negociación colectiva y para abogar por la importancia de este instrumento cuando de hallar un punto de equilibrio entre las necesidades de flexibilidad de las empresas y las expectativas de los trabajadores se trata. Muy relacionado con este trabajo, se sitúa el de la profesora Carmen Sánchez Trigueros (Universidad de Murcia, España) y el del abogado Antonio Folgoso Olmo (Murcia, España). Su artículo lleva por título *En torno a la “desconexión digital”* y con él se trata de evidenciar la importancia de un derecho como éste a fin de evitar que se difuminen, a causa, entre otras circunstancias, de la fuerte irrupción del teletrabajo o del trabajo a distancia en tiempos de pandemia, los límites entre tiempo de trabajo y descanso. Ocurre, sin embargo, que si bien el legislador español ha dado entrada al derecho en el ordenamiento interno no lo ha dotado de suficiente contenido, por lo que las interpretaciones acerca de cómo deba entenderse este derecho se suceden. Por ello es importante trabajos como el que aquí se presenta de la profesora Sánchez Trigueros y del abogado Folgoso Olmo, ya que contribuyen a dotar de perspectiva técnica y jurídica a un derecho sin duda necesario, pero con una insuficiente y deficiente regulación legal. De innegable actualidad también es el artículo *Disposiciones y medidas preventivas y de seguridad social adoptadas en España frente a los riesgos laborales derivados del SARS-CoV-2: balance y propuestas desde un análisis gender sensitive* de

la profesora Amparo Garrigues Giménez (Universitat Jaume I, España). En un trabajo de impecable factura, la autora firma un artículo donde se pasan revista a todas las medidas de salud laboral que en España se han adoptado para hacer frente a los riesgos derivados de la Covid-19, pero desde un enfoque singular, la perspectiva de género. Así, se reflexiona sobre la integración – o no – de la perspectiva de sexo y de género en las normas y medidas administrativas adoptadas para evitar la exposición al SARS-CoV-2 en el trabajo. Las conclusiones que se extraen son, ciertamente, muy enriquecedoras.

A la igualdad, aunque no sólo desde la perspectiva de género, se dedican también tres de los trabajos que en este número pueden encontrarse. Así, la profesora Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo, España) firma el artículo *El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres*. En él, se analizan los dos reglamentos de desarrollo de la normativa sobre planes de igualdad e igualdad retributiva, el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y el RD 902/2020, de 13 de octubre, sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Labor incommensurable la de la autora que, con un trabajo del todo punto admirable, intenta arrojar luz sobre las obligaciones que ambas normas atribuyen a las empresas para hacer frente a las desigualdades de género.

El siguiente trabajo en esta línea es el que lleva por título *El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad*, de los profesores Santiago García Campá y Asunción Ventura Franch (Universitat Jaume I, España). Ambos autores, a la limón, consiguen brillantemente aunar la perspectiva laboral y la propia del Derecho constitucional para estudiar el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y analizar su desarrollo práctico en el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, una norma que ha traído consigo la introducción de cambios de indudable importancia en los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral. El trabajo se centra en los avances en medidas de acción positiva que precisamente ha supuesto este Real Decreto (singularmente por lo que atañe a la regulación de la suspensión por nacimiento y cuidado de menor y del permiso para el cuidado del lactante) e igualmente en las implicaciones prácticas de la Ley Orgánica de Igualdad.

El último trabajo lo firma la que suscribe bajo el título *Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa*. En él, se indaga acerca los déficits de protección que pueden detectarse en materia de jubilación voluntaria anticipada, prestaciones familiares y en favor de

familiares y prestación para el cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave y se proponen ciertos ajustes que convendría realizar – algunos no necesariamente ligados al género – a efectos de evitar situaciones de trato desigual o discriminatorias. De igual forma, se dará cuenta del nuevo y reformado complemento para reducir la brecha de género en las pensiones, un mecanismo con el que se pretende – está por ver si lo logra – compensar los defectos de cotización que hubieran podido acontecer durante la vida laboral de los progenitores por el cuidado de hijos. A continuación, siguen dos trabajos sobre sendos instrumentos que ha traído conseguido la emergencia social, sanitaria y económica en la que nos encontramos, el Ingreso Mínimo Vital y el permiso retribuido recuperable. Por lo que atañe a éste último, la profesora María Carmen Aranda Martínez (Universidad de Alicante, España), en su trabajo *Un permiso de orden social. RD-Ley 10/2020, el permiso retribuido recuperable*, reflexiona sobre el tratamiento jurídico de este permiso en el RD-Ley 10/2020, de 29 de marzo, y sobre las innumerables cuestiones controvertidas que suscita, como su propio fundamento, el desarrollo y contenido de su régimen jurídico, sus peculiaridades dentro del contexto jurídico laboral y algunos otros aspectos entre los que cabe destacar los que se derivan de su encaje con el poder de dirección del empresario. Por su parte, la profesora Henar Álvarez Cuesta (Universidad de León, España) firma un laborioso trabajo sobre el ingreso mínimo vital, titulado *El Ingreso mínimo vital en la encrucijada*. En él, se analizan las bases sobre las que está construida esta prestación de la Seguridad Social, que tiene como finalidad última superar la situación de vulnerabilidad económica y lograr la completa inclusión social para todos los beneficiarios. No obstante, también se da cuenta de las lagunas y quiebras en la protección que aún subsisten y de los inconvenientes que ello comporta.

Los tres últimos trabajos doctrinales, en fin, tratan los siempre interesantes temas del encadenamiento de contratos temporales en la Administración Pública, la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos a efectos retributivos e indemnizatorios y el despido sin justa causa. De esta forma, el profesor Ángel Luis de Val Tena (Universidad de Zaragoza, España) entrega el trabajo *Límites al encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas*, en el que reflexiona en profundidad y de manera sobresaliente sobre la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 15.5 ET en el ámbito de la Administración, sobre su coordinación con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, desde luego, sobre la siempre controvertida figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

Finalmente, el profesor Rubén Parres Miralles (Universidad de Alicante,

España) firma el trabajo *Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia*, en el que se analiza la incidencia del tiempo en la configuración del régimen fijo discontinuo a fin de determinar cómo la misma condiciona los derechos de este tipo de trabajadores y la identificación del tiempo computable a efectos de su reconocimiento o cuantificación.

El número se cierra con dos reseñas bibliográficas sobre sendas monografías de interés que tratan idéntico tema. La primera la firma la profesora Silvia Fernández Martínez (Universidad de Santiago de Compostela, España) sobre el libro *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos* del profesor David Montoya Medina. La segunda la firma la profesora Esther Carrizosa Prieto (Universidad Pablo de Olavide Sevilla, España) sobre la monografía, precisamente, de la profesora Silvia Fernández Martínez que lleva por título *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*. Ambas monografías abordan, como se ha mencionado, el mismo tema, la siempre interesante y espinosa cuestión de las enfermedades crónicas y de su repercusión en el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

Como puede constatar, en fin, tras esta breve introducción, los trabajos que se presentan son del todo punto interesantes y abordan cuestiones de indudable relevancia actual práctica y académica. Ello, unido a la intachable solvencia científica de sus autores, hace que, desde la posición que ocupo, invite al lector a adentrarse de lleno en este número y descubra todo lo que en él se plantea y se cuestiona.

Carolina Blasco Jover

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Alicante (España)

El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal

José María GOERLICH PESET*

RESUMEN: La crisis sanitaria ha puesto de actualidad el trabajo a distancia y ha motivado una reforma legislativa de su régimen jurídico. Las nuevas normas legales son muy abiertas de modo que requieren su concreción a través de la negociación colectiva. El presente trabajo analiza en qué medida los convenios colectivos más recientes abordan esta tarea. Estudiados los publicados desde marzo de 2020, se advierte que la negociación sigue mostrando un interés muy limitado. Son pocos los convenios que regulan el trabajo a distancia y su regulación sigue siendo insuficiente.

Palabras clave: Trabajo a distancia, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. Una nueva forma de legislar: ventajas e inconvenientes. 2. Una respuesta desigual. 3. El trabajo a distancia y su implantación. 3.1. La noción convencional. 3.2. La implantación del trabajo a distancia. 3.3. Reversibilidad y modificación del acuerdo de trabajo a distancia. 4. Condiciones de trabajo. 4.1. Retribución y tiempo de trabajo. 4.2. Otros aspectos. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

Remote Working in Collective Bargaining: First Experiences after Its Legal Reform

ABSTRACT: The health crisis has brought remote working into the spotlight and has led to a legislative reform of its legal regime. The new legal norms are very open so that they need to be specified through collective bargaining. This paper analyses the extent to which the most recent collective agreements address this task. A study of those published since March 2020 shows that bargaining is still of very limited interest. Few agreements regulate remote working and their regulation remains insufficient.

Key Words: Remote work, collective bargaining.

1. Una nueva forma de legislar: ventajas e inconvenientes

El trabajo a distancia es tema que ha pasado a primera línea de actualidad como consecuencia de la irrupción de la Covid-19. En las diferentes experiencias comparadas¹, se ha vuelto la atención hacia él como instrumento para paliar en la medida de lo posible el impacto sobre la actividad productiva de confinamientos y otras medidas de distanciamiento social. Como consecuencia de ello, las estadísticas que conocemos muestran como, a lo largo de 2020, se ha producido un claro incremento de la presencia de este modo de prestar servicios². Y, con toda probabilidad, el retorno a la normalidad del sistema productivo no implicará necesariamente el regreso del teletrabajo a los niveles anteriores a la pandemia. Es muy posible, por el contrario, que esta haya ofrecido a empresas y trabajadores la oportunidad de experimentar con esta modalidad contractual y que unas y otras hayan visto las ventajas que presenta. Esta parece ser, desde luego, la opción del legislador español. Más allá de la decisión adoptada al inicio de la emergencia sanitaria de impulsar el recurso al trabajo a distancia para evitar medidas laborales más traumáticas (art. 5, RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo), ha optado por aprobar una extensa norma para regularlo, con aspiraciones de permanencia: el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Es esta una norma bien extensa: la disciplina del trabajo a distancia, anteriormente limitada a un solo artículo del Estatuto, comprende ahora veintidós, además de varias disposiciones adicionales, transitorias y finales. Con ello, el legislador se propone, según la Exposición de Motivos, «proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única» que buscaría «llenar el vacío normativo» existente con anterioridad de forma perdurable. Sin embargo, como he desarrollado con más detalle en otro lugar³, no es seguro que la norma aprobada sea suficiente para alcanzar tal resultado. Y ello por dos razones: de un lado, en la nueva norma tiene un peso muy importante la ganga puesto que una buena parte de sus contenidos carecen de verdadero potencial innovador;

¹ Sin ánimo exhaustivo, véanse B. GÉNIAUT, *Covid-19 et télétravail*, en *Droit Social*, 2020, n. 7-8, pp. 607 ss., C. PAPADIMITRIOU, *La crise de Covid-19 et le droit du travail en Grèce*, *ibidem*, n. 9, pp. 697 ss., o C. ALESSI, F. MALZANI, F. RAVELLI, M.L. VALLAURI, *L'emergenza COVID-19 in Italia e il diritto del lavoro*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 223 ss. Una panorámica de conjunto en CIELO, [COVID-19 y relaciones de trabajo: escenario mundial de una pandemia](#), Noticias CIELO, n. especial, 2020.

² EUROFOUND, [Living, working and COVID-19](#), Eurofound Research Report, 2020, p. 31.

³ J.M. GOERLICH PESET, *La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021.

de otro, en los casos en que este se advierte, se abren problemas que no llegan a resolverse. En este sentido, una característica de los preceptos del RD-Ley 28/2020 es que contienen normas muy abiertas, cuya textura recuerda la de las directivas comunitarias. Más que mandatos cerrados, contienen principios cuya concreción ha de producirse en un momento posterior, mediante el ejercicio de la autonomía privada.

Se ha señalado la existencia de una clara relación entre esta característica del RD-Ley 28/2020 y su proceso de elaboración. Como nos indica su preámbulo, la nueva regulación española del trabajo a distancia es «fruto de la concertación social, de un dilatado proceso de reflexión y debate compartidos que, tras más tres meses, ha conseguido culminar en el Acuerdo de Trabajo a Distancia (ATD), que asegura el justo equilibrio de la regulación del trabajo a distancia y, que, sin duda, determinará su perdurabilidad en el tiempo, como sucede con todos aquellos cambios que afectan al ámbito laboral y vienen de la mano del consenso». Sin embargo, el consenso que a toda costa quería alcanzar el Gobierno tiene un precio: se ha concretado en «redacciones normativas conscientemente ambiguas e inciertas» que remiten «los eventuales problemas que se suscitaran a su resolución ulterior por la aplicación e interpretación que la negociación colectiva y los jueces y tribunales pudieran realizar»⁴. A la postre, la nueva regulación se basa en la complementariedad entre la regulación legal y la convencional⁵. Ello presenta algunas ventajas indudables: el régimen resulta sumamente flexible y posibilita la adaptación convencional de los amplios enunciados legales a las particularidades sectoriales o empresariales. Sin embargo, si la autonomía colectiva no toma las riendas del proceso normativo, el papel regulador se desplaza al acuerdo individual y, con ello, o se rompe el equilibrio entre las partes o se abren serios problemas de seguridad jurídica al incumbir a los jueces la extracción de soluciones para los conflictos concretos a partir de los genéricos principios contenidos en el RD-Ley 28/2020.

Dentro de este marco, no creo que sea ocioso preguntarse acerca de la efectiva asunción por la negociación colectiva del papel que la nueva norma legal le asigna. A la vista de estudios anteriores, sabemos que no ha existido un grandísimo interés de los convenios colectivos en el trabajo a distancia⁶.

⁴ G. GARCÍA GONZÁLEZ, *La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 72, p. 5 y pp. 1-2.

⁵ Además de mi trabajo ya citado sobre *La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general*, véase, para un análisis detallado de las relaciones entre el RD-Ley 28/2020 y la negociación colectiva, D.M. CAIRÓS BARRETO, *El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia*, en *Trabajo y Derecho*, 2021, n. 75.

⁶ Con carácter general, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El papel de la negociación colectiva*.

A la altura de 2010, Cristina Aragón Gómez concluía su análisis sobre el particular afirmando que «son todavía muy pocos los convenios colectivos que incluyen previsiones al respecto»⁷. A mediados de la década, Lourdes Mella Méndez insistía en el escaso número de convenios que se ocupaban del trabajo a distancia y calificaba la regulación establecida como «pobre e insuficiente para dar respuesta a todos los problemas que necesitan respuesta»⁸. Por mi parte, he utilizado hace poco los datos cualitativos que ofrecen las estadísticas del Ministerio sobre convenios colectivos para reconfirmar la conclusión⁹. Lo que interesa ahora es verificar si la situación de crisis sanitaria y la aprobación del RD-Ley 28/2020 ha implicado un cambio en esta línea de tendencia. A estos efectos, he seleccionado una muestra de unos cuarenta convenios colectivos de diferentes ámbitos, publicados entre marzo de 2020 hasta el momento de escribir estas líneas. La selección se basa en la búsqueda en “texto libre” del *Boletín Oficial* y de la base de datos del término “teletrabajo” y de la expresión “trabajo a distancia”. A continuación, se expone lo que he encontrado en el análisis.

2. Una respuesta desigual

De entrada, no es fácil saber si la respuesta es nutrida o no ante las dificultades para saber con certeza cuántos convenios se han publicado en el período considerado, aunque aparentemente no son muchos. REGCON

Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo, en AA.VV., *El futuro del trabajo: retos para la negociación colectiva*. XXX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp. 114 ss., y R. TASCÓN LÓPEZ, *El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 582-583 y 608-609.

⁷ C. ARAGÓN GÓMEZ, *El teletrabajo en la negociación colectiva*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, CC.OO., Cinca, 2010, p. 339.

⁸ L. MELLA MÉNDEZ, [*Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora*](#), en [*Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, n. 6](#), p. 5.

⁹ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92, pp. 8-9. Los datos se obtienen a partir de las hojas estadísticas de los convenios colectivos confeccionadas en el momento de su depósito, de las que no es fácil presumir el rigor que sería deseable. Sin embargo, son claros. Una de las cuestiones que se formula es si «se negocian las condiciones del teletrabajo». El número de convenios que las incluye gira en torno al 3% de los depositados (3,05 en 2016; 2,95 en 2017; 3,64 en 2018; 4,79 en 2019), aunque mejora un poco si consideramos los trabajadores afectados (2,43 en 2016; 7,04 en 2017; 6,47 en 2018; 17,68 en 2019).

arroja casi 6.000 resultados si consultamos los convenios negociados desde primeros de marzo de 2020. Por supuesto, no es un número fiable porque en esta herramienta resulta imposible separar los resultados relevantes (por ejemplo, las revisiones salariales) y porque incluye textos que no ha sido posible considerar (en concreto, los convenios de empresa que no acceden a *BOE*). En todo caso, con todos los límites indicados, cabe pensar en la persistencia del escaso interés en el trabajo a distancia desde esta perspectiva cuantitativa.

En cuanto a la dimensión cualitativa, es posible desarrollar algunas reflexiones generales alguna de las cuales se movería en esta misma línea. En este sentido, es preciso destacar que una parte sustancial de la muestra atiende al trabajo a distancia de una forma testimonial. La mayoría de los convenios consultados nada aportan a la regulación del trabajo a distancia. En este grupo, que incluye fácilmente las tres cuartas partes del conjunto, encontramos dos tipos de convenios diferentes. En primer lugar, se encuentran los que se limitan a remitirse a las previsiones legales¹⁰, que aluden al trabajo a distancia como instrumento de conciliación de la vida laboral¹¹ o familiar o que lo consideran incidentalmente en relación con

¹⁰ Art. 41, Convenio Nutrafur (en *BOR Murcia*, 27 febrero 2021); art. 8, Convenio Colectivo de Accepta Servicios Integrales (en *BOE*, 30 julio 2020); art. 24, Convenio Colectivo del Sector de la Madera – Carpintería, Ebanistería, Tapicería, etc. (en *BOR Murcia*, 14 agosto 2020).

¹¹ Art. 43, Convenio Colectivo de las Industrias del Aceite y sus Derivados para la Provincia de Córdoba (en *BOP Córdoba*, 11 enero 2021); art. 21, Convenio Transporte de Mercancías por Carretera, Logística y Mensajerías – Valencia (en *BOP Valencia*, 3 diciembre 2020); art. 43, Convenio Colectivo del Sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal de la Provincia de Zaragoza (en *BOP Zaragoza*, 13 noviembre 2020); art. 39, Convenio Colectivo de Nordex Energy Spain – Centros de Navarra y Castellón (en *BOE*, 13 mayo 2020, n. 134). Excepcionalmente, aunque se conecta funcionalmente a la conciliación el convenio contiene un pequeño régimen: Convenio Colectivo de Thales España GRP (en *BOE*, 11 julio 2020). Ocasionalmente aparece también como técnica dentro de las reglas o principios sobre planes de igualdad: Plan de Igualdad adjunto al XV Convenio Colectivo Schwegges (en *BOE*, 19 enero 2021); Convenio Colectivo BSH Electrodomésticos España – Servicio BSH al cliente, zona 3, Tarragona, Gerona y Palma de Mallorca (en *BOE*, 10 julio 2020) y Convenio Colectivo BSH Electrodomésticos España – Servicio BSH al cliente, zona 2, Norte (*idem*).

otros aspectos diferentes, la desconexión digital¹² o el registro de jornada¹³. El potencial innovador de estos convenios es directamente nulo o escasísimo. Lo primero vale para las remisiones a las normas legales vigentes y para la consideración del trabajo a distancia en la regulación del derecho a la desconexión o como instrumento de conciliación, puesto viene expresamente contemplado en la normativa (*qfr.*, respectivamente, art. 88.3 LO 3/2018 y art. 34.8 ET); lo segundo para la extensión de las reglas sobre registro, que tiene un claro carácter declarativo habida cuenta que no cabe duda de la aplicación a esta modalidad de trabajo de las reglas del art. 34.9 ET.

Tampoco aportan mucho por ahora, en segundo lugar, los convenios que establecen un compromiso de estudio durante su vigencia, generando un comité u otro tipo de órgano paritario para su desarrollo o asignándoselo a un observatorio o similar más amplio. El tenor literal de este tipo de pacto es muy variado¹⁴, que a veces se combinan con remisiones a las normas

¹² Convenio Colectivo de Trabajo de Preparados Alimenticios y Productos Dietéticos de la Comunidad Autónoma de Cataluña (en *DO Generalitat de Catalunya*, 19 junio 2020); art. 95, Convenio Colectivo Estatal de Centros y Servicios Veterinarios (en *BOE*, 14 agosto 2020); DA 3ª, Convenio Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid (en *BO Comunidad de Madrid*, 22 agosto 2020); Protocolo anexo del Convenio Colectivo Ahorramas; Comercial Hermanos Vallejo; Comercial Monte Igueldo; Comercial Sierra; J y M 44; Majuan; Monelja; Rotterdam; Rubio Martín (en *BOE*, 1º agosto 2020); art. 21.3, Convenio Colectivo de Acepta Servicios Integrales, cit.

¹³ Art. 43.8, Convenio Colectivo Provincial del Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz para 2020 (en *BOP Cádiz*, 9 noviembre 2020); art. 49, Convenio Colectivo de Empresas de Atención Domiciliaria de Cataluña (en *DO Generalitat de Catalunya*, 5 noviembre 2020); art. 12.5, Convenio Colectivo del Sector de la Construcción de las Illes Balears para el año 2020 (en *BOIB*, 2 febrero 2021).

¹⁴ Cláusulas con comisiones y compromisos de estudio se encuentran en Pacte Complementari 6ª Indústria siderometal·lúrgica de la província de Barcelona (2020-2021) (en *BOP Barcelona*, 26 enero 2021); DT 1ª, Convenio Colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (en *BOE*, 7 septiembre 2020); art. 23, Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, para los Centros de Trabajo de Tres Cantos, Madrid, y de Illescas, Toledo (en *BOE*, 3 julio 2020); preámbulo, Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad para el año 2021 (en *BOE*, 26 noviembre 2020). Un ejemplo de remisión a un observatorio sectorial, al que se le encomiendan otras funciones vinculadas a la modernización de las relaciones laborales: Convenio Colectivo para las Empresas y las Personas Trabajadoras de Transporte Sanitario de Enfermos/as y Accidentados/as (en *BOE*, 25 septiembre 2020). A veces, se incluye la posibilidad de desarrollar pruebas piloto durante la vigencia del convenio (DT 8ª, III Convenio Colectivo para las Empresas Integradas en la Unidad de Negocio de Abertis Autopistas de España, en *BOE*, 5 febrero 2021) o se habilita la prestación de teletrabajo, sin perjuicio de que «las condiciones aplicables a dicha modalidad se tratarán en una comisión específica creada a tal efecto, que se constituirá durante los tres meses siguientes a la fecha de la firma del XXI Convenio Colectivo» (Anexos, Parte VI, *Teletrabajo*, del XXI Convenio Colectivo Del personal de Tierra de Iberia, Líneas Aéreas

legales aplicables¹⁵. Ello no permite establecer una pauta unitaria a la hora de atribuir significado a este tipo de compromisos. En ciertos casos, podrían relacionarse con el interés en culminar un proceso de experimentación del funcionamiento de la modalidad o de resolver algunos problemas técnicos; en otros, más bien parecen buscar el “aparcamiento” temporal de su utilización.

Sea como sea, la consecuencia de este tipo de planteamientos es la misma que se produce en la inmensa mayoría de las unidades de negociación en las que, como sabemos, el convenio no hace referencia alguna al teletrabajo. Al no existir convenio que se ocupe de esta modalidad de contrato, su funcionamiento queda confiado en gran medida a las previsiones del acuerdo individual. Y no nos engañemos: ello implica reconocer un papel primordial a la voluntad empresarial en el momento de determinar los casos en los que es posible el recurso al trabajo a distancia como el régimen concreto que resulta de aplicación. Es más, algunos convenios se mueven específicamente en esta línea en la medida en que la presencia del teletrabajo en la organización y sus condiciones se reenvía a la “política de la compañía” o expresión similar¹⁶.

A la postre, los convenios incluidos en la muestra que dedican algún esfuerzo real a la regulación del teletrabajo son pocos; y los que incluyen una regulación extensa de la modalidad, todavía menos. En relación con este grupo minoritario de convenios, cabe apuntar algunas ideas generales de interés. De entrada, las experiencias reguladoras más extensas se

de España, en *BOE*, 15 julio 2020). También la DA 4ª, III Convenio Colectivo de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles y su Personal Auxiliar (en *BOE*, 27 febrero 2020) posibilita la realización de pruebas piloto, mientras la comisión constituida se encarga de «protocolos de seguridad y legales» necesarios en función de la actividad.

¹⁵ Art. 53 y DF 2ª, Convenio Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Tarragona, 2020-2021 (en *BOP Tarragona*, 25 febrero 2021); art. 16, Convenio Almacenistas de Alimentación al por Mayor Castellón (*BOP Castellón*, 9 diciembre 2020).

¹⁶ Una remisión de este tipo en art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain (en *BOE*, 12 agosto 2020). Ocasionalmente, ello va acompañado con alguna muestra explícita de desconfianza hacia esta forma de prestación puesto que «no se puede perder de vista que el modelo de prestación de trabajo implantado en la Empresa y en los contratos laborales individuales de las personas trabajadoras es la modalidad de trabajo presencial en las instalaciones de la Compañía» (art. 21, VIII Convenio Grupo Iberdrola, en *BOE*, 2 marzo 2021). Véase también DT 3ª, Convenio Colectivo de Movistar+ (en *BOE*, 1º agosto 2020). Ahora bien, aunque el precepto se remite a «las condiciones establecidas al efecto en la política interna de la compañía», da cuenta de la existencia de un programa piloto desarrollado con anterioridad, sobre el que ha existido algún tipo de intercambio entre la empresa y la representación de los trabajadores.

concentran en actividades del sector servicios, normalmente con alto contenido tecnológico¹⁷. Por otro lado, en línea con una tendencia detectada con anterioridad¹⁸, se concentran en la negociación de empresa. Solo en algún caso el convenio de sector presta atención detallada a la cuestión. Y no se detecta ningún convenio provincial que lo haga. Por supuesto, es razonable que así sea tanto por lo que se refiere al aspecto funcional como respecto a la mayor presencia del ámbito empresarial¹⁹. El posible recurso al trabajo a distancia y sus condiciones depende del tipo de actividad desarrollada en cada empresa y, sobre todo, de la forma en que esta se organiza. Por eso, es difícil comprender la indiferencia que el legislador de 2020 ha mostrado en relación con el tema de las relaciones entre convenios a propósito de la regulación de la modalidad contractual ya que, aun cuando parece razonable que así sea, las reglas del art. 84.2 ET no alcanzan a garantizar completamente la prevalencia de la negociación de empresa en caso de conflicto²⁰. Y todavía es más difícil comprender que algún convenio sectorial parezca aspirar al bloqueo de la negociación en el ámbito de las empresas²¹. En fin, en línea con las posibilidades que abre el RD-Ley 28/2020, la vigencia de las nuevas previsiones que se establecen se difiere a la recuperación de la normalidad sanitaria: los acuerdos de trabajo a distancia iniciados con anterioridad no se ven afectados hasta que cambien las circunstancias²².

¹⁷ Valen como ejemplos Convenio Colectivo R. Cable y Telecable Telecomunicaciones (en *BOE*, 19 febrero 2021), II Convenio Colectivo Grupo Vodafone España (en *BOE*, 9 febrero 2021), III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, SME (en *BOE*, 22 diciembre 2020), Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (en *BOE*, 3 diciembre 2020) o Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones (en *BOE*, 22 junio 2020).

¹⁸ C. ARAGÓN GÓMEZ, *op. cit.*, p. 341.

¹⁹ En este último sentido, R. TASCÓN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 584 ss.

²⁰ J.M. GOERLICH PESET, *La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general*, cit.

²¹ El art. 14.1, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit., establece en esta línea que «Cualquier modificación en las empresas sobre lo aquí establecido requerirá acuerdo colectivo con más del 50% de la representación laboral de las mismas».

²² Este tipo de previsiones se establecen, en algún caso, con carácter general (III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., *Efectividad*), y, en algún otro, en relación exclusiva con la aportación de medios y compensación de gastos (art. 30, II Convenio colectivo Grupo Vodafone España, cit.).

3. El trabajo a distancia y su implantación

3.1. La noción convencional

El RD-Ley 28/2020 abre márgenes a la negociación colectiva tanto por lo que se refiere a la determinación del carácter regular del trabajo a distancia (art. 1.2) como en relación con la distribución de prestación presencial y a distancia (disp. adic. 1^a.2). La utilización de estas posibilidades por los convenios tiene sentidos diferentes. En algún caso, lo que se persigue es la exclusión de la aplicación del régimen legal, a través del establecimiento de un tope al trabajo a distancia permitido en el ámbito de la empresa inferior al 30% previsto en el art. 1.2 del RD-Ley 28/2020²³.

Es muy frecuente, por otro lado, el establecimiento de formas de distribución del tiempo a distancia y del presencial, con la finalidad de evitar un total aislamiento de los teletrabajadores. La idea de que no es bueno que la prestación se realice completamente a distancia no es nueva en la negociación colectiva²⁴ y sigue presente en ella. A veces, aparece en forma de recomendación para los acuerdos individuales que se establezcan²⁵. Pero, en otros casos, se establece directamente un límite máximo a la prestación a distancia²⁶. Adicionalmente, suelen preverse condicionantes en cuanto a su concreción y a su distribución. La primera no queda al arbitrio del

²³ Es el caso del art. 9, Convenio Colectivo R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, cit., que establece un derecho a prestar servicios a distancia de 5 días mensuales, a acordar con responsable de cada unidad. En esta misma línea, art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit.

²⁴ Cfr. C. ARAGÓN GÓMEZ, *op. cit.*, p. 346.

²⁵ En este sentido, el art. 14.4, Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, cit., establece: «Es aconsejable que las personas que realicen teletrabajo mantengan el vínculo presencial con su unidad de trabajo y con la empresa con el fin de evitar el aislamiento. Por ello las partes consideran conveniente que los acuerdos individuales de teletrabajo contemplen mecanismos que faciliten una cierta presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo».

²⁶ 2 días semanales (o el 40% de la jornada): art. 21, VIII Convenio Grupo Iberdrola, cit., o art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit., si bien en este último caso «se realizará un piloto con la posibilidad de trabajar hasta un máximo del 60% de la jornada, que se extenderá un mínimo de 6 meses desde la incorporación del 100% de la plantilla y cuyas conclusiones se compartirán con la Representación Legal de las Personas Trabajadoras». El III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., es mucho más flexible puesto que prevé «entre uno y cuatro días semanales», si bien prevé garantías adicionales: «para favorecer la comunicación y evitar situaciones de aislamiento o de no pertenencia, será preciso establecer con carácter obligatorio reuniones de contacto bien con el equipo de trabajo, con las personas colaboradoras o con la persona responsable directa. Estas reuniones tendrán lugar con una periodicidad semanal, garantizando al menos una jornada de trabajo presencial».

trabajador sino que se condiciona al acuerdo con la persona responsable del equipo²⁷. En cuanto a la distribución, si bien se detectan algunos planteamientos más flexibles²⁸, normalmente se impone que presencialidad y prestación on-line se distribuyan por jornadas completas²⁹.

3.2. La implantación del trabajo a distancia

Por lo que se refiere a la implantación del trabajo a distancia, son muchas las facultades que el RD-Ley 28/2020 atribuye a los convenios colectivos. Aparte de la posibilidad convertir el acceso al teletrabajo, o su reversión, en un derecho (art. 5) y ordenar las prioridades entre los trabajadores en este terreno (art. 8), la disp. adic. 1ª.1 les permite, «en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad (o) la duración máxima del trabajo a distancia». La negociación tiene, pues, un importante papel en la implantación de esta forma de prestar servicios. A pesar de ello, no se detectan aportaciones espectaculares en los convenios.

Normalmente, no se establecen reglas sobre el acuerdo individual más allá de que frecuentemente se exige la forma escrita, en línea con las previsiones presentes en el ET y en la negociación colectiva desde hace años³⁰. Solo de forma excepcional se prevé una duración mínima para el acuerdo, en concreto, la de un año, con la finalidad de «permitir una estabilidad en el desarrollo de esta modalidad de prestación laboral y contribuir a su

²⁷ Art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit.; Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit., Cláusula 36; Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.; Anexo II, III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit.

²⁸ En ocasiones, por ejemplo, se admite el disfrute a tiempo parcial: Cláusula 36, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit. En esta misma línea, parece, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit., Anexo II.5. El acuerdo individual únicamente «determinará el número de días/horas de teletrabajo semanales, salvo en aquellos casos, en que por razón de la actividad necesariamente se precise detallar los días y el horario concreto de teletrabajo».

²⁹ En este sentido, art. 9, Convenio Colectivo R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, cit., y art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit., que además excluyen la acumulación en períodos más amplios al semanal. *Cfr.* Art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit.

³⁰ Por ejemplo, art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit. *Vid.* T. SALA FRANCO, A. TODOLÍ SIGNES, *La negociación colectiva y el teletrabajo*, en T. SALA FRANCO (coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 91 ss.

implantación y mejoras en su práctica» y la posibilidad de prórroga tácita si ninguna parte formula denuncia con preaviso de un mes³¹. Tampoco es frecuente configurar el acceso al trabajo a distancia como un derecho del trabajador³², siendo lo normal sujetarlo al acuerdo bilateral entre ambas partes. La temática de los derechos preferentes de acceso, en fin, ni es frecuente ni innova con respecto a los que tienen los trabajadores en aplicación directa de las normas legales³³.

En la misma línea, no es frecuente establecer condicionantes para acceder al trabajo a distancia en cuanto a formación o experiencia del trabajador; y, cuando se hace, se formula en términos muy vagos. Algo parecido cabe decir en relación con la determinación de puestos y funciones que pueden ser desarrollados por medio del teletrabajo. Las escasas previsiones convencionales o son previsibles³⁴ o son en exceso genéricas, «en los puestos y centros de trabajo que lo posibiliten»³⁵, «siempre que las necesidades del servicio lo permitan»³⁶ o «en aquellas actividades que sean susceptibles de esta modalidad»³⁷. Seguramente, desde la perspectiva empresarial no se da importancia a este tipo de cuestiones en la medida en que rige el principio de voluntariedad, que posibilita decisiones discrecionales ante las eventuales solicitudes de los trabajadores. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el acceso al trabajo a distancia no siempre depende del principio de voluntariedad, lo que hace aconsejable prestar atención a estas cuestiones³⁸.

³¹ Anexo II, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

³² Art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit.: «El empleado que tenga una antigüedad en la empresa superior a seis meses tendrá derecho a teletrabajar un día a la semana, salvo que el proyecto o área funcional al que pertenezca no lo permita por razones de necesidad técnica de presencia».

³³ Esta idea puede predicarse del III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., en la que las preferencias se relacionan con problemas de conciliación («problemas graves de salud y/o movilidad o necesidad suficientemente acreditada de atender temporalmente a familiares de primer grado de consanguinidad por causa de enfermedad grave y/o dependencia») o en el art. 64.6, IV Convenio colectivo de Movistar+, cit., en relación con la violencia de género.

³⁴ Es el caso de la reserva del trabajo a distancia «solo al personal de oficinas» (DT 8ª, III Convenio Colectivo para las Empresas Integradas en la Unidad de Negocio de Abertis Autopistas de España, cit.) o comercial (Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, para los Centros de Trabajo de Tres Cantos, Madrid, y de Illescas, Toledo, cit.).

³⁵ Art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit.

³⁶ DA 1ª, Convenio EDF Fenice Ibérica (en *BOE*, 13 mayo 2020, n. 134).

³⁷ Anexo 2, Acuerdo de Teletrabajo 2019-2021; Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

³⁸ Esta dimensión se advierte en el III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., cuando se regula el «Perfil de persona teletrabajadora». Aunque

Aunque legalmente la decisión de pasar a trabajar a distancia se configura como estrictamente individual (*cf.* art. 5, RD-Ley 28/2020), es claro que existen intereses colectivos de primer orden implicados en la implantación de la modalidad contractual: aparte el genérico en que se desarrolle conforme a las previsiones legales y convencionales, es obvio que su extensión puede tener repercusiones sobre el desarrollo y la efectividad de la acción representativa. En este contexto, en algunas de las experiencias convencionales sobresalientes se establecen específicas medidas que posibilitan la participación de la representación de los trabajadores en la implantación. Esta participación presenta diferentes fisonomías según los casos. En algún caso, se basa en el establecimiento de algo parecido a un deber de negociar las condiciones del trabajo a distancia cuando la empresa opta por darle entrada en su organización³⁹. Pero en los casos en los que el propio convenio establece un régimen sustantivo, lo normal es establecer mecanismos de información a favor de los representantes. Estos derechos de información se extienden a los procesos de implantación del trabajo a distancia a las diferentes actividades de la empresa y al acceso a la situación y sus variaciones, incluyendo en su caso la explicación de las respuestas negativas que la empresa pueda haber dado a las pretensiones de los trabajadores. A veces se desarrollan mediante acceso directo a la documentación, en línea con la previsión del art. 6.2 del RD-Ley 28/2020, pero en algún caso obligan a la presentación por la empresa de relaciones en las que consten dedicaciones y centros de trabajo de adscripción de los teletrabajadores. La información se extiende en fin al conocimiento de las instrucciones que la empresa pueda darles en relación con la seguridad o con el sistema de control⁴⁰.

se parte de un criterio muy genérico «deberá considerarse por las personas responsables a la hora de acceder a la petición de teletrabajo atendiendo a los criterios objetivos que puedan definirse y adecuando el perfil a las necesidades del puesto y de la actividad desempeñada, considerando la habituación a los equipos informáticos y acceso en remoto», se prevén problemas en caso de preferencias, de modo que «la Empresa se compromete a definir los criterios objetivos de aplicación que sirvan para resolver las situaciones que puedan producirse cuando se tenga que priorizar la asignación de la modalidad de teletrabajo».

³⁹ En este sentido, la modificación del VI Convenio Colectivo Estatal del Cielo Integral del Agua (en *BOE*, 21 enero 2021) da entrada al teletrabajo en su DT 2^a, que prevé: «Así mismo las empresas podrán, y deberán si así se les requiere por la parte social una vez decidido por la empresa su implantación, negociar para buscar acuerdos con la RLT o en su defecto con los sindicatos firmantes del presente Convenio colectivo donde se establezcan las condiciones y criterios de prestación de trabajo a distancia con carácter general sin perjuicio de la obligación de suscribir los acuerdos individuales».

⁴⁰ *Procedimiento*, III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit.; art. 14, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.;

3.3. Reversibilidad y modificación del acuerdo de trabajo a distancia

Por lo que se refiere a la reversibilidad del acuerdo, parece existir un principio favorable a admitir la actuación unilateral de cualquiera de las dos partes condicionándola únicamente a la formulación de un preaviso de duración variable⁴¹, y con la salvedad de los casos en los que «el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo»⁴². Esta unilateralidad viene amparada por las previsiones del art. 5.3 del RD-Ley 28/2020. Pero se ha de ser consciente que puede generar problemas organizativos. Por eso, existe algún convenio que procura prevenirlos: se prevé en este sentido la libre reversibilidad durante el período inicial del acceso al trabajo a distancia; una vez superados estos, este se mantiene hasta el vencimiento del plazo fijado por el propio convenio⁴³.

Una cuestión que aparece con cierta frecuencia es la posibilidad de que la empresa modifique unilateralmente por razones técnicas la situación del trabajador. Algunos convenios posibilitan la reversión unilateral *ante tempus*, «siguiendo los trámites de información a la RLT, cuando concurren razones de organización del trabajo o causas productivas o tecnológicas, cambio de actividad de la persona teletrabajadora, cambio de puesto de trabajo y cuando no se adecua al perfil requerido para el teletrabajo»⁴⁴. Otros abren la posibilidad de modificar las previsiones pactadas en función de las necesidades de la empresa. En esta última línea, se establece, por ejemplo, que «la persona trabajadora podrá ser requerida para asistir al Centro de Trabajo habitual en cualquier momento que las necesidades de la Empresa, dentro de su jornada laboral dentro del calendario y horario del régimen de jornada habitual»⁴⁵.

Anexo II, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁴¹ Art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit. (2 meses); art. 14.3, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit. (30 días); Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit. (48 horas). Sin preaviso: DA 1ª, Convenio EDF Fenice Ibérica, cit.

⁴² Art. 14.3, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.

⁴³ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit.: 2 meses de libre reversibilidad, un año de duración; Anexo II, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.: 3 meses de libre reversibilidad, un año de duración.

⁴⁴ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit. Idéntica es la previsión del Anexo II, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁴⁵ Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit. En esta misma línea, el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit. El Anexo II parte de que «es preciso

Este tipo de cláusulas, como alguna otra que parece mirar a la imposición del trabajo a distancia en determinadas condiciones⁴⁶, pueden plantear problemas a la vista del principio de voluntariedad que no solo se proyecta sobre acceso y reversión al trabajo a distancia (art. 5) sino también sobre la modificación de las condiciones, «incluido el porcentaje de presencialidad» (art. 8.1). Aunque esta conclusión no sea muy razonable, la literalidad del precepto parece apuntar en la línea de excluir la aplicación las facultades unilaterales de modificación contractual en esta modalidad cuando ello implique alteración de la distribución de la presencialidad⁴⁷. En este contexto, cabría pensar que este tipo de estipulaciones convencionales no es admisible al posibilitar su ejercicio. Desde mi punto de vista, sin embargo, lo correcto es pensar justo lo contrario. En la medida en que pueden encontrar fundamento en el propio RD-Ley 28/2020 (*cf.* art. 5.3), su existencia permite justificar el recurso a las facultades organizativas empresariales que, en otro caso, serían discutibles.

compaginar un control del teletrabajo (días y horarios prefijados), con la necesaria flexibilidad para realizar el trabajo igual que si se trabajase en la oficina (asistencia a reuniones, a cursos, sustitución de compañeros o compañeras de baja o de vacaciones, imprevistos, variaciones de actividad – por ejemplo por colaboración en proyectos transversales..., etc.), partiendo del principio de que el trabajo debe realizarse como si se estuviera en la oficina, de tal forma que el teletrabajo no puede suponer una limitación a la adecuada y eficaz organización del trabajo. Por todo ello, los días y horarios pactados en acuerdo actuarán como regla general siempre que no impida la normal realización de la actividad, permitiéndose las variaciones que sean precisas en atención a las necesidades organizativas, siempre con pleno respeto a la jornada laboral y horarios de oficina. Las reiteradas variaciones y modificaciones en este sentido, deberán ser tenidas en cuenta en el planteamiento de la reversibilidad». Igualmente, la DT 3ª, Convenio Colectivo de Lyntia Networks, para los Centros de Trabajo de Madrid y A Coruña (en *BOE*, 23 noviembre 2020), acuerda mantener el «programa de teletrabajo establecido en el Convenio Colectivo anterior [...] salvo que por la evolución de la forma de prestar servicios o por el devenir de la actividad de la Compañía resulte de imposible aplicación o excesivamente gravosa o costosa su aplicación o mantenimiento».

⁴⁶ Art. 14.8, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.: «Las partes firmantes consideran que, en el ámbito de las empresas, podrá acordarse la aplicación del teletrabajo, cuando sea posible, como mecanismo que permita contribuir a resolver problemas coyunturales o estructurales de empleo».

⁴⁷ En cuanto a la exclusión de la modificación unilateral por acción del art. 8.1 del RD-Ley 28/2020, véanse, por ejemplo, M.E. CASAS BAAMONDE, *El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 11, p. 1429, o A. TODOLÍ SIGNES, *La regulación del trabajo a distancia*, *ibidem*, pp. 1500 ss. Para las críticas, X. THIBAUT ARANDA, *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. extra. 12, p. 11. Véase también G. GARCÍA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 16.

4. Condiciones de trabajo

4.1. Retribución y tiempo de trabajo

Tampoco la regulación de las condiciones básicas del intercambio presenta novedades espectaculares. Y ello a pesar de que algunos de los aspectos incluidos en la nueva regulación se han presentado como los más novedosos del RD-Ley 28/2020. De entrada, por lo que se refiere a la retribución, se hace ocasionalmente hincapié en la igualdad de tratamiento de los trabajadores a domicilio, en línea con las previsiones del art. 4.1 del RD-Ley 28/2020. Normalmente la formulación de este principio suele ir acompañada de reglas especiales para los «devengos circunstanciales» o las «retribuciones en especie» que «se percibirán aplicando las mismas condiciones que corresponden a su trabajo presencial, así como las circunstancias que generan el derecho a percepción»⁴⁸. Se trata, en definitiva, de excluir el devengo de aquellas percepciones que no «sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial» en los términos del primer párrafo del precepto. En este último terreno, existen varios supuestos en los que se regula la exclusión del derecho a los vales comida en los días en que se desarrolla la prestación de forma presencial⁴⁹.

A pesar de la importancia que se ha asignado a esta temática en el debate mediático, no son muchos los convenios que desarrollan los arts. 11 y 12 del RD-Ley 28/2020, referidos respectiva a los derechos «a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas» y «al abono y compensación de gastos». Por lo que se refiere a los primeros, los convenios que se ocupan de la cuestión fijan un listado de medios que comprende los previsibles para la prestación a distancia en los supuestos normales. teléfono móvil, ordenador portátil, silla ergonómica, soporte elevador de portátil, ratón, teclado y auriculares⁵⁰. Aunque este listado está extendido entre los convenios que se ocupan del tema, su funcionamiento muestra variaciones bien porque alguno de los elementos requiere expresa solicitud por parte del trabajador bien porque, a criterio de la empresa, es posible sustituir su entrega ser sustituidos por una cantidad (justificación

⁴⁸ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., a) *Condiciones económicas*; Anexo II.2, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁴⁹ Art. 45, Convenio Colectivo de Lyntia Networks, para los Centros de Trabajo de Madrid y A Coruña, cit.; art. 20, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.; Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.

⁵⁰ Art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit.

documental del trabajador)⁵¹. Algún convenio posibilita además que los equipos utilizados sean «propiedad de la persona trabajadora», exigiéndose en este caso que cumplan «todos los requisitos de normalización y certificación exigidos por la legislación vigente»⁵². Por supuesto, este último tipo de cláusulas solo puede ser admitido si, como ocurre en el convenio de referencia, el trabajador acepta voluntariamente la utilización de sus equipos ya que, en caso contrario, el pacto colectivo entraría en conflicto con el art. 17.2 del RD-Ley 28/2020. En todo caso, las obligaciones de la empresa se extienden, en línea con lo establecido en el art. 11.2 del RD-Ley 28/2020, a la resolución de incidencias o al mantenimiento⁵³. Por lo demás, por lo que se refiere a la utilización de los medios de la empresa, se detecta una cierta concreción de las previsiones del art. 21 del RD-Ley 28/2020 que remite a la negociación colectiva la determinación de las «condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos». Se prevé en este terreno la prohibición de su uso particular⁵⁴ así como la obligación de reintegrarlos en caso de regreso al trabajo presencial⁵⁵. Asimismo, se establece alguna previsión en relación con el correcto mantenimiento con responsabilización por los daños derivados de su tratamiento negligente⁵⁶.

Las previsiones en relación con la compensación de gastos (art. 12, RD-Ley 28/2020) son variadas. Encontramos casos en los que se establece una “tarifa plana” mensual, actualizables conforme a los criterios de revisión del convenio⁵⁷. En otros supuestos, se intenta evitar la existencia de compensación mediante suministros “en especie”, a cargo de la empresa, que intentarían evitar la aparición del daño⁵⁸. No parece existir problema en aceptar el primer tipo de cláusulas, mientras que las segundas podrían ser más difíciles de aceptar. Mientras que, en las primeras, parece fácil justificar

⁵¹ Art. 14, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.

⁵² Anexo II.8, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁵³ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., h) *Equipos y comunicaciones*; Anexo II.8, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.; Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.

⁵⁴ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., h) *Equipos y comunicaciones*; Anexo II.8, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁵⁵ Art. 14, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.; Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.

⁵⁶ Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.

⁵⁷ Art. 14.6, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.

⁵⁸ Art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit.: línea móvil con tarifa de voz y datos ilimitados y descuento exclusivo para las personas trabajadoras del 50% de conectividad fija. *Cfr.* Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.: únicamente con línea de móvil con voz y datos.

que se ha hecho una valoración colectiva de la totalidad de los gastos derivados del teletrabajo, en las segundas, cabría sostener que únicamente se atiende al coste de la conexión, lo que no daría cumplimiento a la prohibición de «asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral» (art. 12.1, RD-Ley 28/2020). Creo, sin embargo, que la amplitud con la que se delega en convenios o acuerdos colectivos la determinación del «mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos» (art. 12.2, RD-Ley 28/2020) es suficiente para dar cobertura a unas y otras.

Lo que parece mucho más complicado es que los convenios o acuerdos pacten, como se ha hecho en algunos, la inexistencia de compensaciones. Este tercer tipo de cláusulas puede ser admisible en los convenios anteriores a la entrada en vigor de la nueva normativa sobre trabajo a distancia sobre la base de la disp. trans. 1^a del RD-Ley 28/2020⁵⁹. Pero se encuentra también en otros posteriores que prevén que «la persona teletrabajadora deberá contar con los servicios de telecomunicaciones precisos de conectividad para poder desempeñar, en remoto, las funciones a desarrollar por medio del teletrabajo» y que «todos los costes asociados a la adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, a las condiciones de trabajo y ambientales, así como los gastos de electricidad, agua, calefacción, etc., correrán por cuenta de la persona teletrabajadora»⁶⁰. Si bien es cierto que este tipo de cláusulas podrían intentar justificarse sobre el principio de voluntariedad al menos en los casos en los que la iniciativa de pasar al desempeño a distancia parta del trabajador, lo cierto es que encajan difícilmente con la literalidad del art. 12.1 del RD-Ley 28/2020.

Por lo que se refiere, en fin, al tiempo de trabajo, se le presta en la negociación bien inferior a la dispensada a las condiciones retributivas. Una de las ventajas tradicionalmente resaltada del trabajo a distancia es precisamente su flexibilidad horaria (*cf.* art. 13, RD-Ley 28/2020). Mas, en términos generales, esta se compagina mal con la intervención de la negociación colectiva cuyo principal efecto es estandarizar las condiciones de la prestación; y también, a pesar del intento del art. 14 del RD-Ley 28/2020, con la obligación empresarial de establecer un «registro horario adecuado». A mi juicio, la armonización de las contradictorias finalidades

⁵⁹ Por ejemplo, art. 49, Convenio Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit. En cualquier caso, la implementación del proceso de teletrabajo no supondrá coste adicional alguno para la empresa.

⁶⁰ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., h) *Equipos y comunicaciones*. La misma cláusula en el Anexo II.8, Convenio Colectivo de Informática y Comunicaciones, cit., si bien en razón a su fecha, puede considerarse admisible.

perseguidas por la Ley solo puede hacerse con un cierto nivel de indefinición en los convenios colectivos. Y esto es precisamente lo que hallamos en ellos. Encontramos, de entrada, alguna afirmación muy general que indica que el horario «será aquel que permita a la persona trabajadora desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo», permitiéndose «una flexibilidad de horario, en función de la actividad y compromisos profesionales propios del puesto de trabajo, que deberá estar siempre basada en acuerdos previos entre la persona trabajadora y su supervisor, en el marco de la legislación y del Convenio Colectivo vigentes»⁶¹. Algún convenio que establece previsiones más detalladas se limita a establecer la aplicabilidad de la jornada de convenio y la prestación durante el horario normal del trabajo presencial. Salvo en algunos casos en los que no pueden existir horarios diferentes por no haber flexibilidad (por su naturaleza o por prestarse a turnos), el horario normal puede ser modificado con permiso expreso del responsable. Seguramente esta última rigidez se asocia al intento de evitar que se utilice «el teletrabajo como instrumento para generar derecho a nuevas compensaciones económicas por este motivo»⁶².

4.2. Otros aspectos

En cuanto a las restantes cuestiones que se regulan en el RD-Ley 28/2020, son afrontadas de una forma muy genérica en los convenios que se ocupan de ellos. En muchos casos, la aportación es mínima. Existen bastantes convenios, en este sentido, que se limitan al establecimiento de un genérico derecho de igualdad, que se proyecta sobre diferentes aspectos. Las formulaciones son variadas, según los ámbitos que se consideran. A veces son formación y carrera profesional y derechos colectivos⁶³; en otros casos incluyen, aparte estos dos aspectos, la prevención de riesgos laborales⁶⁴. Este mismo carácter genérico de la regulación se detecta, por otro lado, en cuestiones que son primordiales desde la perspectiva de la empresa como son las relacionadas con protección de datos y seguridad de la información (art. 20, RD-Ley 28/2020). La temática no está presente más que en contados convenios que se limitan a establecer bien que los trabajadores a distancia «declararán conocer los derechos y obligaciones establecidos [...]

⁶¹ Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.

⁶² III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., a) *Jornada y horarios*; Anexo II.1, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁶³ Convenio Colectivo Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, cit.; DA 1ª, Convenio EDF Fenice Ibérica, cit.

⁶⁴ Cláusula 39, Convenio Colectivo de Thales España GRP, cit.

[en la empresa], las obligaciones que deben conocer en el desarrollo de sus funciones por la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y el Reglamento de Medidas de Seguridad que se establecen en la normativa interna»⁶⁵ o la continuidad de la vinculación «a los derechos y obligaciones establecidos en relación con la protección y confidencialidad de los datos y el acceso a datos de carácter personal, que figurarán incorporados en el acuerdo individual», así como la posible adopción de la empresa de «las medidas oportunas para asegurar la protección de los datos utilizados y tratados por la persona teletrabajadora para fines profesionales»⁶⁶.

Solo ocasionalmente existe alguna previsión que concreta algo más las especialidades del trabajo a distancia, pero siempre en una forma muy general y dentro de los principios establecidos en el Real Decreto-Ley. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la formación (art. 9, RD-Ley 28/2020), los convenios que más avanzan por esta vía prevén de forma genérica la programación de una «formación específica en esta materia, tanto para la persona teletrabajadora, como para sus responsables directos, a cuyo efecto la Empresa dispondrá los medios oportunos para facilitar dicha formación. El objetivo de este plan formativo sería garantizar una formación adecuada y de calidad que facilite y capacite a la persona teletrabajadora para el uso de las herramientas básicas, haciendo especial énfasis en el correo electrónico, en los entornos de trabajo corporativos y en las cuestiones psicosociales precisas para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral»⁶⁷. En algún caso, este planteamiento se completa con algunas previsiones específicas para concretar ese plan, con participación de la representación legal de los trabajadores en su valoración⁶⁸.

Las cláusulas relacionadas con la prevención de riesgos laborales son, en

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit.; Anexo II.7, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.

⁶⁷ *Ibidem*, d) *Formación*.

⁶⁸ Anexo II.5, *Formación*, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit. Además de previsiones idénticas a las reproducidas en el texto, prevé el siguiente “procedimiento” para concretar las nuevas necesidades formativas: «se establecería un “Tutor” en cada Dirección, institucionalizando esta figura como apoyo de manera que establezca contactos periódicos con los teletrabajadores y teletrabajadoras y sus responsables, sirviendo como termómetro para la organización a nivel de valoración y seguimiento del desarrollo del teletrabajo en su Área respectiva, así como punto de consulta y resolución de incidencias. Todo este proceso será gestionado y supervisado por el área de Recursos Humanos con la participación de la Representación de los Trabajadores a través de la Comisión de Teletrabajo en los términos previstos para el seguimiento de la modalidad de teletrabajo».

segundo lugar, algo más detalladas. Se encuentran previsiones sobre la obtención de la información necesaria para realizar la evaluación de riesgos en el trabajo a distancia, aunque son escasamente innovadoras⁶⁹ puesto que, a pesar de intentar proteger un interés empresarial en el acceso al lugar del trabajo, los condicionantes generales de esta posibilidad hacen que el régimen resultante sea equivalente al legal, para no incurrir en una manifiesta antijuridicidad⁷⁰. Existe asimismo alguna previsión dirigida a evitar los efectos preventivos del cambio de lugar de prestación⁷¹. A ello hay que añadir la previsión de una formación específica como requisito de acceso a la prestación a distancia⁷². Por lo demás, los convenios que contienen una regulación más extensa prevén la existencia de líneas generales en materia preventiva que deben ser respetadas por los teletrabajadores, un sistema de controles de salud para determinar la incidencia en ella de este tipo de trabajo e información periódica a través del Comité de Seguridad y Salud laboral⁷³.

En fin, por lo que se refiere a los derechos colectivos, aunque presentes en varios convenios, las innovaciones con respecto a las reglas del art. 19 del RD-Ley 28/2020 son también mínimas. Se reiteran el principio de igualdad (apartado 1), el derecho a instrumentos de comunicación adecuados (apartado 2) y las garantías en la participación de las actividades colectivas, sobre todo, en las elecciones a representantes legales (apartado 3). Hallamos

⁶⁹ Art. 14, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.: «9. Seguridad y salud laboral. La metodología para la recogida de información a la que se refiere el artículo 16.2 será prevalentemente a distancia».

⁷⁰ Esto ocurre con alguna estipulación convencional que autoriza “expresamente” a la empresa «para que mediante los técnicos y/o delegados de prevención pueda acceder al domicilio antes señalado para las comprobaciones que estime oportunas, previa notificación al interesado con 48 horas de antelación al menos y autorización de la persona teletrabajadora, y con respeto a las garantías constitucionales de inviolabilidad del domicilio, con la observancia de las comunicaciones legales oportunas» (Anexo II.3, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit.).

⁷¹ «El Smart Working se realizará, con carácter general, desde un sitio determinado, permitiendo el trabajo en remoto, de manera puntual, en otro lugar, siempre que se respeten las medidas de prevención de riesgos laborales» (art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España, cit.).

⁷² «Será obligatorio realizar la formación relacionada con el puesto de trabajo en casa que complementará la formación en materia de prevención de riesgos laborales y seguridad de la información ya existente y que está disponible en Vodafone University. Esta formación será compartida previamente con la Comisión de Seguridad y Salud» (art. 30, II Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España).

⁷³ III Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, cit., b) *Recomendaciones en materia de prevención y salud laboral*. En esta misma línea el Anexo II.3, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit., que concreta con mucho detalle tales recomendaciones, tanto en relación con instalaciones como posicionales.

alguna concreción en materia de técnicas de comunicación que tiene poca trascendencia (derecho de «acceso a los portales virtuales de información sindical que existan en las redes y canales telemáticos de la empresa (incluidas videoconferencias, audio conferencias o cualquier otro canal de uso habitual de la plantilla)»)⁷⁴. Por lo que se refiere a la participación electoral, los convenios participan de la lógica del RD-Ley 28/2020, en el que la prestación de servicios es solo parcialmente a distancia. Por eso, su art. 19.3 se refiere a la garantía de la «participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto». En este contexto, las garantías que se prevén en los convenios incluyen la necesidad que el personal que trabaja a distancia se encuentre «adscrito al mismo centro de trabajo en el que desarrolle el trabajo presencial»⁷⁵ y de arbitrar «las medidas oportunas que permitan el ejercicio real de este derecho por la persona teletrabajadora, en función de la organización del trabajo y el tiempo establecido para el desarrollo de esta modalidad»⁷⁶, y la obligación empresarial de colaborar en la publicidad de los procesos electorales⁷⁷. Lo que pasa es que no es obligatorio que el trabajo a distancia responda a este esquema puesto que puede desarrollarse sin ningún componente presencial y a mucha distancia del centro de trabajo. En este contexto, los convenios podrían pensar en otras posibilidades aprovechando las posibilidades que abre la tecnología, por ejemplo el voto telemático. La duda es si pueden introducirse sin modificar la regulación reglamentaria del proceso electoral⁷⁸.

5. Reflexiones finales

Este es el resultado de mi análisis. Resumido en unas cuantas frases, la primera ha de ser, desde luego, la falta de interés que continúa manifestando

⁷⁴ Art. 14.10, *Derechos colectivos y sindicales*, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*, Anexo II.4, *Derechos sindicales*, Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, cit. Este último convenio confía además el «análisis y desarrollo en el Comité».

⁷⁷ Art. 14.10, *Derechos colectivos y sindicales*, Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, cit.

⁷⁸ Sobre este particular, J.B. VIVERO SERRANO, *El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 14. De ahí que se haya criticado la falta de ambición del RD-Ley 28/2020 en este punto (cfr. M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Los derechos colectivos en el trabajo a distancia: derechos de información, centro de trabajo, voto electrónico, negociación colectiva y huelga*, en M. LÓPEZ BALAGUER (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 322 ss.).

la negociación colectiva a pesar de la importancia cuantitativa que ha adquirido el trabajo a distancia como consecuencia de la pandemia y de la reforma normativa que se ha producido en nuestro país. Siguen siendo pocos los convenios que le dedican atención y los que lo hacen no le prestan la que se merece.

Es posible entender por qué ha sido así tradicionalmente. Seguramente, del lado de la representación de los trabajadores, era un tema no demasiado interesante para dar la batalla en la negociación colectiva. En un contexto de escasa penetración real de esta modalidad de trabajo, podría ser considerado algo marginal, que quedaría solo al alcance de una minoría de trabajadores que probablemente no están entre la “clientela” normal de las organizaciones representativas. Desde la perspectiva empresarial, la falta de tratamiento del tema en el convenio deja en sus manos las cuestiones relacionadas con el acceso – ya que siempre puede escudarse en el principio de voluntariedad – y las condiciones del teletrabajo, que bien puede ser fijadas en la correspondiente política interna.

Sin embargo, la situación ha cambiado. Del lado de los trabajadores, la experiencia es ahora muy superior, tanto para quienes distribuyen su prestación en momentos presenciales y a distancia como para quienes la desarrollan exclusivamente de este último modo. Del de las empresas, la intervención legislativa tiene como efecto relativizar la importancia de la voluntad empresarial. Aunque el trabajo a distancia sigue siendo voluntario, el RD-Ley 28/2020 ha reconocido determinadas expectativas de los trabajadores que pueden ser impuestas a la empresa; y, por otro lado, la mayor extensión temática del tratamiento legal abre, cuando menos, un espacio de inseguridad jurídica en relación con las soluciones pactadas a nivel individual. En este nuevo contexto, la negociación colectiva podría permitir hallar un punto de equilibrio entre las necesidades de flexibilidad de las empresas y las expectativas de los trabajadores. Quizá sea demasiado pronto para valorar en qué medida la negociación ha asumido este papel. Habrá que ver si paulatinamente lo va haciendo.

6. Bibliografía

ALESSI C., MALZANI F., RAVELLI F., VALLAURI M.L., *L'emergenza COVID-19 in Italia e il diritto del lavoro*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 223-239

ARAGÓN GÓMEZ C., *El teletrabajo en la negociación colectiva*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, CC.OO., Cinca, 2010

- BASTERRA HERNÁNDEZ M., *Los derechos colectivos en el trabajo a distancia: derechos de información, centro de trabajo, voto electrónico, negociación colectiva y huelga*, en M. LÓPEZ BALAGUER (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, 2021
- CAIRÓS BARRETO D.M., *El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia*, en *Trabajo y Derecho*, 2021, n. 75
- CASAS BAAMONDE M.E., *El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 11, pp. 1413-1437
- CIELO, [COVID-19 y relaciones de trabajo: escenario mundial de una pandemia](#), Noticias CIELO, n. especial, 2020
- EUROFOUND, [Living, working and COVID-19](#), Eurofound Research Report, 2020
- GARCÍA GONZÁLEZ G., *La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 72
- GENIAUT B., *Covid-19 et télétravail*, en *Droit Social*, 2020, n. 7-8, pp. 607-611
- GOERLICH PESET J.M., *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92, pp. 1-26
- GOERLICH PESET J.M., *La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SÍGNES (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021
- MELLA MÉNDEZ L., [Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora](#), en [Revista Derecho Social y Empresa](#), 2016, n. 6, pp. 1-29
- PAPADIMITRIOU C., *La crise de Covid-19 et le droit du travail en Grèce*, en *Droit Social*, 2020, n. 9, pp. 697-701
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: retos para la negociación colectiva. XXX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018
- SALA FRANCO T., TODOLÍ SÍGNES A., *La negociación colectiva y el teletrabajo*, en T. SALA FRANCO (coord.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020
- TASCÓN LÓPEZ R., *El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020
- THIBAUT ARANDA X., *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. extra. 12
- TODOLÍ SÍGNES A., *La regulación del trabajo a distancia*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 11, pp. 1493-1504

VIVERO SERRANO J.B., *El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 14, pp. 113-116

En torno a la “desconexión digital”

Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS*
Antonio FOLGOSO OLMO**

RESUMEN: Aunque contaba con precedentes judiciales, el derecho a la desconexión digital fue reconocido por primera vez en un texto legal a través de la Ley Orgánica 3/2018. No obstante, la inconcreción de su regulación genera más incertidumbres que certezas. Meses después, y en el entorno de la pandemia generada por la Covid-19, el teletrabajo obtuvo un gran protagonismo, que justifica la aprobación del Real Decreto-Ley de trabajo a distancia. Este corrigió algunos de los errores de la redacción anterior y aborda con mayor precisión el derecho analizado. Partiendo de dicha situación, se estudia el derecho a la desconexión digital. A tal efecto, se aborda su ámbito subjetivo, así como el contenido del mismo, que se verá afectado de manera decisiva por la negociación colectiva, sobre la que descansa la labor de definir sus contornos. Por último, se examinan sus implicaciones en materia preventiva, fundamento del reconocimiento del derecho.

Palabras clave: Tecnologías, desconexión, negociación, protocolo.

SUMARIO: 1. Contexto. 2. La génesis del derecho a la desconexión digital. 2.1. Panorama previo a la aprobación de la LOPD-GDD: reconocimiento a partir del derecho al descanso. 2.2. Precedentes en el ámbito del Derecho Comparado. 2.3. La regulación inicial del derecho a la desconexión digital. 2.4. Desarrollo normativo posterior a través de la regulación del teletrabajo. 2.5. Necesidad de reconocimiento del derecho. 3. Análisis técnico del derecho a la desconexión digital. 3.1. La insuficiencia de la regulación legal y sus consecuencias. 3.2. Ámbito subjetivo del derecho. 3.3. Contenido del derecho. 3.4. Mecanismos de salvaguarda del derecho. 3.5. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador. 3.6. Las obligaciones preventivas y formativas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia (España).

** Abogado en Murcia (España).

Around the ‘Digital Disconnection’

ABSTRACT: Although it had precedent resolutions, the right to digital disconnection was recognized for the first time in a legal text through Organic Act No. 3/2018. However, the inconsistency of its regulation generated more uncertainties than certainties. Months later, and in the field of the pandemic generated by Covid-19, teleworking gained a great role, which justified the approval of the Royal Decree-Law on remote work. This corrected some of the errors in the previous text and addressed the right analysed with greater precision. Starting from this situation, the right to digital disconnection is studied. To this end, its subjective scope is addressed, as well as its content, which will be decisively affected by collective bargaining, on which the work of defining its contours rests. Finally, its implications in preventive matters, the basis of the recognition of the right, are examined.

Key Words: Technologies, disconnection, negotiation, protocol.

1. Contexto

El avance de la revolución digital lleva consigo la inexorable transformación de todos los aspectos de la vida. El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación no solo condiciona, sino que determina las relaciones humanas y sociales; las redes sociales ocupan un papel fundamental en el debate político y social, constituyéndose como una de las herramientas clave para el mismo; las relaciones personales se han visto transformadas, existiendo incluso numerosas aplicaciones móviles destinadas a desarrollar relaciones sociales e, incluso, a facilitar el establecimiento de relaciones afectivas¹. Estos cambios se han multiplicado exponencialmente a partir de 2020, tras las transformaciones que ha traído consigo la pandemia de la Covid-19; en especial, las situaciones de confinamiento general decretadas por la autoridad, las de confinamiento particular derivadas de contagios o de contacto estrecho con personas que sufren la enfermedad, así como la extensión del teletrabajo. Todas estas situaciones han impulsado el establecimiento de nuevas herramientas comunicativas que se han impuesto en todos los ámbitos (incluido el educativo)². A lo anterior se suma que los artilugios electrónicos son cada vez más potentes y veloces, lo que facilita que resulte menos costoso emplear estos mecanismos para establecer vías de comunicación, en lugar de acudir a los sistemas tradicionales.

El ámbito del trabajo no queda al margen de esta metamorfosis. Tradicionalmente, las relaciones laborales se han diseñado y desarrollado en torno a los sucesivos paradigmas productivos. La propia inercia de las relaciones humanas, que ya no se pueden entender sin tener un smartphone en todo momento en el bolsillo (cuando no en la mano), ha traído consigo relevantes transformaciones en los sistemas de producción y, en consecuencia, en el marco del trabajo (por cuenta ajena y por cuenta propia). Dichos cambios no se limitan a la naturaleza de las mercancías y

¹ En 2019, más del 90% de la población ya era usuaria de internet y permanecía conectada durante casi 5 horas diarias a través de cualquier dispositivo. Además, el 60% de dichos usuarios visitaba sus redes sociales al menos mensualmente: *vid.* A.M. GALINDO SAN VALENTÍN, E.M. IGLESIAS GUZMÁN, *Teletrabajo y desconexión digital*, en AA.VV., [Actas II Congreso Preveconar 2019. 3-4 de octubre de 2019 – Madrid. Desde la teoría a la práctica. Seguridad – Salud – Bienestar](#), Seguridad y Bienestar Laboral, 2020, pp. 369.

² Como es sabido, con la llegada de la pandemia se produjo un cambio en el ámbito docente, pasando las clases a impartirse on-line de forma abrupta y sin disponer del tiempo necesario para que se produjese una adaptación a las nuevas circunstancias: *vid.* F. RAMÓN FERNÁNDEZ, [La desconexión digital y docencia universitaria online en tiempos de pandemia por la COVID-19: una ilusión más que una realidad](#), en [Revista de Internet, Derecho y Política](#), 2021, n. 32.

servicios que se ofrecen en el mercado, sino también a la forma de elaborarlas. De hecho, la principal revolución radica en la forma de relacionarse entre los distintos operadores, ya sea entre los clientes y la empresa, entre esta y sus trabajadores, o entre estos últimos y los propios clientes³.

Tratar de resistir frente a estos cambios ha demostrado ser absolutamente inútil. El empeño en mantener los sistemas tradicionales tendría a buen seguro el mismo éxito que en su día alcanzaron quienes se oponían a la entrada de la maquinaria moderna en los procesos productivos. Sin embargo, tampoco puede admitirse que los avances tecnológicos deban determinar de manera automática las exigencias y condiciones laborales que se impongan a los trabajadores. Ello es así porque, como se ha podido comprobar, “la tecnología no es inocente”: la forma de regirse la producción y las decisiones automatizadas (entre otras, a través de los llamados algoritmos) siguen criterios establecidos de forma directa e indirecta por el empresario, en su beneficio⁴. Es cierto que sus decisiones estarán sin duda condicionadas por el desarrollo tecnológico, de forma que el sometimiento a sus requerimientos no será ya solo una condición para competir mejor, sino llanamente para poder mantenerse en el mercado⁵. No obstante, decisiones como que los trabajadores contacten a diario con los clientes a través de herramientas informáticas sí siguen un criterio empresarial, así como la de impartir instrucciones a través de correo electrónico, sistemas de mensajería, etc.

Todo ello implica una serie de avances muy notables: una capacidad de respuesta más rápida, una conexión más inmediata y, en definitiva, un servicio más eficaz. La otra cara de la moneda supone la aparición de una serie de riesgos que no deben ser infravalorados, que se conectan con la merma del derecho al descanso, y, a raíz de esta, con el agotamiento físico y psicológico que supone no poder desvincularse mentalmente del trabajo. Los frutos de lo anterior no tardan en aparecer: cansancio, estrés, ansiedad y numerosos otros problemas que afectan a la salud de los trabajadores, poniéndola en grave riesgo. Se trata, además, de agentes que son a menudo

³ C. MOLINA NAVARRETE, *La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., p. 11, ha destacado que «lo más señero del “e-trabajo” [...], el uso de la tecnología digital [...], no es lo más relevante económicamente, sino más bien sus condiciones de uso (debe ser una prestación de servicios flexible: cualquier lugar, cualquier tiempo)».

⁴ R. URUEÑA, *Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del “big data”?*, en *Latin American Law Review*, 2018, n. 2.

⁵ C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

infravalorados, respecto de los que existe una escasa cultura social⁶.

Como se ha señalado, la hiperconectividad no es un fenómeno limitado a las relaciones laborales, sino generalizado a todas las relaciones sociales (fundamentalmente, en el llamado Primer Mundo). Los mecanismos de comunicación han minimizado el tiempo para contestar y, de manera simultánea, han traído consigo la pérdida de capacidad de aguardar una respuesta. Cuando hace cuarenta años se quería establecer conexión con una persona, se le podía enviar una carta, llamar a un teléfono fijo, etc. En caso de no obtener respuesta, la solución pasaba por dejar el recado y esperar la contestación, que podía tardar horas o días. Actualmente, se ha establecido una exigencia generalizada de respuesta inmediata. Ilustrativo de lo anterior, en el ámbito de los usuarios de aplicaciones de mensajería electrónica, es lo que se ha venido a llamar el síndrome del *doblo check*: la ansiedad que sufre el emisor de un mensaje electrónico al apreciar que el receptor no responde, pese a saber que el mensaje ha sido leído, o que se ha conectado después de recibirlo. En estas condiciones, y ante el fenómeno muy extendido de incapacidad de aguardar pacientemente una contestación (aunque no se trate de una cuestión urgente), obtendrá un papel predominante en el mercado la empresa que asegure la respuesta más inmediata, incluso aunque no sea la mejor.

Las consecuencias de lo anterior para el derecho al descanso de los trabajadores (por cuenta propia y ajena) pueden resultar devastadoras. Ya no se trata simplemente del interés del empleador en obtener un mayor beneficio, sino de la exigencia de que una cuestión deba ser atendida de forma inmediata, lo que hace que los propios clientes no comprendan el retraso en obtener una respuesta, condicionando su interés en mantener relaciones con la empresa a la oferta de una absoluta disponibilidad por parte de esta y, por extensión, por parte de sus trabajadores.

2. La génesis del derecho a la desconexión digital

La institución legal del derecho a la desconexión digital se ha producido a raíz de la adaptación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que ha tenido lugar a través de la Ley

⁶ Especialmente, teniendo en cuenta que «nadie nos ha informado ni formado acerca del uso adecuado y razonable de la tecnología», tal y como señala Ó. REQUENA MONTES, *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, p. 542.

Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD-GDD).

Sin embargo, la inexistencia hasta finales de 2018 de un derecho reconocido legalmente a la desconexión no implicaba que los trabajadores se encontrasen desprotegidos. Algunos pronunciamientos judiciales y convenios colectivos ya habían aludido a esa posibilidad, si bien se sustentaban en la regulación precedente en torno al derecho al descanso, que contenía un importante cuerpo normativo del que se deducía ese derecho.

2.1. Panorama previo a la aprobación de la LOPD-GDD: reconocimiento a partir del derecho al descanso

El derecho al descanso había sido reconocido de forma amplia en los distintos ámbitos normativos. Ya en el art. 40.2 CE se hacía referencia a este, al atribuir a los poderes públicos el fomento de una política que garantizase el derecho al “descanso necesario”, mediante la limitación de la jornada laboral o el derecho a vacaciones. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores ya venía regulando el tiempo de trabajo⁷, si bien lo cierto es que se trata de una materia que hasta la fecha no se ha clarificado suficientemente, de modo que siguen siendo muy frecuentes los procedimientos judiciales que se vienen planteando al respecto a todos los niveles (alcanzando incluso instancias europeas).

Precisamente a nivel europeo existen importantes normas sobre la materia, entre las que debe destacarse el papel de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (que derogó la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, referente a la misma materia). Esta Directiva incluye las definiciones de tiempo de trabajo y de descanso, como conceptos alternativos (en el art. 2.2 se define dicho descanso «todo período que no sea tiempo de trabajo»). Además, se incluye el concepto de “descanso adecuado” (art. 2.9), siendo este lo suficientemente largo y continuo como para evitar que, debido al cansancio, se pueda perjudicar la salud del trabajador, a corto o medio plazo. Asimismo, este concepto ya permite vislumbrar una importante idea, como es que no todo descanso es por definición adecuado, aspecto que se

⁷ La sección quinta del capítulo segundo del título primero del ET regula el tiempo de trabajo, desarrollado a través de los arts. 34-38, en los que se abordaban cuestiones como la jornada laboral, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, etc.

abordará más adelante.

A nivel europeo también merece ser destacada la Carta Social Europea, cuyo art. 2 establece el derecho al descanso y a una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 31.2 establecía el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo, al descanso diario y semanal, y a las vacaciones.

El reconocimiento del derecho al descanso no se limita al ámbito europeo, encontrándose consagrado en otras normas tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 24 reconoce el derecho al citado descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. También, aparece recogido en el art. 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones. Por último, es obligada la referencia a los distintos convenios de la OIT que han regulado directa o tangencialmente la materia, como es el caso del C006, relativo al trabajo nocturno; el C014, relativo al descanso semanal; el C030, relativo a la jornada de trabajo; el C132, relativo a las vacaciones.

Como puede observarse, el derecho al descanso (en contraposición al tiempo de trabajo, con el que mantiene una relación dialéctica)⁸ se encontraba regulado y, además, muy ampliamente reconocido. Sin embargo, ello no ha sido suficiente para resolver los innumerables problemas que se vienen presentando, siendo la cuestión de la distribución del tiempo de trabajo y descanso una de las más complejas dentro del ámbito de las relaciones laborales. Hasta tal punto es así, que en algunos casos se ha sugerido que la solución más acertada para garantizar el derecho a la desconexión digital habría sido, más que regularlo, definir de manera clara el tiempo de descanso⁹.

Cuando los primeros litigios llegaron ante los tribunales, abordando el derecho de los trabajadores a no permanecer atentos a los dispositivos electrónicos fuera de su jornada, aquellos encontraron herramientas para dar respuesta a los problemas que se planteaban en la normativa reguladora del tiempo de trabajo o de los límites de la potestad directiva empresarial¹⁰.

⁸ M.B. CARDONA RUBERT, *Los perfiles del derecho a la desconexión digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 90.

⁹ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, [El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados](#), en [esta Revista](#), 2020, n. 1. Sin embargo, no puede desdeñarse el riesgo que supondría que, en tales circunstancias, la regulación suponga un recorte aún más relevante del derecho al descanso.

¹⁰ Así ocurre, entre otros, en el caso analizado por la SAN de 17 de julio de 1997, rec.

2.2. Precedentes en el ámbito del Derecho Comparado

El aterrizaje del derecho a la desconexión digital en el derecho interno español se produjo de forma bastante tardía en comparación con otros es que, desde hacía años, venían explorando esta posibilidad¹¹.

El primer hito destacable es el francés, a través de la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, donde se regula de forma explícita el derecho a la desconexión digital. Al respecto merece ser destacado que este derecho se reconoce dentro de las medidas sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres.

En el caso italiano, debe hacerse referencia a la Ley de 22 de mayo de 2017, cuyo art. 19.1 reconoce este derecho en el ámbito del llamado “trabajo ágil”. En este caso, la conexión se produce directamente con el derecho al descanso.

Ya en 2018, debe destacarse la Ley belga de 26 de marzo, que también conecta la desconexión digital con los derechos al descanso y las vacaciones. También merece ser aludido el caso de India, que ya en enero de 2018 reguló legalmente el derecho a desconectarse¹². Este supuesto es de interés en tanto que supone su reconocimiento en un ámbito jurídico ajeno al europeo, pero en el que concurre un aspecto significativo: la condición de economía emergente, respecto de la que la industria tecnológica viene ocupando un papel muy destacado.

En otros países, no se ha optado por recoger medidas legislativas para regular la desconexión digital, habiéndose acudido a instrumentos colectivos para ello. Es el caso de Alemania, donde algunas de sus principales empresas (BMW, Porsche, etc.) han reconocido este derecho e incluso implantado medidas concretas para salvaguardarlo (establecimiento de márgenes temporales en los que no se puede contactar con el empleado o eliminación automática de correos electrónicos recibidos durante vacaciones, entre otros)¹³.

No cabe duda de que estos precedentes sirvieron como acicate para el

120/1997, en que se rechazaba la posibilidad empresarial de exigir a sus trabajadores que tuviesen el teléfono móvil conectado en todo momento.

¹¹ M.R. MARTÍN MUÑOZ, *Tiempo de trabajo y desconexión digital*, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2020, p. 335.

¹² A.I. PÉREZ CAMPOS, *Teletrabajo y derecho a la desconexión digital*, en *esta Revista*, 2021, n. 1, p. 514.

¹³ M.R. MARTÍN MUÑOZ, *op. cit.*, p. 337.

reconocimiento de este derecho en el sistema jurídico español, lo que ha resultado muy positivo. De hecho, como se ha anticipado, no es casual que, al igual que en el caso alemán (y, posiblemente, influenciado por el mismo) las primeras regulaciones de la desconexión digital en España llegaron a través de la negociación colectiva.

2.3. La regulación inicial del derecho a la desconexión digital

El primer texto legal que reguló el derecho fue la LOPD-GDD, con tres preceptos que contienen toda la regulación legal vigente sobre la materia: el art. 88, que reconoce el derecho, y las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta. Todos ellos tienen carácter de ley ordinaria¹⁴. El primero de ellos regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, dividiéndose a su vez en tres apartados.

En el primer apartado se reconoce el derecho en términos generales tanto a trabajadores como a empleados públicos. Asimismo, vincula el derecho a la necesidad de respeto del tiempo de descanso (y permisos y vacaciones) y a los derechos a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, debe destacarse la inexistencia de contenido legal del citado derecho en esta regulación, lo que no hizo más que generar nuevas dudas.

El segundo apartado responde algunas de las cuestiones derivadas de la manifiesta inconcreción legal del contenido del derecho, estableciendo tres criterios fundamentales. En primer lugar, el mecanismo a través del que se dotará de contenido el derecho, apostando por que ello se lleve a cabo a través de la negociación colectiva u otros acuerdos alcanzados entre empresa y representantes de los trabajadores. En segundo lugar, las pautas que tendrán que seguir los negociadores, que habrán de atender a la naturaleza y objeto de la relación de trabajo. Por último, se establece que la regulación sobre la materia deberá estar dirigida a promover la conciliación

¹⁴ Al respecto de su calificación como ley ordinaria, la doctrina se ha mostrado dividida. De un lado, se han mostrado críticos con la misma R. SERRANO OLIVARES, *Los Derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, en *IUSLabor*, 2018, n. 3, p. 226, y C.H. PRECIADO DOMENECH, *Los derechos digitales de las personas trabajadoras: aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, 2019, por considerar que al estar en juego la intimidad y la integridad física debió recibir el carácter de ley orgánica. De otro lado, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 148, p. 327, ha entendido acertada su determinación como ley ordinaria, al entender que la relación con tales derechos fundamentales es indirecta en tanto que «la intimidad ha de protegerse tanto en momentos de desconexión como de conexión».

laboral con la vida personal y familiar.

El tercer apartado prevé los pasos que deberá dar el empleador, exista o no norma colectiva (debiendo en este último caso respetarla). En concreto, se establece la necesidad de reflejar las directrices empresariales que va a adoptar, debiendo incluirse dentro de las mismas a todo el personal. Esta regulación deberá definir la forma en que se va a llevar a cabo el derecho a la desconexión, viéndose obligado igualmente a adoptar acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de herramientas tecnológicas, al objeto de evitar riesgos laborales (aunque la norma se refiere en exclusiva a la fatiga tecnológica). Por último, se alude al personal que verá su trabajo afectado por la necesidad de desconectar digitalmente, como son los trabajadores que prestan servicios a distancia.

También, se introduce un nuevo artículo en el ET, el 20-*bis*, rubricado *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*¹⁵; y también un nuevo apartado en el art. 14 EBEP, el *j-bis*, a través del que se asegura el reconocimiento a todos los empleados públicos (personal laboral, personal funcionario). En ambos preceptos se hace referencia al derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador y frente a los dispositivos de videovigilancia y geolocalización. Sin embargo, no hace alusión a los dispositivos que sean propiedad del trabajador o empleado público, y que pueden ser utilizados como herramientas igualmente invasivas de su derecho a la intimidad. Aunque ese tipo de cuestiones encontrarán respuesta en la regulación ya existente en el art. 88 LOPD-GDD, habría resultado sin duda más acertado que la incorporación del derecho a la desconexión digital en el ET y el EBEP se realizase a través de una redacción más exhaustiva.

2.4. Desarrollo normativo posterior a través de la regulación del teletrabajo

Cuando el legislador reguló a finales de 2018 el derecho a la desconexión digital, nada hacía esperar que apenas un año y medio después las relaciones

¹⁵ Se ha criticado su ubicación, señalando N. RECHE TELLO, *La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad*, en *IUSLabor*, 2019, n. 3, p. 50, que «no parece acertada su incorporación en un precepto dedicado a la dirección y control de la actividad laboral, habiendo sido quizá más pertinente su inclusión en la Sección 2ª, dedicada a los derechos y deberes laborales básicos, por ejemplo, en el artículo 4 ET, y desarrollándose posteriormente algunos elementos para su materialización en la Sección 5ª dedicada al tiempo de trabajo, incluyendo quizá un apartado noveno en el artículo 34 ET».

laborales se verían obligadas a adaptarse de manera absolutamente apresurada a la nueva situación que trajo la Covid-19 y, en particular, al teletrabajo. Esta modalidad de prestación de servicios, que no era novedosa, se vio espoleada con la nueva situación sanitaria, elevándose hasta niveles que hasta la fecha resultaban impensables. Ante la necesidad de abordar la nueva situación, el Gobierno dictó el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que reguló el teletrabajo, y cuyo art. 18 vuelve a incidir en el derecho estudiado. No obstante, la nueva normativa no corrige los defectos y silencios de la anterior, como a continuación se analiza.

El primer apartado del art. 18 comienza estableciendo que las personas que realizan teletrabajo tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo, para lo que hace una genérica remisión al art. 88 LOPD-GDD.

En cambio, el segundo párrafo sí entra en la cuestión e incluye aspectos concretos del derecho. En concreto, establece en primer lugar que se trata de un “deber empresarial”, lo que no carece de importancia¹⁶. De esta manera quedan automáticamente excluidas todas las interpretaciones del derecho que entienden que la efectividad del mismo puede trasladarse al trabajador, por la vía de autorizarle a no responder comunicaciones empresariales durante su tiempo de descanso. Por lo tanto, se va a requerir una actuación u omisión activa por parte del empleador.

En cuanto al contenido del derecho, se señala que «conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada». Así, se prevé la necesidad de restringir el empleo de medios electrónicos, para lo que distingue de manera acertada entre los de comunicación empresarial y los de trabajo, asumiendo así que no tienen por qué ser coincidentes. Las herramientas digitales (comenzando por el propio teléfono móvil) no suelen ser de utilización exclusiva en el trabajo, sino que su empleo es frecuentemente mixto. Lo mismo ocurre con las aplicaciones de mensajería, *a priori* de uso personal, pero que se han extrapolado al resto de ámbitos. Por lo tanto, el precepto incluye la prohibición de que la desconexión digital se pueda ver afectada por el mecanismo de acudir a vías de comunicación no laborales, con lo que se vería especialmente perjudicado el derecho al descanso.

Este primer apartado termina haciendo referencia a los límites y precauciones en materia de jornada, a cuyo efecto señala que los mismos podrán determinarse tanto por vía legal como convencional. En definitiva,

¹⁶ En este mismo sentido, véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2021, n. 54.

se ahonda en la necesidad de que el derecho sea dotado de contenido en el ámbito de la negociación colectiva, sin que ello excluya su protección legal. Por su lado, el primer párrafo del segundo apartado del art. 18 incorpora el texto del tercer apartado del art. 88 LOPD-GDD, con la única novedad de emplear para ello un lenguaje inclusivo.

A continuación, y siguiendo la línea apuntada de que el diseño del contenido del derecho se realice de forma negociada, el segundo párrafo del mismo apartado atribuye a los convenios o acuerdos colectivos la potestad (no exclusiva) de establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho¹⁷.

Finalmente, también se prevé la necesidad de organizar de forma adecuada la jornada laboral «de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso». De esta manera, se pone en valor la optimización de la jornada, de forma que no deba acudir a tiempo ajeno a la misma para realizar el trabajo.

Por último, debe hacerse referencia al RD-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de aplicación en el ámbito del empleo público. Aunque este texto normativo no incluye ninguna alusión expresa al derecho a la desconexión, sí existe una remisión indirecta a través de su artículo primero, que incluye en el EBEP un nuevo art. 47-*bis*, rubricado *Teletrabajo* en el que se incluye un tercer apartado, que establece que el personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos derechos que el que realice su prestación de servicios de forma presencial. Así, el derecho se hace extensivo a los empleados públicos que realicen trabajo a distancia.

2.5. Necesidad de reconocimiento del derecho

Expuesto lo anterior, la doctrina se ha planteado si en el ámbito del derecho al descanso se podían encontrar herramientas suficientes para dar respuesta a las cuestiones que se planteaban sobre la materia, esto es, si existía una auténtica necesidad de reconocer explícitamente el derecho a la desconexión digital para dar respuesta a una situación no protegida¹⁸.

¹⁷ Esto ha sido interpretado como una de sus flaquezas, por entender que la indefinición abre las puertas a la generación de conflictos futuros. Pese a eso, se ha considerado que la valoración global era positiva: *vid.* O. CREMADES CHUECA, [Acierto y flaquezas de la normativa del trabajo a distancia](#), en [oriolcremades.com](#), 9 octubre 2020.

¹⁸ La cuestión ha sido formulada de forma muy acertada por M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, p. 177, que ha afrontado el debate acerca de si el reconocimiento del derecho no supone más que un acto de “esnobismo jurídico”.

Se trata, sin duda, de un tema que no tiene una respuesta sencilla y que, además, puede contener algunos problemas. Si hasta la fecha la cuestión encontraba respuesta con la normativa vigente, puede pensarse que el reconocimiento del derecho no era estrictamente necesario. Si, por el contrario, dicho reconocimiento resultaba imprescindible, podría pensarse que la doctrina judicial que había afrontado el asunto hasta ese momento se había extralimitado, reconociendo un derecho sin previsión legal. Yendo más allá, si era precisa la regulación del mencionado derecho, pero esta no se dota de un contenido mínimo o se deja en manos de la negociación colectiva, podría deducirse que la vigencia del derecho debe permanecer en stand-by hasta que dicha regulación tenga lugar. Estos interrogantes no resultan en absoluto superfluos en tanto que la falta de precisión técnica a la hora de regular el derecho ha podido generar un problema en lugar de resolverlo.

Para dar respuesta a este asunto, se ha postulado, entre otros aspectos, que el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral podría ser necesario desde un triple punto de vista: social, en cuanto salvaguarda la integridad física y moral del trabajador; jurídico, en tanto que delimita la duración de la jornada; y económico, por cuanto la excesiva extensión del tiempo de trabajo repercutiría sobre el coste productivo asumido por la empresa y, por tanto, en los beneficios que obtendría¹⁹. También se ha considerado que no es un problema de reconocimiento del derecho, sino de su efectividad, ante su evidente incumplimiento²⁰.

La contestación a dicha pregunta sin duda pasa por analizar si puede actualmente existir un derecho al descanso adecuado sin derecho a la desconexión. La respuesta no será la misma en la actualidad que hace cuarenta, veinte o, incluso, diez años; y ello permite concluir que el derecho al descanso podría difuminarse si en la situación actual no se asegura simultáneamente un derecho a desconectar, por lo que puede concluirse que este derecho opera como garantía del primero²¹.

Así, ante la dicotomía existente entre tiempo de trabajo y descanso prevista en la normativa vigente (entre otras, en la Directiva 2003/88/CE) y la

¹⁹ A.I. PÉREZ CAMPOS, *La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2019, n. 52.

²⁰ M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, *La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos*, en J.M. MIRANDA BOTO (dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018.

²¹ C. MOLINA NAVARRETE, *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138. Precisamente en esta línea, M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 116, ha señalado que «la conexión digital en tiempo de descanso sugiere incertidumbres similares a las tradicionales, pero planteadas desde una nueva óptica».

ausencia de mayores especificaciones al respecto, resulta necesario dar un paso regulatorio más²². No es prudente dejar en manos de los jueces y tribunales la tarea de amoldar este derecho a las nuevas realidades, por mucho que el art. 3.1 del Código Civil pueda amparar dichas actuaciones judiciales, cuando estas rebasan en exceso las situaciones que originalmente previó la normativa. Este es el panorama ante el que se encuentra la regulación del derecho a la desconexión digital y que justifica su reconocimiento.

3. Análisis técnico del derecho a la desconexión digital

Como se ha apuntado, la forma en que se ha regulado el derecho tiene algunos beneficios indiscutibles, tales como la extensión a todo el personal, público y privado, o haberse considerado a la negociación colectiva como mecanismo idóneo para su desarrollo. Sin embargo, también encierra numerosas carencias e interrogantes que deben ser abordados.

3.1. La insuficiencia de la regulación legal y sus consecuencias

Uno de los principales problemas es la carencia de una regulación legal suficiente²³. El art. 88 LOPD-GDD se limitaba a consagrar el derecho, sin dotarlo de contenido alguno, ni aportar ninguna descripción específica del mismo que le permitiera adquirir una determinada entidad. Esta situación acarrea numerosos efectos, todos ellos poco o nada deseables. En primer lugar, se generaba un espacio de inconcreción que no solucionaba ningún problema, pese a dar la imagen contraria, corriéndose el riesgo de darlo por resuelto, cuando ello no es así²⁴. En segundo lugar, se dejaba en manos de

²² La regulación del tiempo de trabajo es, sin duda, una de las cuestiones más problemáticas de las relaciones laborales. No contribuye a solucionar el problema la regulación vigente de la materia, pudiendo afirmarse sin lugar a duda que sería más que conveniente revisar la normativa al objeto de actualizarla. En este mismo sentido se pronuncia M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*

²³ A.I. PÉREZ CAMPOS, *La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, cit.

²⁴ Del mismo modo que un escueto reconocimiento legal del derecho al descanso, sin mayor regulación adicional, no solucionaría ningún problema – más bien al contrario –, el mero reconocimiento del derecho a la desconexión no aporta garantía alguna para los trabajadores, salvo que el objetivo real se limite a la formulación de una mera declaración programática. Por el contrario, M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, ha considerado que el reconocimiento es suficiente para que este pueda ser invocado ante los tribunales y ser aplicado de forma directa. Así, la remisión a la negociación colectiva afecta exclusivamente

la negociación colectiva la obligación de dotar de contenido al derecho, sin establecer ninguna base para ello. Esto se traducía en la posibilidad de establecer acuerdos absolutamente reduccionistas del derecho o con contenidos contradictorios entre sí. En tercer lugar, quedaban desprotegidos todos aquellos trabajadores que, por cualquier motivo, no se encuentran sujetos a ninguna norma colectiva. En estos casos, la potestad del empleador de establecer políticas internas (prevista en el art. 88.3 LOPD-GDD) podía implicar, en la práctica, dejar absolutamente desprovistos a los trabajadores de este derecho o, cuanto menos, que se encontrasen en una situación equivalente a la que tendrían en caso de que no se hubiese legislado. Por último, no puede olvidarse que en el ámbito de las relaciones de trabajo esa indefinición solo perjudicaba a la parte más débil del contrato: al no establecerse límites a la potestad directiva y organizativa del empleador, esta con frecuencia pasaría por encima de los derechos de los trabajadores.

A todo lo anterior, había que añadir dos circunstancias adicionales de gran relevancia, que tendrían lugar necesariamente en el momento en que las situaciones conectadas con este derecho se judicializasen. La primera era que la inconcreción del precepto implicase la reducción de la capacidad de fiscalización judicial. De este modo, podría ocurrir que normas convencionales que desamparasen por completo este derecho fuesen convalidadas ante la inexistencia de una norma legal imperativa que pudiera prevalecer. La segunda es que quedase en manos de los jueces y tribunales la tarea de suplir la labor del legislador, cubriendo la ausencia de contenido legal del derecho con su propia consideración del mismo. Esta solución acarrea otras consecuencias indeseables, tales como la inseguridad jurídica o el casuismo.

Esta situación se ha solventado en parte tras la aprobación del RD-Ley 28/2020, donde por fin se ha abordado esta cuestión. En particular, el segundo párrafo de su art. 18 por fin se ha aventurado a dotar de contenido este derecho, estableciendo que conlleva la limitación en el empleo de los medios tecnológicos durante el tiempo de descanso, poniendo así de relieve que la tecnología no tiene por qué ser un problema, siempre que esta sea utilizada de manera adecuada. Además, como se ha anticipado, se hace referencia a todo tipo de medios, no solo los que tengan una naturaleza exclusivamente laboral.

Es cierto que la nueva regulación sigue depositando en manos de la

a las modalidades de ejercicio del derecho, pero no a este en sí. Sin embargo, este planteamiento arroja una nueva cuestión, cual es la necesidad de discernir el contenido esencial del derecho, no desarrollado legalmente.

negociación colectiva el desarrollo del derecho, pero al fijarse un mínimo contenido del mismo se han disipado muchas de las dudas planteadas y se han sentado las bases para su desarrollo normativo posterior.

3.2. **Ámbito subjetivo del derecho**

El reconocimiento del derecho a la desconexión digital se realiza sin ningún tipo de límite, con una clara vocación expansiva. Ya desde el art. 88.1 LOPD-GDD se deja claro que es un derecho reconocido a la totalidad de trabajadores y empleados públicos, incluyendo a funcionarios, personal laboral al servicio de la Administración, etc. Sin embargo, la importancia práctica de este derecho se verá modulada en función de determinados aspectos subjetivos: sector de actividad o de la producción, nivel o posición dentro de la empresa y características del puesto de trabajo²⁵.

Comenzando por el primero, resulta evidente que los avances tecnológicos no afectarán por igual a las empresas en atención a su tamaño o actividad productiva. No es casual que hasta la fecha la mayoría de los convenios colectivos que han regulado la cuestión son de ámbito empresarial, todos ellos de grandes corporaciones²⁶. En estas, existirá con frecuencia la posibilidad de realizar sustituciones internas y atender todo tipo de incidencias sin necesidad de acudir a los trabajadores que estén disfrutando de su tiempo de descanso. En una situación muy diferente se encontrarán todas aquellas empresas de muy reducido tamaño, en las que las funciones son asignadas en exclusiva a cada uno de los trabajadores, cuya ausencia puede afectar significativamente a la actividad productiva, cuando no paralizarla. Por otra parte, este derecho se verá muy afectado en el ámbito de las profundamente informatizadas, como las dedicadas al ámbito de las telecomunicaciones. Estas son más susceptibles de vulnerar el derecho a la desconexión digital de sus trabajadores que las que se dedican a actividades

²⁵ La existencia de particularidades de este tipo no es novedosa. Ya desde la Directiva 2003/88/CE se preveía que las disposiciones en materia de jornada y descansos podían resultar matizadas en determinados casos. En concreto, el art. 17.1 establecía que podían establecerse excepciones a causa de las características de las actividades realizadas o «cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores». Además, se alude expresamente a supuestos tales como los directivos.

²⁶ Puede encontrarse un amplio estudio de dichos convenios en M. MIÑARRO YANINI, *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 440. No obstante, dichas regulaciones no garantizan en modo alguno el derecho, habiéndose limitado en algunos casos dichos reconocimientos a meras declaraciones de carácter programático con el objeto de prestigiar a la empresa. En este sentido, véase N. RECHE TELLO, *op. cit.*

manuales o poco mecanizadas, al encontrarse menos afectadas por la revolución digital (es el caso, por ejemplo, de aquellas del sector primario o secundario).

Sin embargo, incluso en estas últimas empresas resulta frecuente que se vea afectado este derecho al alcanzarse determinados niveles profesionales. En este sentido, el grado de afectación del derecho a desconectar se ve mucho más vulnerado en el caso de los empleados que se encuentran en los puestos más elevados de la empresa (cargos intermedios o directivos), a los que se presupone una mayor responsabilidad y, por ende, disponibilidad. Esta situación ha sido expresamente prevista por la LOPD-GDD, cuyo art. 88.3 ya advierte de la necesidad de garantizar este derecho a los trabajadores que asumen tareas directivas (no se hace referencia en exclusiva a trabajadores con la condición de altos directivos), sin duda con el propósito de anticiparse al riesgo de que pudiera entenderse que los trabajadores con determinados niveles de responsabilidad deben quedar al margen de este derecho, traduciéndose su situación en una jornada continua durante las 24 horas²⁷.

Por último, también otras características concretas del puesto de trabajo afectarán de manera directa a la posibilidad de desconectar. El art. 88.3 LOPD-GDD ya alude a algunas de ellas, en las que este riesgo es evidente. Se hace referencia a los trabajadores que trabajan total o parcialmente fuera de la sede de la empresa y a los que trabajan a distancia o a domicilio. En estos casos, se presupone que la prestación de servicios se produce fuera del centro de trabajo, por lo que corre el riesgo de extenderse la inercia que lleva a difuminar los límites espaciales de la relación de trabajo con los temporales, de forma que se considere que la flexibilización de algunas de las condiciones del contrato afecte, por extensión, a todas ellas. Además, en estos casos con frecuencia el empleador pondrá a disposición del trabajador medios electrónicos para la realización de la actividad, que tendrá el trabajador en su poder. A diferencia de los supuestos en que la prestación de servicios tiene lugar exclusivamente en el centro de trabajo en los que con el final de la jornada laboral concluye la misma, quedándose las herramientas tecnológicas en la sede de la empresa, en estos casos dichas herramientas permanecen en todo momento a disposición del trabajador, pudiendo incurrirse en el error de entender que esta situación debe traducirse de facto en una continuidad de la disponibilidad del trabajador. Como se ha expuesto, las transformaciones introducidas por la pandemia

²⁷ El riesgo que supone la negación de este derecho para el personal directivo ya ha sido advertido por la doctrina, que destaca precisamente que este es el colectivo «más expuesto a padecer una conexión constante con su mundo profesional» (M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 115).

pusieron de relieve las importantes insuficiencias de la regulación, lo que terminó justificando una regulación más pormenorizada del teletrabajo a través del RD-Ley 28/2020 y, en particular, del derecho a la desconexión digital.

No obstante, no puede cometerse la equivocación de apreciar que este derecho se pone en peligro en exclusiva en los supuestos señalados. La expansión de las herramientas digitales se traduce en que las estructuras tradicionales se difuminan. De esta manera, aunque el trabajador no se lleve consigo a casa sus herramientas de trabajo (ordenador, teléfono, etc.), existen otras tantas que sí le acompañan en todo momento. En concreto, se hace referencia a aquellas que no tienen un propósito intrínsecamente laboral, sino que también pueden ser empleadas con fines personales, como sería el correo electrónico, el smartphone, etc. Son estas herramientas “mixtas” (que pueden ser empleadas tanto con propósitos profesionales como particulares) las que ponen en mayor peligro el derecho al descanso de los trabajadores, al disminuir las fronteras entre la vida personal y profesional. Estos mecanismos, cuya utilización se ha generalizado en los últimos años, pueden ser “contaminados” con propósito laboral, provocando una invasión en la vida privada de los trabajadores que, efectivamente, puede traducirse en la vulneración de sus derechos.

En consecuencia, que el empleador ponga a disposición del trabajador determinadas herramientas digitales no justifica que pueda exigir como contrapartida su utilización en todo momento (y, en especial, al margen de la jornada de trabajo). Con mayor motivo, el empleo por parte del empresario de canales privados (correo electrónico personal, aplicaciones de mensajería directa...) para conectar con su empleado deberá ser extremadamente cauteloso, en especial durante su tiempo de descanso.

Por último, debe recordarse que la revolución digital no afecta exclusivamente a las relaciones entre empleador y sus trabajadores, sino también a la de los trabajadores con la clientela. En estos casos, teniendo en cuenta la necesidad (real o creada) de atención permanente e inmediata, pueden ser dichos clientes o usuarios los que, por la vía de la conexión con el correo electrónico y vías de comunicación, pueden instituirse como los principales agentes vulneradores del derecho a la desconexión de los trabajadores. No hay que olvidar que ya es un lugar común que los derechos (fundamentales y ordinarios) pueden ser lesionados no solo por el empresario, sino también por terceros. Sin embargo, existen numerosos mecanismos que permitirían garantizar el derecho a desconectar también en estos casos²⁸. En este sentido, ocupará un papel fundamental la

²⁸ Entre otras posibilidades, se han sugerido algunas como la de «dejar un mensaje de aviso

obligación preventiva del empleador, que será abordada más adelante.

3.3. Contenido del derecho

Como se ha expuesto, la LOPD-GDD no realizaba una descripción del derecho a la desconexión digital, tratándose más bien de una mera declaración programática. Este déficit de regulación puede encontrar explicación, entre otros aspectos, en la dificultad de establecer el contenido del derecho en términos generales, de forma que afecte a distintos sectores de actividad o niveles profesionales, salvaguardando a todos ellos. Con todo, esto no podía interpretarse como una práctica extinción del derecho. Ante esta situación, diversos autores se adentraron en la labor de elaborar un cuerpo doctrinal que identificase este derecho. Así, Vallecillo Gámez lo ha descrito como «la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación, mensajerías y correos electrónicos en su mayor medida, para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores»²⁹. Dicho de otra manera, este consiste en el derecho a no permanecer atento a los requerimientos, exigencias y demás cuestiones empresariales durante el tiempo ajeno a la jornada laboral. Lo anterior implica que el derecho se deberá extender no solamente al descanso diario, sino también al semanal, los permisos, las vacaciones e, incluso, a otras situaciones en las que no persiste la obligación de prestar servicios, tales como suspensiones del contrato por causas objetivas o por baja médica³⁰, etc.

En sentido negativo, conviene señalar que con este derecho no se hace referencia (al menos, no directamente) al trabajo realizado fuera de la jornada de trabajo. Las situaciones en que el trabajador interrumpe su

de “ausente” en el correo electrónico corporativo durante el tiempo extralaboral, indicando el período durante el que mantendrán esta situación, los datos de contacto de quienes las sustituyan y las fechas de los períodos o días de descanso» (M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 14).

²⁹ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, [El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados](#), cit., p. 214.

³⁰ Un supuesto de interés ha sido analizado por la STSJ Cataluña 464/2020, de 24 de enero, rec. 3024/2019, en el que una trabajadora venía conviviendo con el hijo del administrador de la empresa para la que aquella prestaba servicios. Tras separarse, iniciaron mutuas acciones penales por injurias, calumnias y malos tratos. Tras iniciar un proceso de baja médica, fue excluida – entre otros – de los grupos de WhatsApp de la empresa de los que formaba parte. Denunciada tal actuación, la sentencia descarta que constituya un indicio suficiente de lesión de derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta que la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal y considerando que con dicha actuación la empresa estaba respetando su derecho a la desconexión digital.

descanso para realizar actividad laboral en sentido estricto tienen la consideración de jornada de trabajo, debiendo retribuirse como tal (sin perjuicio de que puedan llegar a tener la calificación de jornada extraordinaria)³¹. En este caso, se hace referencia al derecho que tiene el trabajador a no recibir encargos, tareas o mensajes de contenido laboral durante su tiempo de descanso, a través de los distintos medios digitales³². Así pues, resulta comprensible que, si el empleador decide telefonar al trabajador durante su horario de descanso para darle instrucciones sobre el trabajo del día siguiente, y mantenerlo ocupado durante horas, pueda el trabajador exigir que ese tiempo le sea retribuido. El derecho a la desconexión digital hace referencia a supuestos en que la interrupción del derecho al descanso es más leve y en los que los medios utilizados por el empleador son menos directos. Sin embargo, no dejan de suponer una invasión en la vida personal y en el derecho al descanso del trabajador. Puede darse la circunstancia de que por causa de fuerza mayor sea necesario interrumpir el disfrute de este derecho. Al respecto, deben tenerse en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, dicha interrupción con gran frecuencia implicará el ejercicio de actividad laboral, en cuyo caso ese tiempo deberá ser considerado de trabajo a todos los efectos. Se excluirán los supuestos en que la comunicación sea leve y puntual, pero a la vez imprescindible para el desempeño normal de la actividad (por ejemplo, la notificación del deber de desplazarse al día siguiente a primera hora a un lugar poco habitual, para lo que puede resultar necesario preavisar al trabajador). En segundo lugar, la actuación empresarial habrá de deberse a causas extraordinarias o fuerza mayor. Por tanto, no puede aceptarse que el derecho a la desconexión digital pueda verse afectado por situaciones del día a día que podrían resolverse con una adecuada organización de los recursos personales y materiales. Además, es bastante cuestionable que las herramientas digitales sean las más adecuadas para atender tales circunstancias de auténtica fuerza mayor, y no otras más directas y efectivas como sería la comunicación

³¹ En este sentido se ha pronunciado la STSJ Madrid 954/2020, de 4 de noviembre (rec. 431/2020), relativa al supuesto en que una empresa obligaba a realizar una actividad formativa en el tiempo de descanso, lo que debe traducirse en que este se considere como tiempo efectivamente trabajado y no como materia que afecte al derecho a la desconexión digital. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ MOYA, [El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación on line](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2021, n. 1. En el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ Madrid 628/2020, de 8 de julio (rec. 19/2020).

³² De este modo, puede apreciarse que el reconocimiento del derecho no gira en torno a la clásica dicotomía trabajo-descanso, sino a las condiciones de dicho descanso, a cuyo efecto debe rescatarse el concepto de descanso adjetivado como adecuado, recogido en la Directiva 2003/88/CE.

telefónica³³.

Precisamente por lo expuesto, el segundo apartado de la disposición adicional primera del RD-Ley 28/2020 ha incidido en la necesidad de que la negociación colectiva regule las «posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión». De dicha redacción se extraen tres conclusiones fundamentales: en primer lugar, que no se trata de un derecho absoluto (como tampoco lo es el derecho al descanso), pudiendo quedar interrumpido cuando haya circunstancias que lo justifiquen; en segundo lugar, que tales circunstancias deberán ser totalmente extraordinarias, no pudiendo supeditarse el derecho a la desconexión a las necesidades productivas habituales, máxime cuando pudieran haber sido previstas con una adecuada organización empresarial; y, en tercer lugar, que dichas situaciones se podrán regular a través de la negociación colectiva, con el objeto de dotar de seguridad jurídica a las partes a la hora de determinar cuándo puede el empleador interrumpir el aludido derecho al desconexión de sus trabajadores y cuándo pueden estos negarse a ello.

Pese a la parquedad de la regulación, su art. 88.2 LOPD-GDD sí apunta su fundamento axiológico legal, conectándolo con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la conciliación de la vida personal y familiar. Lo anterior no excluye, sin embargo, que se relacione con otros tantos derechos, tales como la dignidad, a la salud o la integridad física y moral³⁴. Todos ellos se verían mermados si durante el tiempo de descanso el trabajador debe centrar su atención en cuestiones laborales, de forma que no le permitan disfrutar de su tiempo libre y dedicarlo a sus intereses y actividades personales y familiares³⁵. Además, por su conexión con los

³³ Motivo por el que se aboga por la llamada telefónica como «el cauce adecuado, [debiendo] establecerse no ya como preferente, sino como único posible, tanto porque es el más coherente con la supuesta urgencia de la respuesta, como también por su excepcionalidad, pues si la comunicación se hiciera por correo electrónico o mensaje telefónico, implicaría la necesidad de que el trabajador estuviera pendiente de [tales herramientas] por si recibiera una de estas comunicaciones excepcionales, lo que supondría que la eventualidad de que se produjera la circunstancia excepcional estaría vaciando de contenido el derecho a la desconexión de manera general» (M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 13).

³⁴ Ó. REQUENA MONTES, *op. cit.* Sin embargo, de forma llamativa, el legislador no aprecia que el derecho a la desconexión digital se encuentre amparado por estos derechos, muchos de ellos positivizados como fundamentales en la CE, sino que los conecta simplemente con el derecho al descanso, de carácter ordinario, motivo por el que la regulación del art. 88 LOPD-GDD (y la de las disposiciones adicionales que modifican el ET y el EBEP) no tiene carácter de ley orgánica, sino de ordinaria (tal y como establece la disposición final primera de la LOPD-GDD).

³⁵ En definitiva, lo que se pretende es conferir «al trabajador un estadio de

valores sobre los que se edifica, resulta imprescindible realizar una interpretación expansiva del derecho, que se sustenta en la necesidad de salvaguardar la salud del trabajador³⁶ y aplicar la perspectiva de género³⁷.

3.4. Mecanismos de salvaguarda del derecho

Como se ha expuesto, tras la aprobación del RD-Ley 28/2020, la situación ha cambiado, en tanto que su art. 18 aborda por primera vez cuál debe ser el contenido mínimo del derecho. Para ello, comienza definiéndolo en términos de deber para el empresario, con lo que se apuesta decididamente por la necesidad de que sea este quien adopte las medidas que aseguren que el trabajador podrá desconectar³⁸.

En este sentido, no puede bastar con el reconocimiento del derecho al trabajador a no contestar correos o mensajes durante su tiempo de descanso³⁹, lo que resultaría una medida insuficiente, debiendo ir un paso más allá. Debe tenerse en cuenta que, ante la recepción de un mensaje, los trabajadores podrán optar por responderlo o por no hacerlo, lo que podría generar inseguridad y malestar a estos últimos, que se verían presionados a renunciar a su derecho ante el riesgo de perjudicar su imagen ante la empresa (privilegiándose a aquellos dispuestos a sacrificar su tiempo de descanso). Además, en los supuestos de sometimiento a sistemas de trabajo

autodeterminación en el uso del tiempo fuera de la jornada laboral» (M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 110).

³⁶ J. DOMINGO MONFORTE, N. SALVADOR ÁLVAREZ, *Hiperconectividad digital y salud laboral*, en *Diario La Ley*, 2020, n. 9638.

³⁷ M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.* Sin embargo, resulta muy pertinente destacar que, en contra de lo que se viene entendiendo, el teletrabajo no tiene por qué ser una medida que resuelva el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. Esto es así en tanto que las mujeres que teletrabajan son las que siguen asumiendo de forma mayoritaria las labores de cuidados, lo que puede incluso intensificar la desigualdad de género. En este sentido, véase M. DURÁN BERNARDINO, [El teletrabajo. ¿Una herramienta eficiente de conciliación de la vida laboral, familiar y personal?](#), en www.transformaw.com, 10 mayo 2021.

³⁸ Aunque este es uno de los principales avances de la regulación del derecho, en la actualidad se encuentra en cuestión. Al respecto, en el estado actual de tramitación parlamentaria de la Ley de Trabajo a Distancia, una de las enmiendas planteadas al texto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados aboga por la supresión de la referencia de dicho deber empresarial. Al respecto, véase O. CREMADES CHUECA, [Las enmiendas del proyecto de Ley de trabajo a distancia en 12 puntos: ¿hacia una norma mejor, igual o peor?](#), en oriolcremades.com, 12 marzo 2021.

³⁹ Este es el mecanismo que ha adquirido un mayor protagonismo a través de las distintas normas colectivas que se han ido aprobando hasta la fecha.

en el que la retribución se vincula a la productividad, el trabajador podrá verse obligado a atender tales requerimientos para obtener sus retribuciones o, en el peor de los casos, para no ver su rendimiento puesto en entredicho. Expuesto lo anterior, no existe un listado cerrado de medidas que permitirían el aseguramiento del derecho a la desconexión digital. Tales medidas podrán adoptar muy diversas formas, como sería la limitación del acceso remoto a la intranet empresarial o la prohibición del empleador de remitir comunicaciones durante el período de descanso del trabajador⁴⁰; o, al menos, asegurarse que tales comunicaciones no serían recibidas por este durante el citado descanso⁴¹. Esta posibilidad tendría numerosas ventajas. Para comenzar, impediría hacer recaer sobre el trabajador la carga de abstenerse de atender los mensajes, especialmente teniendo en cuenta que en el marco de una relación laboral la autonomía de la voluntad se encuentra muy condicionada. Además, permitiría adoptar medidas tendentes a fiscalizar los incumplimientos de este derecho, resultando mucho más sencillo comprobar si el empleador ha remitido mensajes, que si el trabajador los ha leído o atendido. Además, esto sería compatible con el establecimiento de medidas formativas y de sensibilización para toda la plantilla (previstas en el art. 88.3 LOPD-GDD), al objeto de asegurar que se pueda acabar con estas prácticas.

Sin embargo, esta medida también resulta insuficiente a la vista de que la carga de trabajo no será asignada exclusivamente por el empleador u otros trabajadores, sino también por otros sujetos, tales como clientes, que pueden ser tanto o más exigentes que el propio empresario. Queda en manos de este la tarea de adoptar medidas tendentes a proteger el derecho del trabajador en estos supuestos, si bien a ello se regresará más adelante, al hacer referencia a las labores preventivas.

Además, el art. 18.1 del RD-Ley 28/2020 aborda los medios que pueden causar la disrupción del derecho, para lo que hace referencia a los medios tecnológicos de comunicación empresarial, de un lado, y a los de trabajo, de otro. Esta diferenciación no es en absoluto casual, y pone de relieve la posibilidad de que los peligros para el derecho se produzcan a través de

⁴⁰ M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.* En este sentido, el reconocimiento del derecho podría presentarse más como un deber para la empresa que como un derecho para el trabajador, como señala N. RECHE TELLO, *op. cit.*

⁴¹ Esta línea ha sido seguida por la Inspección de Trabajo, que ha entendido que vulnera el derecho la actuación de alguna empresa consistente en realizar llamadas y remitir correos electrónicos fuera de la jornada laboral. Obsérvese que la respuesta a las llamadas se realizaba, según el sindicato denunciante, por temor a las represalias o a verse afectado negativamente el sistema de incentivos: *vid.* L. OLÍAS, [La Inspección de Trabajo insta a Proseguir a que deje de llamar y mandar correos a sus empleados fuera del horario laboral](#), en [www.eldiario.es](#), 6 octubre 2020.

ambos medios. Así pues, no bastará con autorizar al trabajador a dejar en su puesto de trabajo los dispositivos electrónicos que le haya podido facilitar la empresa; será también necesario que el empleador (y demás trabajadores) se abstenga de remitir comunicaciones que puedan ser recibidas a través de los instrumentos de uso particular del trabajador, tales como su teléfono móvil. En este aspecto se encuentra el mayor riesgo para el derecho, ya que resultará mucho más invasiva la comunicación que pueda producirse a través de los dispositivos que, al menos *a priori*, el trabajador relaciona exclusivamente con su vida privada.

Por último, las garantías reconocidas en la actualidad no serían suficientes para asegurar al trabajador la inexistencia de represalias ante el ejercicio de su derecho, especialmente teniendo en cuenta que en caso de que el empleador optase por despedirle, incluso asumiendo la improcedencia del cese, la consecuencia final sería la pérdida del empleo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la interpretación judicial mayoritaria de la garantía de indemnidad no permitiría su aplicación a estos supuestos⁴².

3.5. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador

La regulación vigente ha delegado en la negociación colectiva (o, en su defecto, en otros acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores) la tarea de establecer los parámetros a través de los que debe garantizarse el derecho a la desconexión. A partir de aquí, le corresponde al empleador elaborar una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, que defina las modalidades de ejercicio del derecho, y las labores formativas y preventivas.

De lo expuesto, se desprenden algunos puntos fundamentales que merecen ser destacados. En primer lugar, se realiza una remisión a la negociación colectiva, lo que supone, además de dar cumplimiento a los arts. 2 y 5 del Convenio OIT C154, una medida que resulta especialmente conveniente en

⁴² En sentido contrario, Todolí Signes, si bien lo hace partiendo de la consideración del derecho a la desconexión como fundamental. Alcanza dicha comprensión sobre tres argumentos fundamentales: que este se sustenta en el art. 18.4 CE, como garantía de otros derechos (STC 254/1993, de 20 de julio); su conexión con el derecho a la intimidad; la alusión directa del art. 88 LOPD-GDD a su finalidad de garantizar la intimidad personal y familiar. De lo expuesto, concluye que la adopción de una represalia contra su ejercicio debe determinar su nulidad, en conexión con los aludidos derechos fundamentales. Al respecto, véase A. TODOLÍ, *El Derecho a la Desconexión digital es un Derecho Fundamental (tres argumentos para defender esta posición)*, en adriantodoli.com, 29 abril 2021.

tanto que los negociadores convencionales podrán aportar medidas que posibiliten la mejor adaptación de este derecho a las condiciones particulares del sector⁴³. Además, la negociación colectiva puede aportar numerosas ideas interesantes y concretas, ajustadas a cada sector de actividad, así como aportar fórmulas de compensación, tanto de carácter temporal como salarial⁴⁴, etc. Al mismo tiempo, se rechaza la posibilidad de regular la materia a través de acuerdos privados, lo que implicaría la automática desaparición del derecho. Además, ello implicaría precisamente colocar en una peor posición a todos aquellos trabajadores que tiene una menor disponibilidad para prestar sus servicios en todo momento, y en particular a todos aquellos que tienen obligaciones familiares. No en vano, ya en el art. 88.2 LOPD-GDD se establece que la delegación en la negociación colectiva debe realizarse con vistas a garantizar el derecho a la conciliación y a la vida personal y familiar.

En segundo lugar, se ha acudido a una fórmula amplia para referirse a la negociación colectiva, de forma que esta materia podrá regularse acudiendo a instrumentos distintos de los convenios colectivos estatutarios, tales como los extraestatutarios, así como los acuerdos colectivos de otra naturaleza. Incluso, nada impide que, existiendo regulación en el correspondiente convenio sectorial, pueda mejorarse en el ámbito de acuerdos colectivos de inferior grado jerárquico o incluso, en convenios colectivos de empresa, por aplicación del principio de la norma más beneficiosa (art. 3.3 ET)⁴⁵. Debe destacarse que el derecho a la desconexión digital no se encuentra entre las condiciones de trabajo respecto de las que el art. 84.2 ET otorga prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre el sectorial, no pudiendo incardinarse dentro del apartado c, destinado al horario y distribución del tiempo de trabajo (al contrario, se hace precisamente referencia a los

⁴³ A los anteriores argumentos se suma el de resultar congruente con la propia tradición legislativa española. Ya en el RD de 3 de abril de 1919, que acogió parte de las reivindicaciones obreras planteadas a lo largo de la llamada huelga de La Canadiense y, en particular, la jornada máxima de 8 horas, se preveía la posibilidad de adaptar la misma mediante acuerdos, si bien lo cierto es que con dicha medida se aspiraba a obtener una mayor productividad, que permitiesen coordinar sus resultados con los de las empresas análogas del extranjero.

⁴⁴ Entre otras, se ha sugerido la opción de pactarse una compensación económica como consecuencia de la necesidad de conectarse fuera de la jornada, en situación análoga a los períodos de disponibilidad. Al respecto, véase M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*

⁴⁵ Con todo, esta cuestión puede causar importantes problemas en la práctica, ya que la determinación de la norma más favorable en materias tales como la distribución de la jornada es tarea compleja; especialmente, en tanto que habrán de tenerse en cuenta las distintas circunstancias familiares de cada trabajador, que determinarán sus concretas necesidades, en función de las que una misma medida podrá resultar tan beneficiosa como perjudicial.

derechos durante el tiempo de descanso), ni dentro del apartado *f*, relativo a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, por mucho que estas últimas deban servir como criterio orientador a la hora de regular el derecho por parte de los negociadores convencionales (art. 88.2 LOPD-GDD).

La redacción del art. 18.2 del RD-Ley 28/2020 merece, además, una crítica específica. En primer lugar, puede apreciarse que se establecen criterios diferentes de los fijados en el art. 88.2 LOPD-GDD, en los que se deja el desarrollo del derecho en manos de la negociación colectiva y, solo subsidiariamente, en otro tipo de acuerdos. Sin embargo, el aludido art. 18.2 (heredero del art. 88.3 LOPD-GDD) establece un sistema particular: si bien deberá partir de los acuerdos alcanzados por la negociación colectiva, las materias fijadas en este último apartado (desarrollo de una política interna en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho, etc.) se encuentran excluidas del ámbito de dicha negociación, quedando en manos del empleador, que solo tendrá la obligación de dar audiencia a los representantes de los trabajadores⁴⁶, pero en modo alguno se encontrará sujeto a sus sugerencias o recomendaciones, pudiendo acordar incluso a continuación en sentido contrario⁴⁷. Puede pensarse que se ha considerado que las decisiones incluidas en este ámbito entran de lleno en el ámbito de la potestad organizativa del empleador (art. 20 ET), o que la sujeción a la negociación colectiva ya se establece en el art. 88.2 LOPD-GDD, tratándose este último apartado exclusivamente de los mecanismos de aplicación del mismo. En todo caso, resulta claro que se aspira a que el empleador abandone toda arbitrariedad y se rijan por criterios sólidos, que puedan ser conocidos con anterioridad por los trabajadores, motivo por el que se apuesta por la elaboración de esta “política interna”, sin duda dirigida a garantizar la seguridad jurídica de sus empleados.

⁴⁶ Se apuesta así por «una participación de los representantes de los trabajadores de nivel mínimo, [que] no se ajusta al artículo 33 de la LRPL», como señala M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 7. Sin duda, habría sido más adecuado establecer la consulta como fórmula de participación, evidenciándose una vez más la poca atención que viene prestando el legislador a los riesgos laborales de carácter psicosocial.

⁴⁷ Todo ello sin olvidar que, además, lo más frecuente será que tales representaciones no existan. En este sentido, debe recordarse que, de las que tienen trabajadores, en torno a un 90% de las empresas tienen menos de 10 trabajadores, manteniéndose esta lógica invariable en los últimos años.

3.6. Las obligaciones preventivas y formativas

La revolución digital tiene una serie de contrapartidas a las que no se presta la suficiente atención a la vista de las ventajas existentes: se hace referencia a los riesgos para la salud de los usuarios de herramientas digitales. Se trata de una serie de riesgos que se encuentran vinculados al trabajo a distancia, pero que no son exactamente coincidentes⁴⁸.

Resulta obvio que el empleador no puede mantenerse al margen de dichas situaciones, en especial en lo que se refiere a los riesgos que su utilización puede suponer para sus trabajadores. Dentro del deber preventivo que el art. 14 LPRL atribuye al empresario se incluye la obligación de protección frente a riesgos no solo físicos sino también psicosociales, dentro de los cuales se incardinan la mayoría de los vinculados al derecho a la desconexión digital⁴⁹.

El art. 88.3 LOPD-GDD y el art. 18.2 del RD-Ley 28/2020 hacen referencia a la obligación del empleador de diseñar una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores⁵⁰, que defina las labores formativas y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática⁵¹.

⁴⁸ En el ámbito del trabajo a distancia también resulta necesario prestar atención a otros tantos riesgos, tales como los ergonómicos, etc. Al respecto de esta cuestión, véase J.F. LOUSADA AROCHENA, *Prevención de riesgos en el trabajo a distancia*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14. En todo caso, más allá de la necesidad de salvaguardar la salud de los trabajadores, y desde una perspectiva meramente productiva, el empleador también se encuentra interesado en salvaguardar a los trabajadores del riesgo de hiperconectividad, ya que – entre otras consecuencias – esta provoca una reducción de la productividad. En este sentido, véase T. CORRÉA GOMES CARDIM, *Crisis mundial de Covid-19 y teletrabajo: la nueva normalidad para las relaciones laborales*, en *esta Revista*, 2021, n. 1, p. 365.

⁴⁹ Resulta de especial interés el contenido de las NTP 1122 (*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*) y 1123 (*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*). La primera incluye un amplio listado de riesgos derivados de la inadecuada utilización de las tecnologías de la información (al respecto, véase F. TRUJILLO PONS, *La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo*, en *Lan Harremanak*, 2021, n. 45), mientras que la segunda contiene un amplio listado – no exhaustivo – de medidas preventivas susceptibles de ser aplicadas (sobre su importancia, véase también J. DOMINGO MONFORTE, N. SALVADOR ÁLVAREZ, *op. cit.*

⁵⁰ Lo que responde, a su vez, al principio jurídico-organizativo de seguridad participada, que aspira a implicar a los trabajadores «en el diseño o establecimiento, cumplimiento y control de las medidas preventivas» (M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., p. 164).

⁵¹ Resulta claro que la alusión a la fatiga informática es meramente enunciativa, sin que pueda aceptarse en modo alguno que se trate del único riesgo del que deben ser protegidos

Estos preceptos, interpretados de forma sistemática en conexión con el resto de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, se traducen en la existencia de actuaciones positivas para el empleador, no pudiendo este limitarse a eximir al trabajador de la obligación de atender las comunicaciones. Del mismo modo que no debe permitirse que se continúe trabajando fuera de la jornada laboral (salvo causa justificada), pudiéndose hasta adoptar medidas que lo impidan (empleando la potestad disciplinaria, en su caso), no puede aceptarse que la actuación empresarial se limite a “autorizar la desconexión”. Dicho de otra manera, no puede hacerse recaer exclusivamente sobre el trabajador la carga de no conectarse.

Entre otras medidas preventivas, pueden destacarse las siguientes: llevar a cabo acciones formativas y de sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos, impartir formación específica sobre gestión del tiempo y del cambio tecnológico, planificar el trabajo a realizar, establecer prioridades de actuación en caso de recibir tareas inesperadas, implantar medidas automáticas tales como el bloqueo de recepción o envío de correos electrónicos durante una franja horaria determinada⁵².

El papel de estas medidas es muy relevante, debiendo tenerse en cuenta que el establecimiento de límites al acceso a herramientas digitales no deja de suponer navegar contra corriente ante una inercia difícil de superar. Pese a lo expuesto, el empleador debe velar por la seguridad de sus trabajadores, atendiendo a que no todos los riesgos procederán de su ámbito directivo, sino que algunos de ellos pueden proceder de otros niveles, externos (clientela) e internos (otros trabajadores)⁵³.

Además de lo anterior, no debe perderse de vista una cuestión que puede parecer accesorio, pero que se encuentra relacionada con el aspecto preventivo. Hasta el momento se ha centrado la atención en los límites relativos a la extensión de la jornada de trabajo (duración de la misma, derecho al descanso y desconexión digital como garantía de este último), si bien no puede cometerse el error de dejar de valorar los riesgos relacionados

los trabajadores relativo al derecho a la desconexión digital. En este sentido, existen otros muchos factores que pueden suponer problemas de salud para los trabajadores, relacionados con la hiperconectividad, tales como la saturación por exceso de información, fatiga, estrés, adicción al trabajo, etc.

⁵² M.R. MARTÍN MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 333-334.

⁵³ Especial mención merece el Acuerdo marco mundial sobre evolución de la vida laboral de Renault, adoptado el 9 de julio de 2019, que «asigna un papel de vigilancia y advertencia – se entiende que con carácter amonestatorio – a los superiores jerárquicos y supervisores sobre el personal de la empresa», a través del que se pretende elaborar una política de supervisión que garantice que no sean los propios trabajadores quienes vacíen de contenido el derecho a la desconexión digital de sus compañeros. En este sentido, véase M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 12.

con el exceso de carga de trabajo, concepto estrechamente unido al anterior. En este sentido, supone un claro acierto la introducción del último inciso del art. 18.2 del RD-Ley 28/2020, a través del que se establece la necesidad de organizar la jornada de forma adecuada, como medio para asegurar la efectividad del derecho a la desconexión digital. De esta manera, debe tenerse en cuenta que, si resulta necesario prestar atención al trabajo fuera de la jornada, puede ocurrir que ello se deba a la existencia de una sobrecarga laboral⁵⁴. Nuevamente se regresa a la importancia de la prevención de riesgos de carácter psicosocial, sin duda alguna una de las asignaturas pendientes en las relaciones de trabajo de España⁵⁵.

4. Conclusiones

Las transformaciones que trae consigo la revolución tecnológica son inevitables e implican la aparición de importantes desafíos, entre los que se encuentra la labor de aceptar sus aspectos positivos⁵⁶ sin renunciar a confrontar los negativos. Al respecto, existe la clara tentación de considerar que dicha revolución permite una flexibilidad horaria que debe traducirse incluso en que se difumine o abandone la idea de horario⁵⁷. Frente a dicha posición, el derecho a la desconexión digital se constituye como una pieza clave para evitar que se difuminen los límites entre tiempo de trabajo y

⁵⁴ En esta línea, B. TORRES GARCÍA, *Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 251, ha sostenido con gran acierto que «si lo que se pretende es lograr la desconexión efectiva, el presupuesto necesario es la atribución de una carga correcta y aislada del trabajo a la condición y calidad del trabajador».

⁵⁵ Sobre dichos riesgos, resulta imprescindible el exhaustivo trabajo de S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2.

⁵⁶ Algunos de tales aspectos positivos, sin duda aún por explorar, radican en sus potencialidades en términos de sostenibilidad ecológica (por ejemplo, evitando desplazamientos diarios al centro de trabajo), así como de deslocalización del centro de trabajo, lo que facilitaría incluso a los trabajadores que pudieran trasladar su domicilio a entornos no urbanos, más saludables. Sobre el particular, véase M. MIÑARRO YANINI, *Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 454.

⁵⁷ E. RIMBAU, *¿Desconexión digital? Lo que sobran son los horarios*, en *elpais.com*, 13 noviembre 2018. Estos planteamientos no hacen sino sostener las bondades del regreso a características propias del tradicional arrendamiento de servicios. Al respecto, debe recordarse que la organización del trabajo es una facultad del empleador (ínsita a la nota de dependencia). Pero, simultáneamente, le impone una serie de obligaciones, que se traducen en garantías para el trabajador, tales como el deber de asegurar el respeto al horario de trabajo.

descanso y, en definitiva, para garantizar el disfrute adecuado de este último. Además, las circunstancias derivadas de la pandemia de la Covid-19 han supuesto una serie de nuevos retos para este derecho incipiente⁵⁸. La declaración del estado de alarma y las severas medidas de confinamiento que se han adoptado para evitar los contagios han penetrado en el ámbito de las relaciones laborales a través de la extensión del trabajo a distancia, ante la conveniencia de evitar desplazamientos y la permanencia en los centros de trabajo de la empresa. Esta modalidad de trabajo no es en absoluto novedosa, pero ha sufrido un revulsivo absoluto tras el inicio de la pandemia, habiéndose planteado infinidad de circunstancias problemáticas que, incluso, han impulsado la necesidad de legislar sobre la materia⁵⁹.

Sin embargo, la regulación a través de la que se ha reconocido el derecho dista mucho de ser suficiente, amén de resultar técnicamente imprecisa. Prueba de ello es que no se le haya dotado de una autonomía plena respecto del derecho al descanso, lo que resultaría coherente con la supuesta voluntad del legislador de instituir un derecho nuevo. Evidencia de lo anterior es que su reconocimiento no se ha acompañado de medidas coercitivas que lo aseguren. Resulta ilustrativo que las sanciones que lleva aparejada su vulneración deban seguir articulándose a través de los preceptos de la LISOS destinados a la tutela del derecho al descanso, dejando a la vista que se sigue apostando porque el derecho a la desconexión no sea más que una faceta más del aquel. Todo ello ha dado lugar a que, sin duda alguna, el reconocimiento del derecho no ha tenido tanta trascendencia como en un primer momento cabría esperar⁶⁰.

La percepción del carácter insuficiente de tales medidas es lo que ha llevado al Parlamento Europeo a dictar la Resolución de 21 de enero de 2021, con

⁵⁸ De forma significativa, M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 111, se refiere a esta situación como «el gigantesco laboratorio social proporcionado por la emergencia sanitaria mundial».

⁵⁹ En este sentido, se ha señalado que, aunque «muchas empresas en los países de la Unión Europea ya tenían sistemas de trabajo en remoto totalmente integrado en sus estructuras, la situación derivada del Covid-19 ha hecho que otras muchas hayan tenido que adaptarse a la nueva situación en tiempo record» (J. GARCÍA VIÑA, *Hacia un modelo híbrido de prestación de trabajo: smart working*, en *esta Revista*, 2021, n. 1, p. 451). Asimismo, se ha destacado que esa adaptación tan abrupta ha generado importantes riesgos derivados del estrés vinculado a «todo lo que ha implicado teletrabajar, en muchos casos, sin medios de la empresa, sin formación, sin prevención de riesgos laborales y sin apenas vinculación con el exterior» (P. RUIZ TORRES, *Covid-19: Teletrabajo en tiempos de pandemia*, en *Historia y Comunicación Social*, 2021, n. 1, p. 12).

⁶⁰ J. VELASCO LOZANO, *Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho*, en *Revista de Derecho Laboral vLex*, 2021, n. 2, p. 49.

numerosas recomendaciones en la materia, y a realizar una propuesta de directiva sobre el derecho a la desconexión digital, que incluye, entre otras, las siguientes cuestiones⁶¹: definición del derecho como «el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo»; la necesidad de que los empleadores implementen sistemas efectivos de mediación del trabajo diario del trabajador; establecimiento de la inversión de la carga de la prueba en los casos de despido en que el trabajador aporte indicios de que el cese se ha producido por ejercitar su derecho, etc. Esta propuesta no deja de tener un carácter embrionario, por lo que su contenido podrá ser modificado de forma relevante a lo largo de su desarrollo.

Por último, no puede perderse de vista que, dados los importantes riesgos que conlleva la sobrecarga digital⁶², y habida cuenta de que la revolución digital afecta a todos los aspectos de la vida, probablemente la solución pase por asumir que es necesario afrontar el cambio de paradigma productivo desde una perspectiva mucho más amplia, que no se limite a las relaciones laborales de los trabajadores y empleados públicos. De este modo, solo poniendo en la balanza los importantes derechos sobre los que se sustenta y los importantes efectos para la salud que implica su desconocimiento, puede asumirse la necesidad de asumir el desafío cultural que supone reconocer la conveniencia de apostar por un derecho al descanso incluso para otros colectivos, tales como los trabajadores autónomos, etc.

5. Bibliografía

ARAGÓN GÓMEZ C., *El derecho a la desconexión digital*, en P. NIETO ROJAS (dir.), *Curso Derechos digitales y efectos en las relaciones laborales*, Aranzadi, Formación e-learning, 2019

CARDONA RUBERT M.B., *Los perfiles del derecho a la desconexión digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 90, pp. 109-126

⁶¹ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁶² No cabe duda de que la política de prevención de riesgos laborales ha sido una de las principales afectadas por la pandemia, de modo que se ha visto absolutamente desbordada por las circunstancias que han tenido lugar. Lo expuesto no deja lugar a dudas del limitado papel que, en muchos aspectos, continúa ocupando la materia preventiva. En cuanto a los mecanismos de autoevaluación de puestos de trabajo, véase M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *El teletrabajo en España antes, durante y después del confinamiento domiciliario*, en *esta Revista*, 2021, n. 1.

- CORRÉA GOMES CARDIM T., *Crisis mundial de Covid-19 y teletrabajo: la nueva normalidad para las relaciones laborales*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 352-376
- CREMADES CHUECA O., *Las enmiendas del proyecto de Ley de trabajo a distancia en 12 puntos: ¿hacia una norma mejor, igual o peor?*, en *oriolcremades.com*, 12 marzo 2021
- CREMADES CHUECA O., *Acierto y flaquezas de la normativa del trabajo a distancia*, en *oriolcremades.com*, 9 octubre 2020
- DOMINGO MONFORTE J., SALVADOR ÁLVAREZ N., *Hiperconectividad digital y salud laboral*, en *Diario La Ley*, 2020, n. 9638
- DURÁN BERNARDINO M., *El teletrabajo. ¿Una herramienta eficiente de conciliación de la vida laboral, familiar y personal?*, en *www.transforman.com*, 10 mayo 2021
- FERNÁNDEZ COLLADOS M.B., *El teletrabajo en España antes, durante y después del confinamiento domiciliario*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 377-409
- GALINDO SAN VALENTÍN A.M., IGLESIAS GUZMÁN E.M., *Teletrabajo y desconexión digital*, en AA.VV., *Actas II Congreso Prevenir 2019. 3-4 de octubre de 2019 – Madrid. Desde la teoría a la práctica. Seguridad – Salud – Bienestar*, Seguridad y Bienestar Laboral, 2020
- GARCÍA JIMÉNEZ M., *Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., pp. 147-182
- GARCÍA VIÑA J., *Hacia un modelo híbrido de prestación de trabajo: smart working*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 449-473
- INSSBT, NTP 1123: *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, 2018
- INSSBT, NTP 1122: *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*, 2018
- LÓPEZ ÁLVAREZ M.J., *La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos*, en J.M. MIRANDA BOTO (dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Prevención de riesgos en el trabajo a distancia*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14, pp. 74-97
- MARTÍN MUÑOZ M.R., *Tiempo de trabajo y desconexión digital*, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2020

- MARTÍNEZ MOYA J., [El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación on line](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 1, pp. 1-11
- MIÑARRO YANINI M., *Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 454, pp. 5-16
- MIÑARRO YANINI M., *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 440, pp. 5-18
- MOLINA NAVARRETE C., *La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., pp. 5-26
- MOLINA NAVARRETE C., [Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso](#), en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, pp. 249-283
- OLÍAS L., [La Inspección de Trabajo insta a Prosegur a que deje de llamar y mandar correos a sus empleados fuera del horario laboral](#), en *www.eldiario.es*, 6 octubre 2020
- PÉREZ CAMPOS A.I., [Teletrabajo y derecho a la desconexión digital](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 499-528
- PÉREZ CAMPOS A.I., *La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2019, n. 52, pp. 101-124
- PRECIADO DOMENECH C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras: aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, 2019
- RAMÓN FERNÁNDEZ F., [La desconexión digital y docencia universitaria online en tiempos de pandemia por la COVID-19: una ilusión más que una realidad](#), en *Revista de Internet. Derecho y Política*, 2021, n. 32, pp. 1-15
- RECHE TELLO N., *La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad*, en *IUSLabor*, 2019, n. 3, pp. 31-54
- REQUENA MONTES Ó., *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 541-560
- RIMBAU E., [¿Desconexión digital? Lo que sobran son los horarios](#), en *elpais.com*, 13 noviembre 2018
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2021, n. 54, pp. 105-161
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2, pp. 19-55

- RUIZ TORRES P., *Covid-19: Teletrabajo en tiempos de pandemia*, en *Historia y Comunicación Social*, 2021, n. 1, pp. 11-18
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 148, pp. 325-349
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi, 2020
- SERRANO OLIVARES R., *Los Derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, en *IUSLabor*, 2018, n. 3, pp. 216-229
- TODOLÍ A., [El Derecho a la Desconexión digital es un Derecho Fundamental \(tres argumentos para defender esta posición\)](#), en [adriantodoli.com](#), 29 abril 2021
- TORRES GARCÍA B., [Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2020, n. 1, pp. 239-261
- TRUJILLO PONS F., *La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo*, en *Lan Harremanak*, 2021, n. 45
- URUEÑA R., [Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del “big data”?](#), en *Latin American Law Review*, 2018, n. 2, pp. 99-124
- VALLECILLO GÁMEZ M.R., [El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2020, n. 1, pp. 210-238
- VALLECILLO GÁMEZ M.R., *El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, pp. 167-178
- VELASCO LOZANO J., *Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho*, en *Revista de Derecho Laboral vLex*, 2021, n. 2, pp. 47-59

Disposiciones y medidas preventivas y de seguridad social adoptadas en España frente a los riesgos laborales derivados del SARS-CoV-2: balance y propuestas desde un análisis *gender sensitive*

Amparo GARRIGUES GIMÉNEZ*

RESUMEN: Las normas europeas y españolas, consideran al SARS-CoV-2 como agente biológico con relevancia en el ámbito de la salud laboral. Los datos demuestran que, entre el personal sanitario y sociosanitario, la incidencia de los contagios ha sido muy elevada, afectando a las mujeres en un 77,9% de los casos. La exposición a la infección en otros entornos laborales también se da, aunque no se dispone de datos desagregados por sexos. Además, y en general, la pandemia ha reforzado los riesgos laborales ergonómicos, físicos, ambientales, químicos y psicosociales. Se lleva a cabo un análisis sobre la integración – o no – de la perspectiva de sexo y de género en las normas y medidas administrativas adoptadas para evitar la exposición al SARS-CoV-2 en el trabajo. Para ello, se han aplicado los criterios de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Se concluye con un examen de la evolución de las medidas de seguridad social para la protección de los trabajadores en caso de infección por SARS-CoV-2 de origen profesional, así como su impacto de género.

Palabras clave: Condiciones de trabajo, riesgo laboral, prevención, género, mujer, accidente de trabajo, enfermedad profesional, seguridad social, SARS-CoV-2, Covid-19.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Impacto diferencial de la pandemia por Covid-19 en la salud laboral de las trabajadoras: manifestaciones y causalidad. 2.1. La exposición profesional al SARS-CoV-2 como agente biológico: implicaciones de sexo y de género. 2.2. Otros riesgos para la salud de las mujeres inherentes a los escenarios laborales de la pandemia: endurecimiento de las condiciones de trabajo e incremento en la frecuencia y/o gravedad de la exposición a determinados riesgos laborales. 2.2.1. Riesgos ergonómicos. 2.2.2. Riesgos químicos. 2.2.3. Riesgos derivados del uso de los EPI. 2.2.4. Riesgos psicosociales. 3. Respuesta a la pandemia desde la prevención de riesgos laborales: ¿políticas y medidas de salud laboral con perspectiva de género? 4. La protección de seguridad social en los supuestos de infección por SARS-CoV-2 de origen profesional: acción *reparadora* improvisada con fuerte impacto de género. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Jaume I (España).

Regulations and Preventive and Social Security Measures Adopted in Spain to Tackle Occupational Risks Derived from SARS-CoV-2: Balance and Proposals from a Gender Sensitive Analysis

ABSTRACT: EU and Spanish legislations consider SARS-CoV-2 as a relevant biological agent in the field of occupational health. Data show that, among health and social health personnel, the incidence of infections has been very high, affecting women in 77.9% of cases. Exposure to infection in other work settings also occurs, although data disaggregated by sex is not available. In addition, and in general, the pandemic has reinforced ergonomic, physical, environmental, chemical and psychosocial occupational risks. An analysis is carried out on the integration – or not – of gender perspective in the regulations and administrative measures adopted to avoid exposure to SARS-CoV-2 at work. With this purpose, the criteria of the European Agency for Safety and Health at Work have been applied. It concludes with an examination of the evolution of social security measures for the protection of workers in the event of SARS-CoV-2 infection of professional origin, as well as their gender impact.

Key Words: Working conditions, occupational risk, prevention, gender, woman, work accident, occupational disease, social security, SARS-CoV-2, Covid-19.

1. Introducción

Cuando la exposición a los riesgos laborales se da en un contexto de epidemia o de pandemia, los eventuales impactos diferenciales en mujeres y hombres adquieren una dimensión mayor, no ya aritmética, sino exponencial. Desde el riesgo de exposición y la susceptibilidad biológica a la infección, hasta las implicaciones sociales y económicas, se ven influidas por las características biológicas y de género de las personas, y su interacción con otros determinantes sociales. Es por ello que, como ha señalado la OMS¹, los planes estratégicos mundiales y nacionales para la preparación y la respuesta a la pandemia provocada por la Covid-19 deben basarse en un *análisis sólido del género* y deben garantizar una participación significativa de los grupos afectados, incluidas las mujeres y las niñas, en la toma de decisiones y la aplicación². Las evidencias obtenidas de epidemias pasadas, como el brote de Coronavirus del SARS en 2002-2003³, también ponen de manifiesto la probabilidad de que hombres y mujeres tengan susceptibilidades diferentes al virus y diferentes vulnerabilidades a la infección como resultado de factores relacionados con el sexo y el género. En este sentido, y a nivel mundial, la disponibilidad de datos desglosados por sexo y edad es limitada, lo que dificulta el análisis de las implicaciones de género de la Covid-19 y el desarrollo de respuestas apropiadas. Los datos disponibles provienen de relativamente pocos países y resultan, por tanto, sesgados, por lo que cualquier interpretación de las diferencias de sexo y género en términos *globales* debe hacerse con gran cautela. No obstante, un análisis preliminar de los datos disponibles⁴ muestra una distribución mundial relativamente uniforme de las infecciones entre mujeres y hombres (49,1% frente al 50,9%, respectivamente), con algunas variaciones en todos los grupos de edad. Por lo que hace a la letalidad, parece haber un mayor número de muertes entre los hombres.

Por lo que hace a España – marco del presente análisis – y de acuerdo con los datos periódicamente actualizados por el Ministerio de Sanidad⁵,

¹ OMS, [El género y la COVID-19](#), Documento de apoyo, 14 mayo 2020.

² WHO, [Strengthening Preparedness for Health Emergencies: Implementation of International Health Regulations \(IHR, 2005\). Draft resolution proposed by Argentina, Chile, Finland, France, Indonesia, Netherlands, Rwanda, Singapore and Zambia](#), Executive Board, 146th session, 8 February 2020, EB146/CONF./17.

³ WHO, [Taking sex and gender into account in emerging infectious disease programme. An analytical framework](#), 2011, p. 18.

⁴ COVID-19: *Sex-disaggregated case data (provisional analysis)*, en UN WOMEN, [COVID-19: emerging gender data and why it matters](#), en data.unwomen.org, 26 junio 2020.

⁵ Los más recientes en ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe nº 76. Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir 10 de mayo](#), Informe COVID-19, 28 abril 2021.

únicamente aparecen desglosados por sexos *los casos de Covid-19 notificados* a la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE), con diagnóstico posterior al 10 de mayo de 2020. De acuerdo con ellos, se han dado más casos de infección en mujeres que en hombres (52,5%, frente a 47,4%), siendo tal mayor incidencia superior en los grupos de edad de 30 a 49 años y a partir de 80; la mediana de edad es similar para ambos sexos: 42-41 años. Además, la enfermedad ha manifestado síntomas (y, por tanto, afectación de la situación clínica) en una proporción también mayor de mujeres que de hombres (59% y 57,1%, respectivamente).

2. Impacto diferencial de la pandemia por Covid-19 en la salud laboral de las trabajadoras: manifestaciones y causalidad

2.1. La exposición profesional al SARS-CoV-2 como agente biológico: implicaciones de sexo y de género

La Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, ha venido a modificar el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Se ha reformado el Anexo II del mismo, incluyéndose el virus SARS-CoV-2 en el Grupo 3 de agentes biológicos (se modifican, además – aunque exclusivamente para la familia de los *Coronaviridae*, hasta el 19 de noviembre de 2021, estableciéndose su aplicación general, con posterioridad a dicha fecha, a todos los agentes biológicos – los Anexos IV y V). La indicada Orden TES/1180/2020 ha propiciado, así, de manera urgente la transposición al Derecho español de la asimismo perentoria Directiva (UE) 2020/739, de la Comisión, de 3 de junio, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como – con menor premura – de la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión. Sentada, de este modo, en España, la condición del SARS-CoV-2 como *agente biológico con relevancia en el ámbito de la salud laboral* procede hacer referencia al impacto del mismo sobre la salud de las trabajadoras. Los *Informes* de ISCIII, CNE y RENAVE⁶ aportan datos desagregados por sexos que resultan pertinentes a tal propósito. En este sentido, y por lo que hace al personal sanitario y sociosanitario (en tanto especialmente expuesto

⁶ *Ibidem*, p. 9.

a la infección por razones profesionales⁷; los casos en este personal representan, actualmente un 3,6% del total de casos notificados durante toda la pandemia), los datos presentan un importante diferencial por lo que hace a la infección en las mujeres respecto de los hombres. Las mujeres representan un 77,9% de los casos reportados de infección en dicho ámbito y un 5,4% del total nacional de mujeres infectadas (los varones en ocupaciones sanitarias y sociosanitarias, el 1,7% de los diagnosticados).

Si se centra el *scope* en el tipo de actividad específica, la mayor incidencia de infecciones en las mujeres se ha dado entre las que desarrollan su actividad en *centros sanitarios* (61,3%) y *centros sociosanitarios* (29,5%). Este perfil se presenta, paralelo, entre los varones trabajadores sociosanitarios diagnosticados. No obstante, si se calculan los porcentajes de infectados de uno y otro sexo, el panorama apunta a *un contexto epidemiológico cuantitativo de claro perfil femenino*⁸, propiciado, sin duda, por tratarse de sectores (el sanitario y el sociosanitario) claramente feminizados. En efecto, de los casos notificados relativos a personal de centros sanitarios, el 76% ha correspondido a mujeres; en el caso de los centros sociosanitarios, éstas representan el 85%).

Obviamente, los sesgos de género en la fuerza de trabajo, plasmados en el fenómeno de la segregación ocupacional de las mujeres han actuado – y actúan – como elemento determinante de la seguridad y salud de las mujeres que están empleadas en estos sectores⁹, tradicionalmente feminizados¹⁰.

⁷ *Fómites* (objetos o materiales que pueden estar contaminados con virus viables) en el entorno inmediato alrededor de una persona infectada. La transmisión puede ocurrir tocando los fómites y, acto seguido, tocar la boca, la nariz o los ojos. *Vid.* ILO, WHO, [COVID-19: Occupational health and safety for health workers. Interim guidance](#), en www.who.int, 2 febrero 2021.

⁸ ISCIII, CNE, RENAVE, [Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España](#), 29 mayo 2020, p. 7.

⁹ Como señala UN Women, «Los datos iniciales muestran que los hombres son más propensos a morir de COVID-19 que las mujeres. Pero los investigadores advierten que los datos son incompletos, inconsistentes en todos los países y deben ser tratados con precaución. A medida que aprendemos más, puede ser que algunos grupos de mujeres sean particularmente vulnerables. Por ejemplo, las mujeres representan el 70% de los trabajadores sanitarios de todo el mundo y el 80% de las enfermeras de la mayoría de las regiones, roles en los que tienen un contacto particularmente estrecho y prolongado con pacientes enfermos» (L. TURQUET, S. KOISSY-KPEIN, [COVID-19 and gender: What do we know: what do we need to know?](#), en data.unwomen.org, 13 abril 2020).

¹⁰ Por lo que hace a España, de los datos (cifras absolutas) de la EPA se desprende que, en el primer trimestre de 2020, las mujeres empleadas en *actividades sanitarias y de servicios sociales* constituían el 77,6% del total de personas asalariadas en dichas actividades. El INE muestra, asimismo, cómo entre los «Médicos [*sic*] colegiados por año y sexo (2019)», las mujeres representan el 51,6%. Por lo que hace a los «Enfermeros [*sic*] colegiados por año

El personal sanitario y sociosanitario es, así, el más representativo en cuanto al riesgo de exposición laboral a la Covid-19.

No obstante, la exposición a la infección en otros entornos laborales es, asimismo, un hecho. No sólo hay evidencia de transmisión¹¹ en entornos fuera de instalaciones médicas, sino, también, en otros espacios: preferentemente interiores, con aforo importante de personas e insuficientemente ventilados, donde los sujetos infectados pasan un tiempo prolongado con las demás (lo que sugiere la posibilidad de transmisión en aerosol, además de la transmisión de gotas y fómites)¹².

Por lo que hace a la incidencia del SARS-CoV-2 sobre las trabajadoras *en general*, hay que advertir que, salvo – como se ha visto – en los casos de profesionales de los ámbitos sanitario y sociosanitario, en España no se dispone de información desagregada por sexos sobre casos de infección por SARS-CoV-2 en las distintas ocupaciones (CNO), ni tampoco en las diferentes actividades económicas (CNAE).

No obstante, el carácter *laboral* de la exposición es una de las variables epidemiológicas tomadas en consideración en la información oficial sanitaria que, por considerar la variable *sexo*, puede conducirnos a una estimación siquiera global del impacto de sexo y de género de la pandemia en las trabajadoras. Así, y conforme a los últimos datos disponibles¹³, 116.858 de los casos diagnosticados (un 5,3% del total) responden, precisamente, al origen *laboral* del contagio. Y, aún siendo esta información relativa a un conjunto heterogéneo – por cuanto no viene referida a sector de actividad concreto, sino en general, y un eventual impacto de la segregación ocupacional de género resultaría, por ello, imperceptible – sorprende cómo *el porcentaje de mujeres infectadas es prácticamente idéntico al de los hombres* (49,7%, frente a 50,3%).

Tampoco se dispone de información actualizada desagregada por sexos relativa a la gravedad del cuadro clínico, ni a la letalidad¹⁴ en todos los casos reportados hasta la fecha, si bien el Ministerio de Sanidad remite a fuentes indirectas¹⁵ (vigilancia de los excesos de mortalidad por

y sexo (2019)», la presencia femenina es del 84,2%. No hay datos nacionales, desagregados por sexos, relativos al personal auxiliar de enfermería, ni a otras personas que, desarrollando sus tareas en centros sanitarios o sociosanitarios, no realizan actividades asistenciales.

¹¹ Vid. ILO, WHO, *op. cit.*

¹² Vid. la definición *supra*, nota 7.

¹³ ISCIII, CNE, RENAVE, *Informe nº 76. Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir 10 de mayo*, cit.

¹⁴ Salvo en el caso del personal sanitario, como se pone de manifiesto en AA.VV., *Prevención de riesgos biológicos y Covid-19*, Bomarzo, 2020, p. 146.

¹⁵ En concreto, el informe ISCIII, CNE, *Vigilancia de los excesos de mortalidad por todas las*

todas las causas), donde se aprecia un exceso de mortalidad entre el 10 de marzo de 2020 y el 27 de abril de 2021, con un incremento cercano al 50% para ambos sexos.

En cualquier caso y, como se verá más adelante – al abordar las medidas *reparadoras* que en materia de seguridad social se han dispuesto para subvenir las consecuencias de la exposición profesional al SARS-CoV-2 –, la consideración como *accidente de trabajo* de los contagios contraídos con causa *exclusiva* en la realización del trabajo ha hecho precisa la notificación de tales eventos a través del Sistema Delt@ (añadiéndose, para ello, un nuevo código: el 073)¹⁶, lo que ha posibilitado un mejor seguimiento estadístico. De esta manera, el INSSST ha desarrollado un informe¹⁷, partiendo de datos acumulados, en que se analizan los accidentes de trabajo que responden al código de descripción de la lesión 073, notificados entre enero de 2020 y enero de 2021. Según dicho informe, que desagrega por sexos los datos globales, las mujeres han supuesto, durante dicho periodo, el 79,8% de los casos de accidente de trabajo por Covid-19 y los hombres el 20,2%, manteniéndose tales proporciones, *mutatis mutandis*, en los datos mensuales. El informe del INSSST ofrece, asimismo – si bien, ya no desagregada por sexos – información muy relevante, relativa a la actividad de la empresa y las ocupaciones respecto de las que se han reportado los casos (en ello se profundizará más adelante, en sede de la consideración – o no – de la infección por SARS-CoV-2 como *contingencia profesional* a los efectos de su protección por el sistema de Seguridad Social y su impacto de género). En este sentido, y por lo que hace a la *actividad de la empresa*, destacan – con enorme amplitud – las actividades encuadradas en el *sector servicios* y, entre ellas, las *actividades sanitarias y sociosanitarias* (actividades hospitalarias: 86,3%; actividades médicas y odontológicas: 5,2%; asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios: 3,7%), y significativamente, aunque a una distancia considerable, la *Administración Pública* (2,4%).

Por lo que se refiere a las *ocupaciones de las personas afectadas*, adquieren una relevancia sin parangón las *profesiones sanitarias*, con especial impacto en *enfermería y auxiliares de enfermería* (profesionales de enfermería y partería:

[causas. MoMo. Situación a 27 de abril de 2021](#), 2021, en particular, a partir de los datos en Tabla 1, p. 2.

¹⁶ La recomendación publicada en la página web de la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) sobre el tratamiento estadístico de datos de salud y seguridad en el trabajo en el contexto de la crisis Covid-19, propuso añadir un nuevo código 073 en el campo descripción de la lesión para los casos de Covid-19 reconocidos como accidentes de trabajo.

¹⁷ INSSST, *Casos notificados Covid-19 como contingencia profesional. Datos acumulados febrero 2020-enero 2021*, 2021.

34,7%; auxiliares de enfermería: 26%, médicos: 18,6%; técnicos auxiliares de farmacia, emergencias sanitarias, otros trabajadores de los cuidados, etc.: 8%; otros profesionales de la salud: 3,5%; otros técnicos sanitarios 1,5%; técnicos sanitarios de laboratorio, pruebas diagnósticas y prótesis: 0,9%), seguidas – con gran diferencia de impacto – por otros colectivos laborales. Puede afirmarse, para concluir el presente epígrafe, que como *riesgo laboral de naturaleza biológica*, la infección por SARS-CoV-2, *per se*, presenta un acusado perfil de género, en tanto afecta predominantemente a actividades y profesiones altamente feminizadas¹⁸, con lo que su impacto en las trabajadoras está resultando muy intenso.

2.2. Otros riesgos para la salud de las mujeres inherentes a los escenarios laborales de la pandemia: endurecimiento de las condiciones de trabajo e incremento en la frecuencia y/o gravedad de la exposición a determinados riesgos laborales

La crisis sanitaria provocada por la Covid-19 está incidiendo en el medio ambiente de trabajo *en general*, en todas las actividades y ocupaciones, no ya *per se* – según se acaba de ver, en tanto exposición a un riesgo biológico concreto (el SARS-CoV-2) – que también –, sino que, por su caracterización como pandemia, está afectando a la *normalidad* social, económica y, por supuesto, productiva y laboral. En efecto, la pandemia está teniendo un impacto socio-económico desproporcionado en ciertos segmentos de la población, lo que puede empeorar la desigualdad que afecta principalmente a algunos grupos de trabajadores, como las personas con problemas de salud subyacentes, los jóvenes, las personas de mayor edad, las personas empleadas en la economía informal, migrantes y, por lo que a las presentes páginas incumbe, *las mujeres*, sobrerrepresentadas en ocupaciones en la primera línea de la lucha contra la pandemia (como la sanidad) o de resistencia frente a la misma, y que soportan una carga desproporcionada (física y mental) tanto de trabajo, como en las responsabilidades de cuidado,

¹⁸ De los datos (cifras absolutas) de la EPA se desprende que, en el primer trimestre de 2020, las mujeres empleadas constituían más del 50% del personal asalariado en las siguientes actividades (todas ellas encuadradas en el sector servicios): Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas, 52,7%; Hostelería, 54,6%; Actividades financieras y de seguros, 54,4%; Actividades inmobiliarias, 67,8%; Actividades profesionales, científicas y técnicas, 57,4%; Actividades administrativas y servicios auxiliares, 54,9%; Educación, 67,1%, Actividades sanitarias y de servicios sociales, 77,6%; Otros servicios, 68,8%; Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio, 88%.

en caso de cierre de escuelas o sistemas de atención, además de resultar especialmente vulnerables, por razones de sexo y de género, a algunos de los riesgos creados o incrementados en el nuevo escenario laboral.

Y es que, tanto la pandemia y el riesgo de exposición, como las medidas públicas adoptadas para la contención de la misma se han convertido, en la mayor parte de los ámbitos productivos (no sólo en las actividades sanitaria y sociosanitaria), en un contexto excepcional bajo cuyas especiales condiciones (de trabajo y, por ende, de seguridad y salud laboral) debe mantenerse, en lo posible, la actividad productiva. En este sentido, ha de hacerse referencia a los riesgos ergonómicos, físicos, ambientales químicos y psicosociales presentes en los nuevos escenarios laborales creados durante la pandemia.

2.2.1. Riesgos ergonómicos

Como premisa, ha de tenerse en cuenta que el cálculo de la *carga física* de una actividad dependerá del sexo de la persona que lo desempeñe. La carga física es estática (la relativa a las posturas) o dinámica (relativa al gasto energético). En ambos casos, el sexo de la persona trabajadora resulta un criterio técnico relevante para la evaluación de riesgos derivados de posturas estáticas y de movimientos repetitivos¹⁹.

Los trastornos musculoesqueléticos (TME) aparecen como consecuencia de las exigencias físicas de la tarea, el diseño de los puestos de trabajo y la organización del trabajo, y afectan en un elevadísimo grado tanto a hombres como a mujeres, si bien diversas investigaciones indican que las mujeres presentan el problema más frecuentemente y de forma distinta²⁰. Las mujeres tienen menos fuerza muscular que los hombres, su cuerpo es de menor tamaño, tienen menos capacidad aeróbica, y su capacidad reproductora las condiciona más. Ello implica diferente forma de desarrollar las tareas y, por tanto, que ante iguales condiciones ergonómicas, los efectos adversos para la salud podrían ser mayores para ellas.

La manipulación manual de cargas, a menudo asociada a posturas incómodas y forzadas, puede causar lesiones musculoesqueléticas agudas, disminuyendo la capacidad de trabajo y reduciendo la capacidad de seguir prácticas laborales estrictas. Si bien el manejo manual de cargas es más habitual entre los hombres, las mujeres que trabajan en limpieza, servicios

¹⁹ INSST, NTP 177: *La carga física de trabajo: definición y evaluación*, 198(sic).

²⁰ INSST, NTP 657: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*, 2004, y INSST, NTP 658: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*, 2004.

de comidas y las trabajadoras sanitarias sufren daños debidos al levantamiento y transporte de cargas pesadas²¹. El RD 487/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, establece consideraciones diferenciales para mujeres y hombres, ya que las mujeres tienen en conjunto menor capacidad de aplicar fuerza en un levantamiento (aproximadamente 2/3 de la capacidad de los hombres). De otra parte, también han de tenerse en cuenta las situaciones de embarazo y puerperio²²: la sobrecarga de peso y el cambio en la curvatura de la columna lumbar para compensarlo que tiene que sobrellevar la futura madre hace que, en muchas ocasiones, la espalda ya esté dolorida incluso sin realizar ningún tipo de esfuerzo adicional. Además, el embarazo causa cambios hormonales que pueden afectar a los ligamentos, aumentando el riesgo de lesiones para la madre. También aumenta la posibilidad de aborto o parto prematuro si se levantan pesos o se realizan movimientos bruscos o actividad física intensa.

La exposición a este riesgo ergonómico (y a sufrir lesiones musculoesqueléticas) se han incrementado, especialmente – aunque no sólo – entre las mujeres que desarrollan profesiones sanitarias (particularmente, en enfermería y auxiliares de enfermería) y sociosanitarias, quienes no sólo están sobrerrepresentadas en dichas actividades, y resultan más vulnerables que los hombres – según se acaba de decir – por condicionantes propios de su sexo, sino, también, por el hecho de que su carga de trabajo (por el brutal ascenso en la presión asistencial, particularmente hospitalaria) se ha incrementado considerablemente y, con ella, las maniobras de movilización de pacientes. En este sentido, la Nota Técnica de Prevención (NTP) 907 (vigente) del INSSST²³ señala cómo los datos de estudios epidemiológicos indican de un modo inequívoco la relación entre la tipología y la cantidad de maniobras de transferencia manual de pacientes por un lado, y la ocurrencia de alguna patología aguda o crónica del raquis lumbar por otro; según se expone, los estudios biomecánicos han evidenciado que la movilización manual de pacientes induce una carga discal superior al valor definido como tolerable (llamado “límite de acción”, y que es *diferente para*

²¹ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, [Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo](#), Fact, 2003, n. 42.

²² La Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, cita como actividad que puede producir riesgo de lesiones fetales o provocar riesgo de desprendimiento de la placenta la manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos en particular dorsolumbares.

²³ *Evaluación del riesgo por manipulación manual de pacientes: método MAPO*, 2011.

mujeres y para hombres: 400 kg para hombres y sólo 275 kg para mujeres). Además, en algunas maniobras en situaciones reales los valores de carga discal pueden superar incluso el valor de rotura de la unidad disco-vertebral, también distinto según el sexo: próximo a 580 kg para los hombres y 400 kg para las mujeres.

De otra parte, el consumo metabólico sirve para evaluar la carga física y es, asimismo, una variable necesaria para valorar la agresión térmica. Existen distintos métodos para determinar el gasto energético, basados en la Norma UNE 8996, *Ergonomía del ambiente térmico. Determinación de la tasa metabólica*, que es la versión oficial, en español, de la Norma Europea EN ISO 8996 de octubre de 2004. En ella se describen los diferentes métodos de determinación del consumo energético indicando el nivel de precisión de cada uno de ellos; entre ellos, destaca como de mayor precisión el del «Consumo metabólico a partir de los requisitos de la tarea», en el cual la tasa metabólica se determina añadiendo a la tasa metabólica basal (diferente para hombres y mujeres y variable por razón de la edad) las tasas metabólicas asociadas a la postura del cuerpo, al tipo de trabajo y al movimiento del cuerpo.

Las trabajadoras del comercio de alimentación, los servicios de limpieza, las empresas de servicios financieros – incluidos los bancos –, la seguridad privada, etc. (actividades, todas, declaradas *servicios esenciales* durante la pandemia y, muchas de ellas, claramente feminizadas), que ya se enfrentan a un trabajo físicamente exigente, pueden tener que afrontar una duración mayor de la jornada laboral, una carga adicional de trabajo y una alta presión debido al mayor número de personal ausente²⁴. Estos problemas pueden, además, aumentar el riesgo de TME, incrementar el estrés y la fatiga y acrecentar el riesgo de accidentes y lesiones.

2.2.2. Riesgos químicos

La limpieza y la desinfección con productos químicos se convierten a menudo en elementos clave para frenar el contagio. En todos los lugares de trabajo, especialmente en los servicios esenciales clave (sanidad, comercio de comestibles, personal de emergencia, limpieza y otros sectores laborales) el trabajo se realiza con frecuencia en presencia de productos químicos y desinfectantes para la autoprotección o la del público.

Algunos de los productos químicos que se utilizan con frecuencia la

²⁴ OSHA, *Guidance on Preparing Workplaces for COVID-19*, US Department of Labor, 2020, OSHA 3990-03.

desinfección frente al SARS-CoV-2 – como los compuestos de amonio cuaternario (comúnmente encontrados en toallitas desinfectantes, aerosoles y otros productos de limpieza domésticos) – pueden afectar negativamente los procesos de ovulación, aumentar el riesgo de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) y afectar los síntomas del asma²⁵.

2.2.3. Riesgos derivados del uso de los EPI

En las profesiones sanitarias y otras, como limpieza, tratamiento de residuos, etc., también deben enfrentarse a los riesgos derivados del uso de los EPI. En principio, el EPI está destinado a utilizarse durante períodos cortos de tiempo en los que la exposición al peligro no puede evitarse ni controlarse de otro modo.

Es una evidencia²⁶ que muchos de los equipos y de la ropa de trabajo han sido diseñados para el *hombre medio*, lo que origina problemas a muchas mujeres, también a los hombres que no corresponden a dicho estándar.

En el contexto de la Covid-19, la carga de trabajo pesado, los flujos de pacientes y la escasez de EPI pueden requerir que el personal sanitario haga uso de estas medidas de protección durante largos períodos de tiempo. Las investigaciones sugieren que el uso prolongado de guantes y la higiene frecuente de las manos pueden causar o agravar el eccema de manos existente²⁷; además, los agentes y polvos esterilizantes presentes en guantes protectores de látex utilizados en el sector sanitario afectan más a las mujeres en lo que se refiere al desarrollo de alergias²⁸. Asimismo, existe evidencia de que el uso prolongado de EPI para protección respiratoria y ocular (máscaras, respiradores y gafas) también puede causar daño cutáneo: picazón, erupción cutánea, acné, lesión por presión, dermatitis de contacto, urticaria y agravamiento de enfermedades cutáneas preexistentes²⁹. El uso prolongado de EPI para cuerpo completo (batas, máscaras, cubrecabezas, cubiertas) atrapa el calor y el sudor, limita el enfriamiento evaporativo del cuerpo y puede conducir a estrés por calor (erupción cutánea por calor,

²⁵ O. DUMAS ET AL., *Association of Occupational Exposure to Disinfectants With Incidence of Chronic Obstructive Pulmonary Disease Among US Female Nurses*, en jamanetwork.com, 18 octubre 2019.

²⁶ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *op. cit.*

²⁷ M.A. MACGIBENY, C. WASSEF, *Preventing adverse cutaneous reactions from amplified hygiene practices during the COVID-19 pandemic: how dermatologists can help through anticipatory guidance*, en link.springer.com, 9 mayo 2020.

²⁸ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *op. cit.*

²⁹ A. GEFEN, K. OUSEY, *Update to device-related pressure ulcers: SECURE prevention. COVID-19, face masks and skin damage*, en Journal of Wound Care, 2020, vol. 29, n. 5.

calambres musculares, desmayos, agotamiento, descomposición del músculo esquelético y golpe de calor)³⁰.

2.2.4. Riesgos psicosociales

Con ocasión de la pandemia, las personas trabajadoras pueden verse afectadas por los riesgos psicosociales derivados de la incertidumbre presente y futura de la situación laboral, o de los cambios en los procesos y disposiciones laborales³¹. Pero, sobre todo – y por lo que concierne más directamente a las presentes páginas –, el personal soporta determinadas condiciones y factores laborales concomitantes a la pandemia que pueden inducir o incrementar el estrés: la falta de EPI o la incomodidad o inconvenientes de su uso; la tensión entre los protocolos de seguridad establecidos para evitar el contagio (aislamiento, aplicación de políticas de “no tocar”, cautelas higiénicas) y los hábitos sociales y culturales; la dificultad para mantener actividades de autocuidado, como el ejercicio, los buenos hábitos alimentarios y las horas necesarias de descanso; la falta de apoyo social... Por su parte, quienes trabajan en actividades de respuesta a la emergencia pueden enfrentarse a mayores niveles de estrés como resultado de las estrictas medidas y procedimientos de prevención del contagio, del aumento drástico de su carga de trabajo (tanto física como *mental*) y el agravante de una probable reducción de personal (por bajas derivadas de contagios o cuarentenas), con turnos más largos y continuados.

Además de los estresores antes mencionados, y por lo que se refiere, en concreto a la salud mental y el bienestar en las profesiones sanitarias, existe un riesgo adicional, relacionado con el trato con los pacientes afectados, los impedimentos percibidos para hacer su trabajo, el apoyo organizativo insuficiente, la redistribución forzada a trabajos con mayores niveles de riesgo, la falta de confianza en las medidas de protección y el trabajo en condiciones de contacto estrecho y continuado con pacientes (enfermería y auxiliares de enfermería). Estos riesgos hacen que el trabajo sanitario haga a quienes lo desempeñan más vulnerables a condiciones comunes de salud mental, como la ansiedad, la depresión o el insomnio³².

En los contextos descritos, por lo que hace a la exposición al estrés laboral y a los estresores, ambos sexos registran tasas elevadas; sin embargo, entre

³⁰ B. JACKLITSCH ET AL., *Criteria for a Recommended Standard. Occupational Exposure to Heat and Hot Environments. Revised Criteria 2016*, DHHS (NIOSH) Publication, 2016, n. 106.

³¹ Cfr. OIT, *Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2020, pp. 20-21.

³² Vid. ILO, WHO, *op. cit.*, p. 9.

los factores de estrés que afectan de modo particular a las mujeres se incluyen el acoso sexual³³, la discriminación, los trabajos mal considerados con poco control de la situación³⁴, el trabajo con gran exigencia emocional (como sucede en las ocupaciones sanitarias y sociosanitarias), y la doble carga del trabajo remunerado y el no remunerado en el hogar³⁵.

Por lo que hace a la violencia y el acoso, la experiencia demuestra que una y otro pueden aumentar con motivo de la pandemia: en trabajos con mayor contacto con el público (sanidad, comercio), las mujeres están mucho más expuestas cuantitativamente que los hombres, debido a la segregación ocupacional³⁶.

Los incidentes de violencia y hostigamiento contra quienes trabajan en profesiones sanitarias han aumentado durante la pandemia de Covid-19³⁷. Además, y debido a su proximidad a personas potencialmente infectadas, el personal sanitario también puede ser visto como una amenaza de infección dentro de la comunidad y por lo tanto enfrentan estigma y discriminación³⁸. De otro lado, las medidas restrictivas contra la movilidad de la ciudadanía, la obligatoriedad de respeto a las normas higiénicas, la escasez de artículos necesarios, etc., pueden provocar una reacción violenta contra el personal asignado a la aplicación de estas medidas (es decir, agentes de policía, personal de seguridad privada) o el personal que participa en la venta de bienes esenciales, mayoritariamente, mujeres (dependientas, cajeras, etc.).

³³ Así se pone de manifiesto en INSSST, *NTP 507: Acoso sexual en el trabajo*, 2000.

³⁴ En este sentido, INSSST, *NTP 603. Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (I)*, 2003: «hay una distribución (ocupacional) desigual por géneros. Los hombres disponen con más frecuencia que las mujeres de un alto grado de control sobre su proceso de trabajo al nivel de las tareas. Además, en las mujeres se da una correlación negativa entre el margen de toma de decisiones y las demandas: las mujeres con escaso control tienen también más exigencias. Por el contrario, los trabajos con mayores demandas para los hombres se acompañan, generalmente, de mayor control. Esto significa que hay mayor proporción de mujeres ocupando puestos de alta tensión». Son puestos de “alta tensión” los sujetos al ritmo de máquinas, en hostelería, trabajo del textil, telefonistas, trabajos de oficina con tareas automatizadas, entre otros.

³⁵ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, *op. cit.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Vid.* ILO, WHO, *op. cit.*, p. 8.

³⁸ WHO, *Attacks on health care in the context of COVID-19*, en www.who.int, 30 julio 2020.

3. Respuesta a la pandemia desde la prevención de riesgos laborales: ¿políticas y medidas de salud laboral con perspectiva de género?

En España, con ocasión de la declaración del primer estado de alarma en marzo de 2020, la necesaria contención de los contagios determinó un confinamiento general de la población y, posteriormente, una amplia limitación de la movilidad, lo que exigió, en su momento, la adopción de medidas normativas de salud pública. La acción normativa se fundamentó en la suspensión de la apertura al público de los locales donde se desarrollaba un amplio abanico de actividades productivas, en ocasiones, incluso, la suspensión de la actividad misma (art. 10 y Anexo I del RD 463/2020, de 14 de marzo, ampliado por el apartado 2 del artículo único, RD 465/2020, de 17 de marzo, y por las OO SND/257/2020 y 340/2020). Asimismo, y en atención a la posterior flexibilización de las medidas de contención a lo largo de las diferentes fases de “desescalada”, la respuesta normativa descansó en la *preferencia* del trabajo a distancia, en aquellas actividades en que tal modo de organización resultara posible (*ex art.* 5, RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo). En tal contexto, la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras frente al contagio de SARS-CoV-2 quedaba inscrita en las medidas apuntadas, y en otras de carácter general – o específico – relativas a la higiene respiratoria, control de aforos, distancia social, etc. Posteriormente, próximas tanto la conclusión del estado de alarma como la entrada en vigor de la situación de “nueva normalidad”, el RD-Ley 21/2020, de 9 de junio, establecería, en su Capítulo II – intitulado *Medidas de prevención e higiene* –, normas (formuladas de modo *muy genérico*) relativas a las condiciones que debían reunir los centros de trabajo – en general – de cara a evitar contagios del SARS-CoV-2 (art. 7); tales condiciones pasaban por *potenciar* el uso del teletrabajo y, por lo que se refiere al trabajo presencial, la adopción de medidas higiénicas análogas a las establecidas para la población en general (ventilación, uso de mascarillas, distancia interpersonal, control de aforos, uso de sustancias desinfectantes, etc.). Con carácter específico, y por lo que se refiere a los centros, servicios y establecimientos sanitarios, se establecía la obligación de la administración sanitaria competente de garantizar la adopción de «las medidas organizativas, de prevención e higiene para asegurar el bienestar de los trabajadores y los pacientes. Asimismo, garantizará la disponibilidad de los materiales de protección necesarios en las ubicaciones pertinentes, la limpieza y desinfección de las áreas utilizadas y la eliminación de residuos, así como el mantenimiento adecuado de los equipos e instalaciones» (art. 8). El impacto de la declaración del segundo estado de alarma (RD

926/2020, de 25 de octubre) y su prórroga hasta el 9 de mayo de 2021 (*ex* RD-Ley 956/2020, de 3 de noviembre), aún intenso sobre parte del sector servicios – en particular, la hostelería y restauración – no ha causado un impacto tan severo sobre la actividad económica en general, por lo que las mismas medidas, ya señaladas, adoptadas por el RD-Ley 21/2020 para la protección de las personas trabajadoras en la “nueva normalidad” del año 2020 han sido “revividas” (*ad pedem literae*) por la Ley 2/2020, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. El marco normativo aplicable a la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras con ocasión de la pandemia de Covid-19 se completa, finalmente, con la ya referida modificación del RD 664/1997 en diciembre de 2020, incluyendo en el Anexo II, Grupo 3 de agentes biológicos, al SARS-CoV-2.

Qué duda cabe de que la reacción a la pandemia por parte de los poderes públicos (en particular, el Gobierno de España), en especial desde la declaración del estado de alarma – marzo de 2020 – hasta su finalización – el 20 de junio del mismo año – exigía una urgencia y una agilidad en las decisiones – políticas y normativas – que desafiaba cualquier experiencia previa, por darse en un contexto de crisis sanitaria sin precedentes, por su gravedad y su extensión – actual, y potencial –, así como en las consecuencias de todo orden que, además de la tragedia sanitaria, se cernían sobre la esfera socioeconómica. La respuesta en ese momento debía atender, obviamente, a la contención sanitaria de la pandemia y de sus repercusiones económicas, de empleo y sociales. Sin embargo, y en mi opinión, tanto la denominada “nueva normalidad” – posterior e intermitente –, la declaración de un nuevo estado de alarma (próximo, ya, a su conclusión) y las incertidumbres relativas a los posibles escenarios de la pandemia en el futuro a corto y medio plazo, exigían – entonces – y exigen – ahora – no pocas reflexiones de orden social, relativas a la salvaguarda de los derechos fundamentales ante la repercusión de la crisis en diferentes ámbitos de la vida de las personas.

Una de tales reflexiones debía ser, por fuerza, el impacto – en sentido amplio – de la pandemia sobre las mujeres, especialmente, sobre las mujeres trabajadoras y su salud y seguridad y, muy particularmente, en las trabajadoras de ocupaciones sanitarias y sociosanitarias en tanto – como se vio en páginas anteriores – la exposición al SARS-CoV-2 se ha convertido en riesgo laboral cualificado para buena parte de ellas, abrumadora mayoría de la fuerza de trabajo en muchas actividades de primera línea de respuesta a la pandemia y, para otras muchas, ha pasado a intensificar – en frecuencia o gravedad – la exposición a algunos riesgos ya presentes en sus trabajos, o

a crear otros nuevos.

En tal contexto, era y es necesario incorporar la perspectiva de género a las medidas a adoptar en el ámbito laboral, en atención al impacto de la Covid-19 en las condiciones de seguridad y salud laborales.

En este punto, y en el marco establecido por las normas antedichas, se han desarrollado, además, numerosas actuaciones, tanto ministeriales como de algunos órganos técnicos de la Administración (disposiciones, medidas, procedimientos, criterios técnicos, guías de buenas prácticas y recomendaciones... con diverso grado de fuerza obligatoria, alcance objetivo, extensión subjetiva y propósito, de sanidad pública y, por ende, con afectación a la esfera de la salud laboral o abiertamente relativas a la prevención de riesgos laborales) con impacto, directo o indirecto, en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, pueden contabilizarse hasta un total de 64 documentos de los Ministerios de Sanidad y Derechos Sociales y Agenda 2030³⁹ atinentes a la adopción de medidas contra la Covid-19 con impacto en el ámbito laboral (muy especialmente, el *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*, pero, también, otras, dirigidas a la actuación en los ámbitos sanitario, agrícola, industria cárnica, educación, servicios sociales, gestión de residuos, limpieza viaria, transporte público, instituciones penitenciarias, etc.) y, por ende, para el personal en ellos empleado. Asimismo, hasta 35 documentos elaborados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el INSSST, abiertamente proyectados sobre el impacto de la pandemia en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, en general, relativos a riesgos concretos (la propia exposición al SARS-CoV-2, riesgos psicosociales, ergonómicos, uso de EPI) o relativos a la prevención de la exposición al virus en diferentes sectores de actividad.

Resulta pertinente – y necesario, al propósito del presente estudio – llevar a cabo un análisis crítico sobre la integración – o no – de la perspectiva de sexo y de género en tal batería de actuaciones (normativas y técnicas), tanto por la ya acostumbrada ausencia de atención a los diferenciales de sexo y de género en la normativa preventiva reglamentaria (desarrollo reglamentario *ex* art. 6 LPRL, a salvo del ya significado RD 487/1997, relativo a la manipulación manual de cargas), cuanto por el indiscutible impacto de género que la pandemia ha tenido sobre las mujeres trabajadoras.

Para llevar a cabo dicho análisis, se ha atendido a los criterios establecidos por la UE, cuya aplicación va dirigida a todos los Estados miembros, sin perjuicio de su carácter orientativo (y, por ende, en absoluto, excluyente de otros que puedan servir al mismo propósito). Tales criterios se hallan

³⁹ Todos accesibles en la página web [Documentos técnicos para profesionales](#).

recogidos en un documento elaborado por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo⁴⁰, en particular en sus Anexos 3 (*A model for making risk assessment more gender-sensitive*) y 5 (*Selected findings, conclusions and recommendations on gender issues in safety and health at work from previous EU-OSHA reports*). El declarado propósito del documento – verdadera herramienta – es exponer «cómo puede integrarse la perspectiva de género en seguridad y salud laborales a todos los niveles: políticas y estrategias, investigación y prácticas en el lugar de trabajo».

Según se explica, la integración de la perspectiva de sexo y de género consiste en *la consideración sistemática de las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de mujeres y hombres en políticas y acciones* y, entre ellas, en las relativas a la seguridad y la salud laborales. Esto se lleva a cabo a través de la integración o integración del enfoque diferencial *a todos los niveles: políticas y estrategias* (en el nivel público), investigación (asimismo, en el nivel público y/o con alianzas en el privado) y *prácticas en el lugar de trabajo* (en el nivel privado, sectorial o de las empresas individuales)⁴¹; y, dentro de dicho concreto ámbito, debe abarcar el *diseño*, la *implementación*, la *supervisión* y la *evaluación* de las medidas adoptadas⁴².

En su Anexo 3, el informe incluye *un modelo para hacer que la evaluación de riesgos sea más sensible al género*⁴³, el cual se constituye en referencia para evaluar la integración de la perspectiva de sexo y de género en las políticas y acciones en materia de seguridad y salud en el trabajo *de y en* la UE.

Entre otras evidencias y hallazgos, que deben orientar la integración de la perspectiva de género en la seguridad y salud en el trabajo, la Agencia Europea señala⁴⁴ (conforme a sus informes previos, de 2013 y 2014) que, con demasiada frecuencia, se banalizan los riesgos laborales a que las mujeres están expuestas y que el reconocimiento de las enfermedades profesionales sigue el patrón – sesgado – de las correspondientes a los empleos masculinos en el sector industrial.

En base a la realidad expuesta, la AESST considera que la inclusión de la perspectiva de sexo y de género en las políticas, estrategias, acciones, procedimientos, medidas, etc. en materia de seguridad y salud laborales, pasan, *prioritariamente*, por la incorporación de las variables sexo y género en la *evaluación de riesgos*, en tanto piedra angular sobre la que descansa toda la actividad de prevención de los riesgos laborales, sea cual sea la índole y

⁴⁰ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK'S TOPIC CENTRE OSH, [Mainstreaming gender into occupational safety and health practice](#), 2014.

⁴¹ *Ibidem*, p. 13.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Ibidem*, Anexo 3, pp. 239-240.

⁴⁴ *Ibidem*, Anexo 5.

naturaleza de éstos. En este sentido, señala que *la evaluación del riesgo debe tener en cuenta cuestiones de género, diferencias y desigualdades; así, el trabajo, su organización y el equipo utilizado debe estar diseñado para que coincida con las personas, y no al revés. Este principio* (el de adaptación del trabajo a la persona) *está consagrado en normativa de la UE: art. 6.2.d de la Directiva Marco 89/391/CEE (y, debe añadirse, también en la española: art. 15.1.d de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).*

La normativa exige a los empleadores una gestión preventiva basada en la *evaluación del riesgo*, que no debe considerarse un acto, sino un *proceso*, en el que cabe distinguir cinco pasos⁴⁵: *identificación de los riesgos, evaluación de los mismos, diseño e implementación de medidas de prevención y protección, seguimiento y control de la eficacia y revisión.*

Como indica la AESST, este proceso ha de hacerse *más sensible al género*. En tanto existen diferencias biológicas (de sexo) y de género en una amplia variedad de cuestiones relacionadas con las circunstancias laborales, se hace necesario un *enfoque holístico* para la prevención de riesgos laborales. Y señala como “cuestiones clave” para evaluar los riesgos desde la perspectiva de género las siguientes: como principio general, el *compromiso positivo y determinado* de tener en cuenta las cuestiones de género en la prevención de riesgos laborales, *atendiendo a la situación real del trabajo de las mujeres, involucrando a todo el personal*, mujeres y hombres, en todas las etapas de la evaluación de riesgos y evitando *prejuicios sobre cuáles son los peligros y quién está en riesgo.*

Así, y en el Paso 1 (identificación del riesgo), se debe *incluir el sexo y el género, considerando tanto los peligros prevalentes en los trabajos masculinizados como en los feminizados* en la identificación de los riesgos para la salud, así como en los riesgos para la seguridad (se debe: preguntar, tanto a las trabajadoras como a los trabajadores sobre los problemas que perciben en su trabajo; evitar prejuicios sobre la consideración de lo “trivial” o banal; tener en cuenta a toda la fuerza de trabajo (personal de limpieza, recepción, empleados y empleadas a tiempo parcial, temporales o cedidos por ETT, así como a quienes están de baja por enfermedad en el momento de la evaluación); alentar a las mujeres a denunciar cuestiones que piensan que puede afectar su seguridad y salud en el trabajo, así como problemas de salud que pueden estar relacionados con el trabajo; tomar una perspectiva más amplia sobre el trabajo y su relación con los problemas de salud).

Por lo que hace al Paso 2 (evaluación de riesgos), debe *incluirse la perspectiva*

⁴⁵ En la normativa española, tales cinco pasos se atisban en el art. 16, apartados 2 y 3, de la Ley de Prevención, y quedan bien definidos en los arts. 3, 4, 5 y 6 (y, como complemento, corolario y fijación de todo el proceso, el art. 7) del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

de género atendiendo a las *tareas efectivamente desarrolladas* y al contexto del trabajo real, evitando suposiciones sobre la exposición basadas exclusivamente en la mera descripción o la denominación del trabajo; asimismo, se debe evitar el sesgo de género al calificar la gravedad de los riesgos, involucrar a las trabajadoras en riesgo. Se debe, además, asegurar que quienes realizan las evaluaciones acreditan capacitación sobre cuestiones de género en materia de seguridad y salud laboral, que los instrumentos y herramientas utilizados en la evaluación incluyen cuestiones relevantes para trabajadores masculinos y femeninos e informar a quienes desarrollen una evaluación externa (*auditoría*) de que deben adoptar un enfoque sensible al género, y asegurarse de que son capaces de hacerlo.

El Paso 3 (diseño y aplicación de medidas de prevención y protección) debe tener en cuenta que la perspectiva de género debe incluirse, entre otras finalidades, para eliminar los riesgos *en su origen*, proporcionar un lugar de trabajo seguro y saludable *para todos los trabajadores* (esto incluye riesgos para la salud reproductiva), y prestar atención a los diversos colectivos laborales, adaptando el trabajo y las medidas preventivas al personal (por ejemplo, por lo que hace a la selección de los EPI). Para ello, es necesario involucrar a trabajadoras en la toma de decisiones y en la aplicación de medidas preventivas y asegurarse de que las mujeres trabajadoras, así como los hombres, reciben información y formación relevante en materia preventiva respecto de los trabajos que desarrollan y de conforme a los efectos de las condiciones de los mismos en su salud.

Finalmente, y en lo atinente a los Pasos 4 y 5 (seguimiento y control de la eficacia del modelo preventivo y eventual revisión), para integrar la perspectiva de género es necesario asegurarse de que las trabajadoras participen en el seguimiento y revisión de los procesos y estar al tanto de la nueva información sobre problemas de salud ocupacional relacionados con el sexo y con el género. La vigilancia de la salud es, asimismo, un instrumento de verificación y control de la eficacia del sistema preventivo; para tener en cuenta la perspectiva de género, procede incluir los exámenes de salud que resulten pertinentes para los trabajos desempeñados por hombres y los desempeñados por las mujeres y evitar las suposiciones reduccionistas o simplistas, basadas, por ejemplo, en la denominación del trabajo, sobre a quién incluir en la vigilancia sanitaria.

Los registros de accidentes son una parte importante tanto para la evaluación como para el seguimiento del riesgo. En este punto resulta preciso fomentar el registro de los problemas de salud reportados, así como de los accidentes acaecidos.

Además de las medidas anteriores, a implementar en el ámbito de la evaluación de los riesgos, se expone una serie de Medidas generales para promover la perspectiva de género en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, entre las que cabe destacar la formación e información relevantes en materia de perspectiva de sexo y de género en seguridad y salud laboral, no sólo para

el personal técnico de prevención, sino para el personal directivo, mandos intermedios y subalternos, representantes del personal, miembros del Comité de Seguridad y Salud, etc.; también, vincular la seguridad y la salud en el trabajo a la política y acciones en materia de igualdad en el lugar de trabajo, incluidos, por supuesto, los planes de igualdad; finalmente, fomentar la participación de las mujeres en los Comités de Seguridad y Salud (por ejemplo, con reuniones en horarios no incompatibles con la conciliación).

Tales medidas generales deben ser complementadas, como se desprende del propio informe de la AESST, con diversas *recomendaciones seleccionadas de informes anteriores* (2003, 2013 y 2014)⁴⁶; entre otras: incluir el sexo en la recopilación de datos estadísticos, garantizar el equilibrio de sexos en los programas de investigación, evaluar el impacto de género de las políticas laborales y de los cambios en el mundo del trabajo, considerar la doble jornada de trabajo y promover políticas de equilibrio entre el trabajo y la vida familiar, prestar atención a la evaluación del riesgo de exposición a sustancias peligrosas por las mujeres, considerar las exposiciones a riesgos combinados, típicas de los trabajos femeninos, desagregar por causas los datos de accidentes de trabajo (información a menudo no disponible para los principales sectores feminizados, por ejemplo, en el sector sanitario, las lesiones por agujas e instrumental quirúrgico, y otras); finalmente, se debe incidir en la seguridad y salud laborales en los trabajos de limpieza y atención domiciliaria.

Examinadas – en base a los criterios descritos – las normas dictadas en España con trascendencia en materia de prevención de riesgos laborales, así como los procedimientos, guías, orientaciones, etc. – de propósito igualmente preventivo – elaborados en el contexto de la Covid-19, tanto por la Administración sanitaria, como las de servicios sociales y trabajo, y documentadas según se explicó en páginas anteriores⁴⁷, debe concluirse como sigue.

1) No existe referencia alguna a riesgos laborales propios o prevalentes en ninguno de los sexos, ni a consideraciones de género (feminización, segregación, doble jornada, solapamiento de actividades⁴⁸, conciliación,

⁴⁶ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK'S TOPIC CENTRE OSH, *op. cit.*, Anexo 5.

⁴⁷ *Vid. supra*, nota 39.

⁴⁸ Sólo se ha encontrado una referencia, formulada de manera neutra, pero con indiscutible impacto sobre el trabajo femenino en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Orientaciones ergonómicas para trabajos a distancia con ordenador debido al Covid-19. Recomendaciones para el empresario*, 2020, § 5, p. 10: «En esta situación puede ser difícil separar los momentos de trabajo de los personales o familiares. No obstante, *es un aspecto necesario*

etc.) determinantes de riesgos específicos o susceptibles de agravar los generales.

2) Respecto de la *evaluación* de riesgos no se encuentra referencia alguna a riesgos específicos o prevalentes en hombres o en mujeres (por lo que hace al sector sanitario, y en relación a las condiciones ergonómicas – carga física de trabajo, manejo de pacientes – y los TME, hay un absoluto silencio); tampoco se alude a la necesidad de aplicar, en general, criterios diferenciales de exposición, por razón de sexo ni de género. Tal ausencia se observa tanto en las disposiciones relativas a la *identificación* de los riesgos (inexistentes son las previsiones relativas al acoso, o la violencia, y nulas las exigencias de competencia o mera información en materia de género de quienes realicen las evaluaciones, o la referencia a una especial atención a las implicaciones preventivas de género en los supuestos de modificación o cambio en el lugar o las condiciones de trabajo; salvo un supuesto singular al que posteriormente se hará referencia, tampoco hay previsión expresa alguna en torno a la participación *de las mujeres* en la identificación de los riesgos), como en las fases de *evaluación* propiamente dicha (sin mención del necesario análisis de las tareas *efectivamente desarrolladas*, ni a la evitación de sesgos de género en la calificación de la gravedad de los riesgos). Por lo que hace a la salud reproductiva, sólo en un caso se ha encontrado referencia al riesgo sobre ella, y – como se verá en las siguientes páginas – en relación únicamente al embarazo, con el objeto exclusivo de calificar el nivel de exposición de las trabajadoras al SARS-CoV-2 en función de la actividad; y ello, a pesar de que es conocido, por ejemplo, de que los compuestos amonio cuaternarios (biocidas, algunos de los cuales han sido objeto de autorización *excepcional*)⁴⁹ provocan, entre otros efectos adversos, anomalías en la ovulación⁵⁰. En lo tocante al estrés, brillan por su ausencia – en general – previsiones sobre las dobles jornadas o los estresores emocionales.

3) Ausente se encuentra, asimismo, la perspectiva de sexo y de género en la *aplicación de medidas* de prevención y protección (en este punto, es de destacar la escasa referencia a las medidas de protección y prevención colectivas, y el laconismo con que se aborda el uso de los EPI – mascarillas, guantes, ropa de seguridad – sin referencia alguna a su necesaria adecuación

cuando el espacio físico es el mismo (compartido) en ambos casos».

⁴⁹ Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, [Nota informativa sobre la autorización de proveedores de determinadas sustancias activas](#), 2020.

⁵⁰ O. DUMAS ET AL., [op. cit.](#)

anatómica⁵¹ y, en algún caso, sin detallar siquiera en qué deben consistir⁵²). Por lo que hace al fomento de la participación *de las trabajadoras* en la toma de decisiones y en la aplicación de medidas preventivas, las referencias son nulas y en documentos técnicos (donde, además, sólo se dan escasas referencias genéricas a la conveniencia de reuniones con el personal y la consideración de sus propuestas⁵³, sin preverse – tampoco – que esté

⁵¹ *Vid., ad ex.*, MINISTERIO DE SANIDAD, [Manejo en atención primaria y domiciliaria del COVID 19](#), Documento técnico, 18 junio 2020, pp. 9-11, ambas inclusive. Tampoco, con alcance general en el resto de actividades, no sanitarias: *cfr.* MINISTERIO DE SANIDAD, *Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en la comunidad en el contexto del COVID-19*, 10 junio 2020.

⁵² Así, MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, AGENDA 2030, [Documento técnico de recomendaciones de actuación de los servicios sociales ante la crisis por COVID-19, en asentamientos segregados y barrios altamente vulnerables](#), 27 marzo 2020, en particular, § 3.4: «En la medida de lo posible, se suministrará a los profesionales que atiendan los servicios y actuaciones recogidas en este documento, con *equipos de protección individual adecuados* para llevar a cabo su trabajo con seguridad. Así mismo, recibirán *una formación básica* para poder desarrollar su labor con seguridad y con un conocimiento real de los riesgos y de las medidas para evitarlos». Igualmente, MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, AGENDA 2030, *Documento técnico de recomendaciones de actuación desde el sistema público de protección a la infancia y a la adolescencia ante la crisis por COVID-19 (Incluye las recomendaciones para el sistema de atención a menores en conflicto con la ley o Justicia Juvenil)*, 31 marzo 2020, p. 6: «4. Autocuidado: Prevención y autoprotección de todo el personal en función del riesgo de exposición asumido, de forma que se asegure la operatividad de los recursos humanos, servicios y dispositivos de toda índole. Se debe afrontar la utilización de los de equipos de protección con sensatez y atendiendo a las instrucciones desde sanidad».

⁵³ *Vid., ad ex.*, MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, *Directrices de buenas prácticas en el sector de servicios sociales. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 12 mayo 2020, p. 5; MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, *Directrices de buenas prácticas en el transporte, reparto y carga/descarga de mercancías. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 27 junio 2020; MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, *Directrices de buenas prácticas en el sector de estaciones de servicio. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 29 julio 2020, p. 4; MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, *Directrices de buenas prácticas en actividades de gestión y administración. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 27 junio 2020, p. 6; MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, *Directrices de buenas prácticas en las actividades de restauración. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 14 septiembre 2020, p. 6. Elocuentes, en este sentido, las consideraciones de MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, [Trabajar en tiempos de COVID-19. Buenas prácticas de intervención psicosocial en centros sanitarios](#), 2020, § 4.4, p. 29: «Establecer procedimientos y canales específicos para la comunicación interna [...] Crear una cultura de comunicación y transparencia que dé lugar a un clima favorable y abierto a la manifestación de opiniones y propuestas de mejora [...] Tener en cuenta la opinión del personal y promover su participación efectiva». Paradójicamente, tal medida no está, siquiera, prevista para el comercio de alimentación (sector feminizado); *cfr.* MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSSST, *Directrices de buenas prácticas en el comercio de alimentación, bebidas y productos de primera necesidad. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 27 junio 2020.

representada toda la fuerza de trabajo – personal de limpieza, recepción, empleados y empleadas a tiempo parcial, temporales o cedidos por ETT, así como a quienes están de baja por enfermedad en el momento de la evaluación – ni los criterios para ello recogen, siquiera, expresamente el sexo, sí, otros, como los segmentos de edad, que los distintos turnos estén representados, etc.).

4) Tampoco se encuentra vestigio alguno relativo a la inclusión de la perspectiva de sexo y de género en el *seguimiento y control de la eficacia* de la estrategia preventiva, ni en su eventual *revisión*.

5) Mención aparte de lo antedicho merece el *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*⁵⁴ que, aún sin recoger expresamente ninguna de las indicaciones clave de integración de la perspectiva de sexo y de género en la seguridad y salud laborales, sí contiene algunas previsiones que, aunque configuradas de modo y con propósito meramente neutro, podrían alcanzar – si bien sólo indirectamente, merced al carácter *transversal* de la disposición –, un efecto de “palanca de género”, especialmente en los sectores y actividades feminizados, en ciertos aspectos a los que de inmediato se aludirá.

En primer término, y por lo que hace a la no banalización de los riesgos en ciertos trabajos – habitualmente, feminizados – se hace expresa mención a que, en la evaluación de riesgos, «se prestará especial atención a la protección del personal trabajador que realice las *tareas de limpieza*»⁵⁵; asimismo, y también en la actividad de evaluación, se establece que «se consultará a los trabajadores y se considerarán sus propuestas»⁵⁶.

Si bien los *escenarios de exposición* al riesgo de contagio del SARS-CoV-2, son

⁵⁴ Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*, 15 febrero 2021 (última actualización).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 9. Igualmente, y por lo que se refiere al trabajo a distancia, *vid.* MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, [Prevención de riesgos psicosociales en situación de trabajo a distancia debida al Covid-19. Recomendaciones para el empleador](#), 2020: «Establece un canal específico para que los trabajadores te informen de la existencia de algún riesgo o situación especial que les afecte durante estas circunstancias». El impacto de este fomento de la participación del personal – siquiera formulado en modo neutro – en los sectores feminizados proporciona información adicional a los procesos de evaluación de riesgos, incrementando su adecuación y eficacia; así se desprende de los hallazgos puestos de manifiesto respecto de la exposición a riesgos psicosociales por el personal ocupado en el sector sanitario (habiendo participado, mayoritariamente, mujeres, de profesiones sanitarias, pero también ocupadas en otras actividades, por ej., *limpiadoras*) en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, [Trabajar en tiempos de COVID-19. Buenas prácticas de intervención psicosocial en centros sanitarios](#), cit., § 3, p. 9, nota 4: «Este apartado ha sido elaborado a partir de las conclusiones de la revisión bibliográfica y de las entrevistas realizadas durante la fase de investigación».

definidos (*exposición de riesgo, exposición de bajo riesgo y baja probabilidad de exposición*) refiriéndolos de manera nominalista y poco detallada a las actividades desarrolladas, no es menos cierto que el apartado concluye con un mandato claro «la evaluación *específica* del riesgo de exposición determinará las medidas preventivas a adoptar en *cada situación concreta*», con lo que ha de entender presente el criterio de atención a las actividades efectiva o realmente desarrolladas.

Cabe resaltar, también, el siquiera tácito reconocimiento de la dificultad de ajustar los EPI a las características anatómicas de las mujeres (se hace hincapié en que «los EPI deben escogerse de tal manera que se garantice la máxima protección con la mínima molestia para el usuario y para ello *es crítico escoger la talla, diseño o tamaño que se adapte adecuadamente al mismo*»)⁵⁷.

Finalmente, sí puede encontrarse una explícita consideración diferencial de sexo – eso sí, acorde con la tradición preventiva más clásica – en el supuesto del riesgo de exposición de las *trabajadoras embarazadas* al SARS-CoV-2⁵⁸, merced a su consideración como *grupo vulnerable* y la gestión de dicha vulnerabilidad mediante su calificación, si procede, de *trabajadoras especialmente sensibles*; tal especial sensibilidad se hace depender de la *evaluación* del riesgo, en la que, además de la vulnerabilidad derivada de la situación de embarazo, se «tendrá en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones que permitan realizar el trabajo sin elevar el riesgo propio de la condición de salud de la persona trabajadora» (condiciones que dependerán del *nivel de riesgo* asignado a las funciones desarrolladas por la trabajadora y que, en los supuestos de los *niveles de riesgo 2, 3 y 4* – con entrada en zonas Covid, o intervención directa con casos sospechosos o confirmados, en el caso del personal sanitario o sociosanitario, o con *posibilidad* o certeza de contacto con personas sintomáticas o asistencia o intervención directa sobre ellas, en el caso de trabajadoras no sanitarias ni sociosanitarias – conllevará la adopción de medidas preventivas y protectoras que irán, desde la continuidad de la actividad laboral sin acceso a zonas Covid, en el caso de trabajadoras sanitarias o sociosanitarias – o sin contacto con personas sintomáticas, en otro caso –, hasta el cambio de puesto de trabajo. Si una u otra medida resultaran imposibles, se declarará a la trabajadora en situación de *suspensión por riesgo durante el embarazo*).

⁵⁷ *Ibidem*, Anexo II.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 11 y Anexos III y IV.

4. La protección de seguridad social en los supuestos de infección por SARS-CoV-2 de origen profesional: acción reparadora improvisada con fuerte impacto de género

El impacto de la pandemia en materia de salud laboral ha conducido a decisiones políticas y normativas *de índole reparadora* de carácter declaradamente *excepcional* que, por su accidentado tránsito normativo más, sobre todo, por su improvisación y extravagante caracterización presentan – no obstante su formulación formalmente neutra –, también, un severo impacto de género que, en mi opinión, debió haber sido previsto en el momento de su diseño, habida cuenta del perfil abrumadoramente femenino del colectivo protegido.

Y es que, si bien, tal posible sesgo ya resultaba susceptible de ser advertido con ocasión de las primeras reacciones normativas, transcurrido un año resultaba, ya, insoslayable – por estadísticamente obvio – y sobre todo, evitable. Veamos.

El art. 5.1 del RD-Ley 6/2020, de 10 de marzo, introducía la consideración excepcional como *situación asimilada a accidente de trabajo* de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el SARS-CoV-2, si bien tal asimilación sólo afecta como accidente de trabajo a la prestación económica por incapacidad temporal. Se trataba, como la propia norma reconocería, de dar una respuesta pronta «según han comenzado a aparecer los primeros casos en nuestro país»; así, «se hace necesario adoptar una serie de medidas que *no pueden demorarse* para garantizar la protección social de los trabajadores que causen baja por aislamiento y enfermedad».

Poco después, el RD-Ley 13/2020, de 7 de abril, modificaría aquel precepto, añadiendo «salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído *con causa exclusiva en la realización del trabajo* en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [...], en cuyo caso será *calificada como accidente de trabajo*». Tal consideración resultaba ya, necesaria, habida cuenta del impacto de la infección sobre la población y por la mayor exposición a la que, en general, iban a quedar sometidas las personas trabajadoras de los servicios y actividades esenciales; además, resultaba coherente con el marco normativo a la sazón vigente y con las posibilidades de calificación de la contingencia, a efectos de su protección por el sistema de la Seguridad Social.

Por su parte, el RD-Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos de la Covid-19 (art. 9.1) introduciría una previsión expresa y específicamente dirigida al

personal que prestara servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios inscritos en los registros correspondientes: las prestaciones de Seguridad Social causadas por dicho personal, en el ejercicio de su profesión, cuando hayan contraído el SARS-CoV-2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, «cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral», se considerarán *derivadas de accidente de trabajo*, «al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social». Si bien guarda silencio el Preámbulo de la norma, la introducción de esta previsión resultaba imprescindible tras la constatación estadística de la extraordinaria incidencia de contagios de probable origen profesional sufridos por el personal sanitario⁵⁹ (en ese momento, las cifras relativas al personal sociosanitario aún no aparecían expresamente recogidas).

De esta manera, para que el cuadro de SARS-CoV-2 se considerara accidente de trabajo (se entendiera contraído «con motivo de la realización de su trabajo» y *probado* «que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo») debían concurrir los siguientes cuatro elementos:

- que el contagio se produjo *durante cualquiera de las fases de la epidemia* (condición temporal);
- *en el ejercicio de su profesión y en la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios* (condición modal);
- mediando *exposición a ese riesgo específico* durante la prestación de servicios (nexo causal);
- *acreditación* de todo lo anterior por los Servicios de Prevención (condición probatoria).

Inalterado el marco normativo de referencia relativo a la calificación de la contingencia, la consideración como accidente de trabajo resultaba necesaria, si bien puede advertirse cómo se flexibiliza el requisito probatorio establecido con carácter general *ex art.* 5.1 del RD-Ley 6/2020 – modificado por el RD-Ley 13/2020 – pues, en el caso del personal sanitario y sociosanitario, la acreditación del carácter profesional de la infección correspondería a los Servicios de Prevención, lo que sin duda debía dar en facilitar y agilizar el procedimiento.

La consideración como accidente de trabajo para estos contagios se

⁵⁹ A 30 de abril, 28.326 casos, un 14% de los casos totales notificados en España (de ellos, 21.392 mujeres y 6.934 hombres). Un mes más tarde – 29 de mayo – el número de casos era de 40.961, un 16,5% del total notificado (31.351 mujeres y 9.606 hombres). *Cfr.* ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe sobre la situación de COVID-19 en personal sanitario en España](#), 30 abril 2020, p. 7. *Cfr.*, asimismo, ISCIII, CNE, RENAVE, [Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España](#), cit., p. 7.

extendía, según el apartado 2 del precepto, a los producidos «hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma», siendo por tanto la fecha de finalización del reconocimiento de esta contingencia el mes de julio de 2020.

La aprobación del RD-Ley 19/2020 suponía, además, un punto de inflexión en la linealidad del tratamiento normativo por cuanto, con él, se abren dos vías de diverso tratamiento normativo en función de los sujetos protegidos: la genérica, establecida por el RD-Ley 6/2020, modificado – como se ha dicho – por el RD-Ley 13/2020⁶⁰ (a la que quedan sometidos los contagios de origen profesional, *en general*) y la específica (a cuya consideración y reglas se reconducen las infecciones por el virus SARS-CoV-2 de origen profesional sufridas por los colectivos sanitario y sociosanitario).

El devenir de los acontecimientos (finalización del primer estado de alarma declarado) y la persistencia de la pandemia obligarían a adoptar medidas normativas para paliar la pérdida de vigencia del art. 9 del RD-Ley 19/2020. Con este propósito declarado⁶¹, y en el seno del RD-Ley 27/2020 (DA octava), se incluiría la “prórroga” (*sic*) del art. 9 del RD-Ley 19/2020 al período comprendido «entre el 1 de agosto de 2020 hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19». Sin embargo, tal previsión no llegaría a desplegar sus efectos por completo, en tanto el RD-Ley 27/2020 sería derogado por Acuerdo del Consejo de los Diputados de fecha 10/09/2020⁶².

Es por ello que, poco después, el RD-Ley 28/2020, en su DA cuarta, daría en reinstaurar la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo para las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio de SARS-CoV-2 durante el estado de alarma.

Con tan azarosos antecedentes, y tras un año de pandemia, el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (art. 6.1) ha establecido recientemente que «El personal que preste servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes que, *en el ejercicio de su profesión, durante la prestación*

⁶⁰ Tal régimen se mantendría, con posterioridad, en la redacción dada por los RD-Ley 27/2020, de 4 de agosto, y 28/2020, 22 de septiembre.

⁶¹ Así, el apartado VI del Preámbulo del RD-Ley 27/2020.

⁶² Resolución de 10 de septiembre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del RD-Ley 27/2020, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales (en *BOE*, 11 septiembre 2020, n. 243).

de servicios sanitarios o socio-sanitarios, haya contraído el virus SARS-CoV-2, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una *enfermedad profesional*; en su apartado 2, el precepto añade: «Los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus SARS-CoV-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios». Finalmente, el apartado 3 viene a establecer una presunción *iuris et de iure*: «Una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal establecido en el apartado 1, y aportado el informe previsto en el apartado 2, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios».

Se produce, con ello, una sensible alteración en la consideración del contagio de SARS-CoV-2 por el personal sanitario y sociosanitario como contingencia protegida por el sistema de la seguridad Social:

- a. evita la calificación de la contingencia (que, desde septiembre 2020, había sido reafirmada como *accidente de trabajo*)⁶³. Resulta llamativo el silencio al respecto, *precisamente* en la literalidad de la nueva norma. Quizá tal omisión tenga como único propósito evitar reiteraciones innecesarias, habida cuenta de la taxatividad, en tal sentido, de la vigente DA cuarta del RD-Ley 28/2020. O, tal vez, la finalidad sea preparar una suerte de tránsito *futuro* hacia la consideración como *enfermedad profesional* que – de nuevo, quizá – principia, o no (como se examinará a continuación), con la paradójica y quirúrgica reconducción a los efectos prestacionales de ésta, con la finalidad de responder, siquiera parcialmente, tanto a una cuestión de lógica sustantiva cuanto a la teleológica, de mejora del alcance protector;
- b. el régimen protector de tales contingencias, legalmente calificadas como accidente de trabajo, se defiende inopinadamente a las consecuencias prestacionales *previstas por el Texto Refundido de la LGSS para la enfermedad profesional*, dando en convertir al contagio de origen profesional del virus SARS-CoV-2 en el caso del personal sanitario y sociosanitario en una suerte de inexplicable *tertium genus* o contingencia profesional híbrida;
- c. las *consecuencias* (prestaciones) se hacen depender, como en la norma

⁶³ Cfr. INSSST, *Casos notificados Covid-19 como contingencia profesional. Datos acumulados febrero 2020-enero 2021*, cit.

precedente, de varios elementos esenciales:

- la condición modal: *en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios*;
- nexos causal: *exposición* al virus SARS-CoV-2 *por* la prestación de servicios;
- condición probatoria: *acreditación* de tales circunstancias por los Servicios de Prevención⁶⁴.

La cuestión de la vigencia temporal queda, ahora, resuelta merced a la previsión “abierta” de la norma: «dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2»; nueva temporalización, ésta, no sujeta a calendario y más acorde con la incertidumbre sobre la duración de las medidas contra la pandemia.

Llegados a este punto, resulta difícil sustraerse a la reflexión sobre la razón, significado y propósito de la “respuesta excepcional” – que, desde luego, lo es – dada por el Gobierno de España en el art. 6 del RD-Ley 3/2021, habida cuenta de que, aún tratándose – en efecto – de «una situación también excepcional» (como expresamente reza el Preámbulo de la norma), el SARS-CoV-2 «ha venido para quedarse».

Cabe interrogarse, así, sobre la razón en base a la cual, aún quedando expedita desde el 5 de diciembre de 2020 – merced a la señalada incorporación – la calificación de la infección por SARS-CoV-2 como *enfermedad profesional* para los colectivos laborales a que se refiere el Grupo 3, Agente A, del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, la solución normativa ha sido la de la *hibridación* descrita páginas atrás. Indiscutiblemente, el elemento coyuntural haya jugado un papel central a la hora de articular una solución, asimismo, interina con la que – como el propio Preámbulo del RD-Ley 3/2021 explica – trata de «satisfacer las demandas que se habían formulado en este sentido desde distintas corporaciones y asociaciones de profesionales sanitarios y socio-sanitarios,

⁶⁴ Nótese cómo, a diferencia de lo establecido en el art. 5 del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, no estamos, aquí, ante la *comunicación* de enfermedades que podrían ser calificadas como profesionales (que, según aquel precepto pueden, desde luego, realizar los Servicios de Prevención pero, también, los facultativos del Sistema Nacional de Salud), sino ante un verdadero requisito o condición constitutiva de la *presunción* a que expresamente hace referencia el art. 9.3 del RD-Ley 3/2021 y que se hace corresponder, *en exclusiva*, a los Servicios de Prevención.

dando respuesta también a la demanda formulada al Gobierno por los grupos parlamentarios» y que, obviamente, encontraba como referencia la consideración como enfermedad profesional.

Desde luego, el paso – *modo* arts. 3, 4 y 5 del RD 1299/2006, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales – a la consideración como enfermedad profesional de los cerca de 80.000 casos de infección por SARS-CoV-2 en personal sanitario y sociosanitario (el 78% de ellos, en mujeres), notificados a la RENAVE hasta abril de 2021⁶⁵ supondría, en estos momentos, amén de un colapso administrativo, la introducción de un escenario de inseguridad jurídica considerable, por cuanto el carácter pandémico de la enfermedad dificulta, desde luego, la consideración de la etiología del contagio como *exclusivamente* laboral (incluso en el caso de profesionales del sector sanitario y del socio-sanitario) lo que obsta, obviamente, a los procesos: tanto al intelectual de detección-sospecha-notificación cuanto, consecuentemente, al administrativo de comunicación-calificación de la patología como enfermedad profesional. Y ello, tanto desde el obvio punto de vista cualitativo, como desde una perspectiva cuantitativa, pues las apuntadas dificultades – casi insalvables – se reproducirían de un modo casi exponencial dada la ampliación de la extensión subjetiva que la consideración como enfermedad profesional conllevaría durante la pandemia: además del personal sanitario y sociosanitario, se incluiría al *personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos en cuidado a domicilio, personal de laboratorios de investigación o análisis clínicos, trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados, odontólogos, personal de auxilio, trabajadores de centros penitenciarios y personal de orden público*, todos ellos incluidos en el Grupo 3-Agente A.

Los apuntados obstáculos sólo parecen disiparse completamente en un, todavía lejano, escenario post-pandémico, por lo que la calificación *strictu sensu* del contagio por SARS-CoV-2 en todos los colectivos indicados parece quedar forzosamente diferida a ese momento.

No obstante, y siquiera por lo que hace al personal sanitario y sociosanitario, completado, ya, el proceso de vacunación del mismo, considero que la cuestión debe ser objeto, sin más demora, de una solución definitiva, coherente con la realidad y técnicamente adecuada, que pasa por la modificación del Anexo II del RD 1299/2006, con inclusión expresa (en el Grupo 3, Agente A) del SARS-CoV-2 – como subagente – y de las actividades sanitarias y sociosanitarias – como principales actividades

⁶⁵ Así, ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe nº 76. Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir 10 de mayo](#), cit., p. 9.

capaces de producirla⁶⁶ – y la calificación de la contingencia como *enfermedad profesional*.

Las respuestas “excepcionales” articuladas hasta ahora (calificación como accidente de trabajo, en primer término, y, actualmente, reconducción de los casos de infección al tratamiento estrictamente *prestacional* de la enfermedad profesional) han despertado, además, severas críticas desde el ámbito sindical⁶⁷, habida cuenta de lo que se ha calificado como “trabas” por parte de los Servicios de Prevención de Administración y empresas privadas, así como por parte de las entidades gestoras y colaboradoras a la acreditación, notificación y reconocimiento – respectivamente – tanto de aquella contingencia como de las prestaciones correspondientes por la misma o por enfermedad profesional. Conforme a las cifras publicadas⁶⁸, los casos de Covid-19 notificados como contingencia profesional entre febrero de 2020 y enero de 2021 relativos a profesionales sanitarios o sociosanitarios (alrededor de 11.000, un 92,4% de todos los notificados) vienen a representar únicamente en torno a un 14% del total de los que han afectado a estos colectivos. De mantenerse la proporción de mujeres en el total de los mismos, estaríamos haciendo referencia a en torno a 8.500 accidentes de trabajo notificados, lo que puesto en relación con los casos totales comunicados entre las trabajadoras de estos colectivos, rebaja aún más la *ratio* de consideración como accidente de trabajo (únicamente un 13,5%).

A priori, se antoja un porcentaje escaso, habida cuenta de la destacadísima incidencia que, en términos generales de infección, ha afligido a los mismos⁶⁹ y, muy especialmente, a las mujeres (que, durante toda la

⁶⁶ Tal mecanismo ya se había empleado en 2015 para la inclusión del cáncer de laringe respecto de determinadas actividades productivas. *Vid.* el comentario a cargo de J.A. PANIZO ROBLES, *Una nueva enfermedad profesional en el sistema de la Seguridad Social (con ocasión del RD 1150/2015, 18 de diciembre)*, en *Aranzadi Digital*, 2015, n. 1.

⁶⁷ De esta manera, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), según la cual «la Seguridad Social solo reconoce el 10% de los contagios por Covid-19 como accidente de trabajo y ninguno como enfermedad profesional» (EUROPA PRESS, [Solo el 10% de casos de Covid se reconocen como accidente de trabajo y ninguno como enfermedad profesional](https://www.europapress.es), en www.europapress.es, 26 abril 2021).

⁶⁸ INSST, *Casos notificados Covid-19 como contingencia profesional. Datos acumulados febrero 2020-enero 2021*, cit.

⁶⁹ Al principio del desarrollo de la pandemia (mayo 2020), la afectación de estos colectivos constituía el 16,5% de los casos totales notificados (en torno a 250.000); en el momento de redactar estas líneas, un 3,6%, si bien sobre un total acumulado de más de 3.200.000. *Cfr.*, respectivamente, ISCIII, CNE, RENAVE, [Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España](#), cit., p. 6, y ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe nº 76. Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir 10 de mayo](#), cit., p. 9.

pandemia, han venido constituyendo en torno al 78% de los casos en dichos colectivos) y, sobre todo, de su incongruencia con el propio criterio de la Administración que, en la información oficial publicada⁷⁰, viene atribuyendo al «ámbito de posible exposición» *laboral* (en general) un volumen acumulado de 116.858 casos, que se compadecen mal con los sólo 11.848 notificados en total, *para todas las ocupaciones y en todas las actividades económicas*, como contingencia profesional⁷¹.

Parece obvia la existencia de un gap demasiado profundo – y generalizado – entre el *posible* carácter laboral de la exposición profesional y su *efectiva* consideración (en fase ya de acreditación por los Servicios de Prevención, ya de notificación o reconocimiento), lo que debería ser objeto inmediato de detenido análisis y comprobación técnica, así como explicación y, en su caso, corrección, por parte de la Administración de la Seguridad Social.

5. Bibliografía

AA.VV., *Prevención de riesgos biológicos y Covid-19*, Bomarzo, 2020

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, [Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el trabajo](#), Fact, 2003, n. 42

DUMAS O., VARRASO R., BOGGS K.M., QUINOT C., ZOCK J.-P., HENNEBERGER P.K., SPEIZER F.E., LE MOUAL N., CAMARGO C.A. JR., [Association of Occupational Exposure to Disinfectants With Incidence of Chronic Obstructive Pulmonary Disease Among US Female Nurses](#), en [jamanetwork.com](#), 18 octubre 2019

EUROPA PRESS, [Solo el 10% de casos de Covid se reconocen como accidente de trabajo y ninguno como enfermedad profesional](#), en [www.europapress.es](#), 26 abril 2021

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK'S TOPIC CENTRE OSH, [Mainstreaming gender into occupational safety and health practice](#), 2014

GEFEN A., OUSEY K., [Update to device-related pressure ulcers: SECURE prevention. COVID-19, face masks and skin damage](#), en [Journal of Wound Care](#), 2020, vol. 29, n. 5, pp. 245-259

ILO, WHO, [COVID-19: Occupational health and safety for health workers. Interim guidance](#), en [www.who.int](#), 2 febrero 2021

⁷⁰ Cfr. ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe nº 76. Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir 10 de mayo](#), cit.

⁷¹ Cfr. INSST, *Casos notificados Covid-19 como contingencia profesional. Datos acumulados febrero 2020-enero 2021*, cit., pp. 6-8.

- INSST, *Casos notificados Covid-19 como contingencia profesional. Datos acumulados febrero 2020-enero 2021*, 2021
- INSST, NTP 907: *Evaluación del riesgo por manipulación manual de pacientes: método MAPO*, 2011
- INSST, NTP 658: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*, 2004
- INSST, NTP 657: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*, 2004
- INSST, NTP 603. *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (I)*, 2003
- INSST, NTP 507: *Acoso sexual en el trabajo*, 2000
- INSST, NTP 177: *La carga física de trabajo: definición y evaluación*, 198(sic)
- ISCIII, [Informes COVID-19](#)
- ISCIII, CNE, [Vigilancia de los excesos de mortalidad por todas las causas. MoMo. Situación a 27 de abril de 2021](#), 2021
- ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe nº 76. Situación de COVID-19 en España. Casos diagnosticados a partir 10 de mayo](#), Informe COVID-19, 28 abril 2021
- ISCIII, CNE, RENAVE, [Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España](#), 29 mayo 2020
- ISCIII, CNE, RENAVE, [Informe sobre la situación de COVID-19 en personal sanitario en España](#), 30 abril 2020
- JACKLITSCH B., WILLIAMS W.J., MUSOLIN K., COCA A., KIM J.-H., TURNER N., [Criteria for a Recommended Standard. Occupational Exposure to Heat and Hot Environments. Revised Criteria 2016](#), DHHS (NIOSH) Publication, 2016, n. 2016-106
- LEGUA RODRIGO M.C., *La Covid-19 como nueva enfermedad profesional en el personal sanitario, tras la Directiva 2020/739 de la Comisión de 3 de junio*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 58, pp.
- MACGIBENY M.A., WASSEF C., *Preventing adverse cutaneous reactions from amplified hygiene practices during the COVID-19 pandemic: how dermatologists can help through anticipatory guidance*, en [link.springer.com](#), 9 mayo 2020
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, AGENDA 2030, *Documento técnico de recomendaciones de actuación desde el sistema público de protección a la infancia y a la adolescencia ante la crisis por COVID-19 (Incluye las recomendaciones para el sistema de atención a menores en conflicto con la ley o Justicia Juvenil)*, 31 marzo 2020
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, AGENDA 2030, [Documento técnico de recomendaciones de actuación de los servicios sociales ante la crisis por COVID-19, en asentamientos segregados y barrios altamente vulnerables](#), 27 marzo 2020

MINISTERIO DE SANIDAD, *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*, 15 febrero 2021

MINISTERIO DE SANIDAD, [Manejo en atención primaria y domiciliaria del COVID 19](#), Documento técnico, 18 junio 2020

MINISTERIO DE SANIDAD, *Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en la comunidad en el contexto del COVID-19*, 10 junio 2020

MINISTERIO DE SANIDAD, [Nota informativa sobre la autorización de proveedores de determinadas sustancias activas](#), 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Directrices de buenas prácticas en el sector de estaciones de servicio. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 29 julio 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Directrices de buenas prácticas en el comercio de alimentación, bebidas y productos de primera necesidad. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 27 junio 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Directrices de buenas prácticas en actividades de gestión y administración. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 27 junio 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Directrices de buenas prácticas en el transporte, reparto y carga/descarga de mercancías. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 27 junio 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Directrices de buenas prácticas en el sector de servicios sociales. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 12 mayo 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, *Directrices de buenas prácticas en las actividades de restauración. Medidas para la prevención de contagios del SARS-CoV-2*, 14 septiembre 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, [Orientaciones ergonómicas para trabajos a distancia con ordenador debido al Covid-19. Recomendaciones para el empresario](#), 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, [Prevención de riesgos psicosociales en situación de trabajo a distancia debida al Covid-19. Recomendaciones para el empleador](#), 2020

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, INSST, [Trabajar en tiempos de COVID-19. Buenas prácticas de intervención psicosocial en centros sanitarios](#), 2020

OIT, *Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2020

OMS, [El género y la COVID-19](#), Documento de apoyo, 14 mayo 2020

OSHA, *Guidance on Preparing Workplaces for COVID-19*, US Department of Labor, 2020, OSHA 3990-03

PANIZO ROBLES J.A., *Una nueva enfermedad profesional en el sistema de la Seguridad Social (con ocasión del RD 1150/2015, 18 de diciembre)*, en *Aranzadi Digital*, 2015, n. 1

TURQUET L., KOISSY-KPEIN S., *COVID-19 and gender: What do we know; what do we need to know?*, en *data.unwomen.org*, 13 abril 2020

UN WOMEN, *COVID-19: emerging gender data and why it matters*, en *data.unwomen.org*, 26 junio 2020

WHO, *Attacks on health care in the context of COVID-19*, en *www.who.int*, 30 julio 2020

WHO, *Strengthening Preparedness for Health Emergencies: Implementation of International Health Regulations (IHR, 2005). Draft resolution proposed by Argentina, Chile, Finland, France, Indonesia, Netherlands, Rwanda, Singapore and Zambia*, Executive Board, 146th session, 8 February 2020, EB146/CONF./17

WHO, *Taking sex and gender into account in emerging infectious disease programme. An analytical framework*, 2011

Web sites

European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA): <https://osha.europa.eu/>

Instituto Nacional de Estadística (INE): <https://www.ine.es/>

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: <https://www.mscbs.gob.es/>

World Health Organization (WHO): <https://www.who.int/>

El nuevo marco de ordenación de las obligaciones empresariales en materia de igualdad entre mujeres y hombres*

Carolina MARTÍNEZ MORENO**

RESUMEN: La normativa sobre igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento. Sin embargo, desde la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 no había experimentado modificación alguna, pese a que el objetivo de la igualdad efectiva está lejos de haberse logrado. El RD-Ley 6/2019 intentó remediar sólo en parte esa situación introduciendo algunos ajustes en ciertos preceptos centrales de la propia Ley Orgánica 3/2007 y del Estatuto de los Trabajadores, señaladamente en materia de planes de igualdad y de igualdad y transparencia retributiva, que en el pasado mes de octubre fueron objeto de desarrollo reglamentario. En este trabajo se pretende analizar y clarificar en lo posible el alcance y contenido de esas dos complejas disposiciones.

Palabras clave: Igualdad, discriminación por razón de sexo, planes de igualdad, brecha salarial, transparencia.

SUMARIO: 1. Preámbulo: los precedentes remotos y cercanos de la nueva normativa reglamentaria sobre igualdad. 2. El reglamento sobre planes de igualdad. 2.1. Empresas y entidades obligadas a implantar planes de igualdad. 2.2. Concepto, contenido y alcance del plan de igualdad. 2.3. La importancia reforzada del diagnóstico. 2.4. Procedimiento de negociación del plan y sujetos intervinientes. 2.5. Las nuevas obligaciones de depósito y registro de los planes. 2.6. Vigencia, seguimiento, evaluación y revisión del plan. 3. El reglamento de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. 3.1. Las nuevas pautas para la valoración de los puestos de trabajo sin sesgos de género. 3.2. El registro salarial. 3.3. Las auditorías retributivas. 3.4. Algunas cuestiones de cierre: transparencia en la negociación colectiva, trabajo a tiempo parcial, tutela judicial y administrativa y participación institucional. 4. Bibliografía.

* El presente texto se enmarca en el proyecto de investigación *Alternativas para UNA Acción Sindical eficaz en el nuevo modelo de empresa*, Ref. RTI2018-093458-B-I00 (www.uniovi.es/aunai).

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo (España).

The New Framework for Ordering Employer Obligations Regarding Equality between Women and Men

ABSTRACT: The regulations on equality between women and men in the workplace have a long tradition in our legal system. However, since the enactment of Organic Act No. 3/2007 it had not undergone any modification, despite the fact that the objective of effective equality is far from having been achieved. Royal Decree-Low No. 6/2019 tried to remedy this situation only in part by introducing some adjustments in certain central precepts of Organic Act No. 3/2007 itself and of the Workers' Statute, notably in terms of equality plans and equality and remuneration transparency, which in the last October they were subject to regulatory development. This paper aims to analyse and clarify as far as possible the scope and content of these two complex provisions.

Key Words: Equality, sex discrimination, equality plans, pay gap, transparency.

1. Preámbulo: los precedentes remotos y cercanos de la nueva normativa reglamentaria sobre igualdad

La igualdad entre individuos es un logro cuya consecución forma parte natural del sentido y alcance que tiene la cláusula de Estado Social contenida en el art. 1.1 de nuestra Constitución, que además se refiere a ella como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y la proclama en su art. 14, comprometiendo a los poderes públicos para que pueda llegar a ser real y efectiva (art. 9.2). Por otro lado, el Derecho del Trabajo lleva en su código genético, y entre los fines que le caracterizan como rama singular y especializada del derecho, tratar de compensar la desigualdad que experimentan las personas en la relación de trabajo asalariado, tutelar sus bienes más preciados – entre ellos, la dignidad, tan conectada con el ideal de la OIT sobre el trabajo decente – y garantizarles una serie de derechos básicos, entre los que sin la menor duda se encuentra la igualdad de trato efectiva y la no discriminación, en el empleo y en las condiciones de trabajo (arts. 4.2.c y 17 ET).

Por su parte, la igualdad entre personas de uno y otro sexo, la erradicación de las desigualdades injustas y de las discriminaciones que las mujeres puedan padecer respecto de los hombres en todos los órdenes de la vida constituye un valor universal. Y, desde luego, ello comprende las que se puedan producir en el ámbito laboral.

En nuestra historia reciente, como es sobradamente conocido, el progreso en este ámbito no ha sido lineal ni constante, y aunque ya en la segunda etapa de la legislación franquista se advierte algún tímido avance al reconocer la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer¹ la posibilidad de que las mujeres celebrasen toda clase de contratos de trabajo y consagrar el principio de igualdad de retribución de los trabajos de igual valor, aún pervivieron normas prohibitivas de ciertos empleos, ocupaciones y profesiones, cuya legitimidad se reitera en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales², o los llamados “salarios femeninos” del sistema ordenancista, salarios porcentualmente inferiores para las mujeres respecto de los que en un mismo puesto percibían los hombres. Desde mi punto de vista, estos precedentes pueden explicar que aún hoy subsistan estereotipos, modelos y patrones culturales, educativos y sociales sesgados, ideas prejuiciosas sobre el valor del trabajo femenino y, en fin, resistencias muy fuertes para que la igualdad entre mujeres y hombres sea un hecho.

¹ En *BOE*, 24 julio 1961, n. 175.

² En *BOE*, 21 abril 1976, n. 96.

Hasta la constitucionalización del principio de igualdad y de los derechos laborales básicos y la asunción por España de compromisos internacionales con la igualdad entre mujeres y hombres que la acompañan en verdad no es posible considerar que se logra eliminar la discriminación formal y directa que sufren las mujeres. A partir de ese momento, ha sido crucial el papel asumido por el Tribunal Constitucional, primero para acabar del todo con aquellas diferencias de trato³, y luego para combatir las discriminaciones indirectas que, por difícil de entender que resulte, siguen estando presentes en nuestra realidad laboral. El siguiente hito trascendental para el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres será el de la integración de España en la Comunidad Europea, cuyo acervo normativo, junto con la interpretación que de su derecho realiza el TJUE constituyen, probablemente, el mayor factor de transformación que ha experimentado nuestro ordenamiento desde la promulgación de la CE.

Algunas normas internas de relevancia en el camino de progreso hacia la igualdad que merece la pena recordar serán la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁴, que otorga carta de naturaleza a los derechos de conciliación, más tarde – decididamente a partir de la STC 3/2007 – elevados a la categoría de derechos constitucionales; la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno⁵ adoptada durante la segunda legislatura encabezada por José María Aznar; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁶, a la que se incorporan normas de trasposición del Derecho de la UE, y en virtud de la cual se integran en nuestra ley las definiciones de discriminación directa e indirecta, se delimitan los acosos discriminatorios y se consagran las acciones positivas; o la no menos trascendental Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷. Pero es casi seguro que la norma de mayor repercusión, el esfuerzo más significativo por introducir un enfoque

³ Por poner sólo algún ejemplo, considerando la inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa sobre la excedencia por matrimonio en la serie de sentencias referidas a la compañía Telefónica (SSTC 7, de 14 de febrero, y 8, 13, 15 y 86/1983; STC 34/1984 y STC 59/1993); o del Decreto de 26 de julio de 1957 sobre la prohibición de ciertos trabajos a las mujeres, a propósito del trabajo en el interior de la mina (SC 229/1992, de 14 de diciembre).

⁴ En *BOE*, 6 noviembre 1999, n. 266.

⁵ En *BOE*, 14 octubre 2003, n. 246.

⁶ En *BOE*, 31 diciembre 2003, n. 313.

⁷ En *BOE*, 29 diciembre 2004, n. 313.

integral, transversal⁸ y finalista de la igualdad de género lo represente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOPI)⁹. Esta ley, que en su día fue muy criticada por su extraña técnica legislativa, por su carácter fuertemente simbólico y por su previsible falta de efectividad práctica, sigue sirviendo, incluso fuera de nuestras fronteras¹⁰, como ejemplo de actuación legislativa correctamente orientada para combatir la desigualdad entre los sexos.

Por lo que al objetivo central de este trabajo respecta – analizar los dos reglamentos de desarrollo de la normativa sobre planes de igualdad e igualdad retributiva –, están ya en la LOPI los primeros peldaños: comenzando por el importante papel que estaba y sigue estando llamada a desempeñar la negociación colectiva; para seguir con el establecimiento de la obligación empresarial de articular medidas de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, en su caso, ordenadas integralmente dentro de un plan de igualdad, que a su vez pasan a formar parte del contenido necesario del propio convenio, junto con las condiciones de adopción de los planes en las empresas legalmente obligadas a ello (art. 85, apartados 1.2 y 2.2, ET y arts. 45 y 46 LOPI).

Pese a todo, es obvio que el resultado de estos dispositivos no ha sido el esperado, y que el impacto real de la obligación legal de adoptar planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores ha sido escaso, como lo es la presencia de empresas de esa dimensión en el tejido empresarial español. Lo que se suma al propio incumplimiento de la obligación por algunas de las compañías que sí alcanzaban ese volumen de plantilla, y a la dificultad de conocer los datos reales globales y proceder a su análisis al no existir hasta ahora obligación de registro oficial de los planes. Y sin embargo, la LOPI no había experimentado modificación ni ajuste alguno hasta que, justo antes del final de la XII legislatura que culmina con una moción de censura que lleva al Gobierno de nuevo al PSOE¹¹, en uno de

⁸ Como expuse en otro lugar, el *mainstreaming* de género (traducido al español como “transversalidad” de género) fue asumido explícitamente por la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas que se celebró en Pekín en 1995. Cfr. E. LOMBARDO, [El mainstreaming. La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea](#), en [Aequalitas](#), 2003, n. 13.

⁹ En BOE, 23 marzo 2007, n. 71.

¹⁰ C. MCCONNELL, S. BRUE, D. MACPHERSON, *Economía Laboral*, McGraw-Hill, 2011, pp. 426 ss., se refieren a la contribución de las leyes a ese objetivo, con alusión expresa al caso norteamericano y a la LOPI española.

¹¹ El agotamiento de ese período legislativo dio lugar a la caducidad de dos iniciativas, la [Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres](#) (en BOCG, 10 noviembre 2017, Serie B, n. 171-1), presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos, En Comú Podem, En Marea, y la [Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de](#)

aquellos “viernes sociales”, se aprueba por el Consejo de Ministros el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹².

Sin ánimo de profundizar ahora en el contenido de esa disposición, que sobrepasa lo que constituye el objeto de esta reflexión, lo primero que es oportuno subrayar es que da la sensación de que en ella se pretende, con cierta comprensible precipitación y sólo de forma parcial y fragmentaria, rescatar algunas de las medidas que de manera más completa se contenían en la ya mencionada iniciativa legislativa del Grupo Parlamentario Socialista sobre igualdad de trato y de oportunidades en materia retributiva¹³, y de un modo más completo, en la [Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#)¹⁴. Esto puede al mismo tiempo ser la razón de algunas de sus deficiencias técnicas¹⁵ y de la difícil comprensión de ciertos pasajes, que obedece asimismo a la propia complejidad de la materia ordenada, y que se va a hacer aún más perceptible en la normativa reglamentaria, en la que se advierte incluso alguna discordancia con la regulación legal introducida por el RD-Ley 6/2019.

En el transcurso de los últimos meses se ha escrito y debatido mucho a propósito de este nuevo marco de ordenación¹⁶. Pero la pretensión de estas páginas que siguen es mucho más modesta, y está guiada, precisamente, por la necesidad que desde el pasado mes de octubre se percibe, sobre todo por las empresas y quienes las asesoran, de proporcionar claridad y certidumbre en torno a las nuevas obligaciones que recaen sobre las primeras. Y, desde

[oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva](#) (en BOCG, 2 marzo 2018, Serie B, n. 214-1), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

¹² En BOE, 7 marzo 2019, n. 57.

¹³ Véase nota 11.

¹⁴ En BOCG, 16 marzo 2018, Serie B, n. 231-1.

¹⁵ Si no estoy en un error, uno de los primeros comentarios críticos por esta razón se atribuye a A. PASTOR MARTÍNEZ, [Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad](#), en [IUSLabor, 2019, n. 1](#).

¹⁶ Sin pretensión de exhaustividad, se incluye una visión muy completa en los diversos estudios que integran la obra B. RODRÍGUEZ SÁNZ DE GALDEANO (dir.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi, 2020, y más centradas en el desarrollo reciente M.Á. GARCÍA PÉREZ, *Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 453, pp. 135 ss.; E. CABERO MORÁN, *La nueva regulación de los planes de igualdad de las empresas: negociación, contenido y registro*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 72, y E. CARRIZOSA PRIETO, [El desarrollo reglamentario de los planes de igualdad](#), en [www.net21.org](#), 27 abril 2021.

luego, por mi propio interés en aclarar mis ideas y mejorar mi conocimiento y comprensión de este complicado conjunto normativo.

2. El reglamento sobre planes de igualdad

Como se recordaba hace un momento, fue la LOPI la que introdujo, junto con la obligación empresarial de arbitrar medidas para corregir las eventuales discriminaciones entre mujeres y hombres, esta novedosa herramienta de planificación. Y que ha sido el RD-Ley 6/2019 el primer y único intento de modificación y renovación de las previsiones en ella contenidas, primeramente, para rebajar progresivamente el umbral de plantilla a partir del cual se hace surgir la obligación legal de negociar y, en su caso, acordar la implantación del plan. En segundo lugar, para ampliar los aspectos a los que tiene que aludir el plan, incluyendo una referencia expresa a las condiciones de trabajo, a las auditorías salariales y a la infrarrepresentación femenina. Y, por último, pero no menos importante, para ordenar como si de un convenio colectivo se tratase su tramitación oficial a los efectos de registro y publicación.

Por su parte, del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (RPI)¹⁷ cabe, por de pronto, destacar el hincapié que hace en la importancia del diagnóstico, el refuerzo del carácter negociado de los planes – que, como luego se dirá, sigue neta y decididamente el modelo y las pautas del Título III del ET –, y la previsión sobre el procedimiento de negociación cuando no hubiere representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa. Veamos a continuación qué interrogantes suscitan todas estas cuestiones.

2.1. Empresas y entidades obligadas a implantar planes de igualdad

Se ha puesto mucho énfasis en la rebaja del número de trabajadores de la plantilla a partir del cual surgirá la obligación de adoptar el correspondiente plan de igualdad, que se sitúa ahora en 50 personas trabajadoras (art. 45.2 LOPI), minoración que, por un lado, amplía considerablemente el espectro de empresas obligadas, pero que, por otro, sigue sin corresponderse con el grueso de las censadas en nuestro país a tenor de los datos disponibles en

¹⁷ En *BOE*, 14 octubre 2010, n. 272.

el Directorio Central de Empresas del INE¹⁸. Se podría pensar que la lógica está en que, al tener que ser el plan un instrumento negociado con la representación de los trabajadores, por debajo de ese umbral no tiene mucho sentido prever su adopción. Sin embargo, ello no resulta congruente con otra de las medidas – la más discutida y polémica, como se verá – que contempla el RPI, sobre el mecanismo de suplencia de ese déficit de representación en empresas sin órganos de participación. Y, bien pensado, tampoco lo es con la genérica obligación que toda empresa tiene de «adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres». Subráyese la exigencia de que las medidas se diseñen previa negociación (arts. 45.1 LOPI y 2.1 RPI). De todos modos, la lectura del nuevo art. 45.2 no debe llevar a conclusiones erróneas, y exige tener también a la vista otro importante dato: que el RD-Ley 6/2019 añade a la LOPI una nueva Disposición Transitoria, la 12ª. En cuya virtud se determina la aplicación no inmediata sino progresiva de la rebaja del umbral de plantilla que obliga a las empresas a disponer de un plan de igualdad, que queda del siguiente modo ordenada en el tiempo: en el plazo de un año desde la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019 (8 marzo de 2019) estarían obligadas las empresas de más de 150 trabajadores, lo que ocurrió en marzo de 2020; en el de dos años, las empresas de más de 100 trabajadores, es decir, desde marzo de este año 2021; y en el plazo de tres años, por fin, resultarán obligadas las empresas de más de 50 trabajadores, lo que no acontecerá hasta marzo de 2022.

El RPI también aclara ahora cómo y cuándo se ha de computar la plantilla de la empresa para saber si tendrá que negociar y adoptar un plan de igualdad (art. 3). Lo primero, integrando en ese cómputo a la totalidad de los trabajadores, de todos sus centros de trabajo¹⁹, con independencia del tipo de contrato; contabilizando, por tanto, también a los fijos discontinuos y a los trabajadores a tiempo parcial, cualquiera que sea el número de horas que desempeñen su actividad; y tomando en consideración a los trabajadores con contratos temporales vigentes en los seis meses anteriores, a razón de una persona más por cada 100 días trabajados o fracción.

Y en cuanto al momento en que habrá de verificarse dicho recuento, se fija, al menos, en dos veces al año, el 30 de junio y el 31 de diciembre (art. 3.2 RPI). La obligación legal de negociar e implantar un plan de igualdad surgirá desde el instante en que se alcance el umbral de referencia; y, una vez constituida la comisión negociadora, se mantendrá aun cuando el número

¹⁸ Vid. INE, [Directorio Central de Empresas](#) (última consulta 27 abril 2021).

¹⁹ También se desprende del art. 2.5 RPI en relación con la consideración de la empresa en su totalidad, y sin perjuicio de que se puedan establecer las peculiaridades oportunas para algún o alguno de sus centros de trabajo.

de personas que conforman la plantilla se reduzca – incluso por debajo del umbral legal – hasta el término de la vigencia del plan o, en su caso, durante cuatro años (art. 3.3 RPI).

Esta es, ciertamente, la novedad más señalada relativa a las empresas obligadas por ley a disponer de un plan de igualdad, puesto que las referencias a las que han de hacerlo por ordenarlo el convenio colectivo aplicable o por imposición de la Autoridad Laboral como sanción sustitutiva de la accesoria derivada del incumplimiento por el empresario de sus deberes en materia de igualdad entre mujeres y hombres o de haber incurrido en discriminaciones por razón de sexo, permanecen como estaban ya antes (art. 45, apartados 3 y 4, LOPI). Pero hay otras cuestiones vidriosas o que podrían suscitar dudas en relación con ciertas entidades que pueden estar o no obligadas, en los mismos o distintos términos, a la implantación de planes de igualdad. Me refiero en concreto a las Administraciones Públicas y a las cooperativas de trabajo asociado.

Empezando por estas últimas, creo que existen las mismas razones para implantar un plan de igualdad que en cualquier otro tipo de empresa, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, máxime cuando el art. 2.2 LOPI dice que «las obligaciones establecidas en esta ley serán de aplicación a toda persona física o jurídica que se encuentre o actúe en territorio español». Y más aún, puesto este tipo de cooperativas se definen como empresas socialmente responsables, y habida cuenta del estatus mixto societario-laboral que los socios mantienen con la entidad, que lleva en ocasiones a la aplicación de normas típica y propiamente laborales, en ausencia de previsión legal en contrario, como es el caso. Tal y como se ha reconocido, por ejemplo, a los efectos del derecho de libertad sindical²⁰.

Argumentos de refuerzo para afirmar que las cooperativas de trabajo asociado deben adoptar medidas de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo se encuentran en el art. 34 de la ya citada Ley 62/2003, que incluye en el ámbito de aplicación de toda la Sección 3ª – Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo – a las actividades por cuenta propia y al ejercicio profesional, y a la participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta. O, por poner un ejemplo significativo de legislación autonómica, en lo dispuesto en la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de cooperativas de Euskadi²¹, según la cual las sociedades cooperativas y sus estructuras asociativas tendrán que procurar la presencia equilibrada de las personas socias en los órganos de que dispongan, así como el establecimiento de

²⁰ Cfr. STS de 8 de mayo de 2019 (Rec. 42/18).

²¹ En BOE, 16 enero 2020, n. 14.

medidas de igualdad de género (art. 32.4); deberán asimismo aportar contribuciones para la educación, formación y promoción de las personas socias y trabajadoras – ambas categorías – para el fomento en las sociedades cooperativas de una política efectiva para avanzar hacia la igualdad de mujeres y hombres (art. 72.f); y consagra, en fin, el principio de igualdad de trabajo y la prohibición de discriminaciones de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y de los socios de trabajo de toda clase de cooperativas en materia de fomento, creación y consolidación de empleo (Disp. Adic. 5ª).

A tal efecto, podrían utilizar los instrumentos de autorregulación propios de las cooperativas y que se usan para regular otras condiciones de trabajo y empleo (estatutos, acuerdos de la asamblea o de los órganos rectores), como prevé el art. 105 de la recién mencionada Ley de cooperativas de Euskadi, y tomando como modelo de método y contenido el RPI.

Desde luego, existirá la obligación legal de implantación del plan de igualdad siempre que la cooperativa cuente, además, con trabajadores asalariados, debiendo aplicarse el criterio de los umbrales de plantilla que establece la normativa vigente. Y, en todo caso, las que no alcancen esa cota podrán implantar el plan de manera voluntaria, y deberán aplicar en su defecto medidas de igualdad.

Un problema añadido en el caso de las cooperativas va a ser, justamente, el del cómputo de la plantilla. Más concretamente, si procede agregar los socios trabajadores a los empleados, cuestión respecto de la que el criterio oficial ha consistido en que los socios no computen, al no mantener una relación laboral, sino societaria, con la entidad cooperativa²². De todas formas, no me parece un criterio convincente, por excesivamente formalista o nominalista; y entiendo, más bien, que sería más correcto y congruente, teniendo en cuenta la similar situación de ambos colectivos con independencia del vínculo que les una a la sociedad cooperativa, considerar la totalidad de las personas que forman parte y colaboran en la misma. En una interpretación sistemática de la normativa aplicable a este tipo de entidades podría servir como pauta lo que prevé la Disp. Ad. Décima de la LPRL, donde, a los efectos de la designación de los delegados de prevención regulados en el art. 35 de la propia ley, en el caso de que no existan asalariados, se remite a lo dispuesto en los Estatutos o se acuerde en Asamblea General; pero cuando además de socios que presten su trabajo existan asalariados, ordena que se computen ambos colectivos,

²² Esta es la respuesta dada desde el Ministerio de Igualdad a la pregunta [*¿Las socias y socios de una cooperativa computan como plantilla a efectos de la obligatoriedad de negociar el plan de igualdad?*](#), en MINISTERIO DE IGUALDAD, [*FAQ*](#) (última consulta 28 abril 2021).

procediéndose a la designación de los delegados de prevención conjuntamente por los socios trabajadores y por los asalariados, o en su caso por los representantes de estos²³.

Por lo que respecta a las Administraciones Públicas, conviene recordar que la CE proclama el sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Y que, además, a esos poderes públicos les corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9, apartados 1 y 2). Faltaría más que no lo hicieran respecto de su propio personal. A ello se sumaría lo dicho hace un momento sobre el ámbito de aplicación de la LOPI aludiendo a toda persona física o jurídica que se encuentre en territorio español (art. 2.2), y que su contenido se extiende tanto al empleo público como al privado (art. 5.5). Como es lógico, a la vista de todo ello, las Administraciones se encuentran vinculadas por las obligaciones legales en materia de igualdad entre personas de distinto sexo. Por otra parte, la LOPI contempla expresamente la obligación del Gobierno de aprobar al inicio de cada legislatura un plan de igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella, remitiendo para la negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos a lo que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración (art. 64 LOPI).

Por tanto, no es dudoso que las Administraciones están obligadas, no sólo a respetar el principio de igualdad de trato y oportunidades – seguramente, con un sentido y alcance ejemplarizantes –, sino también a adoptar medidas y planes de igualdad, que habrá de desarrollarse en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que resulte de aplicación, en los términos previstos en el mismo (Disp. Adic. 7ª, RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP))²⁴. Creo que este mandato, que no resulta del todo claro en su enunciado, no debe interpretarse en el sentido de que el plan deberá formar parte del convenio o acuerdo, sino que estos tendrían que contener previsiones en relación con la elaboración, negociación e implantación de los planes de igualdad.

En suma, parece que este marco normativo presupone que todas las

²³ Información de interés sobre estas cuestiones en COCETA, [Guía para la elaboración de planes de igualdad en las cooperativas de trabajo](#), 2008, COCETA, [Guía para la implantación de Planes de Igualdad en cooperativas de trabajo](#), 2019, y H. RAMÍREZ, [Plan de actuación para garantizar la igualdad en las sociedades cooperativas](#), en [protecciondatos-lopj.com](#), 10 febrero 2021.

²⁴ En BOE, 31 octubre 2015, n. 261.

Administraciones Públicas y organismos de ellas dependientes deberán, pues, disponer de su propio plan de igualdad, que adoptarán conforme a su normativa específica, de acuerdo con los principios generales contenidos en la LOPI, aunque al margen de esta en lo relativo a la dimensión de sus respectivas plantillas y de los sujetos y el procedimiento de negociación. Por concretar un poco más y concluir, esto ha sido entendido en el sentido de que no se aplicará a la Administración lo dispuesto en los arts. 45-49 LOPI ni, en consecuencia, su normativa de desarrollo contenida en el RPI²⁵; y se regirán estrictamente por los criterios genéricos de actuación que, en esta materia, les impone el art. 51 LOPI²⁶, y el ya citado art. 64 y Disp. Adic. 7ª EBEP²⁷.

Para concluir y completar este apartado, las empresas no obligadas por ley, convenio o decisión de la autoridad laboral, podrán elaborar e implantar planes de igualdad voluntariamente, previa consulta con la representación legal de los trabajadores (art. 45.4 LOPI). Tenor que cambia algo en el RPI, que alude a la «consulta o negociación» (art. 2.4), lo que probablemente no ha de suponer un grave inconveniente para la validez de la norma reglamentaria, en la medida en que se trata de una iniciativa voluntaria y, sobre todo, por el empleo de la conjunción disyuntiva “o”, que deja la negociación del plan como una mera posibilidad o alternativa a la mera consulta.

El reglamento, en fin, alude ahora expresamente a los grupos de empresas

²⁵ Aunque la propia norma reglamentaria, al disponer cuál es su ámbito de aplicación, se refiere a «todas las empresas comprendidas en el art. 1.2 ET» (art. 2.1 RPI); y siempre hemos entendido que ello incluía a las Administraciones en su condición de empleadoras en la medida en que ocupan trabajadores en régimen laboral, que coexisten con el personal funcionario.

²⁶ De todos modos, el esquema resultante es similar que para el sector privado, puesto que el art. 51 LOPI considera que es deber de las Administraciones Públicas: a) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional; b) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional; c) fomentar la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional; d) promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración; e) establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo; f) establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo; y g) evaluar periódicamente la efectividad del principio de igualdad en sus respectivos ámbitos de actuación.

²⁷ Vid. MINISTERIO DE IGUALDAD, *¿Qué normativa resulta aplicable a la elaboración de planes de igualdad en el caso de las y los empleados públicos?*, en MINISTERIO DE IGUALDAD, *op. cit.* (última consulta 29 abril 2021).

como posible ámbito de implantación del plan de igualdad, remitiendo a las reglas que al respecto establece el art. 87 ET en materia de legitimación para negociar convenios colectivos de grupo (art. 2.6 RPI). Si bien se exige para que el plan pueda ser único para todo el grupo que se tenga en cuenta la actividad de cada una de las compañías que lo integran, así como el convenio colectivo que respectivamente les resulte de aplicación. ¿Quiere esto decir que si el convenio es el que obliga a adoptar el plan, la empresa comprendida en su ámbito habrá de negociar al margen su plan de igualdad? Con toda probabilidad no. Creo que la interpretación más correcta sería que dicha obligación se considerara cumplida con la aplicación en dicha empresa del plan de grupo. Lo que sí habrá de tenerse muy presente es que – como es bien lógico – el diagnóstico tiene que ser específico de cada entidad; y justificarse la conveniencia de un plan único para varias empresas de un mismo grupo. En su caso, las empresas no incluidas en este, deberán, si reúnen las condiciones que les obliguen a adoptarlo, implantar su propio plan.

2.2. Concepto, contenido y alcance del plan de igualdad

Esta es una cuestión mucho más sencilla de dilucidar, salvo por lo que se refiere a si el diagnóstico ha de formar o no parte del contenido del plan, sobre lo que también ofreceremos la interpretación que parece más plausible.

La normativa define al plan de igualdad, tanto si es obligatorio como si se adopta voluntariamente, como un «conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo» (art. 46.1 LOPI y art. 8.1 RPI). Es, por consiguiente, un instrumento eminentemente finalista, que no se agota en sí mismo, que persigue un propósito, logrado el cual, dejaría de ser necesario. Por lo mismo, si del diagnóstico resultase que no existen en la empresa discriminaciones ni carencias en materia de igualdad por razón de sexo, su implantación sería igualmente innecesaria. De ahí la enorme trascendencia del diagnóstico previo.

En relación con el contenido, habría que distinguir entre la estructura básica del plan y las concretas materias que el mismo debería tratar. Los principales ejes de un plan de igualdad son, por una parte, la fijación de los concretos objetivos, que enlazarán directamente con lo que recoja el diagnóstico; después, las estrategias y prácticas que habrán de adoptarse para corregir las indeseadas desigualdades, la forma en que se pretenden erradicar o

remediar; y luego, las concretas medidas, que no serían sino acciones detalladas a partir de lo anterior. Por último, el plan deberá contener el diseño de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los logros o del grado de consecución de los objetivos fijados.

Por lo que concierne a las concretas materias que un plan debería abordar, en realidad derivan del principio mismo de transversalidad, lo que implica que habrán de abarcar cuantos aspectos de las relaciones de trabajo pueden conllevar un riesgo de discriminación, y respecto de los que en la empresa de que se trate se haya detectado que la igualdad entre mujeres y hombres no es un hecho. Ejemplificativamente, se enumeran las siguientes: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres – con corresponsabilidad – la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 46.2 LOPI). Que no se trata de una enumeración exhaustiva ni completa lo prueba que hay otras muchas cuestiones que podrían, y deberían, aparecer en un plan de igualdad, a la vista – siempre – del resultado del diagnóstico; y que, como luego se dirá, forman parte del contenido del propio diagnóstico. Tales como contratación, sobre todo bajo ciertas modalidades, como el trabajo a tiempo parcial o el fijo discontinuo, frecuente o mayoritariamente feminizadas²⁸; condiciones de trabajo distintas de las salariales y de tiempo, y estas últimas, no sólo para favorecer la conciliación; beneficios accesorios, ayudas y medidas similares (si bien estas habrán de incluirse en las que se diseñen a raíz de la auditoría salarial, como veremos en el apartado correspondiente); presencia equilibrada; imagen, lenguaje y comunicación no sexista; medidas para las víctimas de violencia de género²⁹; y, desde luego, modalidades diversas de la prestación como el trabajo a distancia y el teletrabajo.

²⁸ Sobre el trabajo a tiempo parcial hay ya abundantes datos, informes, jurisprudencia – europea, constitucional y ordinaria – y estudios doctrinales como para no tener que proporcionar más evidencias de ello; pero respecto del trabajo fijo discontinuo resulta de interés lo decidido en la STS de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 2309/17), que, con apoyo en el Auto TJUE de 15 de octubre de 2019, *OH y ER c. Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)*, asuntos C-439/18 y C-472/18, considera que es discriminatorio que para el devengo del complemento de antigüedad de los fijos discontinuos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (art. 67 del IV Convenio Colectivo aplicable a su personal laboral) se computen únicamente los períodos de prestación efectiva de servicios en lugar de la duración de la vinculación a la empresa. Lo cual – esta es la parte que nos interesa ahora – podría constituir también una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser mayoritario el colectivo femenino que desempeña ese tipo de empleos.

²⁹ A esas otras cuestiones no previstas en el art. 46.2 LOPI alude el pasaje final del Anexo contenido en el RPI.

Precisamente respecto de esto último, el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia³⁰ ha clarificado y reforzado los deberes empresariales dirigidos a cuidar que esa forma de prestación de la actividad no pueda dar lugar a perpetuar estereotipos, brechas y discriminaciones contra las mujeres. Y, en concreto, ha enunciado una obligación genérica de no discriminar, directa o indirectamente, particularmente por razón de sexo, a quienes presten servicios a distancia; y establecido las obligaciones específicas de tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia en los planes y medidas de igualdad, y en las que se adopten para prevenir o corregir el acoso sexual, por razón de sexo, discriminatorio y laboral; y también la de proporcionar protección a las víctimas de violencia de género, se entiende, en el contexto del teletrabajo o trabajo a distancia que las expone más a sufrirla³¹ (art. 4, apartados 3, 4 y 5, RD-Ley 28/2020). Al mismo tiempo, en el diseño del acuerdo sobre teletrabajo o sus modificaciones deberá evitarse la perpetuación de roles y estereotipos de género y tenerse en cuenta el fomento de la corresponsabilidad, incluyéndose esas materias en el diagnóstico de situación y, en su caso, tratándose en el plan de igualdad que corresponda adoptar y aplicar en la empresa (art. 8.3.2, RD-Ley 28/2020).

Por otro lado, acorde con la concepción del plan como un producto de la negociación colectiva, apegado como se ha dicho al modelo y las reglas del Título III ET, el reglamento establece un contenido mínimo o necesario, no siempre acomodado a lo que en realidad es un plan de igual ni congruente con el resto de normas que ordenan su conformación. Y así, este deberá incorporar la referencia a las partes que los conciertan; el ámbito personal³², territorial y temporal; un informe diagnóstico de situación, al que enseguida haremos referencia; el resultado de la auditoría retributiva, y vigencia y periodicidad de la misma; definición de objetivos cuantitativos y cualitativos; descripción de las medidas concretas, plazo de ejecución, priorización y delineación de indicadores para el seguimiento y evolución; medios y recursos, materiales y humanos, para la implantación, seguimiento y evaluación; calendario o cronograma; sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica; composición y funcionamiento del órgano paritario

³⁰ En *BOE*, 23 septiembre 2020, n. 253.

³¹ Obviamente, circunscrito a la posibilidad de adoptar medidas de adaptación del trabajo y las circunstancias o condiciones del mismo, puesto que a las facultades y responsabilidad del empresario escapan las que atañen directamente a los comportamientos en el ámbito doméstico.

³² No tiene mucho sentido, habida cuenta que la normativa ya establece con carácter, entiendo que indisponible, que el plan se extienda a la totalidad de las personas que presten servicios en la empresa (art. 10 RPI).

encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica del plan; y procedimiento de modificación. Como es fácil de advertir, la realización de un plan de igualdad ni era ni va a ser una tarea sencilla, al alcance de la empresa media española.

Una última cuestión de interés es la de a quiénes se extiende el plan de igualdad. Como es natural, el plan alcanza a la totalidad de las personas trabajadoras de la empresa. Pero también a las personas cedidas por ETTs, durante los períodos de prestación de servicios en las empresas usuarias (art. 10 RPI). Esta previsión no ha estado exenta de dudas y de cierta polémica. Lo cual es incomprensible, por de pronto, porque la remisión al art. 11.1.4 de la Ley 14/1994, de 1º de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal³³ ya aclararía esa extensión de la aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria a los trabajadores en misión. La lógica de todo ese precepto es garantizar que, durante el tiempo en que los trabajadores de la ETT presten servicios y desarrollen su actividad en el marco organizativo de la cliente disfruten de condiciones esenciales³⁴ similares, o las mismas, que los trabajadores de la propia plantilla de esta última, que de haber sido aquellos contratados directamente por la cliente³⁵. Pero es que el apartado 4 expresamente prevé la aplicación a los trabajadores cedidos de las mismas disposiciones que a los de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de los menores, así como las relativas a la igualdad de trabajo entre mujeres y hombres, y a la aplicación de las mismas disposiciones que se adopten con el fin de combatir las discriminaciones basadas en el sexo, pero también en la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Por supuesto, ello no quiere decir que los trabajadores de la ETT contratados para ser cedidos no deban computarse en la plantilla de la propia ETT – que es su empleadora *ex* art. 1.2 ET, y en cuyo convenio colectivo se encuentran comprendidos³⁶ – a los efectos de determinar si tiene o no la obligación legal de adoptar un plan de igualdad. Ni que ese plan de la propia ETT no les vaya a resultar, por ende, de aplicación.

³³ En *BOE*, 2 junio 1994, n. 131.

³⁴ Entendiendo por esenciales las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos (art. 11.1.2 LETT).

³⁵ En relación con la igualdad retributiva puede verse la reciente STS de 20 de octubre de 2020 (Rec. 110/19).

³⁶ Art. 4.1 del VI Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo (en *BOE*, 28 diciembre 2018).

Sencillamente, es considerar esa relación triangular característica del trabajo en ETTs a los efectos de la aplicación de las medidas de igualdad, las que rijan en su empresa, pero también aquellas que sean pertinentes de las que tenga implantada la usuaria a la que vayan cedidos.

2.3. La importancia reforzada del diagnóstico

Hemos anticipado ya en varias ocasiones que la nueva normativa reglamentaria, entre otras novedades, ha procurado subrayar de manera decidida la relevancia del diagnóstico. Tal vez porque, pese a que la obligación de llevarlo a cabo está en la versión primigenia de la LOPI, no se ha atendido suficientemente al hecho de que no es posible concebir y confeccionar un plan de igualdad serio sin llevar a cabo con anterioridad un análisis en profundidad de cuál es la situación de la empresa en relación con la aplicación del principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Al diagnóstico dedica el RPI el art. 7 y un completo y detallado Anexo con las disposiciones aplicables para su elaboración.

La primera pregunta a la que hay que dar respuesta gira en torno a la noción misma de diagnóstico, a qué es y en qué consiste. Pues bien, el diagnóstico no es otra cosa que un análisis transversal y completo, detallado, preciso y riguroso de la situación en que se encuentra la empresa en relación con el cumplimiento de sus obligaciones de garantía de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y no discriminación por razón del sexo de las personas. Y será el resultado de la toma y recogida de los datos relevantes para alcanzar, a través de indicadores cuantitativos y cualitativos, conclusiones en torno a la existencia y magnitud o dimensión de las desigualdades, diferencias, desventajas, dificultades y obstáculos que existan para el logro de la igualdad efectiva. A partir de las cuales se diseñarán y establecerán las medidas integrantes del plan (art. 7.1 RPI).

Con este objetivo se determina, a su vez, el contenido mínimo del diagnóstico, que deberá referirse al menos a las siguientes materias: a) proceso de selección y contratación; b) clasificación profesional; c) formación; d) promoción profesional; e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres de conformidad con lo establecido en el RD 902/2020, de 13 de octubre, sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres (RIR)³⁷; f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; g) infrarrepresentación femenina; h) retribuciones; i) prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Como se

³⁷ En BOE, 14 octubre 2020, n. 272.

puede apreciar, de un mero cotejo entre el contenido legal del plan y el del diagnóstico se concluye que aquél podrá, y deberá, desbordar lo que estrictamente dice la LOPI.

El propósito de esta regulación es identificar en qué medida la igualdad está integrada en la gestión de la empresa, y en qué modo repercute sobre mujeres y hombres – se entiende, si lo hace igualmente o de manera diferente significativa – la organización de las actividades, los procesos técnicos y productivos, la organización del trabajo y las condiciones en que este se presta, también en relación con la prevención de riesgos, e incluido el trabajo que se realice a distancia, en centros de trabajo ajenos o mediante el empleo de trabajadores cedidos (art. 7.2 RPI).

En cuando al alcance del diagnóstico, el mismo deberá extenderse a todos los niveles jerárquicos de la empresa y a todas las divisiones funcionales del sistema de clasificación profesional, desagregando los correspondientes datos por sexo y grupos, categorías, niveles y puestos, teniendo en cuenta su valoración y consiguiente retribución; y los procesos de selección, contratación, promoción y ascenso. Y atendiendo a los criterios específicos que con exhaustividad se enumeran en el Anexo (art. 7.3 RPI). De detectarse a través del análisis de estos campos infrarrepresentación de uno de los sexos, el plan deberá incluir medidas correctoras, que pueden consistir también en acciones positivas tendentes a la eliminación de la segregación ocupacional, horizontal y vertical, que es uno de los principales factores de la brecha salarial de género (art. 7.4 RPI)³⁸.

No hay espacio aquí para detenerse en el análisis del tan mencionado Anexo, pero sí merece la pena puntar al menos algunos de los principios generales aplicables a la elaboración del diagnóstico. El primero, que la desagregación de los datos e indicadores por sexo debe verificarse en relación con cada una de las materias y aspectos de su contenido. Que este deberá proporcionar la información básica sobre las características de la empresa: historia (tal vez hubiera sido mejor aludir a “trayectoria” o “evolución”), sector, actividad, dimensión, dispersión geográfica, estructura organizativa, atendiendo a las peculiaridades de cada centro; datos referidos a la plantilla, también desagregados por sexo³⁹; órganos de representación, también con referencia a su composición en relación con la de la plantilla total; información sobre publicidad, imagen, comunicación corporativa y

³⁸ Entre otros lugares, me he ocupado de ello por extenso en *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, 2019.

³⁹ Incluyendo distribución por edad, vinculación, tipo de relación laboral, tipo de contratación y jornada, antigüedad, departamento, nivel jerárquico, grupos profesionales, puestos de trabajo y nivel de responsabilidad, nivel de formación, así como su evolución en la promoción en los últimos años.

uso del lenguaje no sexista, tanto en su empleo externo (dirigido a clientes, proveedores, suministradores, etc.) como interno; y, en fin, noticia sobre el propio proceso y metodología empleados para llevar a cabo el diagnóstico mismo⁴⁰.

Lo dice expresamente el Anexo, pero resulta del puro sentido común, que para elaborar correctamente un diagnóstico va a ser preciso – no sólo posible – contar con asesoramiento de personas o entidades con formación y experiencia en igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, pero también en el de la recogida, análisis y valoración de los datos, definición de los indicadores, diseño de las medidas y de los sistemas de evaluación de las mismas. No va a ser fácil que este desafío se afronte internamente en las empresas, contando únicamente con sus propios recursos. Al contrario, esta normativa en su conjunto potencia de manera sobresaliente el papel y el campo de acción de los profesionales expertos y de las empresas o entidades especializadas en consultoría y auditoría. Y aunque es cierto que también es posible la adhesión al servicio puesto en marcha por el Instituto de las Mujeres⁴¹, las empresas que puedan permitírselo recurrirán muy probablemente a aquellos otros cauces de asesoramiento y apoyo técnico. Para concluir este repaso a las características del diagnóstico es preciso introducir alguna aclaración sobre dos puntos en los que la norma no es precisamente clara. Si el diagnóstico forma parte integrante del propio plan, y si existe una obligación de “negociarlo”. Respecto de lo primero, lo que textualmente dice el reglamento es que «un resumen de este análisis y de sus principales conclusiones y propuestas deberá incluirse en un informe que formará parte del plan de igualdad» (art. 7.1.2 RPI). Pese a lo redundante de la redacción – un informe que recogerá un resumen – me parece claro que el diagnóstico no forma en sentido propio parte del contenido del plan, al que ha de preceder. Y que lo que sí debería este incorporar es meramente un informe-resumen de los resultados del diagnóstico. Y ello pese a la confusión que vuelve a crearse en la nueva normativa sobre registro y depósito de convenios – que ahora incluye a los planes – al disponer el contenido de la Hoja estadística⁴², en cuyo apartado 4.5, a propósito del informe de diagnóstico, se da la opción de señalar si lo que se adjunta es el informe de conclusiones o el diagnóstico completo. Parece una cuestión

⁴⁰ Datos analizados, fecha de recogida de información y de realización del diagnóstico, así como una referencia a las personas físicas o jurídicas que han intervenido en su elaboración (la primera tal vez exigiría una manifestación del consentimiento en tal sentido, para procurar preservar debidamente los derechos relativos al tratamiento de datos personales).

⁴¹ *Vid.* MINISTERIO DE IGUALDAD, [Asesoramiento y Ayudas para planes de igualdad](#).

⁴² Anexo 2.V añadido al nuevo RD 713/2010.

baladí o menor, pero no lo es, porque afecta al segundo interrogante que se formulaba hace un momento sobre si hay que negociar el diagnóstico. Las opiniones más convincentes apuntan a que, por la propia naturaleza de este instrumento – una foto fija, completa, clara y fidedigna de la situación de la empresa respecto del cumplimiento con los deberes de respeto a la igualdad y la no discriminación entre mujeres y hombres –, difícilmente es aceptable que pueda ser objeto de un procedimiento transaccional. Dicho de otro modo, que no es admisible que se “cocinen” los datos ni que su análisis quede al albur de un balanceo de intereses contrapuestos. Cosa diferente es que haya de verificarse con transparencia participación de los representantes de los trabajadores, e incluso tratarse en el seno de la comisión negociadora del plan. Sobre esto volveremos, con motivo del análisis del procedimiento de negociación del plan de igualdad y de los sujetos legitimados para intervenir.

2.4. Procedimiento de negociación del plan y sujetos intervinientes

Esquemáticamente expuesto, las fases de implantación del plan de igualdad serían: diagnóstico, elaboración negociada o, en su caso, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, implantación y aplicación real, seguimiento y evaluación, adaptación, modificación, revisión y, llegado el caso, supresión.

Al procedimiento de negociación se dedica específicamente el Capítulo II del RPI (arts. 4-6), que contempla en primer lugar cuál es el plazo para iniciar las negociaciones – insistiendo en que lo serán del plan y también del diagnóstico – por medio de la constitución de la comisión negociadora. Sin perjuicio de que en el convenio de aplicación se puedan disponer otros plazos más breves, las empresas deberán proceder a dicha conformación del órgano de interlocución en los tres meses siguientes al momento en que se hubiere alcanzado el umbral de plantilla que hacer surgir la obligación legal de elaborar e implantar el plan. Por su parte, las empresas que estén obligadas por convenio, se atenderán a lo que este específicamente disponga y, si no, deberán iniciar el proceso en los tres meses siguientes a la publicación del convenio. Por fin, las empresas que hayan sido sancionadas con su adopción, estarán a lo que haya resuelto la Autoridad Laboral (art. 4, apartados 1, 2 y 3, RPI).

En todo caso, el plazo para haber culminado la negociación, aprobación y solicitud de registro del plan de igualdad será como máximo de un año a contar desde el día siguiente al de la fecha en que termine el plazo para constituir la comisión negociadora e iniciar las negociaciones (art. 4.4 RPI).

Y en cuanto a los planes ya existentes en el momento de la entrada en vigor del RPI⁴³ deberán adaptarse a esa normativa en el plazo previsto para su revisión, y como máximo, y previo proceso de negociación, en los doce meses siguientes a dicha fecha, esto es, antes del 14 de enero de 2022⁴⁴.

Por lo que al procedimiento en sí concierne, el modelo, como tantas veces se ha dicho ya, es claramente el del Título III ET, negociar con la representación legal de los trabajadores, insistiendo, por cierto, en que ello afectará también al diagnóstico. Y sin perjuicio de que en convenio pueda disponerse otra cosa. Para ello se constituirá una comisión negociadora – paritaria, dice la norma –, obviamente, integrada también por representantes de la empresa (art. 5.1 RPI). Y en la que, como regla general, la parte social estará representada por el comité de empresa, los delegados de personal o, en su caso, las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité; y que serán las facultadas para negociar si lo acuerdan entre ellas y suman la mayoría necesaria en el órgano de representación unitaria, sea comité o sean delegados. En las empresas con varios centros de trabajo que tengan comité intercentros podrá negociar este órgano si tiene atribuida esa específica competencia. Y en los grupos de empresas se aplicará el art. 87 ET. Al igual que ocurre en la negociación de un convenio colectivo, la designación de los integrantes deberá respetar el principio de proporcionalidad a la representatividad.

Una duda que podría surgir a propósito de este esquema es si el inciso “como regla general” con que se inicia el apartado 2 del art. 5 RPI podría ser interpretado como una posibilidad de abrir paso a otros sistemas de conformación del órgano de interlocución para la negociación del plan. Susceptible de ser admitido como procedimiento válido de negociación, por ejemplo, en empresas que hayan venido negociando sus planes con comisiones integradas de manera paritaria pero sin seguir el patrón del Título III ET. La respuesta no es fácil, y seguramente es negativa, si nos atenemos a lo que parece haber sido la voluntad del ejecutivo al establecer este nuevo marco, como enseguida se dirá.

Otra de las medidas innovadoras que introduce el RPI – y que se ha convertido en el principal escollo para la pacífica aplicación de la norma – es la fórmula arbitrada para la negociación en empresas que no dispongan de órgano de representación de los trabajadores formal y legalmente constituido (art. 5.3 RPI). Supuesto en el cual se ordena la creación de una

⁴³ Que se produce a los tres meses de su publicación en el *BOE*, el 14 de octubre de 2020, esto es, el 14 de enero de 2021 (Disp. Final Tercera RPI).

⁴⁴ Disp. Trans. Única RPI.

comisión negociadora cuya parte social integrarán personas designadas por los sindicatos más representativos o los representativos del sector al que pertenezca la empresa, que hubieran estado legitimados para negociar el convenio. Todos los cuales tendrán derecho a participar, en proporción a su representatividad. Tal vez consciente de las dificultades que este método comporta, el reglamento da por bueno que se constituya válidamente esta comisión sindical cuando la integre la organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días. ¿Y si no responde nadie? La norma guarda silencio.

Antes de analizar otros aspectos más mecánicos o de funcionamiento de la comisión negociadora del plan de igualdad, es preciso hacer un par de consideraciones más en torno a esta concreta delicada cuestión. Es patente que el reglamento trata deliberadamente de evitar el modelo de las comisiones “*ad hoc*” del art. 41.4 ET, respecto de las que, por otro lado, ya se había dicho categóricamente que no estaban habilitadas para la negociación de un convenio colectivo⁴⁵. Por si esto fuera poco, el TS ya había declarado con reiteración que esa misma solución era extensiva a los planes de igualdad, que ni podrán ser negociados fuera del marco propio de la negociación colectiva estatutaria – mucho menos por comisiones conformadas por designación del empresario –, ni impuestos unilateralmente por este último⁴⁶. Lo que me parece una interpretación en exceso rigorista y muy poco proclive a la implantación de los planes – que es una obligación empresarial – cuando resulte por completo imposible lograr un interlocutor o llegar a un acuerdo⁴⁷. Y tal vez incluso contrario al tenor literal de la norma, que en reiteradas ocasiones alude a la obligación empresarial de negociar «y en su caso acordar» con los representantes de los trabajadores las medidas y los planes de igualdad⁴⁸. Me parece que es posible

⁴⁵ Desde la SAN de 17 de febrero de 2014, asunto *Alliance Outsourcing* (Proced. 31/14), pasando por la SAN de 26 de abril de 2018 (Proced. 46/2018) y luego el TS, entre otras muchas anteriores que recoge, en la STS de 28 de junio de 2017 (Rec. 203/16).

⁴⁶ La última vez, por ahora, en la STS de 26 de enero de 2021 (Rec. 50/2020), que remite a las precedentes de 11 de marzo de 2014 (Rec. 77/13), 14 de febrero de 2017 (Rec. 104/16), 9 de mayo de 2017 (Rec. 85/16) y 13 de septiembre de 2018 (Rec. 213/17).

⁴⁷ De hecho, en la STS Rec. 213/17, cit., cierto que a título de ejemplo y como *obiter dicta*, se admite que ante circunstancias excepcionales – como el bloqueo de las negociaciones por la otra parte, la negativa a negociar o la inexistencia de cualquier tipo de representación – la empresa decida unilateralmente y de modo provisional la implantación de un plan de igualdad.

⁴⁸ Art. 45.1 LOPI y Disp. Ad. Cuarta LOPI, relativa al Distintivo de Igualdad, que aún admite el supuesto de plan implantado unilateralmente, cuando dice que se tomará en consideración, a los efectos de la concesión del referido distintivo el hecho de que en la adopción del plan hayan participado los representantes de los trabajadores y el plan se haya

entender que se puede negociar sin llegar a un acuerdo, sin que por ello haya de excluirse terminantemente la posibilidad de implantación del plan negociado pero finalmente no suscrito por la representación legal de los trabajadores de manera unilateral por el empresario. Ahora bien, en la medida en que prevalezca la asimilación total del plan de igualdad a un convenio colectivo esa alternativa interpretativa seguirá sin ser viable.

Una dificultad añadida, como se ha puesto de manifiesto en relación con la regulación de los Ertres Covid⁴⁹, es la que deriva de la capacidad real de las organizaciones sindicales para atender todas las potenciales convocatorias o llamamientos que les pudieran formular las empresas que no dispongan de órgano de representación de los trabajadores para integrar las comisiones de negociación⁵⁰. Que explicaría la regla relativa a la validez de negociar con la organización que responda en el plazo de diez días, a la que se acaba de aludir.

Los inconvenientes prácticos de esta solución han sido igualmente subrayados recordando que las empresas que suelen presentar esa carencia de órgano de participación e interlocución son sobre todo pymes, a las que por lo general resultan de aplicación convenios colectivos sectoriales cuyos negociadores les resultan desconocidos y un poco lejanos. De modo que no es de extrañar que puedan tener reticencias o reparos a la hora de establecer el contacto con esas organizaciones; que tampoco conocerán la realidad concreta de cada empresa. Todo lo cual entraña un obstáculo real y serio para la posibilidad de negociar los planes en ese tipo de entidades, tal y como han puesto de relieve algunos expertos⁵¹.

Por último, es preciso tener en cuenta que el art. 1.1.2 del RD-Ley 6/2019, cuando añadió el apartado 6 al art. 46 LOPI en relación con el desarrollo reglamentario de las previsiones en él contenidas, lo hizo refiriéndose al diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes, y al Registro (constitución, características y condiciones para la inscripción y el acceso): Pero sin alusión alguna al procedimiento de negociación ni a los sujetos protagonistas del mismo. Este posible carácter *ultra vires* del reglamento, que

negociado y, en su caso, acordado. En relación con el diagnóstico, emplea los mismos términos el art. 46.2 LOPI.

⁴⁹ Art. 23.1, RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-19 (en *BOE*, 18 marzo 2020, n. 73).

⁵⁰ Ver el sugerente comentario que al respecto se contiene en P. NIETO ROJAS, [Sobre la comisión para negociar ERTES: ¿podrán los sindicatos atender tanta demanda?](#), en [forodelabos.blogspot.com](#), 22 mayo 2020.

⁵¹ *Vid.* M.Á. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, p. 144.

ya se había apuntado a raíz de la publicación del RPI, constituye la razón fundamental que ha llevado a la CEOE a decidirse a recurrir ante el TS en la vía contencioso-administrativa dicha norma reglamentaria; cuestionando, sobre todo, precisamente, la opción restrictiva en cuanto a la conformación del órgano de negociación. Hay que remontarse a los orígenes del RPI, que es fruto del Acuerdo para el desarrollo de la igualdad efectiva en el trabajo entre hombres y mujeres suscrito por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y los sindicatos CCOO y UGT en julio de 2020⁵², y que la patronal ya en ese momento no respaldó⁵³.

Para las empresas sin representación legal de la plantilla, la norma concluye concretando la composición numérica de la comisión, que será de un máximo de seis miembros por cada parte, que se amplía a un número de trece cuando coexistan en la empresa centros de trabajo con representación y centros sin ella; en cuyo caso la comisión negociadora quedará integrada por los representantes legales de los centros que cuenten con dicha representación y por la comisión sindical a que alude el párrafo anterior del precepto (art. 5.3.2 RPI). La comisión negociadora podrá contar con apoyo y asesoramiento externo especializado, que podrá actuar con voz pero sin voto. Y que, seguramente, aunque la norma se siga refiriendo a los planes negociados en empresas sin representación, habrá que entender referido a cualquier proceso negociador de un plan de igualdad (art. 5.3 RPI). Asimismo, deberá promoverse – en la medida de lo posible – la composición equilibrada entre mujeres y hombres por cada una de las partes de la comisión, así como que sean personas formadas o con experiencia en materia de igualdad en el ámbito laboral (art. 5.4 RPI).

Serán competencias de la comisión negociadora las siguientes: a) la negociación y elaboración del diagnóstico⁵⁴, y de las medidas que integrarán el plan; b) elaboración del informe de resultados del diagnóstico; c) identificación de las medidas prioritarias, a la luz del diagnóstico, su ámbito de aplicación, los medios materiales y humanos necesarios para su implantación, y las personas y órganos responsables, incluyendo un cronograma de actuaciones; d) el impulso de la implantación del plan de igualdad en la empresa; e) la definición de los indicadores de medición y los instrumentos de recogida de datos e información necesarios para realizar el seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de las medidas; f) cuantas otras se le pudieran atribuir legal o convencionalmente, o por

⁵² Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA, *Firmado el Acuerdo por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el trabajo*, en www.lamoncloa.gob.es, 30 julio 2020.

⁵³ Véase E. CARRIZOSA PRIETO, *op. cit.*

⁵⁴ Ya se ha comentado que más bien el diagnóstico, aunque deba de tratarse en el seno de la comisión negociadora, no parece susceptible de negociación, aunque sí de elaboración.

acuerdo de la propia comisión, incluida la remisión del plan a la Autoridad Laboral competente a los efectos de registro, depósito y publicación (art. 6.1 RPI).

De modo un poco extraño, a la comisión negociadora se le atribuyen cometidos tales como las mencionadas competencias de impulso, o acciones de información y sensibilización de la plantilla (art. 6.2 RPI), que no parecen propios de un órgano de negociación, y que requieren un tiempo del que tal vez no disponga la comisión negociadora del plan, sometida, como se ha dicho ya, a un plazo taxativo para la aprobación de aquel. A lo que se suma la posibilidad de dotarse de un reglamento de funcionamiento interno, que también consume tiempo y energía (art. 6.3 RPI).

Constituida la comisión, y a los efectos de la elaboración del diagnóstico, las personas integrantes tendrán derecho a acceder a cuanta documentación e información sea necesaria, y que la empresa tendrá obligación de facilitar en los términos establecidos en el art. 46.2 LOPI (art. 5.7 RPI). Y disfrutarán igualmente de los mismos derechos y obligaciones que quienes intervienen en la negociación de los convenios colectivos, en particular, del deber de sigilo respecto de aquella información que les haya sido facilitada con el carácter de reservada. Ningún documento entregado por la empresa a la comisión podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega (art. 5.8 RPI). La norma se remite, finalmente, en todo lo no previsto expresamente al art. 89 ET.

Como en todo proceso de esta naturaleza rige el deber de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la empresa y de la mayoría de la parte social de la comisión; y la posibilidad de acudir a los procedimientos de solución autónoma de los conflictos, si las partes lo acordaran y previa intervención de la comisión paritaria del convenio, si a la misma se le hubiere atribuido esta específica competencia, cosa que, de momento, se nos antoja casi insólita. El acuerdo se tendrá que formalizar por escrito, y firmar por ambas partes negociadoras para su posterior remisión a la Autoridad Laboral para su tramitación oficial (art. 5.6 RPI). De las reuniones celebradas habrán de levantarse las correspondientes actas, que deberán ser aprobadas y firmadas con manifestaciones de parte, si fuera necesario (art. 5.5 RPI).

2.5. Las nuevas obligaciones de depósito y registro de los planes

El art. 47 LOPI se refiere al deber de transparencia en la implantación de los planes de igualdad, que se articulará mediante el acceso de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de estos últimos

directamente, a la información sobre su contenido y sobre la consecución de sus objetivos. Previsión que no tiene mucho sentido, si han sido los propios representantes los que han negociado el plan y tienen, por consiguiente, atribuida también la competencia de hacer el seguimiento y evaluación de los resultados, siquiera sea indirectamente a través del órgano que al efecto se constituya, como a continuación se explicará (art. 9.5 RPI). Y ello sin perjuicio de las acciones que en ese orden puedan llevar a cabo – respecto de «dos acuerdos sobre planes de igualdad»⁵⁵ – las comisiones paritarias de los convenios colectivos que tengan atribuida esta competencia.

Pero sin duda una de las más aplaudidas previsiones de la nueva normativa sobre los planes es la que concierne a la recién estrenada obligación de registro y publicación oficial. Era un clamor entre las personas que se dedican al estudio de esta materia el poder sortear las dificultades derivadas de la imposibilidad de acceder a los planes de igualdad implantados en las empresas, ahora por fin superadas al facilitarse la consulta automatizada. A ordenar esta cuestión se dedica el Capítulo VI del reglamento (arts. 11 y 12), y la Disp. Adic. Primera RPI, que una vez más adoptan como principio rector y como instrumento de soporte técnico el propio de los convenios colectivos, modificando a tal efecto el RD 713/2010 (Disp. Final 1ª)⁵⁶.

Más allá de las cuestiones estrictamente técnicas y organizativas, resulta de interés la distinción que, a los efectos de registro y asignación de código, se lleva a cabo entre los planes negociados y los “acordados”, que de nuevo avala la tesis que aquí se sostiene sobre la posibilidad de planes que hayan concluido y sido implantados sin acuerdo. Y entre los planes de carácter obligatorio y los adoptados voluntariamente. El hecho de que el plan haya sido negociado o acordado podrá tener repercusiones también en orden al otorgamiento del distintivo “Igualdad en la empresa” (Disp. Adic. Cuarta RPI).

El plazo para solicitar la tramitación oficial del plan, que se llevará a cabo por medios telemáticos, será el de los quince días siguientes a la firma, y deberá hacerse cargo de ella la persona que se designe en el seno de la comisión negociadora, acompañando las actas de las sesiones celebradas (incluida, lógicamente, la de constitución de la comisión), la referencia a las partes que lo suscriben y sus respectivas firmas. Una de las tareas más arduas que va a corresponder a la comisión negociadora del plan – la

⁵⁵ No se entiende bien si el entrecomillado está aludiendo a los acuerdos adoptados en el proceso de elaboración del plan, a las concretas acciones de aplicación del mismo, o a cualesquiera actuaciones relacionadas con él.

⁵⁶ Se requerirá a su vez la adaptación de los registros autonómicos (art. 11.2 RPI).

empresa sí es esta la que lo presenta⁵⁷ – es la de cumplimentar la Hoja Estadística que ha de adjuntarse también (nuevo Anexo 2.V, RD 713/2010). Un documento extenso, prolijo y detallado, que describe todos los pormenores del proceso de elaboración del plan y de su contenido, y los del diagnóstico, y que va a requerir conocimientos especializados, y esfuerzo y dedicación considerables.

Es una lástima que el depósito de las medidas de igualdad – acordadas o no – y, sobre todo, el de los protocolos para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo sea sólo voluntario (art. 12 RPI). Salvo cuando estos últimos se hayan de incorporar al propio plan de igualdad.

2.6. Vigencia, seguimiento, evaluación y revisión del plan

Acorde con la naturaleza instrumental y finalista de un plan de igualdad y también con su tratamiento análogo al de un convenio, se trata de un dispositivo claramente dinámico, como tal sometido a un análisis y seguimiento permanentes, a evaluaciones periódicas, y susceptible de revisión, ajuste y modificación en cuanto se advierta la necesidad de ello, como veremos enseguida.

El período de vigencia o de duración de los planes será el que las propias partes determinen. Aunque la norma establece un límite a la duración máxima de cuatro años (art. 9.1 RPI). Seguramente la intención al establecer ese tope es procurar que la aplicación del plan no se estanque ni el plan se marchite en un cajón. Pero ya se están dejando escuchar algunas opiniones críticas y manifestaciones de preocupación e inquietud por parte de las empresas que ya venían integrando en su gestión la igualdad entre mujeres y hombres con proyecciones en el tiempo necesariamente más prolongadas, y que ahora se preguntan qué ocurrirá con esa planificación que llevan años haciendo de sus políticas internas. Una solución que se me ocurre es, aplicando por cierto las reglas sobre la vigencia en el tiempo de los convenios colectivos – aunque es verdad que la mayor parte de las mismas son disponibles y que no existe una previsión semejante sobre límite del tiempo de vigencia⁵⁸ –, la posibilidad de que las partes negociadoras dispusieran la prórroga automática del plan transcurrido ese tiempo máximo, que en absoluto excluye la posibilidad de adaptación, ajuste o modificación, que quedaría siempre abierta; o que esa prórroga se pactase

⁵⁷ Previsión que carece de sentido si no se comprende como la posibilidad de que la empresa implante el plan por su propia cuenta.

⁵⁸ Estudié a fondo esa materia en *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Francis Lefebvre, 2015.

de manera sobrevenida, antes o durante el transcurso de la renegociación del plan, de manera indefinida hasta un nuevo acuerdo o por un tiempo cierto, al estilo de una cláusula sobre ultraactividad. Solución que ha admitido la SAN de 15 de diciembre de 2020 (Proced. 183/2020), aunque referida a un plan anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa contenida en el RPI.

Sobre la revisión de los planes dice el reglamento que, sin perjuicio de los plazos que se puedan estipular de manera específica – recuérdese que parte del contenido del plan es el cronograma para la aplicación y evaluación de las distintas medidas –, los planes deberán revisarse en todo caso cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias (art. 9.2 RPI): a) cuando lo impongan los resultados del seguimiento y evaluación; b) cuando se ponga de manifiesto su falta de adecuación a los requisitos legales y reglamentarios, o su insuficiencia como resultado de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; c) en supuestos de fusión, absorción, transmisión o modificación del estatus jurídico de la empresa; d) ante cualquier incidencia que modifique de manera sustancial la plantilla, los métodos de trabajo, organización o sistemas retributivos, u otras situaciones analizadas en el diagnóstico de situación que haya servido de base para su negociación, incluidas las inaplicaciones de convenio y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; e) cuando una resolución judicial condene a la empresa por discriminación directa o indirecta por razón de sexo o determine la falta de adecuación del plan de igualdad a los requisitos legales o reglamentarios. Esto último es cuestionable en relación con el primer inciso pues el que exista una práctica o conducta discriminatoria por la que la empresa pueda ser condenada no significa necesariamente que el plan esté mal confeccionado. Puede ser, sencillamente, que no se esté aplicando o no lo esté haciendo de manera correcta y cabal.

Lo siguiente que dispone el reglamento es de todo punto lógico, pues la necesaria revisión o adaptación del plan y de las medidas que este integra, no es que comporte la actualización del diagnóstico (art. 9.3 RPI), es que aquella surgirá, justamente, de la variación de la realidad, de la situación o de las circunstancias de la empresa, lo que presupone la de los datos e indicadores del diagnóstico.

Y, en fin, al igual que ocurre con el convenio colectivo, las medidas del plan podrán revisarse en cualquier momento a lo largo de su vigencia con el fin de añadir, reorientar, mejorar, corregir, intensificar, atenuar o incluso dejar de aplicar o suprimir alguna medida, todo ello en función de los efectos que se vayan apreciando en relación con la consecución de los objetivos trazados (art. 9.4 RPI).

Para la labor de seguimiento y evaluación está previsto que se constituya una comisión u órgano de vigilancia paritario, con la composición y atribuciones que las partes decidan y hayan hecho constar en el propio plan; y que, en la medida de lo posible, procurará la presencia equilibrada entre mujeres y hombres (art. 9.5 RPI). Las labores de seguimiento y evaluación de las medidas deberán realizarse de forma periódica, conforme al calendario de actuaciones ya estipulado o, en su caso, a lo previsto en el reglamento que regule la composición y funciones de la comisión antes aludida (art. 9.6 RPI)⁵⁹. De todos modos, al menos tendrá que verificarse una evaluación intermedia – en el ecuador de la vigencia del plan – y otra final; o siempre que lo acuerde la comisión de seguimiento.

El reglamento completa sus previsiones con referencia a las medidas de apoyo que los dos ministerios adoptarán para que las empresas elaboren y apliquen medidas y planes de igualdad (Disp. Adic. Segunda y Tercera RPI); la asistencia y acciones formativas que desarrollará o impulsará la Secretaría de Estado de Igualdad y Contra la Violencia de Género a través del Instituto de las Mujeres, y con la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. La confección de Guías, Manuales y Protocolos de Buenas Prácticas, con el fin, entre otros, de superar los estereotipos de género en la contratación y promoción, en especial entre el personal de recursos humanos (Disp. Adic. Tercera RPI). Desde luego, toda ayuda será poca para lograr poner en marcha y de forma operativa este dispositivo de complejidad inédita hasta el momento.

3. El reglamento de igualdad retributiva entre mujeres y hombres

Me suele gustar, para ilustrar y explicar el problema de la desigualdad retributiva entre mujeres y hombres⁶⁰, recurrir a una cita literal de un pronunciamiento del Tribunal Supremo – de entre los muchos que hay en la materia – que se contiene en la STS de 11 de mayo de 2016 (Rec.3245/14), caso *Merkal Calzados*, que dice así:

⁵⁹ No puedo remediar en insistir en el afán reglamentista de toda esta normativa. Que puede llegar a ser contraproducente, por el tiempo que exige la elaboración de una norma así, y por encorsetar luego la propia actuación del órgano paritario para el seguimiento del plan.

⁶⁰ Me he ocupado en varias ocasiones de analizar la llamada brecha salarial de género: en *La incomprensible pero persistente brecha salarial entre mujeres y hombres*, en AA.VV., *Liber Amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, 2016, *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, cit., y *Brecha salarial y discriminación laboral por razón de sexo*, en M. ACALE SÁNCHEZ (dir.), *Brecha de género y universidad: dos realidades que se retroalimentan*, Bomarzo, 2020, pp. 23 ss.

el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto con la desigualdad retributiva, con que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

Desde que la UE aprobase la [Recomendación de 7 de marzo de 2014 de la Comisión Europea sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia](#), el camino hacia ese objetivo – crucial para combatir la brecha salarial de género – ha sido lento, incompleto y no del todo satisfactorio. Hasta el punto de que Bruselas ya tiene preparada y en trámite otra iniciativa similar pero reforzada que la Comisión ya ha presentado y remitirá seguidamente al Parlamento y al Consejo para su adopción⁶¹. Sea como fuere, a raíz de la primera de estas iniciativas, algunos países como Islandia, Alemania⁶², Reino Unido o Portugal comenzaron a adoptar normativas de transparencia salarial de muy diverso contenido y alcance. Línea de acción que España sigue unos años más tarde al promulgar el tantas veces citado RD-Ley 6/2019, que actúa en la concreta esfera de la igualdad salarial modificando los arts. 9 (al que añade un apartado 3), 22.3 y 28 ET⁶³ y cuyo desarrollo reglamentario se produce mediante el RIR, que entró en vigor el pasado 14 de abril de 2021⁶⁴.

Antes de analizar o comentar esta nueva normativa merece la pena

⁶¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Transparencia retributiva: a igual trabajo, igual retribución*, en [ec.europa.eu](#), 4 marzo 2021.

⁶² El modelo islandés de transparencia se articula a través de auditorías con publicidad y fuertes sanciones pecuniarias en el [Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men, No. 10/2008](#); mientras que el alemán, mucho más laxo, se basa en el derecho a la información individualizada, con un pobre balance sobre el porcentaje de empleados que hacía uso de ella (vid. JOSE, *Informe: Ley alemana de igualdad salarial de género tiene poco efecto*, en [destinoalemania.com](#), 10 julio 2019).

⁶³ Tanto la adición que se hace al art. 9 ET en materia de nulidad del contrato, como la del art. 28 ET para establecer una presunción de existencia de la brecha salarial resultan cuando menos extrañas. La primera, según la cual «en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor» (art. 9.3 ET), porque es insólito que se pueda detectar una cláusula semejante en un contrato de trabajo; y la segunda, presumir que hay brecha en las empresas de más de 50 trabajadores cuando el promedio entre los salarios de trabajadores de uno y otro sexo tenga una diferencia de más del 25%, porque es una barbaridad, y porque, por si fuera poco, se permite la prueba en contrario justificando la diferencia en el registro salarial. Ya manifesté mis críticas a estas dos novedades en *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, cit.

⁶⁴ Disp. Final Cuarta RIR, que la establecía a los seis meses de la publicación en el BOE, el 14 de octubre.

reflexionar sobre qué implica la transparencia y cuál es su razón de ser y su finalidad. Quienes consideran que la brecha salarial es una falacia, un error estadístico o una manipulación ideológica y sectaria, y esgrimen como prueba de ello que las empresas aplican los convenios y que los convenios no discriminan, desconocen un par de cosas sobre las que las instituciones mundiales y los estudios especializados se ocupan de arrojar luz. La primera, que los salarios que se perciben efectivamente con frecuencia no son sólo los que establece el convenio, suponiendo que este se cumpla estrictamente. Que existen numerosos conceptos y percepciones estipulados en la empresa o que el empresario reconoce y abona discrecionalmente. Y la segunda, que en los convenios colectivos aún se perpetúan pautas y criterios sesgados conforme a los que se atribuye menor valor a los puestos feminizados, aunque esto sea casi igual de difícil de detectar que la existencia de retribuciones individuales al margen de las que fija el convenio. Ninguno de estos dos factores de desigualdad salarial son susceptibles de contrarrestar o erradicar sin transparencia, sin la información significativa necesaria sobre el valor que se atribuye al trabajo y sobre los salarios realmente abonados y percibidos por las personas que trabajan en una empresa. Y eso es justamente lo que persiguen los instrumentos diseñados por el RIR (art. 3 y Cap. III; arts. 5-9): el registro salarial, las auditorías retributivas, la transparencia en la valoración de los puestos de trabajo en la negociación colectiva y el fortalecimiento de los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores.

3.1. Las nuevas pautas para la valoración de los puestos de trabajo sin sesgos de género

Una de las variables que inciden en la discriminación salarial por razón de sexo es la minusvaloración del trabajo desempeñado por las mujeres, anomalía que se arrastra históricamente, de la que es máximo exponente el llamado “salario femenino” del sistema ordenancista del período franquista, al que ya hemos hecho referencia al principio⁶⁵. Y de la que da cuenta abundantemente la jurisprudencia del TJUE y la doctrina constitucional española, esta última, particularmente clara en relación con la sobrevaloración del esfuerzo físico o muscular⁶⁶. Lo que de modo resumido

⁶⁵ Del que di cuenta en *La regulación del salario: un ensayo bibliográfico*, en *Tribuna Social*, 1998, n. 87, pp. 104-128.

⁶⁶ STJUE de 1º de julio de 1986, *Gisela Rummel c. Dato-Druck GmbH*, asunto 237/85, y STJUE de 27 de octubre de 1993, *Dr. Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority y Secretary of State for Health*, asunto C-127/92; STC 145/1991, caso *Hospital Gregorio Marañón*;

vienen a constatar los casos analizados en estos pronunciamientos es que existe una tendencia a que en la estructuración jerarquizada de los sistemas de clasificación profesional se primen características del trabajo presentes en mayor medida en tareas realizadas por hombres o en condiciones que afectan más a los puestos masculinizados; y al contrario. Y esto, aun siendo difícil de identificar, sigue presente en la regulación que de estas materias se contiene en los convenios colectivos.

La verdad es que no es nada sencillo saber cómo se atribuye valor al trabajo, con lo que la máxima de igualdad salarial por trabajo de “igual valor” – que ya estaba en la mencionada Ley 56/1961, en la normativa internacional y en el art. 28 ET desde la modificación por la Ley 11/1994⁶⁷ – ha seguido siendo un bonito enunciado sin demasiada traducción práctica. Para tratar de remediarlo, el RD-Ley 6/2019 dio nueva redacción al propio art. 28.1 ET, primero, para asumir una concepción amplia de retribución, como la que rige en el Derecho de la UE⁶⁸, que comprende toda aquella que se satisfaga, directa o indirectamente, y que incluye las percepciones extrasalariales; e impone la ausencia de discriminación en cualquiera de los elementos, componentes o condiciones de la remuneración. Y después, para intentar aclarar que el “igual valor” implica la equivalencia de la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas (en los puestos de trabajo que se comparen); las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio; y los factores estrictamente relacionados con su desempeño y con las condiciones laborales en las que las actividades se lleven a cabo.

Con un afán aún más clarificador, el reglamento precisa que por naturaleza de las funciones o tareas encomendadas habrá que entender el contenido efectivo de la actividad desempeñada y el contenido esencial de la prestación laboral; que las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas serán las correspondientes a cualificaciones regladas relacionadas con la actividad⁶⁹, incluidas la experiencia y formación no reglada conectada con la actividad, y que las condiciones laborales y los factores relacionados con su desempeño serán otros distintos de los

STC 58/1994, caso *Puig*; STC 147/1995, caso *Gomaytex*, y STC 250/2000, caso *Manipulado y Envasado de Agridos de Murcia*.

⁶⁷ Como nos recuerdan M. LÓPEZ BALAGUER, E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La discriminación retributiva por razón de sexo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 431, p. 57.

⁶⁸ La comprensión expansiva del alcance del concepto “retribución” es la que sigue el TJUE. *Cfr.*, por todos, J. CABEZA PEREIRO, *La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica*, en *Las Harremanak*, 2012, n. 25, pp. 79 ss.

⁶⁹ Conforme a la Clasificación Nacional de Ed. (CNED-2014), basada en la Clasificación Internacional Normalizada de la UNESCO (CINE-2011 o ISCED-2011).

anteriores, pero siempre que sean relevantes para el desenvolvimiento del trabajo. Entre otros, y con carácter no exhaustivo – en la línea de la doctrina constitucional sobre el esfuerzo físico antes mencionada⁷⁰ –, la penosidad y dificultad; las posturas forzadas; los movimientos repetitivos; la destreza y minuciosidad; el aislamiento; la responsabilidad económica y relacionada con el bienestar de las personas; la polivalencia o definición extensa de obligaciones; las habilidades sociales, y las de cuidado y atención a las personas; la capacidad de resolución de conflictos y la de organización (art. 4, apartados 2 y 3, RIR).

Y siempre que todos ellos se atengan, a su vez, a los principios o criterios de adecuación (los factores relevantes para la valoración tendrán que estar relacionados con la actividad); totalidad (valoración de todas aquellas condiciones y características que concurran en el puesto de trabajo y no sólo alguna); objetividad (claridad y neutralidad de los criterios tomados en consideración para la atribución de valor al trabajo y fijación de su retribución; *cfr.* art. 4.4 RIR). Pese a todo, aún se anuncia un ulterior desarrollo del procedimiento de valoración de puestos de trabajo por medio de una Orden Ministerial a propuesta conjunta de ambos Ministerios, el de Trabajo y Economía Social y el de Igualdad, que habrá de aprobarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del RIR⁷¹.

Por otra parte, el art. 28.1 ET y su desarrollo reglamentario han de interpretarse necesariamente a la luz de lo dispuesto en el nuevo art. 22.3 ET, al que el RD-Ley 6/2019 también proporcionó una nueva formulación, según la cual «la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres». No es que el resultado sea un dechado de claridad, pero me parece que, de nuevo, lo que requiere enjuiciar si un sistema de clasificación profesional es acorde con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo es verificar una operación similar a la que lleva a cabo el TC en las ya referidas sentencias sobre el esfuerzo físico – extrapolable a cualquier otro factor o criterio⁷² –, y cruzar datos entre la

⁷⁰ Que impone valorar factores relevantes y los que en conjunto confluyan, no sólo uno; y no si está caracterizado sexualmente, esto es, es atribuible a uno de los sexos o predominantemente a uno, en cuyo caso, no será un factor o criterio neutro.

⁷¹ Disp. Final Primera RIR.

⁷² Y que sigue teniendo validez y utilidad, como prueban la STS de 17 de septiembre de 2020 (Rec. 4742/19), que, aunque no entre en el fondo por falta de contradicción, vuelve a versar sobre la posible existencia de discriminación por el distinto tratamiento salarial que se otorga – salario por hora de trabajo – a las envasadoras fijas discontinuas y no fijas

estratificación de los grupos o niveles profesionales, los criterios tenidos en cuenta para atribuir valor a cada puesto de trabajo, y la retribución asignada en las tablas salariales a cada uno de ellos.

3.2. El registro salarial

El art. 28.2 ET incluye, tras el RD-Ley 6/2019, una nueva obligación empresarial consistente en llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y desglosados por grupos, categorías o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Al que podrán tener acceso las personas trabajadoras a través de sus representantes legales. Y cuya finalidad es garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones de manera fiel y actualizada, y el adecuado acceso a la información retributiva de las empresas, mediante la elaboración documentada de los datos promediados y desglosados (art. 5.1 RIR). Pero también en este punto el RIR ha sido mucho más detallado y preciso, incluso yendo más allá de lo que la norma legal indicaba. Sin que, al menos que se sepa, por el momento haya dado lugar a cuestionamiento alguno de su legalidad.

Un primer rasgo distintivo de la norma es que, pese a que su ámbito de aplicación dice circunscribirse a «las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», considera que el registro debe realizarse en todas las empresas y alcanzar a las retribuciones de toda la plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos (art. 5.1 RIR)⁷³. Por su parte, las Administraciones Públicas cumplirán con esta obligación de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica (Disp. Adic. Cuarta RIR)⁷⁴.

En cuanto al contenido del registro, el mismo deberá incluir, desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana⁷⁵ de lo realmente percibido por

respecto del que la empresa abona a los mozos. Y la STS de 4 de marzo de 2021 (Rec. 130/19), sobre impugnación del convenio colectivo provincial del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco, que aunque también acaba dirimiendo un asunto procesal y no la cuestión de fondo, enjuiciaba en origen un problema relativo a la ordenación de los puestos de trabajo y al acceso de mujeres a los que implicasen la realización de tareas de carga y descarga.

⁷³ Que no son relaciones laborales reguladas en el ET.

⁷⁴ Vid. MINISTERIO DE IGUALDAD, *¿Qué normativa resulta aplicable a la elaboración de planes de igualdad en el caso de las y los empleados públicos?*, cit.

⁷⁵ La media es la media aritmética de un conjunto de valores; mientras que la mediana es el valor intermedio de una escala o serie (cfr. ESTADÍSTICAMENTE, *Definición y diferencias entre Media y Mediana*, en estadisticamente.com (última consulta 21 noviembre 2020)).

cada uno de los conceptos – salario base, complementos y percepciones extrasalariales – en cada grupo profesional, categoría, nivel, puesto o cualquiera que sea la división funcional empleada en el sistema de clasificación profesional aplicable (art. 5.2 RIR). Los representantes de los trabajadores deberán ser consultados con una antelación mínima de diez días a la elaboración o modificación del registro, además de tener derecho a acceder a él (art. 5, apartados 3 y 6, RIR); y, en general, de ser informados en relación con la aplicación por la empresa del principio de igualdad entre mujeres y hombres (art. 64, apartados 3 y 7.a ET)⁷⁶.

El acceso a la información contenida en el registro por parte de los trabajadores a título individual se llevará a cabo por medio de la representación legal; y si esta no existiera, podrá accederse a ella de manera directa, si bien no será completa, y se limitará a las diferencias porcentuales de las retribuciones promediadas de mujeres y hombres, también desagregadas o desglosadas en función de la naturaleza de la retribución y del sistema de clasificación aplicable (art. 5.3 RIR). Esta consulta directa no está prevista en la norma legal.

Por lo que al período temporal de referencia del registro se refiere, con carácter general será el del año natural, sin perjuicio de las modificaciones que fuesen necesarias en caso de alteración de cualquiera de los elementos que lo integran (art. 5.4 RIR). Y el soporte documental podrá tener el formato oficial establecido en las páginas web del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad (art. 5.5 RIR)⁷⁷.

Por último, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías retributivas el registro deberá reflejar, además, las medias aritméticas y medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, desagregados por sexo y desglosados por conceptos; y la justificación, en su caso, de la existencia de diferencias retributivas entre mujeres y hombres superiores al 25%, umbral a partir del cual, conforme se dispone en el art. 28.3 ET, se presume la existencia de la brecha (art. 6 RIR).

No quiero terminar, no obstante, sin apuntar una dificultad o inconveniente que puede plantear el registro salarial, sobre todo en las pequeñas empresas, en orden a la protección de los datos personales, en las que conocer esa información podría permitir la identificación de personas concretas. Por ejemplo, cuando sólo haya un trabajador en el grupo, categoría o puesto; o cuando sean dos, un hombre y una mujer, o sólo haya una trabajadora

⁷⁶ Modificado al efecto por el RD-Ley 6/2019.

⁷⁷ Información sobre la “herramienta”, consistente en un fichero Microsoft Excel® en la web del Instituto de las Mujeres (MINISTERIO DE IGUALDAD, [Herramienta de Registro Retributivo. Guía de uso](#), 2021).

femenina entre varones⁷⁸. En tal caso, el empresario no estará obligado a proporcionar los datos salariales, puesto que esa aquella información individualizada o personalizada no pueden tener acceso ni los representantes ni, aún menos, los trabajadores, habiendo de buscar la fórmula para poder cumplir la obligación de transparencia eliminando riesgos⁷⁹.

3.3. Las auditorías retributivas

La verdadera novedad del reglamento es la introducción como uno de los instrumentos de transparencia de las auditorías retributivas (arts. 7 y 8 RIR), que, por cierto, no estaban contempladas en el RD-Ley 6/2019, aunque sí las apuntaba la mencionada Recomendación de la Comisión Europea de 2014. Y que justamente por su carácter innovador suscitó enseguida numerosas dudas e incertidumbres. Para empezar, sobre la propia idea o noción.

La auditoría es un sistema de recogida de los datos e información necesarios para comprobar de manera completa cómo es el sistema retributivo de la empresa, y si la aplicación del mismo puede estar provocando diferencias retributivas discriminatorias entre mujeres y hombres. Para, a partir de ahí, poder definir las acciones precisas capaces de corregir y prevenir los obstáculos y dificultades que pudieran existir para el logro de la igualdad salarial entre personas de uno y otro sexo (art. 7.1 RIR).

Ahora bien, mientras que el registro es un deber que se impone a todas las empresas, la realización de auditorías salariales alcanza únicamente a las empresas obligadas a la implantación de un plan de igualdad, y, por tanto, con la misma cadencia temporal que se aplica la rebaja progresiva del umbral de plantilla a partir del que surge la obligación legal⁸⁰.

El contenido de la auditoría salarial empieza también por el diagnóstico, que deberá comprender, en primer lugar, la evaluación de puesto de trabajo, y si esta ha sido realizada atendiendo a los criterios y parámetros que ya se han analizado, incluyendo la materia referida a la promoción interna en la empresa (art. 8.2 RIR). Cuestión esta última que, como es bien sabido, ocasiona con frecuencia la aparición del célebre “techo de cristal”, sobre

⁷⁸ Véase S. GARCÍA CAMPÁ, *El registro salarial o retributivo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 455, pp. 79 ss.; ver también J.Á. LÓPEZ PALOMO, *Aclaraciones y dudas sobre la aplicación práctica del RD 902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres*, en , 31 octubre 2020.

⁷⁹ STSJ Cataluña de 22 de junio de 2020 (Rec. 677/2020).

⁸⁰ Disposición Transitoria 12ª LOPI para los propios Planes (Disp. Transitoria Única RIR).

todo cuando los sistemas de ascenso y promoción no están reglados, dependen únicamente de la discrecionalidad empresarial y carecen por completo de transparencia⁸¹. Lo que constituye uno de los grandes escollos para la igualdad entre mujeres y hombres. Pero el diagnóstico habrá de valorar asimismo otros factores, como los relativos al diseño y uso de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa; las decisiones también discrecionales en materia de movilidad; o las exigencias de disponibilidad no justificadas que puedan obstaculizar la promoción, entre otros que puedan detectarse (art. 8.1 RIR).

Tras el diagnóstico vendrá la delineación del correspondiente plan de actuación para corregir las desigualdades y remover los obstáculos para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; que incluirá los objetivos, las estrategias y las medidas concretas; el cronograma para su aplicación; y las personas responsables de su implantación, seguimiento y evaluación (art. 8.1.b RIR). Se trata, en definitiva, de una parte significativa del plan de igualdad, al que la auditoría salarial deberá quedar incorporada, y que tendrá la misma vigencia temporal, si bien no es descartable – puesto que el propio plan lo permite – establecer períodos de duración más cortos (art. 7.2 RIR).

Para terminar, el reglamento prevé que las empresas cuenten con apoyo institucional para realizar las auditorías, que pretende proporcionarse a través de una Guía técnica elaborada por el Instituto de las Mujeres con la colaboración de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (Disp. Adic. Tercera RIR).

3.4. Algunas cuestiones de cierre: transparencia en la negociación colectiva, trabajo a tiempo parcial, tutela judicial y administrativa y participación institucional

De un modo un tanto redundante, el reglamento se refiere a la transparencia en la negociación colectiva para insistir en realidad en lo ya dicho sobre la valoración de puestos de trabajo que debe trasladarse a los sistemas de clasificación profesional regulados en convenio (art. 9 RIR). Aunque tal vez sí tenga utilidad como llamada de atención a los integrantes de las mesas negociadoras con el fin de que se aseguren de que se respetan los criterios ya mencionados de adecuación, totalidad y objetividad de los factores y

⁸¹ Exponente de lo cual es la STS de 8 de julio de 2011 (Rec. 133/10), caso *El Corte Inglés*, que tacha de discriminatorio un sistema de ascensos por libre designación, mediante cooptación del inmediato superior jerárquico – casi siempre un hombre – y, es cita textual, «sin publicidad y con secretismo».

variables utilizados para dar contenido a dichos sistemas.

Se recuerda también – con un valor más retórico que otra cosa – que las personas que presten servicios a tiempo parcial han de ser objeto de un trato igual en relación con los trabajadores a tiempo completo; sin perjuicio de que se aplique al mismo tiempo el principio de proporcionalidad, cuando lo exija la finalidad o naturaleza de la retribución. Y con garantía de que ello no repercuta negativamente en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado (art. 11 RIR). Cuando en verdad debería ser al revés: que maternidad y parcialidad no repercutan negativamente en los derechos retributivos ni de ningún otro orden de las mujeres trabajadoras. Se subraya asimismo el sentido finalista de la información retributiva o de su falta, incardinada en el posible o más factible y eficiente ejercicio de las acciones administrativas y jurisdiccionales oportunas (art. 10 RIR).

Y, por fin, se refuerza una vez más la participación institucional con el fin de fomentar la formación, la sensibilización y la información para contribuir con ello a la superación de los estereotipos y sesgos de género, integrando la llamada “perspectiva de género” en las empresas; y difundir el conocimiento y la instrucción, especialmente, entre el personal directivo y responsable de recursos humanos. Anunciándose la publicación de Guías y Códigos de Buenas Prácticas para los negociadores de los convenios y planes de igualdad en materias como la contratación, la promoción y la valoración de puestos de trabajo, así como la celebración de reuniones semestrales entre organizaciones más representativas y responsables de los dos Ministerios, en su caso, a través del Instituto de las Mujeres, para analizar la aplicación del RIR y la efectividad de la lucha contra la brecha salarial (Disp. Adic. Primera y Segunda RIR).

A modo de reflexión final, que ya he tenido la oportunidad de hacer en otras ocasiones⁸². Ni con todo este intrincado dispositivo ni toda la ayuda que pueda provenir de los poderes públicos será fácil avanzar en la erradicación de la discriminación laboral por razón de sexo. Primero, por la propia dificultad de comprensión, asimilación y puesta en práctica de todos los instrumentos y herramientas que se diseñan en esta normativa. Y segundo, porque, con todo, la misma se concentra sólo en algunos de los muchos factores que contribuyen a esa discriminación. Falta mucho por hacer, por ejemplo, en relación con el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación. Es clave que los hombres se involucren⁸³. O en la erradicación de las repercusiones negativas de la maternidad o de la

⁸² La última en *Brecha salarial y discriminación laboral por razón de sexo*, cit., p. 52.

⁸³ C. GOLDIN, *Understanding the Gender Gap. An Economic History of American Women*, Oxford University Press, 1992.

parcialidad. Y no sólo en el plano normativo o legislativo, en el de la negociación colectiva, y en el de la acción política. También en el de la educación y la cultura de las personas y de las organizaciones. Hace falta el empuje de todo el cuerpo social, y el convencimiento de todos de que las empresas que practican la igualdad son más competitivas, productivas y rentables⁸⁴. Y las sociedades, más justas.

4. Bibliografía

BALLESTER PASTOR M.A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, 2018

CABERO MORÁN E., *La nueva regulación de los planes de igualdad de las empresas: negociación, contenido y registro*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 72, pp.

CABEZA PEREIRO J., [La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica](#), en [Lan Harremanak](#), 2012, n. 25, pp. 79-98

CARRIZOSA PRIETO E., [El desarrollo reglamentario de los planes de igualdad](#), en [www.net21.org](#), 27 abril 2021

COCETA, [Guía para la implantación de Planes de Igualdad en cooperativas de trabajo](#), 2019

COCETA, [Guía para la elaboración de planes de igualdad en las cooperativas de trabajo](#), 2008

COMISIÓN EUROPEA, *Transparencia retributiva: a igual trabajo, igual retribución*, en [ec.europa.eu](#), 4 marzo 2021

ESTADÍSTICAMENTE, *Definición y diferencias entre Media y Mediana*, en [estadisticamente.com](#) (última consulta 21 noviembre 2020)

GARCÍA CAMPÁ S., *El registro salarial o retributivo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 455, pp. 79-115

GARCÍA PÉREZ M.Á., *Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 453, pp. 135-154

GOBIERNO DE ESPAÑA, [Firmado el Acuerdo por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el trabajo](#), en [www.lamoncloa.gob.es](#), 30 julio 2020

GOLDIN C., *Understanding the Gender Gap. An Economic History of American Women*, Oxford University Press, 1992

INE, [Directorio Central de Empresas](#) (última consulta: 27 abril 2021)

⁸⁴ E. MCGAUGHEY, *Behavioural Economics and Labour Law*, LSE Law, Society and Economy Working Paper, 2014, n. 20.

- JOSE, *Informe: Ley alemana de igualdad salarial de género tiene poco efecto*, en destinoalemania.com, 10 julio 2019
- LOMBARDO E., *El mainstreaming. La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea*, en *Aequalitas*, 2003, n. 13, pp. 6-11
- LÓPEZ BALAGUER M., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E., *La discriminación retributiva por razón de sexo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 431, pp. 41-74
- LÓPEZ PALOMO J.Á., *Aclaraciones y dudas sobre la aplicación práctica del RD 902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres*, en , 31 octubre 2020
- MARTÍNEZ MORENO C., *Brecha salarial y discriminación laboral por razón de sexo*, en M. ACALE SÁNCHEZ (dir.), *Brecha de género y universidad: dos realidades que se retroalimentan*, Bomarzo, 2020
- MARTÍNEZ MORENO C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, 2019
- MARTÍNEZ MORENO C., *La incomprensible pero persistente brecha salarial entre mujeres y hombres*, en AA.VV., *Liber Amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, 2016
- MARTÍNEZ MORENO C., *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Francis Lefebvre, 2015
- MARTÍNEZ MORENO C., *La regulación del salario: un ensayo bibliográfico*, en *Tribuna Social*, 1998, n. 87, pp. 104-128
- MCCONNELL C., BRUE S., MACPHERSON D., *Economía Laboral*, McGraw-Hill, 2011
- MCGAUGHEY E., *Behavioural Economics and Labour Law*, LSE Law, Society and Economy Working Paper, 2014, n. 20
- MINISTERIO DE IGUALDAD, *Herramienta de Registro Retributivo. Guía de uso*, 2021
- MINISTERIO DE IGUALDAD, *¿Qué normativa resulta aplicable a la elaboración de planes de igualdad en el caso de las y los empleados públicos?*, en MINISTERIO DE IGUALDAD, *FAQ* (última consulta 29 abril 2021)
- MINISTERIO DE IGUALDAD, *¿Las socias y socios de una cooperativa computan como plantilla a efectos de la obligatoriedad de negociar el plan de igualdad?*, en MINISTERIO DE IGUALDAD, *FAQ* (última consulta 28 abril 2021)
- MINISTERIO DE IGUALDAD, *Asesoramiento y Ayudas para planes de igualdad*
- NIETO ROJAS P., *Sobre la comisión para negociar ERTES: ¿podrán los sindicatos atender tanta demanda?*, en forodelabos.blogspot.com, 22 mayo 2020
- PASTOR MARTÍNEZ A., *Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres*

[y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad](#), en *IUSLabor*, 2019, n. 1, pp. 187-209

RAMÍREZ H., [Plan de actuación para garantizar la igualdad en las sociedades cooperativas](#), en *protecciondatos-lopj.com*, 10 febrero 2021

RODRÍGUEZ SÁNZ DE GALDEANO B. (dir.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi, 2020

Normativa

[Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men, No. 10/2008](#)

[Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#), en *BOCG*, 16 marzo 2018, Serie B, n. 231-1

[Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva](#), en *BOCG*, 2 marzo 2018, Serie B, n. 214-1

[Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres](#), en *BOCG*, 10 noviembre 2017, Serie B, n. 171-1

[Recomendación de 7 de marzo de 2014 de la Comisión Europea sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia](#)

Web sites

Proyecto *AUNAS – Alternativas para UNa Acción Sindical eficaz en el nuevo modelo de empresa*: <https://www.unioviedo.es/aunas/>

El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad

Santiago GARCÍA CAMPÁ*
Asunción VENTURA FRANCH**

RESUMEN: El artículo estudia de forma teórica el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la Ley Orgánica 3/2007 y analiza su desarrollo práctico en el RD-Ley 6/2019. La primera norma representa un antes y un después en el ordenamiento jurídico español contra la discriminación de las mujeres. A diferencia de la Constitución Española, introduce un reconocimiento explícito de que mujeres y hombres son iguales en dignidad humana, en derechos y deberes, en la medida que todavía persiste un sistema subdiscriminatorio. Cuando ambos textos legales se analizan con esta aproximación teórico-jurídica puede apreciarse que, además de la clásica prohibición de discriminación tanto directa como indirecta por razón de sexo, también incluyen estrategias e instrumentos legales, como las acciones positivas y, especialmente, la corresponsabilidad, que emplean el género como nueva categoría de análisis jurídico. El examen comparado de estas dos estrategias con los Tratados Internacionales y el Derecho Comunitario confirma los avances logrados en el Derecho español hacia un nuevo concepto de igualdad, sobre todo tras la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor y del permiso para el cuidado del lactante, iguales e intransferibles, en el RD-Ley 6/2019.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, mujeres, sexo, género, sujetos, Constitución, ley, derecho del trabajo, acciones positivas, corresponsabilidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El nuevo derecho a la igualdad de mujeres y hombres: sujetos, contenido y efectividad. 3. El género como nueva categoría de análisis jurídico-laboral de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 4. La tensión entre la prohibición de

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Jaume I (España).

** Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universitat Jaume I (España).

Agradecemos a Ana Gasch Roqueta, becaria de colaboración del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por su minuciosa revisión formal del artículo según las normas de estilo de la *Revista*.

discriminación por razón de sexo en la Constitución Española y la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la LOI y en el RD-Ley 6/2019. 5. Las innovaciones de la LOI en comparación con la normativa internacional y europea. 5.1. La obligatoriedad de los poderes públicos de adoptar acciones positivas en favor de las mujeres. 5.2. La corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

The New Concept of Effective Equality of Women and Men in the Spanish Legal System. Its Application in Labour Law through Affirmative Actions and Co-responsibility

ABSTRACT: The paper studies the right to effective equality of men and women in Organic Act No. 3/2007 theoretically and its practical development in Royal Decree-Law No. 6/2019, too. The first norm represents a before and after in the in the Spanish legal system on discrimination against women. Unlike the Spanish Constitution, it introduces an explicit recognition that women and men are equal in human dignity, in rights and duties, to the extent that a subordinate system still persists. When both legal texts are analysed with this theoretical-legal approach, it can be seen that, in addition to the classic prohibition of discrimination, both direct and indirect, on the basis of sex, they also include legal strategies and instruments which uses gender as a new category of legal analysis, such as positive actions and, especially, co-responsibility. The comparative examination of these two strategies with International Treaties and Community Law confirms the progress made in Spanish Law towards a new concept of equality, especially after the regulation of the suspension of work contract for birth and care of minors and the permission for infant care, equal and non-transferable, in Royal Decree-Law No. 6/2019.

Key Words: Equality, discrimination, women, sex, gender, subjects, Constitution, law, labour law, affirmative actions, co-responsibility.

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto mostrar los presupuestos teóricos del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sancionado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOI), y estudiar su aplicación práctica en el ámbito laboral tras la aprobación del RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

En un momento en que las reivindicaciones feministas han adquirido una presencia sobresaliente en el terreno jurídico, de forma singularmente intensa en las propuestas para enjuiciar con perspectiva de género o para incorporar en los textos constitucionales el ámbito de los cuidados, parece adecuado conocer las oportunidades que puede ofrecer la interpretación y aplicación del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres hasta que tales iniciativas se materialicen.

Frente a la mayoría de contribuciones doctrinales en España, que analizan el contenido de la LOI tomando los textos internacionales y europeos, así como los arts. 9.2 y 14 de la Constitución Española (CE), como límites absolutos a la hora de interpretar y aplicar su contenido, esta contribución está mucho más atenta a los presupuestos teórico-jurídicos sobre los que la LOI se asienta, la realidad social que ha justificado su aprobación, los términos concretos que se manejan en su articulado, la lógica que permite explicar los parámetros de su regulación, la sistematicidad que adopta la distribución de sus contenidos y la finalidad principal que se persigue con este texto legislativo: hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres (art. 1.1 LOI), especialmente en el ámbito laboral (art. 5 LOI). Es decir, en este trabajo se aplican todos y cada uno de los parámetros válidos para interpretar las normas legales (art. 3.3, Código Civil, y art. 4 LOI), sin contravenir en ningún momento las obligaciones derivadas de los tratados internacionales y la normativa comunitaria aplicable en España, pero tampoco con sujeción a ellas como máximos infranqueables sino, al contrario, como disposiciones cuya tutela puede mejorarse en la medida de lo posible – pero en toda esa medida – en el plano legislativo, como, según intentará razonarse, es el caso de la LOI y el RD-Ley 6/2019.

Con esta finalidad, el presente artículo se divide en dos partes bien diferenciadas, aunque estrechamente relacionadas. La primera es de carácter fundamentalmente teórico y está desarrollada en los §§ 2 y 3. La segunda es de tipo dogmático y se despliega en los §§ 4 y 5.

Los interrogantes básicos que guiarán este estudio son cuatro. Mientras los dos primeros se tratan en la parte teórica, los dos siguientes se examinan en la analítica:

- desde el punto de vista teórico, ¿qué teoría jurídica explica mejor la enunciación permanente de dos sujetos, las mujeres y los hombres, en la LOI, particularmente a la hora de expresar su título, su objeto y, sobre todo, los principios de igualdad de trato y de presencia equilibrada?
- en medio de un panorama terminológico y, especialmente, conceptual cada vez más confuso entre las categorías de igualdad, sexo, género y discriminación, ¿qué relación establece la LOI entre ellas, cuál es la mejor manera de comprenderla y qué consecuencias prácticas pueden desprenderse a la hora de interpretar y aplicar su contenido?
- pasando a la segunda parte del artículo, ¿el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres representa algo diferente al derecho a no ser discriminado por razón de sexo? Para responder esta pregunta se analizará la regulación jurídica tanto de los sujetos implicados en la discriminación sexual como del carácter que se atribuye a este tipo de discriminación, con la finalidad de discernir si se trata de una discriminación contingente y abstracta para cualquier sexo o, en cambio, estructural y material contra las mujeres;
- en último lugar, ¿qué consecuencias prácticas pueden deducirse de las respuestas que se formulen a estos tres interrogantes cuando las acciones positivas y la corresponsabilidad se interpretan y aplican en el campo laboral, en tanto estrategias del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres?

Cada uno de estos interrogantes será examinado de manera consecutiva a lo largo del artículo. Así, en el § 2 se aborda el tratamiento de mujeres y hombres en la LOI como dos sujetos de derecho y sus implicaciones inmediatas en el momento de prohibir la discriminación por razón de maternidad, asunción de obligaciones familiares y estado civil, en cuanto propician oportunidades para discriminar a las mujeres, especialmente en el trabajo. En el § 3 se reflexiona, de la mano de la teoría jurídica feminista y, en particular, de la que postula un derecho anti(subor)discriminatorio, sobre el sistema sexo/género como mediación que torna las diferencias entre mujeres y hombres en desigualdades materiales para las primeras, el género como magnitud de su desigualdad – y, en consecuencia, una categoría de análisis jurídico-laboral imprescindible – y la razón de su existencia: cierto sistema de dominación sexual o subordiscriminatorio; todo ello teniendo en cuenta en qué medida se corresponde esta relación con los conceptos empleados en la LOI. En el § 4 se muestra la tensión entre el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres inserto en la LOI y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo protegido por el art. 14 CE, al menos si se examinan en cada caso los sujetos implicados, el grado de admisión de excepciones, las implicaciones en el modelo de Estado

social y democrático, la naturaleza de la discriminación vedada, su grado de imperatividad para la actuación de los poderes públicos y el tratamiento del principio de igualdad de oportunidades. En el § 5 se analizan dos estrategias laborales para la igualdad efectiva, las acciones positivas y la corresponsabilidad, que, en comparación con su regulación en la normativa internacional y europea, intensifican la tutela antidiscriminatoria en el ordenamiento laboral español. Mientras que las acciones positivas están reguladas en unos términos completamente distintos de las habilitaciones procedentes de los textos internacionales y europeos sobre la materia, la corresponsabilidad condiciona el ejercicio los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de una forma novedosa. Si en el caso de las acciones positivas todavía está pendiente una aplicación de la LOI en sus justos términos, en materia de corresponsabilidad se ha perfeccionado tras la reforma legal de ciertos permisos laborales para conciliar vida familiar y profesional efectuada por el RD-Ley 6/2019. Finalmente, en el § 6 se formulan las principales conclusiones que se desprenden del estudio efectuado a lo largo del artículo.

2. El nuevo derecho a la igualdad de mujeres y hombres: sujetos, contenido y efectividad

Como ha razonado Amorós Puente¹, si el principio de igualdad forma parte de la cultura de la Ilustración, sólo a partir de la radicalización de sus postulados se ha aplicado también a las mujeres como sujeto de derechos. Cuando esta concepción, que constituye una de las principales aportaciones de la teoría feminista², se proyecta al ámbito del Derecho provoca inevitablemente dos resultados: por un lado, el cuestionamiento del sujeto interiorizado en las normas, en la medida que responde a uno falsamente universal que coincide únicamente con ciertos hombres³; y, por otro lado, la urgencia de completar esta dimensión subjetiva con las mujeres para que sea legítima su condición de ciudadanas⁴. La aplicación de esta teoría al

¹ Cfr. C. AMORÓS PUENTE, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, 1997.

² Vid. A. DE MIGUEL ÁLVAREZ, C. AMORÓS PUENTE (coords.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Minerva, 2005.

³ Cfr. C. AMORÓS PUENTE, *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Cátedra, 2005.

⁴ La impugnación de la universalidad del sujeto de la ilustración efectuada por Amorós Puente ha generado un buen número de contribuciones en España, procedentes fundamentalmente de quienes integran la Red Feminista de Derecho Constitucional, que

estudio de la subjetividad jurídica produce un tercer resultado directamente vinculado con el derecho antidiscriminatorio: si la dimensión subjetiva de las normas es parcial, su contenido no puede conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres porque, en la medida que están condicionadas por la desigualdad que subyace en una dimensión subjetiva configurada en tales términos, no hay manera de que puedan garantizarla, limitándose a corregir la desigualdad que marca el punto de partida.

Esta crítica incluye la totalidad de instrumentos jurídicos, también los internacionales y europeos, pues siguen la tradición jurídica de los Estados a la hora de tomar como referencia un falso sujeto universal que, en realidad, se corresponde con un modelo masculino, heterosexual, blanco y propietario o con recursos⁵. Sus disposiciones proporcionan como máximo normas que prohíben la discriminación de las mujeres (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, o Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea) o que las protegen de la violencia ejercida contra ellas (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Convenio de Estambul), pero en absoluto normas que garanticen la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trata de una tarea todavía lejana en cualquiera de los ámbitos jurídicos a los que hemos hecho referencia⁶.

Solo si las mujeres son reconocidas expresamente como un sujeto en

cuestionan abiertamente la inclusión de las mujeres en el sujeto interiorizado en los textos constitucionales, entre ellos también la Constitución Española. *Cfr.* M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, 2005; M.M. ESQUEMBRE VALDÉS, *Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva*, en *CORTS*, 2011, n. 23; A.I. MARRADES PUIG, J. SEVILLA MERINO, M.L. CALERO, O. SALAZAR BENÍTEZ, *El lenguaje jurídico con perspectiva de género. Algunas reflexiones para la reforma constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, 2019, n. 105; C. TORRES DÍAZ, *La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género: la necesidad de un marco jurídico conceptual/despatriarcalizador inserto en el texto constitucional*, en *Themis – Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 2013, n. 13; C. TORRES DÍAZ, *Las mujeres como sujeto constituyente. La crisis de los 40 ante la reforma constitucional*, en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*, 2019, n. 64; J. SEVILLA MERINO, *Derechos, Constitución y lenguaje*, en *CORTS*, 2018, n. 31; J. SEVILLA MERINO, A. VENTURA FRANCH, *El sexo del Estado*, en A.M. PORTAL NIETO (ed.), *Mujeres, derecho, participación política y empleo*, Fondo Social Europeo, Universitat Jaume I, 1998; A. VENTURA FRANCH, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer, 1999.

⁵ T. PITCH, *Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, vol. 44.

⁶ I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, 2017; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Aranzadi, 2018; B. RODRÍGUEZ RUIZ, *Género y Constitución. Mujeres y varones en el orden constitucional español*, Juruà, 2017.

igualdad de derechos y obligaciones que los hombres, puede redimensionarse el terreno jurídico para, por un lado, ampliar sus márgenes a ciertas esferas previamente excluidas – en tanto femeninas (p.ej., los cuidados)⁷ – y, como consecuencia de ello, disolver o, al menos, difuminar la división público/privado que está en la base de cualquier regulación legal⁸, tal y como ha sucedido con el Derecho del trabajo en el Estado social. Sin una reconceptualización de tal sujeto que reconozca su manifestación como mujeres y hombres, homologue sus diferencias y las equipare en el reconocimiento y el ejercicio de derechos y obligaciones, resulta imposible garantizar su igualdad efectiva en el ámbito laboral⁹.

Sólo bajo estas premisas puede comprenderse adecuadamente la tarea que la LOI intenta llevar a cabo en su Título I, en sus arts. 1 y 3 y, como manifestación más intensa, en su DA Primera – que define el principio de presencia o composición equilibrada – y en las disposiciones que lo aplican en las listas electorales (DA Segunda), en los órganos selectivos y de valoración de las Administraciones Públicas (art. 53), etc.

En efecto, desde esta óptica puede apreciarse mejor que el título de la LOI es completamente intencionado cuando abandona la referencia a la igualdad efectiva *entre* mujeres y hombres para referirse a la igualdad efectiva *de* mujeres y hombres. El cambio en la preposición no es anecdótico, sino totalmente coherente con la concepción del sujeto de derecho procedente de la teoría jurídica feminista¹⁰. Se reconoce la existencia de dos sujetos, las mujeres y los hombres, que deben ser iguales, sin repartir *entre* ellos la titularidad de derechos y obligaciones, sino reconociendo a cada uno de ellos los derechos y obligaciones a que tal equiparación debe dar lugar (p.ej., en el trabajo, en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, en la salud, en la protección social, en la representación colectiva, etc.). Es importante subrayar que no se trata de dividir derechos y obligaciones entre ambos sujetos – lo que, de paso, denota su tenencia por uno de los dos y la operación de ceder cierta parte al otro –, sino de reconocer su igualdad y, a partir de ella, dotarla de efectividad en la ley (art. 1 LOI) y en la aplicación de la ley (art. 4 LOI) mediante ciertas estrategias (prohibición de

⁷ A.I. MARRADES PUIG, *Los nuevos derechos sociales. El derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, 2016, n. 97; B. RODRÍGUEZ RUIZ, *Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía*, en *Revista de Estudios Políticos*, 2010, n. 149.

⁸ M.M. ESQUEMBRE VALDÉS, *Género y ciudadanía, mujeres y Constitución*, en *Feminismo/s*, 2006, 8.

⁹ J. SEVILLA MERINO, A. VENTURA FRANCH, *Estado, derecho y estudios de género*, en *Feminismo/s*, 2003, n. 1; J. SEVILLA MERINO, A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ, *La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2007, n. 67.

¹⁰ C. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, 1995.

discriminación (art. 6), acciones positivas (art. 11), transversalidad (art. 15), corresponsabilidad (art. 44), presencia equilibrada (DA Primera), instrumentos (planes estratégicos (art. 17), informes de evaluación (art. 18), informes de impacto de género (art. 19), estadísticas desagregadas (art. 20), planes de igualdad en empresas (art. 45), protocolos de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo (art. 62)) y ámbitos de actuación (salud, empleo, negociación colectiva, conciliación, ocupación, empleo público, etc. (arts. 42-68)).

En esta misma línea puede interpretarse el art. 1.1 LOI, según el cual las mujeres y los hombres, como son iguales en dignidad humana, también deben serlo en derechos y obligaciones, tanto en los términos de su tratamiento legal como en las oportunidades con que deben disponer para ejercitarlos si la igualdad en el trato no es suficiente para garantizar que sea efectiva. Esta es ni más ni menos su finalidad: que mujeres y hombres, una vez tratados como iguales – no de modo idéntico¹¹ – a la hora de reconocer derechos y obligaciones, cuenten también con las mismas oportunidades para su ejercicio y su cumplimiento.

Una vez sancionada legalmente la equiparación de mujeres y hombres, la LOI tiene muy en cuenta que, como de estos dos sujetos son las mujeres las que sufren discriminación por el hecho de serlo – especialmente por la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 3 LOI) –, el reconocimiento de su derecho a la igualdad efectiva debe contribuir a la finalización de las discriminaciones contra ellas. Si la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil se enuncian como causas de discriminación directa en el art. 3 LOI es porque también son una consecuencia necesaria si se toma en consideración el sujeto (falsamente universal) que ha servido de parámetro para definir la relación de igualdad. Como estas tres circunstancias eran propias del sujeto excluido de la norma, se han convertido en *oportunidades para la discriminación contra las mujeres* que, por tal motivo, deben ser expresamente enumeradas en el art. 3 LOI. Si la norma prohíbe la discriminación por razón de sexo – y lo es directamente el trato desfavorable como consecuencia de la maternidad, la familia y el matrimonio – es porque son circunstancias que siguen vinculadas con las mujeres y siguen provocando su discriminación. Los arts. 1 y 3 LOI lo que subrayan es que «la discriminación por razón de sexo la comparten las mujeres»¹².

Los tres factores enunciados para prohibir la discriminación sexual también presuponen que es uno de los dos sujetos enunciados en la norma quien se

¹¹ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, 2005.

¹² C. MACKINNON, *op. cit.*, p. 433.

encuentra en situación o posición de discriminar si acontece cualquiera de ellos. Como *solo quien discrimina puede hacerlo*, la discriminación sexual está precedida de una relación de poder que permite definir quiénes son sus sujetos activo y pasivo, la acción o el trato que la materializa y el resultado desfavorable o perjudicial para quien la padece. El sujeto en posición de poder es quien convierte las diferencias de mujeres y hombres en desigualdades y quien aplica una diferencia de trato no justificada mediante la discriminación. Solo en la medida que la norma rechaza la discriminación y obliga a la igualdad efectiva, está prohibiendo al sujeto dominante que pueda discriminar, porque parte de la base de la desigualdad de origen y de su posición de dominio. Así, la discriminación puede definirse básicamente como *la desigualdad en acción*. La prohibición de discriminación contra las mujeres se convierte entonces en la prueba de cargo contra la igualdad formal entre mujeres y hombres – la separación entre ley y vida de la que habla MacKinnon –, en la medida que pone en evidencia que la desigualdad persiste.

El razonamiento anterior sobre el art. 3 LOI permite apreciar además que la prohibición de discriminación no garantiza la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sino que anula, limita o corrige la desigualdad de las mujeres, pues impide que las causas por las que se discrimina sean válidas y tengan efecto, pero sin variar las condiciones que las admiten antes, durante y después de la discriminación. El modelo de los tres niveles del derecho a no ser discriminado por razón de sexo¹³ también se comprende mejor bajo esta premisa: para que las mujeres no sufran discriminación por razón de sexo no es suficiente con la prohibición de la discriminación directa, ni tampoco de la discriminación indirecta, sino que además son necesarias las acciones positivas. Es decir, la progresión en cada uno de estos tres niveles está justificada porque la discriminación persiste si tras cada nivel se sigue constatando una situación de desigualdad de hecho con respecto a los hombres.

El reconocimiento de dos sujetos en pie de igualdad también adquiere toda su relevancia en el reconocimiento del principio de presencia o composición equilibrada, según el cual las personas de cada sexo deben estar presentes o representadas al menos en el 40% del conjunto a que se refiera (órganos de selección y valoración en el empleo público, órganos colegiados, comités de especialistas, etc.). Sin el reconocimiento de dos sujetos es imposible justificar el principio de presencia equilibrada, puesto que garantiza una participación equilibrada de mujeres y hombres en

¹³ F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, 1995.

términos completamente neutrales. Lo que ocurre es que, en la medida que, como ha marcado el art. 1 LOI, son las mujeres las que están por debajo de los mínimos que requiere la presencia equilibrada, su contenido les beneficiará inmediatamente¹⁴. Pero debe subrayarse que su formulación es una consecuencia directa del reconocimiento de dos sujetos políticos que deben participar en los asuntos públicos de manera equilibrada (democracia paritaria), lo que en definitiva representa una garantía contra la prevalencia y dominación de cualquiera de los dos sexos.

3. El género como categoría para el análisis jurídico-laboral de la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La igualdad efectiva de mujeres y hombres permite concebir la discriminación sexual según la hipótesis patriarcal – para la que las relaciones de mujeres y hombres (y entre ellos) están marcadas por un sistema de dominación (patriarcado) –, su relación con el sistema sexo/género y su impronta en todos los ámbitos, incluido el sistema jurídico¹⁵.

Aunque ciertas contribuciones han equiparado patriarcado y sistema sexo/género – de forma que, si desde el punto de vista estrictamente sociológico puede hablarse del sistema sexo/género, o sexo-genérico, desde el punto de vista de la teoría feminista se habla de lo mismo cuando se emplea la expresión patriarcado –, creemos que esta identificación plantea algunos problemas. Por un lado, confunde una teoría política (la teoría feminista) con una teoría sociológica (la teoría del sistema sexo/género). También confunde causas y consecuencias, porque, si, en definitiva, el sistema sexo/género es lo mismo que el patriarcado, sería suficiente con transformar el primero para anular el segundo. Finalmente, confunde los mecanismos en que se materializa un sistema de dominación (el género) con la razón de ser de tal dominación (el patriarcado), de manera que impide apreciar que *causa causae est causa causati* («la causa de la causa es causa de lo causado»).

Como MacKinnon¹⁶ formuló de manera asombrosamente sencilla, «las

¹⁴ A. VENTURA FRANCH, L. ROMANI SANCHO (coords.), *El derecho a la participación política de las mujeres. Resultados de la aplicación de la Ley de Igualdad en las elecciones a las Cortes Generales*, Tirant lo Blanch, 2016.

¹⁵ M. ESQUEMBRE CERDÁ, *El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, 2018.

¹⁶ C. MACKINNON, *op. cit.*, p. 409.

diferencias de los hombres en relación con las mujeres son iguales a las diferencias de las mujeres en relación con los hombres». De lo que se desprende que, si las diferencias son iguales, las desigualdades a que dan lugar obviamente no lo son *solo si existe una mediación que torna la diferencia en un producto de la desigualdad y, de manera consecuente, en una oportunidad para discriminar*. Si el sexo da lugar a la identidad y la diferencia, el género condiciona la igualdad o desigualdad de las diferencias porque la relación entre sexo y género está mediada, de forma que el género ya es un resultado o producto de tal mediación.

Una de las consecuencias que se desprende del razonamiento anterior es que las relaciones a que da lugar el sistema sexo/género ya llevan el sello de la desigualdad y, por este motivo, la reproducen¹⁷. Su comprensión sólo es posible si se tiene en cuenta que *el género muestra mucho más la magnitud de la desigualdad que su causa*. Si asumimos que el género es el *atributo* que depende de la desigualdad de mujeres y hombres, y que, por tanto, condiciona su ser social en la misma medida, este efecto precisa al mismo tiempo la mediación de una causa que produzca jerarquía entre los sexos y, a partir de ella, la separación que da lugar al género, sus mandatos y roles. Como *atributo*, el género proporciona el parámetro social más adecuado para medir el grado o la intensidad de la discriminación contra las mujeres.

La teoría jurídica feminista es la que advierte mejor esta mediación y su naturaleza política¹⁸. Su hipótesis patriarcal permite explicar las condiciones en que se desenvuelve el sistema sexo/género, cuyo contenido no es unívoco y podría variar siempre que el sistema de dominación sexual fuera distinto¹⁹. Si los parámetros de este sistema quedaran establecidos en términos de igualdad, las relaciones en el sistema sexo/género no producirían desigualdades ni, consecuentemente, oportunidades para discriminar.

Si la atención se fija en el género como atributo de la desigualdad en que se materializa cierto sistema de dominación, con el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres no se trata solo de escapar al primero y las desigualdades a que da lugar, sino de incidir en su razón de ser: cierto sistema de dominio o subordiscriminatorio²⁰. La noción de derecho

¹⁷ G. RUBIN, *El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo*, en *Nueva Antropología*, 1986, n. 30.

¹⁸ C. PATEMAN, *El contrato sexual*, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.

¹⁹ A. GÓMEZ SUÁREZ, *Los sistemas sexo/género en distintas sociedades: modelos analógicos y digitales*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2010, n. 130.

²⁰ M.Á. BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Cívitas, 1997; M.Á. BARRÈRE UNZUETA, *Problemas del Derecho antidiscriminatorio. Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, en *Cuadernos*

anti(subor)discriminatorio resulta más acertada que otras para comprender que si la discriminación es la desigualdad en acción, su prohibición no garantiza por completo la igualdad de mujeres y hombres, sino que solo evita, anula o neutraliza que la desigualdad se materialice. Si con su prohibición se logra inhibir un comportamiento o trato contra las mujeres – necesariamente desfavorable o perjudicial²¹ –, en cambio no alcanza a transformar las causas que permiten llevarlo a cabo; de manera especial, la existencia de una posición de dominio y subordinación sin la que es inexplicable realizar tal conducta o comportamiento, es decir, actuar o poner en acción la desigualdad de las diferencias. La noción de derecho anti(subor)discriminatorio soporta convenientemente la idea de que las normas, en este caso la LOI y el RD-Ley 6/2019, no solo deben prohibir la discriminación sexual como manifestación de la desigualdad (at. 14 CE), sino que también deben dirigirse contra el requisito necesario y suficiente que la admite: la subordiscriminación (art. 9.2 CE).

El razonamiento desarrollado en los párrafos precedentes tiene cierta correspondencia con la regulación contenida en la LOI. Puede encontrarse enunciada fundamentalmente en el párrafo segundo de su Exposición de motivos, que, tras constatar que la igualdad formal no ha evitado la desigualdad de las mujeres – como ejemplifica la violencia de género, la brecha salarial o el ejercicio de los derechos de conciliación –, enuncia como «genuino derecho de las mujeres» su igualdad real con los hombres, tanto mediante la eliminación de las discriminaciones como de «los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla». La LOI también prefiere la noción de igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no igualdad de género, porque asume que, si el género no es sino un atributo de la desigualdad – y, por consiguiente, proporciona el mejor parámetro social para su medición –, sólo quedará anulado cuando mujeres y hombres sean iguales en efecto, evitando cualquier jerarquía entre los géneros. Este motivo explicaría la terminología que se emplea de forma sistemática para tratar los instrumentos o herramientas que permiten evidenciar la existencia de

Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2003, n. 9; M.Á. BARRÈRE UNZUETA, *Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación*, en R. MESTRE I MESTRE (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, 2008; M.Á. BARRÈRE UNZUETA, *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018, vol. XXXIV; M.Á. BARRÈRE UNZUETA, D. MORONDO TARAMUNDI, *Subordiscriminación y discriminación interseccional. Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, vol. 45; D. MORONDO TARAMUNDI, *Desarrollo de las teorías sobre los derechos de la mujer y el feminismo en Europa*, Parlamento Europeo, 1999.

²¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986, p. 88.

situaciones de desigualdad (informes de impacto de género (arts. 19 y 55, DA Tercera), estadísticas y estudios (art. 20), y, como consecuencia de la opción terminológica adoptada en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, violencia de género (arts. 14.5, 27.d, 31.2, 37, 38, 66, 68, etc.)). El género resulta una categoría analítica clave del derecho antidiscriminatorio, tal y como se ha argumentado en distintas contribuciones²², y, en especial, en el ámbito laboral²³. En cambio, la terminología varía completamente cuando se enuncian las estrategias, los mecanismos y los ámbitos de actuación para hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres: el objeto de la Ley (arts. 1.1, 3, 4, 5 y 7), las destinatarias de las acciones positivas (art. 11), los criterios generales de actuación de los poderes públicos (art. 14.1), la transversalidad (art. 15), las políticas activas de empleo (art. 42), las acciones positivas en la negociación colectiva (art. 43) o los planes de igualdad en las empresas (art. 45).

Esta diferenciación se aprecia de manera especialmente intensa en la definición del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, en la que el género está ausente porque no se trata de poner en evidencia los mecanismos que explican la desigualdad de mujeres y hombres en la toma de decisiones, sino de demostrar su desaparición como consecuencia de la presencia de unas y otros en términos equilibrados. Bajo esta misma óptica, la LOI califica el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como discriminaciones directas por razón de sexo (art. 7), un tratamiento en el que el género está completamente ausente porque se asume que ambos comportamientos son una manifestación directa de la desigualdad correspondiente a cierto sistema subdiscriminatorio²⁴. Es decir, no es necesario recurrir al género como categoría analítica ni para justificarlo ni para mostrarlo.

4. La tensión entre la prohibición de discriminación por razón de sexo en la Constitución Española y la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la LOI y en el RD-Ley 6/2019

Las bases teóricas y metodológicas que se han propuesto en los dos apartados anteriores permiten mostrar que el objeto de la LOI – el derecho

²² AA.VV., *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, 2014.

²³ S. PERÁN QUESADA, *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, 2014.

²⁴ M.Á. BARRÈRE UNZUETA, D. MORONDO TARAMUNDI, *op. cit.*, p. 17.

a la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 1.1) – y el contenido con que lo dota – titularidad, discriminaciones prohibidas, acciones positivas, transversalidad... (Títulos I y II) –, así como el ejercicio corresponsable en ciertos derechos de conciliación introducido por el RD-Ley 6/2019, están en tensión con la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE. En alguna contribución reciente se ha intentado justificar esta afirmación a partir de un examen centrado en la regulación contenida en la LOI²⁵. Sin embargo, en este análisis la pretensión es contrastar la regulación establecida en LOI y el RD-Ley 6/2019 comparándola con el tratamiento de las mujeres en la Constitución Española²⁶.

Nuestra atención se centrará en dos aspectos cuya regulación en cada texto permite mostrar la tensión enunciada: el reconocimiento de mujeres y hombres como sujetos de derechos y las implicaciones que se derivan a la hora de abordar la prohibición de discriminación por razón de sexo. También se apreciará con el examen del razonamiento contenido en la STC 26/2011, de 14 de marzo.

En primer lugar, la LOI reconoce una dualidad de sujetos de derechos (las mujeres y los hombres, iguales en dignidad, art. 1.1 LOI) frente a su unicidad en la Constitución Española (los españoles: preámbulo, arts. 2 y 3, art. 14 CE; los ciudadanos: art. 9 CE; los trabajadores: art. 35 CE; etc.). Si esta regulación constitucional se corresponde con la constitución de un Estado democrático en España (art. 1.1 CE), el tratamiento de la LOI es propio de una democracia paritaria, que la Constitución Española admite, pero no exige (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 6). Las consecuencias de este punto de partida son evidentes en ambos textos, como puede apreciarse en las consideraciones siguientes:

- la regulación del Estado democrático en la CE no exige de ninguna forma la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la vida pública (Título III, *De las Cortes Generales*; Título IV, *Del Gobierno y la Administración*; Título IX, *Del Tribunal Constitucional...*)²⁷. En cambio, la plasmación de la democracia paritaria implícita en la LOI (DA Primera) da lugar a la regulación de la presencia equilibrada en la Administración Pública (arts. 52 ss. LOI) y en los Consejos de Administración, como mandato promocional (art. 75 LOI)²⁸;

²⁵ S. GARCÍA CAMPÁ, A. VENTURA FRANCH, *Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *op. cit.*

²⁶ A. VENTURA FRANCH, *op. cit.*

²⁷ A. FIGUEROA BELLO, *Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española. Cuestiones Constitucionales*, en *Cuestiones Constitucionales*, 2012, n. 26.

²⁸ J. SEVILLA MERINO, *Mujeres y ciudadanía. La democracia paritaria*, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2004.

- el texto constitucional español no aplica el mismo trato a mujeres y hombres en los deberes de cuidado (art. 39.2 CE), como tampoco se reconoce expresamente la protección de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral ni, mucho menos, su ejercicio corresponsable (SSTC 3/2007, de 22 de enero, 233/2007, de 5 de noviembre, 24 y 26/2011, de 14 de marzo, y 111/2018, de 17 de octubre)²⁹. En cambio, la LOI introduce la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 44 LOI) y el RD-Ley 6/2019 la aplica con el mismo trato para los dos progenitores en la reducción de jornada por cuidado de lactante y en el nuevo permiso por nacimiento.

En segundo lugar, la LOI insiste en los sujetos que subyacen en las distintas manifestaciones constitucionales de la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 14, 32, 35, 39 y 58 CE), las mujeres y los hombres, e identifica cuál de los dos sujetos es objeto de discriminación, las mujeres (art. 1.1 LOI). La diferencia esencial entre los preceptos constitucionales enumerados y la LOI es que el fundamento del texto legislativo no reside en una discriminación abstracta y contingente por razón de sexo, tal y como hace el texto constitucional, sino en una discriminación material y estructural, o subdiscriminación, de las mujeres (parágrafo segundo de la Exposición de motivos, arts. 1.1, 3, 7 y 11 LOI). Un planteamiento distinto que de nuevo da lugar a resultados del mismo signo en cada una de las normas estudiadas, entre los que pueden destacarse las consideraciones siguientes:

- el mandato promocional establecido en el art. 9.2 CE, «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación ciudadana en la vida pública», se materializa en el reconocimiento en la LOI de un derecho con rango legal – la efectividad de la igualdad de mujeres y hombres – que da lugar a una serie de obligaciones – y no de meras habilitaciones – para los poderes públicos (art. 2 LOI), entre las que figuran de modo destacado la adopción de acciones positivas (art. 11 LOI) y la aplicación transversal del principio de igualdad de trato y de oportunidades (art. 15 LOI), que se convierte nada menos que en principio informador del ordenamiento jurídico que debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 LOI);

²⁹ C. RUIZ-RICO RUIZ, *La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida laboral, personal y familiar*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 2012, n. 14; N. RECHE TELLO, *Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, n. 24.

- junto con el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminaciones por razón de sexo (art. 14 CE), que la LOI desarrolla fundamentalmente en su Título I, la Ley Orgánica de 2007 también regula de forma novedosa la igualdad de oportunidades (por ejemplo, arts. 4, 5, 11, 14 y ss. LOI). Tras este reconocimiento, si la aplicación de la igualdad de trato resulta insuficiente para hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres, deben proporcionarse las condiciones necesarias para garantizarla en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones³⁰. A partir de esta nueva regulación, la igualdad de oportunidades pasa a formar parte del contenido del derecho a la igualdad efectiva – «hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y oportunidades» (art. 1.1 LOI) –, del nuevo principio informador del ordenamiento jurídico (art. 4 LOI), de la garantía de igualdad en el trabajo (art. 5 LOI), de la finalidad de los planes de igualdad en las empresas (art. 46 LOI) o del trato a los titulares de ciertos derechos de conciliación (art. 2, apartados 9 y 12, RD-Ley 6/2019).

La STC 26/2011, de 14 de marzo, da buena cuenta de la tensión que se pretende mostrar con esta hipótesis³¹. En esta resolución el trato desfavorable a un trabajador tras solicitar una modificación en su jornada de trabajo para conciliar su vida familiar y laboral no se considera discriminatorio por razón de su sexo, sino debido a sus circunstancias familiares. Cuando el enjuiciamiento constitucional evita el sexo como categoría sospechosa de la discriminación del trabajador, implícitamente está asumiendo que es el sexo femenino al que tal motivo ocasiona un trato desfavorable. Solo sin esta premisa podría aplicarse la prohibición de discriminación por razón de sexo al caso enjuiciado. Si el Tribunal evita este razonamiento es porque, a pesar del enunciado del art. 14 CE, la discriminación por razón de sexo no es abstracta y contingente, sino material y estructural contra las mujeres (STC 128/87, de 16 de junio, FJ5), lo que permite explicar que el sexo del trabajador no pueda ser considerado la razón de ser discriminado, sino que, si lo es, debe ser como consecuencia

³⁰ A.E. PÉREZ-LUÑO, *Dimensiones de la igualdad material*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, n. 3, pp. 253 ss.

³¹ En síntesis, el recurrente en amparo trabajaba en una residencia de educación especial dependiente de las autoridades educativas regionales. En el centro había dos turnos de trabajo: un turno ordinario o con horario escolar (lunes-viernes, 9.30-17 horas) y un turno rotativo de mañana, tarde y noche (lunes-viernes, 7.30-15 horas; lunes-viernes 14.30-22.00 horas; lunes-jueves, 22.00-7.30 horas). El trabajador, que había elegido inicialmente el turno rotativo, solicitó posteriormente su pase a un turno único de noches para conciliar su vida laboral y familiar, pues el primer régimen de jornada perjudicaba a su mujer. La solicitud fue denegada porque ninguno de los turnos tenía un horario independiente del resto de puestos sujetos a turnicidad.

de otra circunstancia, en este caso familiar.

Si analizamos este mismo supuesto bajo la óptica de la LOI puede apreciarse cómo cambian los parámetros para su enjuiciamiento. En primer lugar, de acuerdo con el art. 3 LOI, la igualdad de trato entre mujeres y hombres impide cualquier discriminación derivada de la asunción de obligaciones familiares, tal y como sucede en el caso enjuiciado. El precepto equipara a mujeres y hombres ante esta oportunidad para discriminar porque se trata de un factor que no se corresponde con las características del sujeto de derechos interiorizado por la norma, tal y como se ha explicado en el § 2. Si el art. 3 LOI protege también a los varones solo es en la medida que asumen sus obligaciones familiares, es decir, cuando reivindican su presencia en la vida privada, lo que resulta plenamente coherente con el ámbito de protección que la LOI proporciona. En segundo lugar, de acuerdo con el art. 44 LOI y su desarrollo por el RD-Ley 6/2019, si los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral deben reconocerse a los trabajadores y a las trabajadoras «evitando toda discriminación basada en su ejercicio», el trabajador de la sentencia objeto de comentario merece toda la protección del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres porque está asumiendo sus responsabilidades familiares, su participación en el ámbito privado de los cuidados, y, solo en esta medida, tiene derecho a no ser discriminado cuando ejerce el correspondiente derecho de conciliación³².

Cabe destacar que la comparación que se ha efectuado entre el art. 14 CE y los arts. 1.1 y 3 LOI y el art. 2 del RD-Ley 6/2019, así como el examen que se ha realizado de la STC 26/2011, no pueden entenderse si no se acude al género como categoría de análisis jurídico para su correcta interpretación y aplicación³³, de acuerdo con el razonamiento seguido en el § 3.

5. Las innovaciones de la LOI en comparación con la normativa internacional y europea

Si en el apartado anterior hemos intentado mostrar las novedades que el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres reconocido en la LOI y desarrollado en el RD-Ley 6/2019 aporta en comparación con la

³² M.E. CASAS BAAMONDE, *La igualdad de género en el Estado Constitucional*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 88.

³³ O. SALAZAR BENÍTEZ, *La dimensión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 2012, n. 14; B. RODRÍGUEZ RUIZ, *La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, n. 103.

prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 14 CE, el objeto de este apartado es intentar mostrar las innovaciones jurídicas que aportan ambos textos legislativos con respecto a la regulación en la normativa internacional y europea sobre dos cuestiones: las acciones positivas y la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La influencia del derecho internacional y comunitario en la regulación, interpretación y aplicación del derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo ha sido reconocida por gran parte de la doctrina³⁴, especialmente en materia laboral³⁵. Su impronta ha alcanzado posiblemente una relevancia todavía mayor si se tiene en cuenta que se trata de un tema muy complejo sobre el que, además, España ha contado con una carga histórica, política, jurídica, económica, social y cultural contraria a la igualdad de mujeres y hombres³⁶. Al menos por este motivo, el hecho de que la Unión Europea (en aquel momento, Comunidad Económica) adoptara una regulación favorable a la igualdad en el terreno laboral, tanto en su Derecho originario – art. 119 del Tratado de Roma – como en el derivado – Directivas 75/117/CEE, de 10 de febrero, 76/207/CEE, de 9 de febrero, y 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978 –, allanó el camino para que en el ordenamiento español pudieran introducirse mecanismos de derecho antidiscriminatorio, tanto porque debía hacerlo como consecuencia de la naturaleza vinculante, directa o indirectamente, de la normativa europea, como también porque la repercusión de las demandas lideradas por el movimiento feminista (en el plano académico, social o institucional) fueron asumidas por ciertos partidos políticos que, primero en los parlamentos autonómicos y, posteriormente, en el parlamento nacional (Cortes Generales), impulsaron la aprobación de nuevas leyes para la igualdad de mujeres y hombres, con especial incidencia en el ámbito

³⁴ T. FREIXES SANJUÁN, *La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea*, en AA.VV., *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

³⁵ J. SEVILLA MERINO, A. VENTURA FRANCH, *Evolución del Derecho Social Europeo*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2005, n. 57.

³⁶ J. SEVILLA (dir.), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Congreso de los Diputados, 2006. Tampoco los 41 años transcurridos desde la aprobación de la CEDAW, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y de la Constitución Española, aprobada el 8 de diciembre de 1978, como los catorce de vigencia de la LOI, han impedido que siga siendo un tema dificultoso en el que persisten apreciables resistencias a la hora de aprobar normas, establecer políticas públicas o interpretar y aplicar el derecho positivo con la finalidad de garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Cfr. J. RUIZ RESA, *Resistematizando la Ley de Igualdad desde una concepción compleja del Derecho*, en *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2016, vol. IX.

laboral³⁷.

La relevancia sobresaliente que en las últimas décadas ha adquirido la igualdad de mujeres y hombres, tanto en el ámbito internacional y europeo como en el estatal, ha dado lugar a una tutela en distintos ámbitos competenciales³⁸ que tiene incidencia directa en las condiciones para el ejercicio de la ciudadanía de mujeres y hombres en cada país. Se produce una compleja interrelación normativa y judicial a veces no suficientemente delimitada desde un punto de vista competencial. Aunque esta falta de delimitación se produce también en otras materias, quizás donde provoca mayor confusión es en la igualdad de mujeres y hombres, sobre todo por la concurrencia de un interés menor en delimitar los respectivos ámbitos competenciales³⁹. También influye la tendencia a un cierto seguidismo de los textos normativos o las resoluciones judiciales foráneos que, en muchas ocasiones, impiden o dificultan una suficiente atención a la normativa interna cuya interpretación y aplicación podría garantizar mejor la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁰, siempre y cuando mejoren el estándar mínimo europeo en la protección contra la discriminación por razón de sexo que, por ejemplo, dispone el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicación por el Tribunal Europeo⁴¹.

El reto es desde luego notable. ¿De qué forma puede convencerse a los operadores jurídicos que un texto legal español, en este caso la LOI, sitúa algunos de sus contenidos a la vanguardia de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y, todavía más, incluso ha mejorado ciertas previsiones internacionales y europeas de derecho antidiscriminatorio?⁴². La

³⁷ M.L. BALAGUER CALLEJÓN, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Legislación sobre igualdad de género*, Tecnos, 2018; T. FREIXES SANJUÁN, J. SEVILLA MERINO (coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

³⁸ R. TUR AUSINA, *Las políticas de igualdad de género en Europa. Unión Europea y Consejo de Europa*, en E. ÁLVAREZ CONDE, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, L. NUÑO GÓMEZ (dirs.), *Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad*, Iustel, 2009; Á. FIGUERUELO BURRIEZA, *La legislación sobre igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en los países de la OEA: estado de la cuestión*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *op. cit.*

³⁹ J.F. LOUSADA AROCHENA, *Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género*, en *Femeris*, 2019, n. 2.

⁴⁰ J.M. GIL RUIZ, *Las nuevas técnicas legislativas en España. Los informes de evaluación de género*, Tirant lo Blanch, 2012; J.F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014.

⁴¹ O. BOUAZZA ARIÑO, *El derecho a la igualdad por razón de sexo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, n. 49; E. CARMONA CUENCA, *Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, n. 42.

⁴² E. BODELÓN GONZÁLEZ, *Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?*, en *Annuario de Filosofía del Derecho*, 2010, vol. XXVI; A. BOTO ÁLVAREZ, *La nueva*

complicación de esta tarea se agrava porque la LOI, en el primer párrafo de su Exposición de Motivos, afirma que su contenido pretende en buena medida transponer el acervo comunitario sobre igualdad entre los sexos, lo que para buena parte de la doctrina ha servido para centrarse solo en este aspecto y no apreciar aquellas cuestiones que van más allá de lo indicado en las Directivas.

Para verificar esta hipótesis nos hemos centrado en el examen de dos de las estrategias para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: las acciones positivas (art. 11 LOI) y la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 44 LOI; RD-Ley 6/2019).

Sin perjuicio de las consideraciones que se realizarán en los subapartados siguientes, partimos de que su regulación legal cuenta con cierto grado de autonomía con respecto de la regulación internacional y europea sobre estas dos cuestiones, lo que debería tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo su interpretación y aplicación. A esta conclusión se puede llegar si comparamos algunos aspectos de LOI y el RD-Ley 6/2019 con la normativa internacional y europea. Por ejemplo, ni el CEDAW ni tampoco la normativa comunitaria obliga a las empresas con más de 50 trabajadores – tras la reforma del art. 45 LOI efectuada por el RD-Ley 6/2019 – a elaborar planes de igualdad en las empresas⁴³. Sin embargo, no puede negarse que existe una influencia europea en esta regulación, pues el art. 8 TUE obliga a la Unión en tal sentido, pero su exigencia legal a las empresas, y las sanciones administrativas en caso de incumplimiento, solo pueden cifrarse en la LOI⁴⁴. Tampoco el Tratado de la Unión Europea, ni su Tratado de Funcionamiento, ni su Carta de Derechos Fundamentales, ni siquiera las Directivas 92/85/CE y 2010/18/UE, impusieron que los Estados miembros regularan el permiso por paternidad. Solo la reciente Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, lo ha incorporado en el Derecho comunitario.

Ley francesa sobre igualdad de género: cambio de paradigma y ecos españoles, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014, n. 37, pp. 1-13.

⁴³ Los planes de igualdad de las empresas han sido desarrollados reglamentariamente por el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Como contenido del plan debe incluirse una auditoría salarial, que también ha sido recientemente regulada por el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva de mujeres y hombres.

⁴⁴ G. FABREGAT MONFORT, *Obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*, Bomarzo, 2019.

Y si analizamos la regulación de esta última Directiva, en ningún momento se ha justificado que su duración deba ser igual a la del permiso de maternidad (la nueva Directiva ha cifrado su extensión en diez días, art. 4). En cambio, y sin olvidar que la LOI precede a esta directiva en doce años, el reconocimiento del permiso de paternidad y su equiparación con el de maternidad tienen como precedente inmediato el art. 44 LOI⁴⁵, cuya regulación ha sido hecha efectiva, al menos en parte⁴⁶, por el RD-Ley 6/2019, citado, como desarrollaremos en el § 5.2.

5.1. La obligatoriedad de los poderes públicos de adoptar acciones positivas en favor de las mujeres

La obligatoriedad de las acciones positivas no está contemplada en el CEDAW (art. 4), ni en el Tratado de la Unión Europea (arts. 2 y 3), tampoco en su Tratado de Funcionamiento (arts. 8, 153 y 157), ni en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 23). Tampoco el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) obliga a los Estados a adoptar acciones positivas (art. 14)⁴⁷. Lo que establecen todos estos textos jurídicos internacionales es que las acciones positivas, bajo ciertas condiciones y siempre que persigan garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, no son contradictorias con la prohibición de discriminación por razón de sexo⁴⁸.

Si se compara la redacción del art. 11.1 LOI con la del art. 157.4 TFUE⁴⁹ puede apreciarse que es francamente distinta. Mientras que en el art. 157.4 TFUE la norma no impide la adopción de acciones positivas, en el art. 11.1 LOI se establece que los poderes públicos «adoptarán» medidas específicas

⁴⁵ S. GARCÍA CAMPÁ, *Criar sin parir. Sexo y género en la STC 111/2018, de 17 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 433.

⁴⁶ M.A. BALLESTER PASTOR, *La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*, en *Lan Harremanak*, 2012, n. 25.

⁴⁷ P. DURÁN Y LALAGUNA, *Acciones positivas para las mujeres en las organizaciones internacionales*, La Ley, 2008; P. DURÁN Y LALAGUNA, *Una lectura de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres desde Naciones Unidas*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *op. cit.*

⁴⁸ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE*, en *Femeris*, 2019, n. 2.

⁴⁹ Art. 157.4: «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» (cursiva nuestra).

a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. En el primer caso se trata de una autorización, en el segundo de un mandato. También si se revisa el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, se puede constatar que establece una habilitación para que los Estados miembros adopten medidas específicas⁵⁰, con un enunciado completamente diferente al incluido en el art. 11 LOI⁵¹.

La regulación singular de las acciones positivas en el art. 11 LOI también puede apreciarse si se compara su tratamiento con el correspondiente al art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales⁵²:

- la norma europea parte de una discriminación abstracta y contingente («el sexo menos representado»), mientras que la LOI parte de una discriminación material y estructural contra las mujeres («corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres»), al entender que la discriminación de las mujeres es estructural, de acuerdo con los postulados de la teoría jurídica feminista examinados en los §§ 2 y 3. Como el presupuesto del que parte cada regulación es diferente, también lo es lo su concreción en cada norma y las consecuencias que se pueden desprender de su aplicación;
- la Carta de Derechos Fundamentales concibe las acciones afirmativas como una excepción al principio de igualdad, puesto que tal principio no impide que se adopten pero tampoco obliga a ello. Como consecuencia directa de este carácter excepcional, su interpretación y aplicación resultarán restrictivas, de forma que solo tendrán validez en aquellos supuestos en los que resulten totalmente claras y justificadas.

⁵⁰ Art. 3, *Acción positiva*. «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral». *Cfr.* Considerandos 21 y 22.

⁵¹ De forma contradictoria, M. ELÓSEGUI ITXASO, [La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres](#), en [Aequalitas](#), 2007, n. 20, ha estimado que el art. 11.1 LOI define las acciones positivas en tanto traslada la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre (DF Cuarta LOI). Pero tampoco en este caso la trasposición es automática, primero porque la formulación es apreciablemente distinta (nuevo art. 2.8: «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres»); segundo, porque la Directiva se circunscribe al terreno laboral, al que la LOI dedica su Título IV; y, tercero, porque nada impide al derecho interno establecer disposiciones más favorables para la protección de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (nuevo art. 8.6).

⁵² Art. 23: «La igualdad entre hombres y mujeres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad *no impide* el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado» (cursiva nuestra).

Por el contrario, si existe cualquier duda sobre su necesidad y justificación no se aplicarán, sin que, en este caso, los poderes públicos tengan la obligación legal de justificar su inacción. En cambio, en el art. 11.1 LOI se contemplan las acciones positivas como uno de los contenidos del derecho a la igualdad efectiva, en la medida que los poderes públicos las «adoptarán» – como deber, no como habilitación – siempre y cuando se constate una situación de desigualdad de hecho con respecto a los varones. Su estructura se asemeja mucho más a una norma clásica formada por un supuesto de hecho (situación de desigualdad de hecho) y su consecuencia jurídica (adopción de medidas específicas favorables a las mujeres). Al tener este carácter imperativo, puede interpretarse que, si las acciones positivas no pueden adoptarse por razones fácticas, esta inacción deberá justificarse suficientemente.

Por tanto, se puede concluir que la diferencia en la estructura y en la redacción del art. 11 LOI es significativa con respecto a los dos preceptos comunitarios examinados. En el art. 11 LOI las acciones positivas no se formulan como una excepción a la prohibición de discriminación por razón de sexo, sino que forman parte de la tutela contra la discriminación y de la efectividad del derecho a la igualdad (Título I LOI). Su redacción es mucho más completa porque expresa los sujetos activo y pasivo de la disposición («los poderes públicos» y «en favor de las mujeres»), su sujeción a una obligación legal («adoptarán medidas específicas»), el supuesto de hecho que hará nacer tal obligación («situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres»), su dimensión temporal («en tanto subsistan dichas situaciones») y las condiciones que deben cumplir a la hora de adoptarlas («habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido»)⁵³. Además, en la medida que su adopción resulta obligada, su incumplimiento por la inacción de los poderes públicos deberá justificarse de manera suficiente, pudiendo dar lugar a ciertas consecuencias jurídicas según el ámbito del que se trate.

La regulación del art. 11 parte, como no puede ser de otra forma, de las premisas que la jurisprudencia constitucional ha venido estableciendo para

⁵³ Si la redacción se compara con la dirigida a los sujetos privados en el art. 11.2 se puede apreciar mejor el diferente grado de obligatoriedad en cada caso: «También las personas físicas y jurídicas privadas *podrán adoptar* este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley» (cursiva nuestra). En parecidos términos se expresa el art. 43 LOI y su DA décimo primera.2 cuando tratan la promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Durante la tramitación parlamentaria del art. 11 LOI la diferente naturaleza, imperativa y facultativa, de cada apartado se puso de manifiesto suficientemente y no prosperaron las enmiendas que querían trasladar los términos imperativos del apartado 1 al apartado 2. Cfr. A. VENTURA FRANCH, *Art. 11*, en J.I. GARCÍA NINET (dir.), *Comentarios a la ley de igualdad*, CISS, 2007, pp. 162-175.

admitir su constitucionalidad, pero, una vez que su contenido queda definido en la norma, debe condicionar la actuación de los poderes públicos. Su principal efecto es que, si hay una situación de desigualdad de hecho de las mujeres con respecto de los hombres, los poderes públicos tienen el deber de adoptar acciones positivas. La propuesta exegética que se formula va más allá de interpretar y aplicar el art. 11.1 LOI atendiendo únicamente a los presupuestos constitucionales, que justifican y delimitan su contenido, sino que también toma en consideración los términos concretos de su regulación en la LOI, que no son más que una actualización del concepto de igualdad de mujeres y hombres según el presupuesto del que parte la LOI, señalado en el § 3: la discriminación estructural de las mujeres.

Una interpretación sistemática también apoya el carácter relativamente novedoso del art. 11 LOI. El precepto no contiene una mera definición de las acciones positivas, pues su contenido dista mucho del empleado para definir la discriminación directa e indirecta (art. 6 LOI), el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 7 LOI) o el principio de presencia equilibrada (DA Primera LOI). En cambio, su redacción es mucho más próxima a la del art. 15 LOI cuando regula la transversalidad del principio de igualdad de trato y de oportunidades y las consecuencias que se desprenden para los poderes públicos. Es cierto que su ubicación sistemática en el Título II quizás hubiera sido más adecuada, puesto que su contenido despliega toda una serie de estrategias y mecanismos dirigidos a los poderes públicos. Sin embargo, debe advertirse que esta constatación, lejos de impedir una interpretación sistemática en la misma dirección, la refuerza. El motivo es simple: si los preceptos del Título II LOI se han interpretado como criterios de actuación de los poderes públicos, y por ello sin carácter imperativo, no puede sostenerse al mismo tiempo que el art. 11.1 LOI, regulado en el Título I, participa asimismo de tal naturaleza dispositiva. O bien se reconoce que todos los preceptos señalados tienen carácter imperativo, o, si no lo tienen los artículos del Título II, al menos debe tenerlo el art. 11 LOI si se encuentra en el Título I. Además, como precepto ubicado en el Título I, tiene carácter básico según la DF Primera.¹ La omisión de las acciones positivas del listado del art. 14 LOI es también coherente con esta interpretación sistemática, pues, como es una obligación de los poderes públicos de acuerdo con el art. 11 LOI, no puede ser al mismo tiempo un criterio de actuación sujeto al principio de oportunidad. En particular, el apartado 6 del art. 14 LOI permite todavía con mayor motivo arribar a la misma conclusión cuando prevé que los poderes públicos «podrán adoptar» medidas de acción positiva en el caso de las mujeres con especial vulnerabilidad. Incluso podría plantearse si, en estos casos de

discriminación interseccional, en la que la discriminación por razón de sexo se conjuga con otras causas de discriminación (discapacidad, etnia, edad, orientación sexual...), la desigualdad de hecho es tan patente que su concurrencia se presume legalmente con la finalidad de que los poderes públicos puedan adoptar acciones afirmativas en su favor directamente. La propia Exposición de Motivos de la LOI refuerza esta interpretación, pues en su parágrafo tercero, al tratar las acciones positivas, afirma que la LOI dirige «a todos los poderes públicos un *mandato* de remoción de las situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal» (cursiva nuestra). La naturaleza de la norma contenida en el art. 11.1 LOI está justificada en primera instancia por su propia Exposición de motivos que, junto al art. 1.1 de la misma norma, ofrece un nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres vinculado al presupuesto teórico-jurídico del que parte: la discriminación estructural de las mujeres.

5.2. La corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

El art. 44.1 LOI establece que los derechos de conciliación serán reconocidos de forma corresponsable o, según su tenor literal, «en forma que fomenten la asunción equilibrada de sus responsabilidades familiares». Este artículo es una consecuencia directa del nuevo concepto de igualdad que introduce la LOI y, en particular, de la igualdad de trato (art. 3 LOI), pues la discriminación contra las mujeres como consecuencia de las obligaciones familiares pretende eliminarse con la corresponsabilidad en estas tareas del segundo progenitor. Este precepto permite sostener que solo el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación garantiza el cumplimiento del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁴. Tras más de diez años, y en un momento en que la LOI parecía haber sido derogada de facto⁵⁵, el ejercicio corresponsable del derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral ha irrumpido con gran fuerza con el reciente RD-Ley 6/2019. No será objeto de nuestra atención las dudas que se han expresado sobre el grado de necesidad y urgencia para su aprobación mediante el instrumento legislativo del Gobierno⁵⁶, ni el hecho de su

⁵⁴ S. GARCÍA CAMPÁ, *op. cit.*

⁵⁵ S. MURILLO, *Ley de igualdad: un cumpleaños sin tarta*, en tribunafeminista.elplural.com, 22 marzo 2017.

⁵⁶ M.A. BALLESTER PASTOR, *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*, en

convalidación por la Diputación Permanente una vez disueltas las Cortes, sino únicamente su relación con la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación prevista en el art. 44 LOI.

Como puede apreciarse en su Exposición de motivos, el RD-Ley 6/2019 no sitúa su justificación ni en la normativa internacional ni en la comunitaria, sino fundamentalmente en la LOI (§§ 1 y 2). De hecho, uno de los objetivos del nuevo Decreto-Ley es mejorar los términos de ciertos preceptos de la LOI en tanto en cuanto sus resultados han sido discretos, y, por consiguiente, no han hecho efectivo el derecho a la igualdad de mujeres y hombres. Es decir, el RD-Ley 6/2019, en línea con la LOI, sitúa la garantía de la igualdad en los resultados que se desprendan con su regulación, no en su mera enunciación o reconocimiento legal. Merece la pena señalar que el Decreto-Ley no modifica la LOI para que sus términos se tornen imperativos⁵⁷, sino que su objeto es ampliar el número de sujetos afectados por el art. 45 LOI, de tal manera que con la nueva regulación un mayor número de empresas (empresas desde 50 trabajadores, reduciendo su tamaño apreciablemente desde los 250 empleados previstos inicialmente en la LOI) están obligadas a elaborar planes de igualdad (nuevo art. 45.2 LOI, modificado por el art. 1.1 del RD-Ley 6/2019). También impone nuevas obligaciones para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades: añade la realización de auditorías salariales (nuevo art. 46.2 LOI, modificado por el art. 1.2 del RD-Ley 6/2019), crea un registro de planes de igualdad (nuevo art. 46.4 LOI, modificado por el art. 1.2 del RD-Ley 6/2019), y regula un registro empresarial de salarios desagregado por sexo (nuevo art. 28.2 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), introducido por el art. 2.7 del RD-Ley 6/2019).

La Exposición de motivos también toma como referencia el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres a la hora de definir tanto la igualdad

[Femeris, 2019, n. 2](#); C. MOLINA NAVARRETE, ¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? El «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político», en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 433.

⁵⁷ El grado de exigencia o imperatividad del contenido de la LOI sigue siendo objeto de discusión once años después de su entrada en vigor. A. RUBIO CASTRO, [Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española](#), en [Anuario de Filosofía del Derecho, 2014, vol. XXX](#), ha concluido que la LOI es una norma de derecho duro o *hard law*, que contiene ciertas disposiciones de derecho blando o *soft law*. En cambio, alguna contribución reciente, a pesar de que su objeto es revisar la jurisprudencia de la LOI en el ámbito laboral, sigue insistiendo en el carácter obligatorio de sus disposiciones adicionales y, en cambio, meramente programático de aquellas sustantivas. *Vid.* F.J. HIERRO HIERRO, D.T. KAHALE CARRILLO, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Presentación* de C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), [Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres](#), BOE, 2018, p. 27.

de trato, que delimita en consonancia con los arts. 1 y 3 LOI, como la igualdad de oportunidades, que define como «la equiparación de mujeres y hombres en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones», cubriendo el silencio conceptual del Título II LOI. Solo hace una referencia de carácter particular a la Directiva 2006/54/CE y a su concreción por la Comisión Europea en su Recomendación de marzo de 2014, en la medida que tienen conexión con uno de sus contenidos: la igualdad de trato en materia retributiva (§ 12).

El contenido del art. 44.1 LOI se deja sentir de manera especialmente intensa en las modificaciones que el art. 2, apartados 9 y 11, del RD-Ley 6/2019 efectúa en los arts. 37.4 y 46.3 ET, respectivamente⁵⁸:

- en el primer caso (nuevo art. 37.4 ET, modificado por el art. 2.9 del RD-Ley 6/2019), la nueva regulación establece, por un lado, un permiso para el cuidado del lactante. Se trata de un derecho individual para ambos progenitores, con una duración igual, cuyo ejercicio es intransferible y sin pérdida de remuneración hasta los nueve meses de edad del recién nacido. El incentivo a la corresponsabilidad es el siguiente: si ambos progenitores lo ejercen «con la misma duración y régimen», es decir, en términos idénticos, podrán reducir en media hora su jornada hasta que cumpla doce meses, con una reducción proporcional del salario que cuenta con una protección social mediante la nueva prestación de corresponsabilidad por cuidado del lactante (nuevos arts. 183-186 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introducidos por el art. 4.9 del RD-Ley 6/2019)⁵⁹;
- en el segundo caso (nuevo art. 46.3 ET, modificado por el art. 2.11 del RD-Ley 6/2019), la nueva regulación establece que, en el supuesto de ejercer la excedencia por cuidado de hijos regulada en el art. 46.3 ET, en la que la regla general es la reserva del mismo puesto si se regresa al trabajo durante su primer año de duración, se introduce una nueva regla especial según la cual cuando ambos progenitores ejerzan la excedencia por cuidado de hijos «con la misma duración y régimen», la reserva del

⁵⁸ Se trata del *bonus por corresponsabilidad*, tal y como acuñó la prensa escrita que se hizo eco de su regulación, formulado con carácter previo en dos proposiciones de ley presentadas también durante la XII Legislatura, según el siguiente orden cronológico: la primera del Grupo Parlamentario Socialista, [Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#), y la segunda del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, [Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias](#).

⁵⁹ C. BLASCO JOVER, [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 efectiva de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2019, n. 2.

puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses. En ambos casos puede apreciarse que la regulación del respectivo derecho de conciliación – en el primer caso un permiso para el cuidado del lactante, en el segundo una suspensión del contrato de trabajo para el cuidado de hijos o hijas menores de tres años – se hace de una forma que favorece su ejercicio corresponsable, puesto que los términos de su regulación se ajustan en todo momento a «fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares», misma duración y régimen (art. 44.1 LOI). No sólo eso, sino que también se incentiva que su ejercicio sea corresponsable porque se ofrece, además, una sanción positiva cuando ambos progenitores ejerciten el permiso o la suspensión «con la misma duración y régimen», explorando las posibilidades de esta modalidad sancionadora en el derecho antidisriminatorio⁶⁰. Dicho de otra forma: solo hay premio si su ejercicio es corresponsable. En el primer caso, con la ampliación de la duración de la reducción de jornada para el cuidado del lactante hasta los doce meses (tres meses adicionales), con una prestación de seguridad social; y, en el segundo caso, con la extensión de la reserva del puesto de trabajo de la excedencia por cuidado de hijo hasta los dieciocho meses (seis meses adicionales). Por el contrario, si el ejercicio de los derechos no es llevado a cabo por ambos progenitores «con la misma duración y régimen», no se cumplirá la condición para merecer la sanción positiva correspondiente.

La justificación de estas sanciones positivas o premios, en ningún caso acciones positivas – lo que, de paso, ha frenado ciertas propuestas doctrinales que defendían la adopción de acciones positivas en favor de los hombres en materia de conciliación –, no encuentra su fundamento directo ni en la normativa internacional, ni en la Directivas comunitarias, ni en la Constitución Española, en la que la corresponsabilidad está completamente ausente, a salvo de lo que pueda fundamentarse con base en una interpretación conjunta de los arts. 9.2, 14, 18, 32 y 39 CE⁶¹. Su fundamento se encuentra única y exclusivamente en el art. 44.1 LOI y la regulación de los derechos de conciliación que efectúa. Por ello, entendemos que la aplicación e interpretación de estas dos modificaciones legales debe llevarse a cabo acudiendo al contenido que la LOI asigna al derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y, en particular, a la forma de garantizarlo en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Este mismo razonamiento es perfectamente aplicable al nuevo permiso por

⁶⁰ M.Á. BARRÈRE UNZUETA, *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio*, cit.

⁶¹ N. RECHE TELLO, *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar vida personal y laboral*, Comares, 2018.

nacimiento, que reemplaza a los permisos de maternidad y paternidad hasta ahora vigentes (nuevo art. 48.4 ET, modificado por el art. 22, apartados 10 y 12, del RD-Ley 6/2019)⁶². También en este caso se trata de una modificación legal que no procede ni de las exigencias de los Tratados Internacionales suscritos por España en materia de igualdad ni de las normas comunitarias al respecto (como se ha señalado anteriormente, la Directiva 2019/1158, citada, ha reconocido por primera vez en el Derecho comunitario el permiso de paternidad con una duración de diez días). Entendemos que, al igual que en las dos modificaciones ya tratadas, puede afirmarse que su configuración solo puede comprenderse adecuadamente si se parte del mandato contenido en el art. 44.1 LOI, puesto que la reforma no solo equipara la duración general del permiso para ambos progenitores (dieciséis semanas) – si bien mediante una aplicación gradual que ha culminado este año 2021 (art. 3.4, RD-Ley 6/2019) –, sino también la extensión de su periodo obligatorio en cada progenitor (las seis primeras semanas), mediante un tratamiento igual, pero basado en dos bienes jurídicos distintos: la protección de la salud de la madre biológica, en el caso de la trabajadora, y el cumplimiento de los deberes civiles de cuidado (art. 68, Código Civil), en el caso del padre o segundo progenitor distinto de la madre.

Los contenidos revisados del RD-Ley 6/2019 no fomentan simplemente el ejercicio de los derechos de conciliación como hasta ahora, su regulación es más compleja porque lo hacen depender de su ejercicio corresponsable, lo que permite relacionar directamente esta reforma legal con los arts. 3.1 y 44 LOI y concluir que, a falta de otros referentes internacionales, europeos y constitucionales, constituye su verdadera razón de ser.

6. Conclusiones

La LOI ha reconocido que las mujeres son un sujeto de derechos con el mismo valor que los hombres (equivalencia) (art. 1.1 LOI). Esta asunción permite comprender mejor el título de la LOI, la equiparación efectuada en su art. 1.1, las oportunidades para discriminar vedadas de manera particular en sus arts. 3 (maternidad, asunción de obligaciones familiares y estado civil) y 7 (acoso sexual y acoso por razón de sexo), y el impacto inmediatamente favorable que el principio de presencia equilibrada tiene en las mujeres a

⁶² A. PASTOR MARTÍNEZ, *Las medidas laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad*, en *IUSLabor*, 2019, n. 1.

pesar de su formulación en términos completamente neutrales para ambos sexos. Como solo quien discrimina puede hacerlo – de tal forma que un trato de esta naturaleza exige una relación de poder que acontece antes, durante y después de poner en acción la desigualdad –, con la LOI la igualdad de mujeres y hombres no va a depender tanto de su formalización constitucional o legal sino de su grado de efectividad material. El reconocimiento de la subjetividad jurídica de las mujeres en un texto legislativo no satisface, sin embargo, las demandas que reivindican su naturaleza subjetiva constitucional.

El hecho de que las diferencias iguales entre mujeres y hombres se tornen en desigualdades para estas – y, consecuentemente, en oportunidades genéricas para recibir un trato discriminatorio – precisa una mediación en la que el género da cuenta no tanto de la causa de su desigualdad, sino de su magnitud, puesto que ya es el resultado de cierto sistema subdiscriminatorio. Un sistema que según la teoría jurídica feminista se corresponde con el patriarcado. En la LOI se aprecia cierta correspondencia con esta teoría al menos en cinco parámetros: el contenido del párrafo segundo de su Exposición de motivos, los términos empleados para definir su objeto, la selección del género como una categoría de análisis jurídico imprescindible para evidenciar las desigualdades entre mujeres y hombres (informes de impacto de género, estadísticas desagregadas, enfoque de género...), la explicitación de los sujetos destinatarios de las estrategias y los mecanismos para hacer efectiva la igualdad (acciones positivas, transversalidad, presencia equilibrada...) y la catalogación del acoso sexual y el acoso por razón de sexo como tratos discriminatorios. No obstante, debe reconocerse que no se trata de una correspondencia completa o perfecta.

El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres previsto en la LOI y desarrollado en el RD-Ley 6/2019 está en tensión con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo contemplado en la Constitución Española, al menos si se compara el tratamiento de las mujeres que cada uno lleva a cabo en las siguientes cuestiones: su reconocimiento expreso como sujeto de derechos, la prohibición de cualquier discriminación sin excepción, la exigencia de su presencia equilibrada en el ámbito público y privado, la naturaleza material y estructural de su discriminación, el deber de los poderes públicos de adoptar acciones positivas a su favor ante situaciones patentes de desigualdad de hecho con respecto a los varones y la transversalidad del principio de igualdad de trato y de oportunidades. Una buena muestra también la encontramos en la STC 26/2011, de 14 de marzo, cuando su razonamiento descarta que el sexo masculino sea una categoría válida de resultar

sospechosa de sufrir discriminación por motivos de conciliación y, en cambio, acude a sus circunstancias familiares, como si en las mujeres no concurrieran también.

El examen de la estructura y la redacción del art. 11 LOI, que regula las acciones positivas, permite concluir su relativa autonomía tras compararlas con las previsiones efectuadas en la normativa internacional y europea. Este precepto, que, debe recordarse una vez más, es norma básica conforme al art. 149.1.1.^a CE (DF Primera.1), establece un auténtico deber de los poderes públicos de adoptar acciones positivas a favor de las mujeres ante situaciones patentes de desigualdad de hecho con respecto a los hombres, siempre condicionadas al cumplimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad marcados por la jurisprudencia europea y constitucional. El art. 44 LOI, por su parte, introduce la corresponsabilidad como una condición necesaria para que el reconocimiento de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral haga efectiva la igualdad de mujeres y hombres. Bajo este planteamiento adquieren todo su sentido las recientes modificaciones del RD-Ley 6/2019 en el permiso para el cuidado del lactante, la excedencia para el cuidado de menores de tres años y el nuevo permiso por nacimiento, que reemplaza a los anteriores permisos de maternidad y paternidad según un modelo caracterizado por cinco “ies”: titularidad individual, duración igual, ejercicio intransferible, protección social íntegra y, por último, incentivo o sanción positiva para la corresponsabilidad.

Si las conclusiones anteriores son válidas, puede afirmarse que la LOI pone de manifiesto que el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) ha sido una norma constitucional válida para iniciar la transición hacia la igualdad de mujeres y hombres en España, pero, al mismo tiempo, pone en evidencia que es insuficiente para culminarla con su igualdad efectiva, de tal manera que da lugar a una nueva transitoriedad hasta que una futura reforma constitucional lo garantice. Por esta razón, la LOI y, sobre su base, el RD-Ley 6/2019, han dado inicio a una nueva trayectoria en la interdicción de la discriminación por razón de sexo y, consecuentemente, en la protección del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ayuda a explicar en buena medida algunos de los cambios más recientes en el ordenamiento antidiscriminatorio laboral español.

7. Bibliografía

- AA.VV., *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, 2014
- AMORÓS PUENTE C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Cátedra, 2005
- AMORÓS PUENTE C., *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, 1997
- BALAGUER CALLEJÓN M.L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, 2005
- BALAGUER CALLEJÓN M.L., BALAGUER CALLEJÓN F., *Legislación sobre igualdad de género*, Tecnos, 2018
- BALLESTER PASTOR M.A., *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*, en *Femeris*, 2019, n. 2, pp. 14-38
- BALLESTER PASTOR M.A., *La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*, en *Lan Harremanak*, 2012, n. 25, pp. 53-77
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018, vol. XXXIV, pp. 11-42
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., *Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación*, en R. MESTRE I MESTRE (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, 2008
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., *Problemas del Derecho antidiscriminatorio. Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2003, n. 9, pp. 1-26
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, 1997
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., MORONDO TARAMUNDI D., *Subordinación y discriminación interseccional. Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, vol. 45, pp. 15-42
- BLASCO JOVER C., *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 efectiva de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, n. 2, pp. 46-73
- BODELÓN GONZÁLEZ E., *Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2010, vol. XXVI, pp. 85-106

- BOTO ÁLVAREZ A., *La nueva Ley francesa sobre igualdad de género: cambio de paradigma y ecos españoles*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014, n. 37, pp. 1-13
- BOUAZZA ARIÑO O., *El derecho a la igualdad por razón de sexo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, n. 49, pp. 1-18
- CARMONA CUENCA E., [Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género](#), en [Teoría y Realidad Constitucional](#), 2018, n. 42, pp. 311-334
- CASAS BAAMONDE M.E., *La igualdad de género en el Estado Constitucional*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 88, pp. 13-54
- DE MIGUEL ÁLVAREZ A., AMORÓS PUENTE C. (coords.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Minerva, 2005
- DURÁN Y LALAGUNA P., *Una lectura de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres desde Naciones Unidas*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, 2018
- DURÁN Y LALAGUNA P., *Acciones positivas para las mujeres en las organizaciones internacionales*, La Ley, 2008.
- ELÓSEGUI ITXASO M., [La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres](#), en [Aequalitas](#), 2007, n. 20, pp. 7-21
- ESQUEMBRE CERDÁ M., *El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, 2018
- ESQUEMBRE VALDÉS M.M., [Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva](#), en [CORTS](#), 2011, n. 23, pp. 47-85
- ESQUEMBRE VALDÉS M.M., [Género y ciudadanía, mujeres y Constitución](#), en [Feminismo/s](#), 2006, 8, pp. 35-52
- FABREGAT MONFORT G., *Obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*, Bomarzo, 2019
- FIGUEROA BELLO A., [Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española. Cuestiones Constitucionales](#), en [Cuestiones Constitucionales](#), 2012, n. 26, pp. 123-167
- FIGUERUELO BURRIEZA Á., *La legislación sobre igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en los países de la OEA: estado de la cuestión*, en A. VENTURA FRANCH, S.

- GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, 2018
- FREIXES SANJUÁN T., *La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea*, en AA.VV., *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000
- FREIXES SANJUÁN T., SEVILLA MERINO J. (coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005
- GARCÍA CAMPÁ S., [Criar sin parir. Sexo y género en la STC 111/2018, de 17 de octubre](#), en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 433, pp. 153-174
- GARCÍA CAMPÁ S., VENTURA FRANCH A., *Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ (dirs.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, 2018
- GIANFORMAGGIO L., *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, 2005
- GIL RUIZ J.M., *Las nuevas técnicas legislativas en España. Los informes de evaluación de género*, Tirant lo Blanch, 2012
- GÓMEZ FERNÁNDEZ I., *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, 2017
- GÓMEZ SÁNCHEZ Y., *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Aranzadi, 2018
- GÓMEZ SUÁREZ A., [Los sistemas sexo/género en distintas sociedades: modelos analógicos y digitales](#), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2010, n. 130, pp. 61-96
- HIERRO HIERRO F.J., KAHALE CARRILLO D.T., SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *Presentación de C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), [Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres](#)*, BOE, 2018
- LOUSADA AROCHENA J.F., [Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género](#), en *Femeris*, 2019, n. 2, pp. 39-49
- LOUSADA AROCHENA J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014
- MACKINNON C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, 1995
- MARRADES PUIG A.I., *Los nuevos derechos sociales. El derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, 2016, n. 97, pp. 209-242
- MARRADES PUIG A.I., SEVILLA MERINO J., CALERO M.L., SALAZAR BENÍTEZ O., *El lenguaje jurídico con perspectiva de género. Algunas reflexiones para la reforma constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, 2019, n. 105, pp. 127-160

- MOLINA NAVARRETE C., ¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? El «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político», en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 433, pp. 5-27
- MORONDO TARAMUNDI D., [*Desarrollo de las teorías sobre los derechos de la mujer y el feminismo en Europa*](#), Parlamento Europeo, 1999
- MURILLO S., [*Ley de igualdad: un cumpleaños sin tarta*](#), en tribunafeminista.elplural.com, 22 marzo 2017
- PASTOR MARTÍNEZ A., [*Las medidas laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad*](#), en [*IUSLabor*, 2019, n. 1](#), pp. 187-209
- PATEMAN C., *El contrato sexual*, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995
- PERÁN QUESADA S., *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, 2014
- PÉREZ-LUÑO A.E., [*Dimensiones de la igualdad material*](#), en *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, n. 3, pp. 253-285
- PITCH T., [*Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico*](#), en [*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, vol. 44](#), pp. 435-459
- RECHE TELLO N., *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar vida personal y laboral*, Comares, 2018
- RECHE TELLO N., [*Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial*](#), en [*Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, n. 24](#), pp. 221-261
- REY MARTÍNEZ F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, 1995
- RODRÍGUEZ RUIZ B., *Género y Constitución: mujeres y varones en el orden constitucional español*, Juruà, 2017
- RODRÍGUEZ RUIZ B., [*La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía*](#), en [*Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, n. 103](#), pp. 355-384
- RODRÍGUEZ RUIZ B., [*Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía*](#), en [*Revista de Estudios Políticos*, 2010, n. 149](#), pp. 87-122
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986
- RUBIN G., [*El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo*](#), en [*Nueva Antropología*, 1986, n. 30](#), pp. 95-145.

- RUBIO CASTRO A., [Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española](#), en [Anuario de Filosofía del Derecho](#), 2014, vol. XXX, pp. 37-68
- RUIZ RESA J., [Resistematizando la Ley de Igualdad desde una concepción compleja del Derecho](#), en [Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá](#), 2016, vol. IX, pp. 1-22
- RUIZ-RICO RUIZ C., [La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida laboral, personal y familiar](#), en [Revista General de Derecho Constitucional](#), 2012, n. 14, p. 1-19
- SALAZAR BENÍTEZ O., [La dimensión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral](#), en [Revista General de Derecho Constitucional](#), 2012, n. 14, pp. 1-39
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C., [Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE](#), en [Femeris](#), 2019, n. 2, pp. 50-69
- SEVILLA J. (dir.), [Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente](#), Congreso de los Diputados, 2006
- SEVILLA MERINO J., [Derechos, Constitución y lenguaje](#), en [CORTS](#), 2018, n. 31, pp. 81-104
- SEVILLA MERINO J., [Mujeres y ciudadanía. La democracia paritaria](#), Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2004
- SEVILLA MERINO J., VENTURA FRANCH A., [Estado, derecho y estudios de género](#), en [Feminismo/s](#), 2003, n. 1, pp. 163-176
- SEVILLA MERINO J., VENTURA FRANCH A., [Evolución del Derecho Social Europeo](#), en [Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración](#), 2005, n. 57, pp. 75-90
- SEVILLA MERINO J., VENTURA FRANCH A., [El sexo del Estado](#), en A.M. PORTAL NIETO (ed.), [Mujeres, derecho, participación política y empleo](#), Fondo Social Europeo, Universitat Jaume I, 1998
- SEVILLA MERINO J., VENTURA FRANCH A., GARCÍA CAMPÁ S., [La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional](#), en [Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración](#), 2007, n. 67, pp. 63-82
- TORRES DÍAZ C., [Las mujeres como sujeto constituyente. La crisis de los 40 ante la reforma constitucional](#), en [Revista Valenciana d'Estudis Autònoms](#), 2019, n. 64, pp. 160-185
- TORRES DÍAZ C., [La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género: la necesidad de un marco jurídico conceptual/despatriarcalizador inserto en el texto constitucional](#), en [Themis – Revista Jurídica de Igualdad de Género](#), 2013, n. 13, pp. 20-33
- TUR AUSINA R., [Las políticas de igualdad de género en Europa. Unión Europea y Consejo de Europa](#), en E. ÁLVAREZ CONDE, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, L. NUÑO GÓMEZ (dirs.), [Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad](#), Iustel, 2009
- VENTURA FRANCH A., [Art. 11](#), en J.I. GARCÍA NINET (dir.), [Comentarios a la ley de igualdad](#), CISS, 2007

VENTURA FRANCH A., *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer, 1999

VENTURA FRANCH A., ROMANI SANCHO L. (coords.), *El derecho a la participación política de las mujeres. Resultados de la aplicación de la Ley de Igualdad en las elecciones a las Cortes Generales*, Tirant lo Blanch, 2016

Normativa

[Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#), en BOCG, 16 marzo 2018, Serie B, n. 231-1

[Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias](#), en BOCG, 22 junio 2018, Serie B, n. 278-1

Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa

Carolina BLASCO JOVER*

RESUMEN: El sistema de la Seguridad Social se muestra, en términos generales, adecuado para lograr la finalidad que con él se pretende, paliar ciertas situaciones de necesidad. No obstante, es posible encontrar en él ciertas deficiencias o carencias normativas que lastran la plena protección de algunos colectivos. En este trabajo se indaga sobre algunos de estos déficits de protección social, señaladamente los que se detectan en materia de jubilación voluntaria anticipada, prestaciones familiares y en favor de familiares y prestación para el cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. De igual forma, se dará cuenta del nuevo y reformado complemento para reducir la brecha de género en las pensiones, un mecanismo con el que se pretende – está por ver si lo logra – compensar los defectos de cotización que hubieran podido acontecer durante la vida laboral de los progenitores por el cuidado de hijos.

Palabras clave: Prestaciones, diferencias de trato, familia, complemento, brecha de género.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La jubilación voluntaria anticipada. 2.1. La incidencia del género sobre la prestación. 2.2. La incidencia del trabajo prestado en territorio europeo sobre la prestación. 3. Las prestaciones familiares y en favor de familiares. 3.1. La prestación familiar en su modalidad contributiva: el cómputo de las excedencias para lucrar la prestación de incapacidad temporal. Una oportunidad perdida. 3.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de familiares. 4. La prestación para el cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave. 5. El nuevo complemento para reducir la brecha de género en pensiones. 6. A modo de conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Alicante (España).

Unequal Treatment in the Exercise of Certain Benefit Rights and Proposals for Improvement of Regulation

ABSTRACT: Generally speaking, the system of Social Security seems to be useful to achieve its purpose, alleviate certain situations of need. However, it is possible to find certain deficiencies and shortcomings of regulatory framework in it, that reduces the full protection of some groups. This work investigates some gaps in Social Security protection, in particular those detected regarding voluntary early retirement, family and family members benefits and benefits for the care of children with cancer or other serious illness. In addition, this work shall give details of the new and redesigned allowance to reduce the gender gap in the pensions, intended – still to be seen if successfully – as a mechanism which could compensate the deficiency in contributions in parents working life due to child care.

Key Words: Benefits, unequal treatment, family, allowance, gender gap.

1. Introducción

La acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las prestaciones ha sido objeto a lo largo de todos estos años de profundas e innumerables reformas que, en pos de cubrir el mayor número de situaciones de necesidad, han terminado por afectar tanto a los sujetos beneficiarios como a los requisitos para lucrar los correspondientes derechos. El campo protector de la Seguridad Social no se ha mantenido, pues, estático, inerte, como tampoco se ha mantenido estática la sociedad sobre la que se aplica. Ahora bien, el hecho de que la producción legislativa haya sido ingente en esta materia y de que, por regla general, el sistema sea coherente y adecuado para lograr la finalidad que con él se pretende, no es óbice para afirmar que aún no se han logrado corregir algunas deficiencias o carencias de protección hacia algunos colectivos. Sólo cabe pensar en la situación que padecen las empleadas de hogar en materia de (des)protección por desempleo, en las exigencias que se imponen a las parejas de hecho para lucrar la pensión de viudedad o en la invisibilidad de las familias monoparentales en la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Los mencionados son tan sólo unos ejemplos que ilustran el hecho de que el sistema no es perfecto; y no lo es porque junto con normas muy protectoras y bien diseñadas, coexisten otras que presentan ciertas disfuncionalidades o carencias o que se plantean con determinadas exigencias y que por ello afectan negativamente a un importante número de personas cuya protección, en consecuencia, queda debilitada.

Que el legislador ya ha dado cuenta de algunas de estas debilidades que presenta el sistema es más que evidente. No hay más que recordar el tan anunciado subsidio por cese o interrupción de actividad de las empleadas de hogar derivado de la Covid-19. Subsidio, ello no obstante, de corta duración, de escasa cuantía en la mayoría de los casos, cuyo pago se retrasó durante varios meses y que no ha cristalizado en una prestación por desempleo para este colectivo, muy altamente feminizado, por otra parte. También se ha intentado hacer frente a la brecha de género que existe en materia de pensiones, quizá el verdadero talón de Aquiles de la acción protectora de la Seguridad Social. La maternidad, ya se sabe, afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa como trabajadora pues su tradicional rol como cuidadora la hace o bien aceptar trabajos de escasa cualificación, o bien prestar servicios a tiempo parcial o bien separarse, ya sea provisional o definitivamente, del mercado laboral. Riesgos éstos que se acrecientan cuanto mayor es el número de hijos que se tienen y que, desde luego, producen serias y nefastas consecuencias a nivel

prestacional. El modo que se ha encontrado en el ámbito de la Seguridad Social de conjurarlos ha sido, dicho muy resumidamente, el de realizar ciertos ajustes o matizaciones en determinadas normas que atiendan a la perspectiva de género y el de crear un complemento por aportación demográfica con el que se ha pretendido compensar a la mujer por el cuidado de los hijos¹ y que, en fechas recientes, se ha modificado para incluir también a los hombres cuidadores. Precisamente, de la nueva ordenación de este complemento – ahora denominado complemento para reducir la brecha de género – se va a dar oportuna cuenta en este trabajo, pues los cambios que en su diseño se han introducido eliminan viejos problemas, pero abren otros.

Ahora bien, no sólo de este complemento se va a tratar. Al hilo de reducir esa brecha de género en pensiones, existen en materia de jubilación anticipada voluntaria, de prestaciones familiares o en favor de familiares y de la prestación para el cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave otros ajustes que convendría realizar a efectos de evitar situaciones discriminatorias. Algunos de esos ajustes ya se han introducido por vía judicial; otros, aún están esperando la acción del legislador. De ambos se va a dar oportuna cuenta en este trabajo, así como de otros que, no estando tan ligados al género, sí que representan, si no se matizan bien, cierta suerte de discriminación hacia otros colectivos con la que también habría que lidiar. Veamos.

2. La jubilación voluntaria anticipada

La jubilación anticipada por voluntad del interesado se encuentra regulada en el art. 208 LGSS y permite al trabajador que tiene acreditado un período mínimo de cotización efectiva de 35 años² optar por dejar de desarrollar su actividad laboral y solicitar la jubilación con una edad inferior (dos años como máximo) a la marcada legalmente que le corresponda. A cambio, debe soportar una penalización consistente en un importante recorte de su prestación, en función del número de trimestres que se anticipe la jubilación sobre la edad legal establecida en cada año y en función de los años

¹ Introducido por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

² Este período en la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social era de 33 años. Fue el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo el que lo elevó a 35 años cotizados.

cotizados³. Y ese recorte se aplica sobre la primera pensión y se mantiene durante toda la jubilación.

Por lo demás y como requisito adicional que, por cierto, no se encuentra en la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, se exige en la letra *c* del art. 208.1 LGSS que el importe de la pensión a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad⁴, ya que, en caso contrario, no se podría acceder a esta fórmula de jubilación anticipada. Ciertamente, se entiende el fundamento que subyace en la imposición de esta exigencia. El legislador no contempla que una persona, por el hecho de adelantar su jubilación, se coloque a sí misma y de forma totalmente voluntaria en una situación de vulnerabilidad económica tal que ni tan siquiera alcance la cuantía mínima a la que podría optar al llegar a los 65 años. Situación que ni tan siquiera se vería compensada por la aplicación del complemento a mínimos, cuyo abono, en consecuencia y por aplicación de esta previsión, no procedería en este tipo de jubilación. El motivo, de nuevo, parece claro: si de lo que se trata con esta cuantía diferencial es ofrecer cobertura asistencial a la situación de necesidad en la que se pueda encontrar el pensionista con ingresos económicos que se sitúan por debajo del umbral de la pobreza, no resulta razonable – y esta es la opción del legislador – que se reconozca a quien por propia voluntad desea colocarse en esa tesitura.

Ahora bien, esto dicho, una cosa es que el diseño de este tipo de jubilación se ajuste a parámetros razonables desde un punto de vista aséptico o, incluso, economicista, y otra muy distinta obviar las consecuencias que ciertas interpretaciones del art. 208 LGSS (no sólo de la regla contenida en la letra *c* de su apartado primero) pueden conllevar para ciertos colectivos.

³ Los concretos coeficientes reductores se han ido, también, elevando con el transcurso de las reformas legislativas. Así, en la Ley 27/2011 se establecía un coeficiente del 1,875% por trimestre para los trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados y del 1,625% por trimestre para los trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más. No obstante, el RD-Ley 5/2013 eleva esos coeficientes al mismo tiempo que exige unas carreras de seguro más dilatadas en el tiempo para que aquellos disminuyan. De esta forma, y en base a esta norma, actualmente se aplica un coeficiente del 2% por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses, un coeficiente del 1,875% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses, un coeficiente del 1,750% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses y un coeficiente del 1,625% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

⁴ Las pensiones mínimas correspondientes al año 2021 se pueden comprobar en [Cuantías mínimas](#), en www.seg-social.es.

En las páginas que siguen, se dará oportuna cuenta de las disfuncionalidades de las que adolece la norma teniendo en cuenta dos variables, el género, desde luego, y, de otro lado, la residencia y trabajo en territorio de la Unión Europea.

2.1. La incidencia del género sobre la prestación

Sobre la jubilación anticipada voluntaria planea la sombra de dos tipos de discriminaciones por razón de género, una directa y otra indirecta. Por lo que atañe a la primera, la mirada hay que fijarla en el hecho de que normativamente se permita computar como tiempo trabajado y para acreditar el período mínimo de cotización exigido «el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año» (art. 208.1.b LGSS), previsión ésta que, por cierto, se contempla de igual forma tanto para la jubilación anticipada por causa ni imputable al trabajador (art. 207.1.c LGSS) como para la jubilación parcial (art. 215.2.d LGSS). Ciertamente, se entiende que ello sea así, puesto que de lo que se trata es de evitar que ese período, en el que de forma obligatoria había que prestar servicios para el Estado y que concluyó en el año 2001⁵, en concreto, para su defensa, no termine perjudicando las carreras de seguro cuando se quiere optar a la jubilación anticipada (o a la parcial). Ahora bien, siendo esto del todo punto coherente, no se entiende el motivo por el que el legislador no haya contemplado una previsión análoga para el caso del servicio social femenino, por lo que cabe interrogarse si tal diversidad de tratamiento jurídico es constitucionalmente admisible por existir alguna justificación que la refrende o si, por el contrario, no lo es.

Como es conocido, este programa se instauró durante la dictadura franquista por Decreto de 7 de octubre de 1937 y obligó, hasta la derogación de la norma en 1978⁶, a las mujeres no casadas y aquellas en las que no concurría ningún defecto físico o enfermedad de entre 17 y 35 años a desarrollar, como mínimo durante seis meses, una suerte de “servicio social” que consistiría «en el desempeño de varias funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales». Además, y aunque no se sancionaba el incumplimiento de este deber con ninguna medida punitiva, lo cierto es

⁵ Cabe recordar que, después de 231 años, el servicio militar dejó de ser obligatorio a fecha de 31 de diciembre de 2001 en virtud del RD 247/2001, de 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar.

⁶ La derogación de produjo a través del RD 1914/1978, de 19 de mayo, por el que se suprime el Servicio Social de la Mujer.

que para la mujer era necesario desarrollarlo si quería obtener «la expedición de los títulos que habiliten para el ejercicio de cualquier carrera o profesión, su inclusión en las oposiciones y concursos para cubrir plazas vacantes en la administración del Estado, Provincia o Municipio o tener en éste destinos de libre nombramiento, el desempeño de empleos retribuidos en las empresas concesionarias de servicios públicos o en entidades que funcionen bajo la fiscalización o intervención inmediata del Estado o el ejercicio de todo cargo de función pública o responsabilidad política».

Configurado de este modo, es claro que, para la mujer, el “deber nacional” que representaba el servicio social femenino hacía las veces del servicio militar para los varones. De hecho, así se desprende del preámbulo de la norma que lo desarrolla. Y si esto es así, de nuevo hay que insistir en lo contraproducente que, para la igualdad de género, representa el olvido del legislador. Si hombres y mujeres, unos por el servicio militar, otras por el servicio social femenino, se encontraban de igual forma empleados de modo obligatorio en el servicio inmediato a la nación, pero sólo los primeros parten de una posición privilegiada con respecto a la jubilación anticipada (y la parcial), a todas luces puede decirse que constituye esta situación una suerte de discriminación directa que debe ser corregida por el legislador o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo, de hecho, en sentencia reciente de 6 de febrero de 2020 (Rec. n. 3801/2017), ya ha marcado el camino a seguir⁷.

Así, en esta resolución se hace jugar la función integradora del principio de igualdad de trato contemplada en el art. 4 LO 3/2007, de 22 de marzo, que debe vincular a los poderes públicos para considerar que no cabe la interpretación del art. 208 LGSS de forma rígidamente literal⁸. ¿O es que acaso concurre en las mujeres alguna necesidad, de la índole que fuera, que justificase otorgarles un tratamiento desigual por lo que hace a la jubilación anticipada? La respuesta se muestra clara y contundente: ninguna particularidad existe en ellas por la que quepa defender un tratamiento diferenciador. Es más, de hecho, si atendemos a la finalidad por la que fue introducida la posibilidad de computar como tiempo cotizado el período del servicio militar obligatorio – compensar prestacionalmente el trabajo

⁷ Sobre esta sentencia, puede verse el comentario de B. GARCÍA ROMERO, *Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 2.

⁸ De igual modo, la resolución también se asienta en el Derecho europeo, en concreto, en 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.

activo prestado al Estado en beneficio y por orden de éste – ni sociológica ni jurídicamente puede llegar a pensarse que el colectivo que tuvo que realizar el servicio social femenino no deba quedar amparado por la norma a estos efectos igual que el masculino. Antes al contrario, porque tanto unas como otros se encuentran, ante el acaecimiento de un mismo suceso, en igual situación jurídica merecedora de protección, siendo así que queda más que justificada la uniformidad de criterios para lucrar la prestación. Visto, entonces, que el mandato de igualdad no puede excepcionarse legítima y justificadamente por razón de sexo cuando de los requisitos de acceso a esta prestación se trata (y por extensión, a la jubilación anticipada no voluntaria y a la parcial), debería por el legislador acometerse una reforma que matizara lo dispuesto en la(s) norma(s) para incluir como tiempo cotizado el servicio social femenino. De hecho y yendo incluso más allá de este planteamiento, no se vislumbran razones suficientes que puedan impedir que el reconocimiento de ambos períodos de tiempo, el de la prestación militar y el del servicio social femenino, computen a efectos del acceso de la jubilación ordinaria. Esta fue una medida que, para el servicio militar, ya se contempló en la Ley 27/2011⁹. Ello no obstante, ha sido objeto de múltiples aplazamientos a lo largo de este tiempo y desde el año 2013, siendo la última la acaecida por la aplicación de la disposición adicional 47 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Sin embargo y como se ha indicado, no se entienden los motivos de su constante aplazamiento, si es que se piensa más allá de los términos estrictamente presupuestarios. Y, en cualquier caso, si en algún momento se llegara a implantar de forma efectiva, bien debiera el legislador incluir, por las razones antes expuestas, el servicio social femenino como tiempo asimilable al cotizado a efectos de compensar las interrupciones de las carreras de seguro de las mujeres que, en aquel momento, se encontraron con la obligación de cumplir con este deber. De otro modo, la norma adolecería de una discriminación directa hacia las mujeres de muy difícil encaje en el ordenamiento actual.

Pero, como antes se ha dicho, no sólo existe en materia de jubilación anticipada voluntaria una discriminación directa por razón de género. También puede existir otra de tipo indirecto y ésta tiene que ver con la

⁹ Señala la Disposición adicional 28ª que «el Gobierno presentará, en el plazo de un año, un proyecto de ley que establezca un sistema de compensación a la Seguridad Social para que por ésta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias, acorde con los incrementos que, en el ámbito de la contributividad, se producen en esta Ley, y con la sostenibilidad del sistema».

exigencia de que la pensión resultante deba ser superior a la que le correspondería al beneficiario al cumplir los 65 años de acuerdo con su situación familiar. El requisito contenido en la letra c del art. 208.1 LGSS, ya se ha dicho, cumple con una doble finalidad. De un lado, impedir el pase a la situación de jubilación anticipada voluntaria a todas aquellas personas cuya pensión no alcance un determinado montante, evitándose así que se coloquen ellas mismas en situación de necesidad o vulnerabilidad. De otro y muy relacionado con esto, garantizar la sostenibilidad del sistema al no tener que hacerse frente al sobrecoste que representaría el pago de un complemento a mínimos sobre las pensiones de aquellos sujetos. Ahora bien, la pregunta surge de modo inmediato: ¿se vislumbra en esta exigencia una posible discriminación indirecta por razón de género al ser las mujeres las que, por su situación con respecto al mercado laboral, pueden lucrar pensiones más bajas que los hombres y las que más pueden necesitar de ese complemento a mínimos que les podría dar acceso a la jubilación anticipada voluntaria? O, dicho de otro modo, de no existir tal exigencia, ¿podrían más mujeres acceder a este tipo de jubilación anticipada teniendo en cuenta que son ellas normalmente las que cotizan por importes inferiores y por períodos menos extensos que los varones?

El problema, como se conoce, ha sido objeto de una cuestión prejudicial que se ha elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por auto del TSJ Cataluña en noviembre de 2019. La sentencia, dictada en fecha 21 de enero de 2021, no ha zanjado la controversia, porque procede al reenvío de la cuestión al órgano remitente, pero cierto es que le ha marcado a éste el camino a seguir en la resolución. Así, trascendiendo de las circunstancias peculiares del caso concreto enmarcado en el contexto de la situación por la que atraviesan a nivel laboral y de Seguridad Social los empleados de hogar, régimen, como es conocido, con sobrerrepresentación de mujeres¹⁰, el Tribunal de Justicia pone en la balanza dos cuestiones. De un lado, los datos estadísticos. De otro, los objetivos pretendidos con la añadidura de esta exigencia en la norma. Con respecto a los primeros, señala el Tribunal de Justicia que el órgano remitente debe tomar en consideración al conjunto de afiliados en el Régimen General, pues es sobre este colectivo sobre el que se aplica la norma¹¹. Partiendo de ese dato, se debe confrontar el

¹⁰ En el caso en concreto, la empleada de hogar que solicitó la jubilación anticipada voluntaria y le fue denegada por el INSS cumplía con los requisitos señalados por el art. 208 LGSS, pero no con el de la cuantía mínima a la que debía alcanzar su pensión y ello debido a que las bases por las que cotizó cuando estaba integrada en el régimen especial eran inicialmente inferiores a las del Régimen General.

¹¹ Hay razón en ello porque la norma controvertida no se aplica sólo y exclusivamente a los afiliados al régimen de empleados de hogar. Nada se indica sobre ello y nada se

número de jubilados del Régimen General que perciben el complemento a pensión con el número de jubilados sujetos a ese Régimen en total. También debe confrontarse el número de personas a las que se les ha denegado la jubilación anticipada voluntaria porque no han cumplido con los requisitos generales del art. 208 LGSS (edad y cotización) con aquellas otras a las que se les ha denegado por no cumplir con la exigencia de la cuantía mínima. Se señala que de esta forma podría ponerse en valoración el número de nuevos jubilados que, en un mismo año, cumplen con el requisito de la cotización y que perciben un complemento a la pensión, con respecto al número total de nuevos jubilados a lo largo de ese mismo año. Si de estas operaciones resultara que entre las nuevas jubiladas sujetas al Régimen General el porcentaje de quienes han cotizado más de 35 años y perciben un complemento a la pensión es considerablemente más elevado que el registrado entre los nuevos jubilados sujetos a ese mismo régimen, cabría considerar entonces y ya sí que la exigencia de que la cuantía de la pensión de jubilación anticipada alcance un determinado montante mínimo supondría una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

Aun con ser complejo, se entiende el modo de razonar del Tribunal. No se trata tanto de ver y analizar toda una serie histórica, sino de comprobar, si en el momento actual y para un año en curso, puede apreciarse o no la discriminación indirecta que se alega. Será interesante comprobar qué resultados arrojan las estadísticas, porque, más allá de las operaciones que señala la Sala que deben realizarse, sí que es cierto que, a diciembre de 2020, un porcentaje mayor de mujeres jubiladas (55,51%) que de hombres jubilados (44,48%) percibía el complemento a mínimos, lo que es un claro indicio de que son las primeras las que más necesitan de este complemento a su pensión. Y, extrapolarlo este dato a la jubilación anticipada voluntaria, puede que estemos ante un indicativo de que un mayor número de mujeres que de hombres han podido ver denegada su solicitud por no alcanzar la cuantía mínima requerida. Pero, como se ha dicho, habrá que estar a lo que arrojen los resultados que se puedan desprender de las operaciones que señala el Tribunal que deben realizarse para comprobar si, efectivamente, existe o no en este punto discriminación indirecta por razón de género.

En cualquier caso y como antes se ha dicho, la Sala pone en la balanza no sólo las estadísticas, sino también el propósito que pretende alcanzarse con una exigencia como la que es objeto de controversia, esto es, la sostenibilidad del sistema de pensiones al evitarse en estas situaciones el pago del complemento a mínimos. De este modo, el Tribunal le marca el

desprende art. 208 LGSS.

camino a seguir al órgano remitente, pues, si aun con todo, si de los datos estadísticos se desprendiera que el porcentaje de nuevas jubiladas que han cotizado más de 35 años y perciben un complemento a la pensión es considerablemente más elevado que el registrado entre los nuevos jubilados, al segundo tan sólo le bastaría con constatar que la exigencia de alcanzar la pensión mínima responde a un objetivo legítimo de política social, que es adecuada para alcanzar este objetivo y que es necesaria a tal fin. De hecho, según se desprende de la propia sentencia, parece que para el Tribunal de Justicia así es. De esta forma, se recuerda que, si bien las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación por razón de género, los objetivos consistentes en asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación quedan al margen de cualquier móvil discriminatorio. Sigue poniéndose la venda antes que la herida la Sala y a continuación sostiene que la regla controvertida es necesaria en tanto que coadyuva a prolongar la vida activa de las personas, lográndose así un equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación. Y, por si lo acabado de señalar no fuera suficiente, el hilo argumentativo del Tribunal continúa con la defensa de la proporcionalidad de la previsión contenida en el art. 208.1.ª LGSS. Se entiende, de este modo, que el requisito de la pensión mínima supera el juicio de proporcionalidad porque no se aplica de forma generalizada en el sistema y ni tan siquiera a todos los supuestos de jubilación anticipada, sino tan sólo a aquel tipo de jubilación anticipada que proviene de una voluntad deliberada del posible beneficiario, siendo éste plenamente consciente de todas sus implicaciones para no suponer una carga para el resto de contribuyentes. Lo que implica, básicamente, reconocer que existe un adecuado sacrificio entre las penalizaciones que debe soportar el trabajador jubilado anticipadamente de forma voluntaria y los beneficios que puede representar el no abono de los complementos a mínimos para el interés colectivo del equilibrio sostenible del sistema de pensiones.

Ciertamente y de modo muy probable, todo ello sea cierto; seguramente deba reconocerse que, gracias a los requisitos tan estrictos que se imponen para acceder a la jubilación anticipada voluntaria quede atemperado el riesgo que para una financiación sostenible de las pensiones pueda suponer el pago de un determinado montante a quien opta deliberadamente por no seguir contribuyendo al sostenimiento del sistema. No obstante, también es preciso reconocer que si los datos estadísticos demuestran – como es muy posible que así sea – que un porcentaje más elevado de hombres que de mujeres pueden cumplir las condiciones para la jubilación anticipada y que, en consecuencia, la normativa española, esa exigencia de la letra c del art. 208.1 LGSS, coloca a las mujeres en una clara posición de desventaja,

debería valorarse la modificación de la norma con el objetivo de adecuarla a los estándares propios de la igualdad de trato contenidos en el art. 14 CE. La perspectiva de género habría de quedar, también aquí y como en otras muchas cuestiones, integrada en la interpretación de los requisitos exigidos para lucrar este tipo de pensión de jubilación, concurriendo con ello los efectos desproporcionados que una exigencia como la aquí controvertida pudiera desplegar sobre el colectivo femenino.

No se desconoce, sin embargo, que este planteamiento podría ser objeto de crítica al suponer una suerte de “café para todos” que bien pudiera constituir el primer paso para imponer un sistema de pensiones no sujeto al esfuerzo de cotización del trabajador. Pero no creo que haya de llegarse a ese extremo. A fin de cuentas, el objetivo de la contributividad y del equilibrio financiero del sistema ya se cumple cuando se exige una carrera de cotización muy dilatada en el tiempo para acceder a la jubilación de modo anticipado y una edad muy cercana a la requerida para la jubilación ordinaria, aplicándose, además, sobre la cuantía de la pensión unos coeficientes reductores que funcionan a modo de penalización, de agravante por tomar una decisión que supone la desvinculación *ante tempus* del mercado laboral. La decisión, pues, de jubilarse de forma anticipada y deliberada ya está lo suficientemente condicionada por unos requisitos muy exigentes que buscan, precisamente, garantizar esa estabilidad presupuestaria del sistema de pensiones. Desde este punto de vista entonces, podría abogarse por una reforma legislativa de la letra *c* del art. 208.1 LGSS que, como medida de acción positiva, eliminase la exigencia adicional de alcanzar cierta cuantía mínima para tener derecho, cumplidos el resto de requisitos, a la jubilación anticipada voluntaria.

Ello no obstante, podría argumentarse en contra, ciertamente, que lo que se propone no solventaría el déficit del sistema si las pensiones de los jubilados anticipadamente por propia voluntad que no alcanzaran el mínimo tuvieran que ser complementadas a cargo del Estado. Pues bien, frente a ello, bien podría defenderse una reforma de la normativa que regula los complementos a mínimos por la que se excluyera su pago en estas situaciones o que, si acaso, se modulara quizá a través de otro coeficiente reductor. Sería ésta una penalización a la jubilación anticipada voluntaria perfectamente coherente con el resto de mecanismos correctores y que, en principio, no habría de tener el impacto de género que se prevé que pueda tener la exigencia contenida en la letra *c* del art. 208.1 LGSS. A fin de cuentas, quien accede a la jubilación a través de este mecanismo debe ser consciente de que su salida del mercado laboral ocasiona un cierto desajuste en el sistema de pensiones y que, como consecuencia de ello, debe soportar ciertos sacrificios, siendo tal vez uno de ellos que el Estado no le financie

económicamente o, al menos, no del todo, para alcanzar un determinado umbral de riqueza¹².

2.2. La incidencia del trabajo prestado en territorio europeo sobre la prestación

Las normas que regulan la jubilación anticipada voluntaria no adolecen sólo de problemas relacionados con la necesaria integración de la perspectiva de género en su interpretación y aplicación. En fechas no muy lejanas también se ha planteado la concordancia del requisito contemplado en el art. 208.1.c LGSS con la libertad de circulación y trabajo en territorio de la Unión Europea y, en concreto, con las normas que regulan la coordinación de los sistemas de Seguridad Social nacionales, señaladamente, el Reglamento (CE) n. 883/2004. Veamos.

La cuestión estriba en decidir cómo calcular el «importe de la pensión a percibir», monto económico que «debe ser superior a la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años». Desde una perspectiva estrictamente nacional del asunto, esa “pensión a percibir” (en singular, no en plural, fíjese) habría de ser aquella que resultara de la aplicación de las normas nacionales, de tal modo que el abono de esta cuantía se realizaría de forma exclusiva a cargo del Estado español. Y, si con esa pensión nacional calculada conforme a las normas nacionales no se llegara a alcanzar el umbral mínimo de riqueza, el interesado no podría tener acceso, entonces, a este tipo de jubilación anticipada, como antes se ha dejado explicado y por los motivos ya expuestos.

Ahora bien, la regla funcionaría y ningún problema de adaptación con normas europeas se plantearía si el contexto fuera propicio para ello, es decir, si al trabajador no se le diera la opción de ejercer la libertad de circulación por territorio de la Unión. Pero no es éste, desde luego, el escenario con el que el trabajador se encuentra. Su ciudadanía europea le

¹² En contra, *vid.* J.A. MALDONADO MOLINA, *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*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 445, p. 161. Con todo, al margen de estas posibilidades regulatorias y desde luego, siempre cabría potenciar los sistemas complementarios basados en los planes de pensiones de empleo financiados por las empresas y los trabajadores al margen del sistema público de pensiones o los planes privados para intentar, de esta forma, compensar la diferencia económica que se pueda producir.

permite desplazarse libremente a otro Estado miembro con la finalidad de residir en él, de buscar en él un empleo y de ejercer libremente una actividad profesional. Y si esto es así, lo que hay que plantearse es si pueden tener acceso a la jubilación anticipada voluntaria aquellos trabajadores no sedentarios que muy lícitamente han residido y prestado servicios laborales en otros Estados miembros y que, llegado el momento, pretenden computar para alcanzar el importe mínimo que exige la norma nacional española las pensiones que puedan percibir a cargo de otro u otros Estados por el trabajo realizado en ellos.

La cuestión fue resuelta, como se sabe, por sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2019¹³. Y en ella se señala que es posible computar, para acceder en España a la jubilación anticipada voluntaria, el importe de las pensiones equivalentes que se hayan lucrado en otros Estados miembros siempre que se alcance con ellas la pensión mínima a la que se tendría derecho por situación familiar. Se hace jugar, pues, la regla del art. 5.a del Reglamento (CE) n. 883/2004 que establece el principio de equivalencia de prestaciones, según el cual «si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de Seguridad Social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes¹⁴ adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro».

La solución, como puede entenderse, es del todo punto lógica, concilia los diversos intereses en juego y se adapta, además, al criterio de gestión del INSS de 3/2018, de 13 de febrero, que señala que «cuando se analice el derecho a la pensión de jubilación anticipada voluntaria por totalización de periodos de seguro, el requisito exigido en el artículo 208.1.c) de la LGSS, se considerará cumplido cuando la cuantía de la pensión teórica¹⁵ sea superior a la cuantía de la pensión mínima, y cuando la suma de las cuantías

¹³ Antonio Bocero Torrico y Jörg Paul Konrad Fritz Bode c. Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18. Dos comentarios sobre la misma sentencia en M.A. VICENTE PALACIO, [Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la “pensión a percibir” como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2020, n. 2, y J.A. MALDONADO MOLINA, *op. cit.*

¹⁴ Para saber si determinadas prestaciones son equivalentes el órgano jurisdiccional nacional habría de atender al objetivo que persiguen y a las normativas que las establecieron. Así, STJUE de 21 de enero 2016, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Alfred Knauer c. Landeshauptmann von Vorarlberg*, asunto C-453/14.

¹⁵ Esto es, la pensión prorrateada una vez totalizados todos los períodos de seguro cubiertos en varios Estados miembros.

de la pensión española y de la reconocida por otro/s Estado/s vinculados a España en virtud de una norma internacional de Seguridad Social sea superior a la cuantía de la pensión mínima». Y es que otro modo de razonar no podría sostenerse. El mandato normativo del art. 5.^a del Reglamento (CE) n. 883/2004 es lo suficientemente claro para entender que sí, en un Estado miembro, las normas regulatorias de una prestación anudan a ésta unos determinados efectos jurídicos, esos mismos efectos deben producirse sobre la prestación ganada en otro Estado miembro que resulte equivalente. A ello debe añadirse, además, el flaco favor que se le habría hecho a la libre circulación por territorio de la Unión si se hubiera adoptado una solución de tintes más nacionales. Y ello porque impedir la suma de todas las pensiones lucradas en varios Estados miembros para acceder a la jubilación anticipada voluntaria en España supondría tanto como colocar en peor situación a los trabajador migrantes que a los no migrantes sin justificación alguna posible. Para el Tribunal, este hecho supondría una suerte de discriminación indirecta de la que adolecería el art. 208.1.^c LGSS que, esta vez, no podría ser sorteada sobre la base de perseguir el objetivo de interés general consistente en eximir de cargas adicionales al Estado español. Desde el mismo momento en que, en estos particulares casos, sólo se permitiría acceder a la jubilación anticipada de forma voluntaria cuando la suma de todas las prestaciones lucradas por el trabajador arrojara un resultado que fuera igual o superior a la pensión mínima por situación familiar, el argumento del equilibrio financiero del sistema no se sostiene, puesto que ningún sobrecoste adicional, en forma de complemento a mínimos, tendría que asumir el Estado español.

3. Las prestaciones familiares y en favor de familiares

3.1. La prestación familiar en su modalidad contributiva: el cómputo de las excedencias para lucrar la prestación de incapacidad temporal. Una oportunidad perdida

El RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación se presentaba en su momento con un objetivo muy ambicioso: luchar contra los estereotipos de género, fomentar un reparto más igualitario de la labor de cuidado familiar y avanzar hacia la igualdad plena entre hombres y mujeres, todo ello en consonancia con lo dispuesto en multitud de normas y textos europeos e internacionales. De este modo, se modificaron un total de siete

leyes¹⁶ cuyas disposiciones de una forma u otra incidían en los ámbitos indicados, llevándose a cabo una profunda reestructuración de las principales instituciones conciliatorias para lograr, como se señala en la Exposición de Motivos, un «nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre ambos sexos».

Ciertamente, nada que objetar al respecto. Pero, puestos a reformar, podría haberse pensado también en la modificación de una disposición que fue objeto de controversia judicial unos meses antes, en enero de ese mismo año¹⁷, el art. 237.1 LGSS. El precepto señala, como se sabe, que el período de excedencia por cuidado de hijos tendrá la consideración de cotización efectiva a efectos sólo de determinadas prestaciones: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Pero olvida incorporar el legislador la situación de incapacidad temporal, lo que provoca que el tiempo pasado en situación de excedencia no se tenga en cuenta a efectos de lucrar esta prestación. Esta situación, planteada desde el punto de vista de la perspectiva de género, puede provocar ciertamente cierto agravio comparativo de la mujer con respecto al varón. Veamos.

En línea de principio, ha de tenerse en cuenta cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar con la excedencia por cuidado de hijos. Así, el sentido del art. 46.3 ET, como se sabe, es – en pocas palabras – facilitar a los trabajadores el cuidado de los hijos menores¹⁸. Bien es verdad que de ese cuidado se ocupan fundamental y primordialmente las mujeres, sobre las que pesan – y ya obvia decirlo – ciertas pautas de comportamiento a modo de roles socialmente construidos que exigen de ellas la atención directa y exclusiva del menor o del familiar de que se trate. Y desde ahí, es lógico pensar que el no computar los periodos de excedencia voluntaria a efectos de la prestación de incapacidad temporal supone una discriminación negativa hacia las mujeres trabajadoras que son quienes hacen uso en mayor parte de ese derecho, quedando por ello desprotegidas frente a procesos de

¹⁶ Además del Estatuto de los Trabajadores, se modifican la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobada por RDL 5/2015, de 30 de octubre, la Ley General de la Seguridad Social aprobada por RDL 8/2015, de 30 de octubre, la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (en su disposición adicional sexagésima primera), la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por RDL 5/2000, de 4 de agosto y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

¹⁷ STSJ La Rioja de 10 de enero de 2019 (Rec. n. 236/2018).

¹⁸ Sobre ello, *vid.* M.J. DILLA CATALÁ, *La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95 de 23 de marzo)*, en *Actualidad Laboral*, 1995, n. 3, p. 4 del extracto.

incapacidad temporal posteriores.

No cabe duda de que el que antecede es un razonamiento a todas luces alineado con las actuales corrientes judiciales que entienden necesario integrar la dimensión de género en la impartición de la justicia y que «exigen del juzgador la contextualización y la actuación conforme al principio *pro persona*, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garantizan la mayor protección de los derechos humanos»¹⁹. También es un razonamiento alineado con las tradicionales corrientes doctrinales y judiciales que vinculan el cuidado de los hijos a la discriminación indirecta por razón de sexo²⁰. Siendo ello así, se hace preciso reconocer la necesidad de la implantación de medidas de acción positiva destinadas a paliar de alguna forma las desigualdades reales padecidas por las mujeres en diversos ámbitos, incluido, por supuesto, el del trabajo, lo que llevaría al extremo y en el caso que nos ocupa a la necesidad de adaptar la Ley General de Seguridad Social a una nueva realidad social, ya establecida en la propia Ley de Igualdad, para evitar situaciones de desprotección en las mujeres, principales protagonistas de la conciliación laboral y familiar.

Habría quien pudiera razonar, esto no obstante, que el enfoque de género no es la solución más adecuada para resolver este problema, puesto que no siempre es la mujer trabajadora la que solicita la excedencia por cuidado de hijos y, por ello, cuando se habla de este derecho, no debiera ponerse el foco necesariamente sobre ella. Piénsese, sin ir más lejos, en el caso de que ambos progenitores trabajen y que sea el padre el que decida suspender su contrato, bien porque los ingresos de la madre sean superiores y no sea conveniente que ella deje de trabajar o bien porque sencillamente sea el padre el que decida dar un paso adelante en el cuidado del hijo y se coloque, porque así lo desea, en la situación de excedencia. En estos casos, un eventual proceso de incapacidad temporal del padre arrojaría el mismo

¹⁹ STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de mayo de 2017 (Rec. n. 1237/2016). Y sobre el particular, entre la doctrina, *vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA, *La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76.

²⁰ Sobre ello, *vid.*, entre otras, STC n. 3/2007, de 15 de enero, STC n. 253/2004, de 22 de diciembre; STC n. 198/1996, de 3 de diciembre; STC n. 147/1995, de 16 de octubre. En el ámbito comunitario, sobre este concepto, *vid.* STJCE de 9 de febrero de 1999, *Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez*, asunto C-167/97; STJCE de 4 de junio de 1992, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. c. Monika Bötzel*, asunto C-360/90; STJCE de 7 de febrero de 1991, *Helga Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-184/89; STJCE de 27 de junio de 1990, *Maria Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-33/89; STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez c. Sesa Start España ETT SA*, asunto C-104/09, entre otras muchas.

resultado con la norma en la mano: no tendría derecho a prestación de incapacidad alguna por no reunir el período de cotización necesario. O, dicho de otro modo, si el art. 172.a LGSS dispone que no es posible acceder al abono de la prestación si no se tienen, como mínimo, ciento ochenta días cotizados en los cinco años anteriores al hecho causante y si el art. 237.1 del mismo cuerpo legal señala que el período de excedencia por cuidado de hijos tendrá la consideración de cotización efectiva a efectos sólo de determinadas prestaciones, el mismo efecto pernicioso se produce sea hombre o mujer el solicitante de la excedencia por cuidado de hijos: la no cobertura por la Seguridad Social de la enfermedad que se padezca.

Siendo ello verdad, esto es, que ambos, hombres y mujeres, pueden resultar perjudicados por el rigor normativo, lo cierto es también que no se puede desconocer la realidad que arrojan las cifras. Y éstas lo que indican es que el tiempo de excedencia es disfrutado en su inmensa mayoría (más del 90%)²¹ por mujeres, de manera que es a ellas – se reitera – a las que se las perjudica singularmente, ocasionándoles una lesión indirecta a su derecho a la igualdad y a la no discriminación. Y este dato no queda ensombrecido por el hecho de que a los trabajadores varones tampoco se les compute el tiempo de excedencia para lucrar la prestación de incapacidad temporal. Como se acaba de explicar, la necesidad de que se reformulen los artículos aquí puestos en cuestión del texto de la Ley General de Seguridad Social deriva de la exigencia de poner fin a una discriminación indirecta que por sí sola afecta mayoritariamente a las mujeres; discriminación que, de eliminarse, provocaría que se vieran compensadas en cierta forma las desventajas reales que, en materia de empleo y Seguridad Social, deben soportar aquéllas a diferencia de los varones por el hecho de la maternidad y tras el nacimiento del hijo.

Ahora bien, complementando esta perspectiva de género, creo pueden manejarse otros argumentos, también bastantes, para flexibilizar el rigor normativo. Y, para ello, no hay más que plantearse cuál sea la mejor forma de promover el cuidado del menor, garantizándose que el trabajador, ya sea hombre o mujer, que desee suspender su contrato para atender al cuidado del hijo pueda hacerlo sin perjuicio en su patrimonio jurídico.

De entrada y como se ha dicho antes, no existe elemento normativo alguno del que quepa inferir, primero, que quien no haya cotizado lo suficiente tendrá, aun con todo, derecho a la prestación por incapacidad temporal y, segundo, que el período de excedencia por cuidado de hijos compute como tiempo trabajado a efectos de esta prestación. La letra de la norma no puede

²¹ En concreto y en 2019 (último año con datos a la fecha de cierre de este trabajo), el 90,93% según fuentes del Ministerio de Igualdad.

ser más clara. Ello no obstante, este rigor normativo puede flexibilizarse en cierta forma de atender también a la finalidad perseguida por este tipo de excedencia. Porque piénsese que acoger una interpretación restrictiva que excluya al trabajador enfermo de la cobertura que presta la Seguridad Social debido a que no ha cotizado lo suficiente por haberse acogido a esta suspensión se compagina mal con la protección de la familia que consagra el art. 39 CE y puede conducir a situaciones de clara injusticia material. Y ello por cuanto no computar la duración de la excedencia para lucrar la prestación por incapacidad temporal entiendo que constituiría un elemento disuasorio para el trabajador que pretendiera acogerse a ella, al saber que, por su disfrute, dejaría de devengar otros derechos como el que aquí se trata, lo que, a la postre, supondría cuando menos limitar los efectos beneficiosos que posee este tipo de suspensión para la conciliación de la vida familiar y laboral.

Teniendo en cuenta, pues, ese perverso efecto que supondría para la tutela del bien jurídico protegido, en mi opinión no parece justificada la exclusión que el art. 237.1 LGSS hace de su duración como tiempo efectivamente cotizado. Si se pretende que la excedencia por cuidado de hijos sea un instrumento eficaz para facilitar la crianza del hijo y para acompañar vida familiar con vida laboral, no puede pretenderse que su disfrute incida negativamente en el disfrute de otros derechos que le corresponderían al trabajador. Por ello, no se entiende que el legislador excluyera la incapacidad temporal del listado de prestaciones para las cuales el tiempo disfrutado de excedencia computa como tiempo cotizado. Máxime cuando incluso al desempleo, a pesar de no estar citada esta prestación en el listado del art. 237.1 LGSS, se le otorga un trato ventajoso en este sentido, que consiste, como es conocido, en entender que, a pesar de que no cuentan los tres años de excedencia por cuidado de hijos para el cálculo de los seis años en el que deben jugar las cotizaciones computables para el desempleo, procede retrotraer ese período en el equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en dicha situación²².

Cuál pueda ser entonces la vía que instrumente una mejor protección del bien jurídico es la siguiente pregunta que cabría responder. A mi juicio, para respetar la finalidad de la excedencia, el art. 237.1 LGSS debería incluir entre las prestaciones para las que se consideran los tres años como cotizados la incapacidad temporal. Ello pasa inexorablemente por abogar por una reforma legislativa que tenga en cuenta, desde luego la perspectiva de género, pero también la mejor protección del bien jurídico y los intereses en juego. La oportunidad llegó con la aprobación del RD-Ley 6/2019, pero

²² Art. 4, Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad.

no se aprovechó²³. Así que, en tanto que dicha reforma legislativa no acontezca, entiendo que resulta tan oportuno como coherente sostener la aplicación de la misma solución dada para la prestación por desempleo: aplicar la teoría del paréntesis²⁴. No creo que puedan existir argumentos para rebatir su extensión también a esta situación.

En efecto, cabe recordar que la teoría del paréntesis es una construcción jurisprudencial que se ha utilizado para paliar la carencia de tiempo cotizado para lucrar prestaciones, especialmente, en materia de viudedad y jubilación. De esta forma y resumidamente, se trata de realizar una interpretación humanizadora y flexible del requisito de cotización por la que se alargue el período de cómputo excluyendo el tiempo que no se pudo cotizar por justa causa y computándose las cotizaciones anteriores a dicho lapso. Para ello y como se ha dicho, la jurisprudencia exige que se aprecie una “justificación razonable” en el alejamiento del mercado laboral del trabajador, es decir, que tiene que quedar debidamente demostrado que aquél no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Así, se han considerado como tales la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar, la percepción de una prestación no contributiva de invalidez, en que tampoco se cotiza o la existencia comprobada de una grave enfermedad que conduce al hecho causante y por la que es explicable que se hayan descuidado los deberes legales para continuar en alta. De igual manera y como se trata de ponderar todas las circunstancias concurrentes, también se ha llegado a tener en cuenta la vida laboral del trabajador, de tal forma que una continuada carrera de seguro ha sido valorada también como elemento del que razonablemente extraer que aquél hubiese continuado ligado al sistema de la Seguridad Social de no concurrir las circunstancias que impedían u obstaculizaban la cotización²⁵.

Así planteado, el asunto es, pues, si cabe aplicar esta teoría al supuesto en el que no se pudo cotizar el tiempo suficiente para lucrar la prestación de incapacidad temporal debido a la excedencia por cuidado de hijos. Y, como se ha adelantado, mi respuesta es positiva. Y ello por dos argumentos. Primero, porque existe causa bastante para justificar la ausencia del

²³ El RD-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 sí que efectuó una modificación en el art. 237 LGSS, aunque en su apartado tercero, no en el primero.

²⁴ Por ella también apuesta la STSJ La Rioja Rec. n. 236/2018, cit.

²⁵ Por todas, STS de 24 de noviembre de 2010 (Rec. n. 777/2009); STS de 13 de junio de 2006 (Rec. n. 175/2005); STS de 23 de diciembre de 2005 (Rec. n. 5282/2004); STS de 12 de julio de 2004 (Rec. n. 4636/2003).

trabajador en el sistema. En absoluto puede decirse que el excedente por cuidado de hijos se ha colocado en esta situación por propia iniciativa y con la finalidad de desvincularse del mercado de trabajo²⁶. Si se encuentra en esa tesitura es porque debe procurar la atención o cuidado de los hijos menores, un deber éste que – se vuelve a reiterar – tiene su reconocimiento en el marco constitucional (art. 39 CE) y que obedece, a la postre, a la política de promoción de condiciones de conciliación de la vida profesional y familiar. Y, segundo, e íntimamente unido a lo anterior, porque se puede decir, creo que sin problema, que el *animus laborandi* del trabajador que se coloca en la situación de excedencia por cuidado de hijos existe en la medida en que no ha dejado de “querer trabajar”. Antes al contrario, puesto que lo que ha ocurrido es que se ha topado con ciertas circunstancias especiales (el cuidado físico y emocional del menor) y legales (la ausencia de norma legal que considere como tiempo cotizado la excedencia a efectos de la prestación de incapacidad temporal) que le han impedido continuar con su carrera de seguro sin voluntad de aprovecharse de situación alguna de desempleo. A mayor abundamiento, este hecho queda corroborado por la posibilidad que se le abre al trabajador, reconocida tanto doctrinal como jurisprudencialmente, de prestar servicios, ya sea por cuenta ajena o ya por cuenta propia, durante la situación de excedencia, puesto que en absoluto puede partirse del axioma de que existe una especial obligación de no trabajar cuando se disfruta de este tipo de suspensión²⁷.

Estas dos razones, en mi opinión, unidas, huelga decirlo, al enfoque de género, resultan bastantes para mantener que la norma debiera contemplar, sí no la cotización a efectos de lucrar la prestación por incapacidad, sí la aplicación de la teoría del paréntesis en estas circunstancias. Resulta jurídicamente ilógico que el disfrute de esta excedencia provoque determinados efectos positivos en la mayoría de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y, al mismo tiempo, dicha situación de excedencia suponga detrimento o merma en orden al disfrute de la prestación por incapacidad temporal; una prestación que, de no haberse solicitado y obtenido la excedencia, se podría llegar a lucrar sin obstáculo alguno²⁸.

²⁶ Argumento que maneja la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2003 (Rec. n. 602/2003).

²⁷ Sobre ello, *vid.* M.A. BALLESTER PASTOR, *Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos*, en *Tribuna Social*, 1996, n. 68, p. 26. Entre las sentencias que abordan esta cuestión, *vid.*, entre otras muchas, STS de 10 de febrero de 2015 (Rec. n. 25/2014).

²⁸ A favor también de este planteamiento, STSJ Madrid de 5 de noviembre de 1996 (Rec. n. 4537/1996). Igualmente, cabe señalar que J. LÓPEZ GANDÍA, *La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley*

En este sentido, una última observación resulta preciso hacer. Entiendo que los mismos planteamientos que aquí se han hecho para la excedencia por cuidado de hijos pueden extrapolarse sin problemas a la excedencia por cuidado de familiares. No hace falta agotar los argumentos para mantener que los mismos intereses están en juego (género, protección a la familia, conciliación) cuando se trata del cuidado del familiar y que este tipo de cuidado no es de menor relevancia que el del hijo. Por eso, la modificación normativa por la que antes se abogaba debe ir más allá para entrar también de lleno en un ahondamiento de la previsión, de tal modo que se entiendan como efectivamente cotizados los dos años (no el primero, como señala el art. 237.2 LGSS) de la excedencia por cuidado de familiares a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad e incapacidad temporal y, si ello no fuera así, que se aplique igualmente la teoría del paréntesis para lucrar la prestación de incapacidad temporal cuando ésta acontezca tras una situación de excedencia por cuidado de familiares.

3.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de familiares

La preocupación por el debido cuidado y atención a la familia también se advierte en el art. 226 LGSS, precepto que, de forma específica, reconoce un derecho a lucrar una determinada prestación pública cuando se ha cuidado, convivido y dependido económicamente de un familiar cuya pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente²⁹ constituía el único o principal sustento económico de la familia. Ciertamente, el sentido de la norma es absolutamente comprensible. El fallecimiento del pensionista coloca al cuidador en una situación muy delicada y de acuciante necesidad, puesto que, precisamente, por acometer la tarea de ocuparse de su familiar, ha tenido que o bien apartarse del mercado laboral o bien emplearse en puestos de escasa cualificación y retribución para poder conciliar su vida familiar con la profesional. Ante esta situación de necesidad, la Seguridad Social responde con dos tipos de prestaciones, una de carácter vitalicio y otra, de carácter temporal que cubre el inmediato período subsiguiente al fallecimiento del familiar y hasta los doce meses.

52/2003, de 10 de diciembre), en *Actualidad Laboral*, 2004, n. 11, p. 8 del extracto, ya mostraba su favor por la aplicación de la teoría del paréntesis sobre las cotizaciones requeridas para lucrar la prestación de incapacidad temporal.

²⁹ O pensión SOVI en la relectura que de este requisito del causante realiza la STS de 29 de enero de 2020 (Rec. n. 3097/2017).

Ahora bien, para percibir estas prestaciones se hace necesario que el posible beneficiario cumpla con unos determinados requisitos, los del apartado segundo del art. 226 LGSS, que son desarrollados por lo dispuesto en el art. 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. De esta forma, el familiar del fallecido debe haber convivido con el causante y a su cargo al menos con dos años de antelación al deceso, debe acreditar una dedicación prolongada a su cuidado y ha de carecer de medios propios de vida, entendiéndose aquí que no debe tener derecho a pensión pública alguna ni disponer de medios de subsistencia ni tener familiares con obligación de prestarle alimentos según la legislación civil. A ello se une el hecho de que si el cuidador es hijo o hermano del fallecido, debe haber cumplido cuarenta y cinco años y ser soltero, divorciado³⁰ o viudo.

Las exigencias descritas, como puede comprobarse, hacen que este tipo de prestaciones del nivel contributivo presenten claros ribetes asistenciales pues van destinadas a constatar que efectivamente existe tanto una falta de ingresos del cuidador durante un período más o menos dilatado en el tiempo como una situación de dependencia económica de aquél con respecto al causante. Naturaleza asistencial que, por cierto, queda corroborada incluso a nivel judicial, pues la laxa interpretación que se ha hecho de aquellos condicionantes ha permitido dar cobertura a más situaciones de necesidad que a las prototípicas que pudieran plantearse, eliminándose así ciertas diferencias de trato en absoluto justificables.

De esta forma y en línea de principio, el hecho de que el solicitante deba carecer, en el momento del fallecimiento del causante, de medios propios de subsistencia y depender económicamente de aquél se ha considerado que no puede identificarse con la total inexistencia de recursos económicos o absoluta indigencia, de tal modo que también se encontraría dentro del campo de acción de la normativa legal quien tuviera una mínima capacidad económica (fijada en una renta inferior al SMI) con la que pudiera participar en la economía de la unidad familiar de manera secundaria y coadyuvante³¹. En cuanto a la ausencia de familiares con obligación de prestar alimentos,

³⁰ Entendiendo por tal el que ya tiene esa condición legal en el momento del hecho causante y no a quien está pendiente de la resolución de una demanda de la que puede desistir antes de recaer sentencia. No se lucra tampoco la prestación cuando el hijo o hermano está separado de hecho, pues en esta situación aún subsiste el matrimonio y, por consiguiente, el mantenimiento del deber de ayuda mutua entre los cónyuges. Por todas, STS de 10 de julio de 2020 (Rec. n. 1653/2018); STS de 1º de febrero de 2017 (Rec. n. 3007/2015); STS de 21 de diciembre de 2016 (Rec. n. 2255/2015).

³¹ Por todas, STS de 20 de marzo de 2000 (Rec. n. 2883/1999).

se ha apuntado que no parece aceptable ni acertado sostener que la simple existencia de un familiar sobre el que pueda recaer la obligación de cumplir la deuda alimenticia con arreglo a las normas civiles, impida o elimine, sin más, el derecho del interesado a la prestación a favor de familiares sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes, ya que ese familiar deudor de los alimentos podría tener exiguos ingresos y muchos alimentistas a su cargo. Por ello, se ha considerado que el requisito se entiende cumplido cuando no haya una persona obligada a prestar alimentos que tenga, en el concreto momento del hecho causante, ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional y que pueda asignar al beneficiario una cantidad que garantice a éste un nivel de subsistencia no inferior, de nuevo, al salario mínimo interprofesional³². De igual modo, se ha entendido que se cumple el requisito de que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos cuando los ingresos de la unidad familiar de la que forma parte el beneficiario divididos por el número de miembros que la componen no alcancen los límites cuantitativos señalados a los fines del reconocimiento y abono del subsidio de desempleo con responsabilidades familiares, y ello en el bien entendido de que no conste que, al margen de esa unidad familiar, existen otros parientes sobre los que recae esa obligación alimentaria y que poseen ingresos suficientes para hacer frente al cumplimiento de la misma³³.

Al hilo de lo anterior, en fin, en cuanto a los concretos familiares a tener en cuenta, se ha considerado que el hecho de que el solicitante conviva con alguno de sus hermanos no impide que surja el derecho a la prestación en favor de familiares, ya que entre ellos no surge civilmente obligación de prestar alimentos³⁴. De la misma forma, se ha excluido a estos efectos a los hijos e hijas políticos del solicitante al aplicarse por analogía, como antes se ha dicho, las reglas que rigen el subsidio por desempleo. En concreto, habida cuenta de que el art. 274 LGSS señala que la unidad económica de convivencia se compone del solicitante, cónyuge, hijos menores de 26 años, hijos mayores incapacitados o menores acogidos, sin que pueda incluirse en esa unidad a otras personas distintas, no pueden computarse los ingresos obtenidos durante el matrimonio por los yernos o nueras del solicitante para determinar si se alcanzan los límites cuantitativos señalados a los fines del reconocimiento y abono del subsidio de desempleo con responsabilidades familiares³⁵.

³² STS de 12 de marzo de 1997 (Rec. n. 3459/1996).

³³ STS de 28 de octubre de 1995 (Rec. n. 618/1995).

³⁴ STS de 15 de octubre de 2015 (Rec. n. 1045/2014).

³⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 6 de marzo de 2020 (Rec. n. 1638/2019), confirmada por ATS de 24 de febrero de 2021 (Rec. n. 1844/2020).

También se flexibiliza la exigencia de la dedicación prolongada al cuidado del causante, en tanto que no se requiere siempre y necesariamente el auxilio permanente de tercera persona para realizar las actividades más elementales de la vida. Basta, por el contrario, con que se le haya dispensado de forma continuada y no puntual al pensionista los cuidados requeridos por razón de la edad, realizando actividades tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas o la movilidad esencial, sin que sea imprescindible la existencia de una enfermedad o alteración de la salud³⁶.

Evidentemente, las circunstancias concurrentes serán las que determinarán si se ha proporcionado al causante ese tipo de dedicación y cuidado continuado, pero si la interpretación que se realiza del requisito no implica necesariamente un auxilio permanente para realizar las más básicas actividades vitales, ello debería abrir la posibilidad, entiendo, de no exigir el requisito de la convivencia con el pensionista siempre y en todo caso. No se desconoce a estos efectos que, en fechas recientes, se ha realizado una relectura a nivel judicial en clave de género de aquella exigencia, advirtiéndose de que bastaría con la cercanía física entre los sujetos implicados y de que requerir la mera cohabitación física supondría vaciar de contenido la finalidad misma de la prestación en favor de familiares, pudiéndose incurrir, incluso, en una discriminación indirecta por razón de género. Y ello en tanto que es un hecho perfectamente constatado y constatable que son las mujeres las que invierten más parte de su tiempo en la tarea de cuidados y a las que se les podría negar en mayor medida que a los varones el acceso a la prestación por este formalismo³⁷.

No obstante y aun estando de acuerdo con el planteamiento, la propuesta que se realiza va más allá. Porque si de lo que se trata es de “cuidar al cuidador” y de remediar la situación de necesidad en la que queda tras el deceso del causante, su sustento económico, creo que habría de optarse por eliminar el requisito de la convivencia (ya muy laxo, además, con la interpretación que se hace de él) o, si acaso, hacerlo servir como una prueba más, aunque *iuris tantum*, de la existencia de los cuidados prestados³⁸.

Aquello que debe importar verdaderamente para poder lucrar la prestación son los cuidados que se han proporcionado al pensionista y la dependencia económica respecto de éste y si ambos extremos quedan acreditados poco

³⁶ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 5 de marzo de 2020 (Rec. n. 723/2019). Esa dedicación prolongada que se requiere no acontece cuando se constata que el causante era una persona con una vida activa e independiente, siendo capaz de desenvolverse por sí mismo. Así, STSJ Cataluña de 15 de octubre de 2019 (Rec. n. 2855/2019).

³⁷ STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 13 de marzo de 2020 (Rec. n. 1400/2019).

³⁸ En el bien entendido de que la convivencia efectiva con el pensionista le ha brindado al solicitante la posibilidad de proporcionarle a aquél los debidos cuidados y atención.

debe importar en términos generales y a mi parecer dónde pueda vivir el sujeto cuidador, si en la misma vivienda, en el mismo bloque de edificios, en la misma calle o en otra distinta de la misma localidad o cercana.

4. La prestación para el cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave

Señala el art. 190 LGSS, desarrollado por el RD 1148/2011, de 29 de julio, que el progenitor que reduzca su jornada de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del art. 37.6 ET tendrá derecho a una prestación económica de carácter público destinada a compensarle por la disminución de las retribuciones. Sucede, sin embargo, que en el diseño de la prestación se detectan dos anomalías importantes que pueden ocasionar una doble diferencia de trato, una por el estado civil de los progenitores del menor y otra por razón de género.

Comenzando por la primera, si se observa, se requiere normativamente que ambos progenitores se encuentren prestando servicios laborales. Y ello, *a sensu contrario*, significa que la protección que dispensa la norma no se activa cuando sólo existe un único progenitor al frente de una familia monoparental³⁹ o cuando quiebra, de forma sobrevenida, la situación de hecho que la sostiene, que es que ambos progenitores estén dados de alta en la Seguridad Social. En este último caso, se presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin⁴⁰.

Ciertamente, puede entenderse este razonamiento desde el punto de vista normativo. La letra de la norma y el diseño de la prestación no dejan ni margen alguno para la duda sobre lo que se pretende (se trata de facilitar la reducción de jornada en caso de que ambos progenitores trabajen y el cuidado del menor en estos casos) ni para diferenciar entre varios modelos de familia. De hecho, parece evidente que la norma está planteada para

³⁹ Entendiendo por tal aquella en la que existe un único progenitor que se responsabiliza él solo del hijo o hijos que tuviera a cargo. Este modelo de familia dibuja una clara línea ascendente. Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en la actualidad, existen casi un total de dos millones de hogares en esa situación. Además, su peso porcentual sobre el total de hogares que conviven con hijos es de entidad, pues representa un 23,28%, es decir, aproximadamente una cuarta parte de esos hogares. Fuente: INE 2019 (último año con datos a la fecha de cierre de este trabajo).

⁴⁰ STS de 12 de junio de 2018 (Rec. n. 1470/2017); STS de 28 de junio de 2016 (Rec. n. 80/2015); STSJ Comunidad Valenciana, de 6 de febrero de 2019 (Rec. n. 96/2018).

funcionar en un escenario diríase ordinario o tradicional, uno en el que existen los dos progenitores, ambos formando parte de la misma unidad de convivencia. Pero, ¿qué ocurre en el resto de supuestos? Porque la exigencia de que ambos trabajen acaba por expulsar de la protección del sistema al progenitor solo (un único progenitor a cargo por inexistencia, incapacidad o fallecimiento del otro) cuando, en realidad, la misma situación de necesidad existe tanto en el caso de las familias biparentales como en el de las familias monoparentales. ¿Qué motivo existe para negar esta posibilidad de lucrar la prestación al cabeza de familia de un hogar monoparental cuando el supuesto de hecho, la enfermedad del menor, puede incidir de igual modo en el desarrollo de su trabajo? No parece atisbarse ninguno de peso, ciertamente, por lo que quizá habría llegado el momento de repensar también el diseño de esta institución y desvincularla de la necesidad de que existan ambos progenitores, los dos prestando servicios. Pero no sólo, en mi opinión, para dar cabida a estos supuestos, sino también, incluso, para impedir que el cese en el trabajo del progenitor no custodio, en casos de crisis conyugal o de pareja, pueda suponer la pérdida del derecho y de la prestación del progenitor que tiene a su cuidado al menor enfermo.

Sobre esto último, puede argumentarse, como hace el Tribunal Supremo⁴¹, que una interpretación como la que se propone desbordaría el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde en atención a lo que disponen las normas reguladoras y que, además, no fomenta la integración del menor con el progenitor no custodio que puede ser quien, al no trabajar o haber dejado de hacerlo, está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad laboral. Se ha barajado también el hecho de que la regulación de la prestación no permite excluir de la “unidad familiar”, que es el término empleado por el art. 4.2 del RD 1148/2011, al progenitor separado o divorciado por cuanto se contempla legalmente la posibilidad de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo. No obstante y aun pudiendo compartir el argumento de favorecer el nexo de unión entre el menor y el otro progenitor, creo que debería estarse también aquí al régimen de custodia que el juez hubiese podido establecer, si compartida o en exclusiva en favor de uno sólo los progenitores. Veamos.

Si la custodia fuera individual, si se atribuye a uno de los progenitores y no al otro, el derecho y la prestación, en mi opinión, debería concederse al progenitor custodio porque es quien se ocupa cotidianamente de la atención

⁴¹ STS Rec. n. 1470/2017, cit.

y de los cuidados del menor enfermo conformando con él una unidad real de convivencia. Y ello con independencia de que el otro progenitor desempeñe o no una actividad laboral, ya que aunque siga ejerciendo las facultades y deberes que dimanen de la patria potestad, no se ocupa de las decisiones ordinarias que afectan a la convivencia diaria con el menor, no es el que mantiene de suyo, dicho de otro modo, la mayor relación personal y afectiva con el menor y el que se encarga de su enfermedad. Solución distinta entiendo que habría que arbitrar si la custodia fuera compartida y uno de los progenitores perdiera su empleo. En este supuesto, ambos progenitores se involucran por igual en el cuidado, atención, educación y manutención del menor enfermo, las responsabilidades son compartidas en igualdad de condiciones, por lo que parece claro que, desde la óptica del derecho y de la prestación, lo que le ocurra (pérdida del empleo) a un progenitor, aun en el supuesto de crisis de pareja, debe incidir en el otro. Advirtiéndose, pues, de esta anomalía en el diseño de la prestación y del hecho de que el estado civil de los progenitores se puede erigir en un elemento de discriminación directa hacia los hijos e, incluso, de discriminación indirecta hacia la mujer pues es la que está al frente en su mayor parte de los hogares monoparentales⁴² no estaría de más, en fin, que se eliminara el condicionante de que ambos progenitores estén dados de alta en la Seguridad Social, un condicionante que, por otra parte, no parece tener más sentido que el de frenar los gastos del Estado en prestaciones. Pero la propuesta que se realiza desde estas páginas va más allá. Porque existe aún otra disfuncionalidad de la norma que puede implicar, de nuevo, cierta discriminación indirecta hacia la mujer. Fíjese que normativamente se impone que, en caso de que concurren en ambos progenitores las condiciones de acceso a la prestación, sólo uno de ellos podrá acogerse a ella. No es necesario agotar argumentos para sostener que, en la práctica, no consagrar el principio de igualdad en el disfrute de la prestación supone perpetuar el tradicional rol de la mujer como cuidadora de los hijos por ser la que, aún a día de hoy, ya sea por ciertos convencionalismos sociales, ya sea por propia voluntad, sostiene la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros. Por lo tanto, no configurándose el derecho como individual, sino, más bien, como un único derecho a lucrar por uno u otro progenitor, lo más probable que suceda es que quien lo utilice de forma efectiva sea la mujer en la gran mayoría de los casos, suponiendo ello un factor – otro más – que contribuya a su alejamiento del mercado de trabajo.

⁴² En efecto, en los hogares monoparentales, se observa un evidente sesgo de género, pues son las mujeres las que mayoritariamente están al frente de los mismos. En concreto, en el año 2019, había 1.530.600 hogares con una mujer a la cabeza de estas familias (el 81,1% del total). Fuente: INE 2019 (último año con datos a la fecha de cierre de este trabajo).

Para sortear esta discriminación indirecta, se aboga de forma decidida por la conversión de la prestación que lleva anudada la reducción de jornada del art. 37.6.3 ET en un derecho de titularidad y ejercicio individual, como correctamente se ha hecho, por cierto, con la suspensión por nacimiento de hijo y con el permiso para el cuidado del lactante. Es decir, se trataría de ir más allá de eliminar el requisito de que ambos progenitores trabajen para dar paso a una prestación que pertenezca, sin más, a los progenitores del menor, sin que uno deje de utilizarlo en pos del otro. Solamente así entendido este derecho, de forma dual y de posible ejercicio simultáneo (aunque tal vez con las limitaciones propias de trabajar en la misma empresa), podría erigirse como un mecanismo idóneo para el efectivo reparto de las cargas familiares o, lo que es lo mismo, para alcanzar el fin de la corresponsabilidad⁴³. La alternativa que aquí se propone, además y como puede comprenderse, sortearía por igual la discriminación por estado civil a la que antes se ha hecho referencia, pues convirtiendo a la prestación en un derecho individual se facilitaría que pudiera lucrarla el progenitor que se encuentre efectivamente solo o sobre el que hubiese recaído la guarda y custodia del menor en exclusiva, sin que en este último caso las vicisitudes por las que pudiera atravesar el progenitor no custodio pudieran afectar al disfrute de la prestación.

5. El nuevo complemento para reducir la brecha de género en pensiones

Como se dejó dicho en el apartado introductorio, una de las medidas adoptadas por el legislador para hacer frente a ciertas diferencias de trato en materia de prestaciones fue la de instaurar un complemento por maternidad que persiguiera compensar a las madres beneficiarias de alguna de las prestaciones del nivel contributivo de la Seguridad Social por su “aportación demográfica”, es decir, por su contribución a la natalidad y, con ello, por su sostenimiento del sistema de la Seguridad Social. De esta forma, se hacía frente (o, al menos, parece que es lo que se pretendía) a la brecha de género que soportan las mujeres en pensiones por tener que compatibilizar – ellas en mayor medida que los hombres – su carrera laboral con la tarea de los cuidados a los hijos. Sucede, sin embargo, que dicho

⁴³ Se atisba un intento de alcanzar esa corresponsabilidad en la previsión del disfrute alterno de la prestación cuando exista acuerdo entre los progenitores y la empresa o empresas respectivas (art. 4.5, RD 1148/2011). No obstante, lo que se propone aquí es ir, como se puede comprender, un paso más allá para lograr, sin que sea necesaria negociación alguna, la efectiva corresponsabilidad en la tarea del cuidado del menor entre ambos progenitores.

complemento adolecía de ciertas deficiencias técnicas y de fondo que pronto se evidenciaron tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Por lo pronto, su finalidad no terminaba de estar clara. ¿Se trataba de poner coto en alguna medida a la brecha de género existente en pensiones o, más bien, de premiar en cierta forma la contribución demográfica que realizan las mujeres a la Seguridad Social por incorporar nuevos cotizantes al sistema? La respuesta se muestra trascendente, como puede comprenderse, porque de ser el objetivo pretendido por el legislador reducir, en el ámbito de las pensiones, las consecuencias de la discriminación sufrida históricamente por las mujeres en el ámbito laboral, sus potenciales titulares deben ser las mujeres en tanto que sobre ellas recae, todavía hoy en día, el rol de cuidadoras de los hijos y son las que realmente sufren por este motivo más interrupciones en sus carreras laborales (y, por ende, de seguro), las que son más susceptibles de conseguir empleos de baja cualificación o a tiempo parcial que les permitan conciliar de mejor forma su vida laboral con la familiar y las que sufren en mayor medida el riesgo de ser expulsadas del mercado de trabajo. No obstante, si de lo que se trata es de “premiar” la aportación demográfica, habrá que convenir, junto con el Tribunal de Justicia⁴⁴, que a este objetivo contribuyen también los hombres, si quiera sea por razones netamente fisiológicas, y que su exclusión por la norma comportaría una discriminación por razón de género en absoluto coherente con la Constitución o con las normas europeas o internacionales⁴⁵. Junto con este inconveniente interpretativo, a todas luces muy relevante en tanto que incidía sobre la propia configuración del complemento y su encaje con lo dispuesto sobre igualdad en normas internas y supranacionales, se sumaban otros derivados tal vez de razones netamente ideológicas o de ese objetivo que en este trabajo ya ha aparecido en numerosas ocasiones, garantizar la sostenibilidad económica del sistema. De este modo, la norma dejaba fuera de su protección a ciertos colectivos como el de las madres con un único hijo, las madres que optaron por la jubilación anticipada voluntaria, las pensionistas SOVI o, sin ir más lejos, las pensionistas

⁴⁴ STJUE de 12 de diciembre de 2019, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, asunto C-450/18, comentada, entre otros, por R. VIDA FERNÁNDEZ, *Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 152.

⁴⁵ Muy críticos con esta sobreprotección a los varones cuidadores son R. MARTÍNEZ BARROSO, *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social*, en *Unión Europea Aranzadi*, 2020, n. 6, C. MOLINA NAVARRETE, *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 459-460, y P. RIVAS VALLEJO, *La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 1, pp. 9-11.

beneficiarias de una prestación de tipo no contributivo. Además, se optaba por calcular la cuantía a percibir sobre un tanto por cierto de la prestación que se lucraba y que aumentaba en función del número de hijos, lo que implicaba, a la postre, que las pensiones más altas podían disfrutar de un mayor complemento económico, efecto éste que se vio como elitista, poco solidario y del todo punto reprochable⁴⁶.

De todo esto ha tomado oportuna cuenta el legislador actual y ha configurado un nuevo complemento para reducir la brecha de género en pensiones que intenta dar cobertura a más colectivos, incluyendo a los hombres, y al que se pretende imprimir un carácter más solidario. De esta forma y en línea de principio, la eliminación del término “complemento por aportación demográfica” y su sustitución por el de “reducción de la brecha de género” ya es toda una declaración de intenciones. No se trata de una medida tendente a compensar el hecho de, si se permite la expresión, “traer niños al mundo” e incrementar con ello la natalidad y, por ende, el número de futuros cotizantes al sistema. A este objetivo, como antes se ha dicho, también contribuyen, de forma indudable, los hombres. Desligado de esta finalidad, el nuevo complemento se muestra, como se señala en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley que lo introduce⁴⁷, como una medida de acción positiva tendente a compensar los estragos evidentes que la maternidad (biológica o por adopción) ocasiona en la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y materializados – por decirlo en pocas palabras – en mayores lagunas de cotización y menores salarios como consecuencia de la perpetuación de su rol como cuidadoras en etapas que se extienden incluso más allá del período de suspensión por maternidad.

Ahora bien – y aquí es donde viene, a mi parecer, la contradicción –, ello sin cerrar la puerta a que los varones cuidadores en los que concurren ciertos requisitos (los que se encuentren en una situación “comparable” a la de las mujeres) puedan acceder también a este derecho. Evidentemente, la norma se hace eco, como no podía ser de otra forma, del criterio interpretativo que a estos efectos sentó el Tribunal de Justicia y por el que

⁴⁶ De todos estos inconvenientes dan oportuna cuenta los trabajos, entre otros, de M.A. BALLESTER PASTOR, *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*, en *Lex Social*, 2016, n. 1, F. MORENO ROMERO, *El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 25, pp. 147-149, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Complemento por maternidad y pensiones contributivas*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2019, n. 1, y J.L. TORTUERO PLAZA, *De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 429.

⁴⁷ RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

debía entenderse que «las situaciones de un padre y de una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos». Esta afirmación, dicha así, de modo tan categórico, supone que ambos sexos parten de una misma situación o, al menos, “comparable”, en cuanto a la tarea de cuidados se refiere, hecho éste que en absoluto es cierto como así lo demuestran innumerables estudios, informes y estadísticas elaborados por organismos e instituciones nacionales e internacionales y sobre los que, por pura reiteración, no cabe incidir. Su realidad, por lo tanto, no es idéntica, si quiera comparable, y de ello debería ser plenamente consciente el Tribunal de Justicia porque sobre el asunto se ha ocupado en innumerables ocasiones. Una cosa es que ambos, hombre y mujer, contribuyan por igual a la aportación demográfica y otra muy distinta es que sean semejantes en términos generales los estragos que el cuidado de los hijos ocasiona en la trayectoria profesional de unas y de otros.

Por ello y aunque no sea estéticamente correcto mantener este posicionamiento, entiendo que el diseño del complemento que ahora nos ofrece el legislador español, posibilitando que los hombres o, al menos, algunos de ellos, puedan obtenerlo, no es el más coherente con la naturaleza y finalidad de una medida de acción positiva. Como se conoce, lo que se pretende con este tipo de actuaciones es remover situaciones, prejuicios, comportamientos o prácticas que impiden que un determinado grupo social discriminado o perjudicado por sus concretas circunstancias o por la pervivencia de ciertos estereotipos alcance el objetivo de la plena igualdad. Si esto es así y lo que aquí se persigue concretamente es reducir de alguna forma la histórica y muy preocupante brecha de género en pensiones, llévese este planteamiento hasta sus últimas consecuencias y créense desigualdades entre ambos sexos por lo que al percibo del complemento a pensiones se refiere, apuntaladas precisamente tales desigualdades en ese cambio de denominación (y finalidad) al que antes se aludía. Lo contrario es tanto como condicionar el objetivo por el que se estableció la medida⁴⁸ y empezar a recorrer un camino, el de las excepciones a la lucha contra la posición desventajosa que padecen las mujeres en el mercado laboral y en el ámbito de las pensiones, que puede resultar bastante contraproducente para alcanzar el tan deseado objetivo de la plena igualdad real entre sexos. Y a ello no obstaría, entiendo, el argumento de que una afirmación como la que aquí se sostiene contribuiría a perpetuar roles sexistas en el cuidado de los hijos en tanto que la exclusión de los varones en alguna medida podría

⁴⁸ De hecho, ya se condiciona, pues el nuevo art. 60.1 LGSS señala que «el derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor».

provocar el efecto perverso de la salida del mercado laboral de las mujeres para dedicarse sólo y exclusivamente a la tarea de cuidados ya que percibirían a modo de “premio” una determinada cuantía económica en un cierto momento de su vida. El razonamiento, a mi modo de ver, es falaz. Por dos motivos. Primero, porque el complemento no resulta ser una aportación económica tan sugerente como para que una mujer se plantee abandonar por su causa el mercado laboral. Y, segundo, porque este complemento se abona, entre otras circunstancias, cuando finaliza la vida activa y cuesta mucho entender que algo que se va a percibir en ese momento tenga una trascendencia tan crucial en las etapas previas. No es éste, desde luego, el enfoque por el que se ha guiado el legislador, que ha creado, a la luz de la doctrina emanada por el TJUE, un nuevo complemento⁴⁹ que se concederá a la mujeres simplemente por el hecho de ser madres de uno o más hijos⁵⁰, pero al que también podrán optar los hombres que hayan sido padres aunque no de forma automática. Podrán hacerlo si, primero, han lucrado pensión de viudedad⁵¹ y alguno de los hijos ha lucrado a su vez pensión de orfandad⁵² o, segundo, si han lucrado pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y han visto interrumpida o afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción del hijo y cumplen, además, con una serie de condicionantes

⁴⁹ Que se mantendrá, según la nueva Disposición Adicional 37ª LGSS, hasta en tanto «la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5%».

⁵⁰ También, por lo tanto, a las que, por cualquier motivo, no hayan sufrido diferencias sustanciales o de entidad con respecto a los hombres en su entrada y mantenimiento en el mercado de trabajo y no padezcan la brecha prestacional con tanta intensidad como el grueso del colectivo. Para paliar un desajuste como el que se ha descrito, se han propuesto algunas soluciones, como, por ejemplo, excluir del complemento a las pensiones más elevadas o a aquellas profesiones en las que no hay brecha salarial o incrementar la cuantía del complemento cuando se haya trabajado a tiempo parcial. Sobre ello, I.A. RODRÍGUEZ CARDO, [El nuevo complemento para reducir la brecha de género en las pensiones](http://leyliteratura.blogspot.com), en leyliteratura.blogspot.com, 21 febrero 2021.

⁵¹ Y recuérdese que la pensión de viudedad en las parejas de hecho está sujeta al cumplimiento de condicionantes muy rigurosos. Si éstos no concurren, no se lucra la prestación. Pues bien, a los efectos que aquí interesan, es posible que el miembro superviviente de la pareja no pueda acceder, por el motivo expuesto, a la correspondiente prestación, por lo que quedaría excluido también del percibo del complemento aunque se hubiera dedicado al cuidado de los hijos.

⁵² Fíjese que ello supone que para que los padres viudos puedan acceder al complemento, los hijos deben reunir todos y cada uno de los requisitos que se contemplan para lucrar la pensión de orfandad. A la mujer madre pensionista de viudedad no se le exige tal requisito, no lo menciona la norma, por lo que percibirá el complemento siempre, vivan o no los hijos en el momento de causar la prestación, sean o no beneficiarios de una pensión de orfandad.

temporales y de cotización tan prolijos – todo hay que decirlo – que resulta fácil imaginar que pocos hombres podrán acceder al complemento por esta vía⁵³. La corrección legislativa es, por lo tanto y a mi modo de ver, más estética que efectiva y, además, como antes se ha dicho, inicia un camino un tanto delicado al permitirse establecer excepciones para afrontar la desigualdad entre sexos en materia de pensiones cuando este histórico y tan transversal problema requeriría de actuaciones más firmes y contundentes por parte del legislador. Si se quiere convertir en beneficiario de este complemento también al varón, hágase, pero entonces articulese su tutela de una forma más efectiva, quizá no poniendo el acento en la brecha de género y sí en la protección a la familia *ex art. 39 CE* y en la contribución al fomento de la corresponsabilidad en la tarea de cuidados, máxime cuando en la actualidad a este complemento pueden acceder no sólo las familias biparentales y heterosexuales, sino también las homosexuales compuestas por dos varones (o dos mujeres) o las monoparentales compuestas por el viudo y su progenie⁵⁴.

Pero, sigamos. Al margen de que la norma sigue adoleciendo de problemas anteriores, como la exclusión de las pensionistas de prestaciones no contributivas o de las pensionistas SOVI que sólo se puede entender desde el prisma de la sostenibilidad económica del sistema, sí que es cierto que corrige otras disfuncionalidades de las que antes adolecía, como su ampliación a todas las modalidades de jubilación anticipada (también, por

⁵³ En concreto, se perfilan dos situaciones. De un lado, «para el caso de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994: tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento o a la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción y los 3 años posteriores a dicha fecha, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer». De otro lado, «para el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995: que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15%, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer». Por lo demás, fíjese que se opta por el criterio de las cotizaciones, algo, evidentemente, muy objetivo. ¿Y si la afectación a la carrera profesional y de seguro de los hombres se hubiera manifestado por otra vía distinta, como, por ejemplo, no haber podido acceder a un ascenso y, por ende, a un mejor puesto de trabajo por motivos de conciliación?

⁵⁴ Aunque teniendo en cuenta que los dos miembros de la pareja no pueden beneficiarse a la vez del complemento, sino que se concederá a aquel de los dos cuya pensión tenga menor importe. Es evidente el juego aquí del criterio de la sostenibilidad económica del sistema, pero fíjese que, llevado al límite, supone que, contradictoriamente, se le deniegue a la mujer que conforme pareja conyugal o de hecho con otra mujer cuando también puede padecer la brecha prestacional.

lo tanto, a la voluntaria)⁵⁵ o la aclaración que se realiza a que el hijo debe haber nacido con vida⁵⁶. Por lo demás, se declara la compatibilidad de este complemento con el de mínimos, de tal modo que el beneficiario podrá percibir ambos, se efectúa un nuevo listado de límites a la posible concurrencia de complementos y de beneficiarios coherente con la ampliación que se realiza del ámbito subjetivo de la norma y, quizá lo que es más importante, se produce un cambio sustancial en la cuantía a abonar. Veamos.

Si con la anterior redacción, el complemento, como se dijo más arriba, suponía un porcentaje de la pensión de la que se tratara, de tal modo que ello beneficiaba a las pensionistas de rentas y pensiones más altas y podía resultar insolidario, ahora la situación es radicalmente distinta. Cada hijo hasta llegar al cuarto (en algún lugar había que fijar el límite) supone un incremento de la pensión por una cuantía fija (actualmente, 27 € mensuales), de tal modo que el padre o madre de un hijo disfrutará de esos 27 € de más, el de dos hijos, de 54 €, el de tres, de 81 € y el de cuatro más hijos, de 108 €. El resultado de este modo proceder, de este “igualar por debajo” si se permite la expresión, es claro: las que antes resultaban beneficiadas, las mujeres con pensiones muy altas y con más de cuatro hijos, ahora sufren cierto perjuicio económico, mientras que ya no lo padecerán las mujeres con pensiones más bajas y las madres de un único hijo, que anteriormente no recibían este complemento a su pensión. Es una opción legislativa ésta, a mi parecer, en la que subyace un trasfondo ideológico bastante evidente, pero que se antoja más correcta desde el punto de vista jurídico que la anterior. Cierto es que se puede argumentar que un diseño así supone desconocer el esfuerzo que la crianza de más de un hijo supone y que, en absoluto, se ve compensado por una cuantía económica tan irrisoria; pero, ello no obstante, si de lo que se trata es de paliar la brecha de género en pensiones, parece evidente que quien ha recibido una pensión más elevada poco o nada ha sufrido tal diferencia sistémica.

Por lo demás, en fin, y como novedad también importante en este aspecto del nuevo complemento, se reconoce que se pueda percibir por su importe completo (anteriormente, era el 50%) cuando la pensión alcance su cuantía máxima. Desde la óptica de los grandes números, de las estadísticas, es evidente el beneficio que una previsión como ésta supone para las mujeres

⁵⁵ Se sigue manteniendo como excepción la jubilación parcial y el reconocimiento al complemento cuando se acceda a la jubilación plena una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

⁵⁶ Aclaración no baladí ya que, en su momento, esto fue objeto de controversia judicial. Pueden leerse, al respecto, las STSJ Madrid de 10 de abril de 2019 (Rec. n. 104/2019); STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de septiembre 2019 (Rec. n. 1311/2018).

que han sido madres, pero obsérvese la contradicción en la que se incurriría si se diera la situación en la que la mujer hubiera tenido un hijo, éste hubiera fallecido al poco tiempo y la aquella, habiendo tomado la decisión de no ser madre de nuevo, hubiera desarrollado una muy buena carrera profesional y hubiera alcanzado el importe máximo de su prestación. También en estos casos, donde la brecha prestacional no es tan evidente, de hecho, puede ser prácticamente nula, la mujer percibiría el importe íntegro de su prestación, más el complemento del que aquí se trata. ¿Insolidario? Puede ser. Pero, con la norma en la mano, el resultado es evidente que se puede llegar producir.

6. A modo de conclusiones

Los problemas que en este trabajo se han evidenciado (pero también aquellos que, por falta de espacio, no se han tratado y sobre la pensión de viudedad mucho habría que decir) muestran que aún queda camino por recorrer para desterrar del sistema de la Seguridad Social ciertas diferencias de trato que aún se producen. Tercia realizar una reflexión crítica y en profundidad de las normas para hacer frente a brechas prestacionales, para albergar a nuevos modelos de familia más allá del tradicional o arquetípico o para tener en cuenta y dignificar el trabajo de cuidados. La actuación del legislador debe ser firme, contundente, sin medias tintas, no mezclando conceptos ni finalidades que terminan por empañar una buena iniciativa como el complemento a las pensiones del que aquí se ha dado oportuna cuenta y que requieren sin dudarle de cierta finura jurídica para evitar generar más problemas jurídicos de los que se quieren solucionar. Estando como estamos a las puertas de un tan aclamado Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI, quizá sea el momento también para que, de modo simultáneo, se haga esa reflexión que el sistema de protección social necesita y por la que desde estas páginas se aboga.

7. Bibliografía

BALLESTER PASTOR M.A., *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*, en *Lex Social*, 2016, n. 1, pp. 72-93

BALLESTER PASTOR M.A., *Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos*, en *Tribuna Social*, 1996, n. 68, pp. 18-27

DILLA CATALÁ M.J., *La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95 de 23 de marzo)*, en *Actualidad Laboral*, 1995, n. 3, pp. 689-701

GARCÍA ROMERO B., [Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 2, pp. 1-11

LÓPEZ GANDÍA J., *La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)*, en *Actualidad Laboral*, 2004, n. 11, pp. 1309-1329

LOUSADA AROCHENA J.F., *La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76, pp. 39-58

MALDONADO MOLINA J.A., *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*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 445, pp. 160-166

MARTÍNEZ BARROSO R., *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social*, en *Unión Europea Aranzadi*, 2020, n. 6

MOLINA NAVARRETE C., *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Wolters Kluwer, 2020

MORENO ROMERO F., *El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 25, pp. 147-158

RIVAS VALLEJO P., [La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 1, pp. 1-11

RODRÍGUEZ CARDO I.A., [El nuevo complemento para reducir la brecha de género en las pensiones](#), en [leyteratura.blogspot.com](#), 21 febrero 2021

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C., [Complemento por maternidad y pensiones contributivas](#), en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2019, n. 1, pp. 1-2

TORTUERO PLAZA J.L., *De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 429, pp. 105-135

VICENTE PALACIO M.A., [Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la “pensión a percibir” como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 2, pp. 1-11

VIDA FERNÁNDEZ R., *Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto*

final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?,
en *Temas Laborales*, 2020, n. 152, pp. 319-329

Un permiso de orden social. RD-Ley 10/2020, el permiso retribuido recuperable

María Carmen ARANDA MARTÍNEZ*

RESUMEN: El RD-Ley 10/2020 – ahora Ley 4/2021 –, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, introduce un peculiar “permiso retribuido recuperable obligatorio”, que trae consigo el debate de diversas cuestiones como su propio fundamento, el desarrollo y contenido de su régimen jurídico, sus peculiaridades dentro del contexto jurídico laboral y algunos aspectos de origen jurídico entre los que cabe destacar los que se derivan de su encaje con el poder de dirección del empresario. La emergencia social, sanitaria y económica de la que nace y la brevedad para la que se proyecta justifican, a simple vista, una problemática que, aunque aparentemente es leve, genera problemas de aplicación excepcionales y específicos que afectan a ambas partes del contrato.

Palabras clave: Permisos retribuidos, permiso obligatorio, procedimiento, permiso recuperable, negociación, poder de dirección.

SUMARIO: 1. Fundamento del permiso retribuido recuperable. 2. Examen del régimen jurídico del permiso retribuido recuperable. 3. Peculiaridades del permiso retribuido recuperable en el contexto jurídico laboral. 4. Permiso retribuido recuperable y poder de dirección. 5. Bibliografía.

* Profesora Ayudante LOU, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante (España).

A Social Leave. Royal Decree-Law No. 10/2020, the Recoverable Paid Leave

ABSTRACT: The Royal Decree-Law No. 10/2020 – now Act No. 4/2021 –, which regulates recoverable paid leave for workers that do not provide essential services, introduces a peculiar “compulsory recoverable paid leave”, which brings with it the debate on various issues such as its own basis, the development and content of its legal regime, its peculiarities within the labour law context and some aspects of legal origin among which we should highlight those arising from its fit with the employer’s power of management. The social, health and economic emergency from which it arises and the brevity for which it is planned justify, at first sight, a problem which, although apparently slight, generates exceptional and specific application problems that affect both parties to the contract.

Key Words: Paid leave, compulsory leave, procedure, recoverable leave, negotiation, power of management.

1. Fundamento del permiso retribuido recuperable

Transcurridos algunos meses aquejados de cierta incredulidad y desconcierto, finalmente el pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró pandemia internacional la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico del Covid-19. Un reconocimiento tardío que no ha evitado que los efectos del virus sean una amenaza, no solo para los sistemas sanitarios en todo el mundo, sino también para el desarrollo económico global y nacional.

Ante el insólito contexto pandémico, el Gobierno de España reunió, de forma extraordinaria, al Consejo de Ministros el 14 de marzo de 2020, para la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Esta aprobación, quedaba amparada por el art. 86 CE que faculta al ejecutivo para dictar Reales Decretos-Ley «en caso de extraordinaria y urgente necesidad». Y así, como indica el art. 6.2 de la LO 4/1981, de 1º de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se estableció que la duración del estado de alarma fuese de quince días naturales.

Esta primera decisión fue absolutamente coyuntural, ya que, con ello, se creía que en un breve espacio de tiempo la situación remitiría y volveríamos a una situación de normalidad. Pero, nada más lejos de la realidad. Las expectativas empeoraban sustancialmente conforme avanzaban las horas de confinamiento, llegando a desaparecer cualquier esperanza de normalidad, y con ella, la posibilidad de que el estado de alarma llegara a su fin. Tanto fue así que, necesariamente hubo que aprobar hasta seis prórrogas del estado de alarma siendo la última el RD 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 y que hizo que los ciudadanos permanecieran confinados hasta las 00:00 h del día 21 de junio de 2020.

Asimismo, con fecha 25 de octubre de 2020, se vuelve a declarar el estado de alarma tras la aprobación del RD 926/2020, de 25 de octubre, con medidas restrictivas y un confinamiento de alcance más relajado que el anterior. De igual importancia, unos días más tarde se aprueba la prórroga de este nuevo estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021¹. Estos dos Reales Decretos llegaban para poner negro sobre blanco la manifestación de esa “nueva normalidad” que nos acompañaría en los meses sucesivos y

¹ RD 956/2020, de 3 de noviembre de 2020, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

que, tendría graves repercusiones en el devenir de la economía del país. El inusual escenario que vivimos, tras la llegada a nuestras vidas de la pandemia de Covid-19, como no podía ser de otra manera, tiene un calado trascendental en las relaciones laborales. En primer lugar, por la falta de recursos legales para hacer frente a tan peculiar situación, cuestión que ha ocasionado que acaeciera una auténtica tormenta legislativa generando inseguridad jurídica e incertidumbre en toda la población. Y, en segundo lugar, porque la circunstancia de emergencia no sería algo ocasional, sino que más bien pasó a cronificarse, poniendo en una grave situación el mantenimiento del empleo. Ambas circunstancias, como es conocido, provocaron la creación de una ingente normativa laboral condicionada y supeditada a la necesidad de la lucha contra la pandemia de Covid-19². Por ello, encontramos unanimidad en la doctrina científica aseverando el giro que necesariamente ha sufrido el Derecho del Trabajo para actuar como “escudo social”³ frente a las consecuencias económicas y sociales derivadas de un suceso tan extraordinario.

Bien, inmersos en una incertidumbre general a causa de la pandemia, se suceden casi a diario disposiciones normativas nacidas, en muchas ocasiones, de la necesidad de una fugaz improvisación que, cuanto menos, desconcierta tanto a los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales) como a los trabajadores y, por supuesto, a juristas y académicos. Entre ellas, el RD-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable (PRR) para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. Creadas y publicada *ad hoc* con el objetivo de limitar, aún más, los movimientos ocasionados por la actividad laboral y profesional. Posteriormente, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados, ha sido tramitado como proyecto de ley quedando finalmente publicado como Ley 4/2021, de 12 de abril, por lo que a partir de este párrafo se hará referencia al PRR como Ley 4/2021.

Pues bien, entre otras tantas disposiciones normativas, encontramos que la Ley 4/2021 regula un permiso retribuido recuperable que tiene como finalidad principal contribuir a la limitación de movimientos en el ámbito laboral. Actúa, por tanto, durante su periodo de vigencia, como un elemento normativo accesorio con carácter subsidiario⁴ al RD 463/2020,

² Vid. F.J. CALVO GALLEGO, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *«Permiso» Obligatorio, Retribuido Pero Recuperable*, en grupo.us.es/ivpr, 30 marzo 2020.

³ Vid. A.V. SEMPERE, *El Derecho Laboral, la Pandemia y las preposiciones*, en www.legaltoday.com, 16 julio 2020.

⁴ Se entiende este carácter de la literalidad del art. 1 de la Ley 4/2021: «se aplicará a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades

para reforzar el confinamiento de la mayoría de la población.

Este permiso, en apariencia novedoso, no lo era tanto, ya que con él regresaba a nuestro ordenamiento jurídico la aplicación de una institución jurídica desposeída de vigencia desde el año 1995. Recordemos que, el art. 5 del RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, ya enunciaba la posibilidad de «recuperar las horas no trabajadas por fuerza mayor [...], que podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborables siguientes». Asimismo, esta recuperación quedaba supeditada a la comunicación que debía hacer el empresario a los representantes legales de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo⁵. Esta previsión legal, perdió su vigencia a partir del 12 de junio de 1995 y finalmente fue derogada por el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo⁶.

En cuanto a su *ratio legis*, es pacífica la idea de calificar al PRR como una medida laboral para cumplir una finalidad extralaboral⁷. A este respecto, además, resulta muy clarificador el apartado segundo de la Exposición de Motivos al señalar que «teniendo en cuenta que la actividad laboral y profesional es la causa que explica la mayoría de los desplazamientos que se producen actualmente en nuestro país, se ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar una medida en el ámbito laboral, que permita articular la referida limitación de movimientos y reducirla». Matizando, de igual modo, que «los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se

del sector público y privado y cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración de estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo».

⁵ RD 2001/1983, art. 5: «Salvo que por pacto individual o colectivo se estableciese otro sistema, las horas no trabajadas por causa de fuerza mayor, estado de la mar, accidentes atmosféricos, interrupción de la fuerza motriz o falta de materias primas no imputable al empresario, podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborables siguientes. Con carácter previo, el empresario deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la causa concreta invocada para proceder a tal recuperación. Tal comunicación deberá efectuarse asimismo a la Inspección de Trabajo».

⁶ Así lo expresa el RD 1561/1995: «La pérdida de vigencia de las normas sobre jornada y descansos de este Real Decreto a partir del 12 de junio de 1995, de conformidad con la previsión de la disposición transitoria quinta del Estatuto de los Trabajadores».

⁷ Vid. J.M. MORALES ORTEGA, *Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 17 ss. En el mismo sentido la SAN n. 101/2020 de 16 noviembre, que expresa que es «una medida de índole laboral destinada a reparar los perjuicios económicos y en el ámbito del empleo, derivados de la crisis del COVID-19, así como a proteger el empleo y mantener la actividad económica, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural, en los términos establecidos en el RDL 10/2020».

excluye del disfrute obligatorio del permiso se justifican por estrictas razones de necesidad».

Esta manifestación de la propia norma y su ámbito subjetivo de aplicación – empresarios y trabajadores por cuenta ajena – suman argumentos suficientes para calificarla como medida laboral. Más aún cuando de forma directa repercute en la organización del trabajo y, consecuentemente, en la relación contractual de las partes.

Expuesto lo anterior, no es nada excepcional concluir que esta medida se utiliza, desde el ámbito laboral, para una cuestión de orden social. Donde su instrumentalización adquiere mayor relevancia que su plano jurídico, y ello, justificaría, sin duda, la parquedad, carencias e inadecuada denominación, de la norma.

En ningún caso, este debate le resta importancia, ni le quita interés como instrumento legal que ha irrumpido de forma abrupta en el ordenamiento jurídico para cumplir una función puntual, pero que, sin embargo, podría tener posibilidades de permanecer en el ordenamiento jurídico. Pero, con independencia de cualquier juicio probabilístico a cerca de su permanencia en nuestro ordenamiento jurídico, lo que sí se revela meridianamente claro es la intencionalidad del legislador de velar por la seguridad jurídica de las obligaciones recíprocas de cada una de las partes de la relación de trabajo, cosa distinta es, que efectivamente lo haya conseguido.

Un permiso retribuido y recuperable implica, de entrada, un diferimiento de la prestación laboral a cargo del trabajador y la inmediatez de la prestación salarial. Y, aunque ambas estén justificadas, por la situación temporal y extraordinaria⁸, para proteger el interés general, ello no opta para que, con su aplicación, se ponga de manifiesto cierto perjuicio a una de las partes, en este caso, el empresario.

Este pequeño detalle, a mi entender, no fue observado por el legislador con suficiente claridad, y provocó no pocos desajustes de tesorería en las empresas. A estos, hay que añadir la consecuencia lógica de tantas medidas restrictivas que, irremediabilmente acabaría provocando el sufrimiento de la actividad empresarial, acusada por el descenso del consumo y la actividad social, conduciendo a la inevitable desaparición de numerosas empresas y, consecuentemente, a la pérdida de un gran número de puestos de trabajo.

⁸ Así lo entiende la Ley 4/2021 que en su apartado IV del Preámbulo expone: «Del mismo modo, es proporcional, ya que regula los aspectos imprescindibles para conseguir su objetivo, limitando sus efectos a la concurrencia de la situación temporal y extraordinaria descrita».

2. Examen del régimen jurídico del permiso retribuido recuperable

De entrada, llama la atención el carácter atípico de este permiso que se manifiesta, *prime facie*, en su finalidad de orden social y, seguidamente, en la naturaleza impropia de su denominación. Ambas quiebran el régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo – art. 37.3 ET –, es decir, de los permisos retribuidos, para hacerlo obligatorio y recuperable.

Esta configuración, extraña a la naturaleza del régimen jurídico de los permisos retribuidos, produce consecuencias inmediatas sobre los deberes que incumben a las partes del contrato. La primera, la obligatoriedad, que no deja margen de actuación ni con carácter individual ni colectivo a ninguna de las partes. La segunda, el carácter recuperable, por el contrario, otorga a las partes la facultad de determinar la recuperación de las horas no trabajadas estableciendo diferentes límites cualitativos y cuantitativos, como veremos más adelante.

Así las cosas, se configura una especie de régimen jurídico particular que, por lo que hace al ámbito subjetivo del permiso, el art. 1 de la Ley 4/2021 alude a la afectación a todas «las personas trabajadoras por cuenta ajena, que presten servicios en empresas o entidades del sector público o privado y cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración del estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo». *A sensu contrario*, aquellas personas que trabajen en actividades que hayan sido paralizadas por el Decreto citado quedarán fuera del régimen jurídico del PRR, pero podrán acogerse a cualquier otra medida laboral prevista en el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

Igualmente, el permiso no alcanza a quienes presten servicios en actividades esenciales, de modo que con la calificación de esencialidad de la actividad productiva prestada o el servicio realizado se determinará el primer marco de exclusión de esta medida. Para conocer el carácter esencial o no de la actividad en la que pueda aplicarse el PRR habrá que acudir al anexo de la Ley 4/2021, tal y como apunta su art. 1.2.a del que se deduce que quedan fuera del ámbito de aplicación – por exclusión – del PRR las 25 actividades⁹

⁹ El anexo de la Ley 4/2021 determina que «No será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en la presente ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena: 1. Las que realicen las actividades que deban continuar desarrollándose al amparo de los artículos 10.1, 10.4, 14.4, 16, 17 y 18, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo [...]. 2. Las que trabajan en las actividades que participan en la cadena de abastecimiento del mercado y en el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de bienes

a las que hace referencia su anexo, dado su carácter esencial expresamente reconocido por la disposición normativa.

Seguidamente el art. 1.2.*b* excluye a las personas trabajadoras que presten servicios en las divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales en la propia ley. Exclusión lógica para evitar el desabastecimiento, la irregularidad en la prestación de servicios o, en última instancia, que se pueda producir la paralización de algún servicio esencial.

Recoge el art. 1.2.*c* la exclusión de las personas trabajadoras contratadas por 1) aquellas empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión y 2) aquellas a las que les sea autorizado un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión durante la vigencia del permiso previsto en este Real Decreto-Ley. Ello es así, con toda probabilidad, porque carecería de sentido el solapamiento de ambas medidas en los mismos sujetos, yendo, sin duda contra toda lógica económico-jurídica. Resultando, por tanto, redundante el acopio de otra medida que, a mayor abundamiento, persigue el mismo fin, la reducción de la movilidad de la población. Por ello, el precepto se refiere únicamente a las personas que se vean afectadas por los ERTES, no así el resto de la plantilla en la que sí será obligatorio la aplicación de dicho permiso, ya que su objetivo prioritario es la extensión de la medida de confinamiento¹⁰. Es, por tanto, una medida que entra en escena en solitario o en combinación con el resto de medidas implantadas a las que hace referencia el art. 5 del RD-Ley 8/2020¹¹.

También excluye el art. 1.2.*d* a las personas trabajadoras que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas. En este caso, el objetivo del PRR ya estaría cubierto – la no asistencia al puesto de trabajo para evitar la movilidad – y sería innecesaria la aplicación de esta medida.

y servicios de primera necesidad, incluyendo alimentos, bebidas, alimentación animal, productos higiénicos, medicamentos, productos sanitarios o cualquier producto necesario para la protección de la salud, permitiendo la distribución de los mismos desde el origen hasta el destino final. 3. Las que prestan servicios en las actividades de hostelería y restauración que prestan servicios de entrega a domicilio. [...] 25. Cualesquiera otras que presten servicios que hayan sido considerados esenciales».

¹⁰ Criterio DGT 31 marzo 2020, [DGE-SGON-849CRA](#).

¹¹ Así lo expresa el art. 5 del RD-Ley 8/2020: «En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad».

Y, por último, el art. 1.2.e exceptúa a las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios; sin duda porque ya está el objetivo o finalidad de reducción de la movilidad conseguido, por lo que, carece de sentido la aplicación del PRR.

Tal ha sido la casuística fáctica y la situación de “inseguridad jurídica” generada por la norma que, inmediatamente la Dirección General de Trabajo tuvo que salir al paso y, con un breve informe¹², aclarar la “graduación” de la obligatoriedad – *prima facie* – del permiso para, en determinados casos, acabar imponiéndose un carácter “ultimísimo” del PRR justificando su posibilidad de connivencia con otras medidas flexibilizadoras.

Asimismo, tras esta serie de excepcionalidades, igualmente deberá tenerse en consideración aquellas peculiaridades en el desarrollo de las actividades descritas en las cinco disposiciones adicionales de la Ley 4/2021. Estas se refieren a los empleados públicos¹³, el personal con legislación específica propia, los servicios esenciales en la Administración de justicia, la continuación de las actividades no incluidas en el anexo que fueran contratadas mediante el procedimiento del art. 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y el personal de empresas adjudicatarias de contratos del sector público¹⁴.

¹² Criterio DGT 31 marzo 2020, [DGE-SGON-849CRA](#), pp. 2 y 5, cit.: «las empresas podrán adoptar – o seguir adoptando – cualquier medida de las previstas legalmente que garantice suficientemente el objetivo pretendido por la norma que es la reducción de la movilidad de los trabajadores durante el período previsto, de 30 de marzo a 9 de abril ambos inclusive, con las únicas excepciones previstas en la propia norma referidas al mantenimiento de las denominadas actividades de carácter esencial descritas en el anexo e incluida la prevista en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, el permiso retribuido recuperable». «En todo caso, si no fuese posible la aplicación de tales medidas o estas fuesen insuficientes, respecto de las actividades no esenciales, deberá aplicarse el permiso retribuido recuperable».

¹³ Vid. M.À. FALGUERA BARÓ, [La legislación laboral durante el estado de alarma](#), Bomarzo, 2020, pp. 138 ss.; A. ESTEVE SEGARRA, *La problemática recuperación del permiso retribuido recuperable aprobado durante el estado de alarma por el Covid-19*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, n. 235, pp. 61 ss. De ambos análisis se deduce que la aplicación de la Ley 4/2021 generó diversas controversias en cuanto a su aplicación en determinadas funciones públicas y, consecuentemente, a los empleados públicos, terminando finalmente derivada su aplicación a la interpretación y criterios que diera cada tipo de Administración Pública.

¹⁴ Respecto a las empresas adjudicatarias de contratos del sector público, la Ley 4/2021 no será de aplicación en los casos en los que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de servicios públicos, incluida la prestación de los mismos de forma no presencial. *A sensu contrario*, si lo serán aquellas que sean dispensables en sus funciones, a los cuales será de aplicación el PRR, con lo previsto en el art. 34.1 del RD-Ley 8/2020. Según este «en caso de que entre el personal que figurara

Esta delimitación del ámbito de aplicación tuvo que ser, finalmente, clarificada y matizada por la Orden SND/307/2020¹⁵ que dispone dos exclusiones más. La primera, que refuerza lo ya dicho en la norma, es decir, su no aplicación a las personas trabajadoras por cuenta propia¹⁶ y, la segunda, que señala que las actividades representativas sindicales y patronales no están afectadas por las restricciones de movilidad con el fin de garantizar la asistencia y asesoramiento a personas trabajadoras y empleadores. Igualmente, esta OM también recoge el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y trabajo. El hecho de que haya sido preciso dictar esta OM denota la falta de cohesión jurídica en el *maremagnum* normativo que ha desbordado la sufrida capacidad de los boletines oficiales.

En otro orden de cosas, en cuanto al ámbito temporal del PRR, se proyecta en dos planos: el ámbito temporal de aplicación (cuándo ha de disfrutarse el permiso) y el ámbito temporal de recuperación (cuándo ha de recuperarse el permiso). El primero viene específicamente determinado *ex lege* en tanto que el segundo viene determinado parcialmente *ex lege* y sujeto a la voluntad de las partes.

Al “ámbito temporal de aplicación” del permiso retribuido recuperable hace referencia el art. 2.1, que establece su disfrute obligatorio para los

adscrito al contrato a que se refiere el punto 1.º de este apartado se encuentre personal afectado por el permiso retribuido recuperable previsto en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, el abono por la entidad adjudicadora de los correspondientes gastos salariales no tendrá el carácter de indemnización sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación en los términos del artículo tres del mencionado Real Decreto Ley, a tener en cuenta en la liquidación final del contrato».

¹⁵ Orden SND/307/2020, de 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del RD-Ley 10/2020 y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo. Con la publicación de esta Orden el Ministro de Sanidad hace uso de la potestad expuesta en el art. 5 de la Ley 4/2021: «El Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada, podrán modificar o especificar, mediante las órdenes necesarias, las actividades que se ven afectadas por el permiso retribuido recuperable previsto en este artículo y sus efectos». Así, se atribuye una previsión facultativa al Ministro de Sanidad, pudiendo este modificar o especificar las actividades que se ven afectadas por el PRR, lo que muestra el carácter excepcional de la medida.

¹⁶ La Orden SND/307/2020, cit., de igual manera, excepciona expresamente – aunque se sobreentienda de la dicción del PRR al ser de aplicación al trabajador por cuenta ajena – al trabajador autónomo, cuestión que también ha sido analizada, incluso su posible aplicación al trabajador autónomo económicamente dependiente, concluyendo su exclusión del régimen jurídico del PRR, por D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La naturaleza y caracterización del permiso retribuido, recuperable y obligatorio previsto en el Real Decreto Legislativo 10/2020*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 91, pp. 69 ss.

trabajadores desde el 30 de marzo hasta el 9 de abril, ambos inclusive, salvo que, por necesidad y, con carácter general, deba existir un mínimo de plantilla o turnos de trabajo necesarios para mantener la actividad mínima indispensable, tomando como referencia la actividad y plantilla mantenida en un fin de semana ordinario o festivo (art. 4, Ley 4/2021).

También contiene excepciones puntuales y limitadas para aquellas empresas a las que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada su reanudación para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable¹⁷. Y, por otro lado, para los trabajadores del transporte que se encontrasen realizando un servicio de los considerados no esenciales, el inicio del permiso se producirá una vez finalizado este servicio incluida, en su caso, la operación de retorno correspondiente¹⁸.

Al “ámbito temporal de recuperación”, se refiere el art. 3.1 indicando, que comprenderá desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma – el 22 de junio de 2020 – hasta el 31 de diciembre de 2020. Este período de recuperación – como veremos más adelante – podrá ser ampliable por acuerdo entre las partes, ya que la recuperación es materia disponible en la negociación colectiva, siempre que se respeten los límites legales establecidos.

Para llevar a cabo la recuperación efectiva de las horas, la empresa tendrá que comunicar la intención de iniciar el procedimiento de recuperación del PRR a las personas trabajadoras o a sus representantes (art. 3, Ley 4/2021). En el caso de que no existiera representación legal de los trabajadores, la comisión representativa¹⁹ de estos 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 aplicable. En cualquier caso, deberá constituirse la comisión representativa de los trabajadores en el plazo improrrogable de cinco días. El procedimiento de recuperación gira en torno a un periodo de consultas que durará como máximo siete días, sustituible – si las partes lo acuerda – por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos

¹⁷ Ley 4/2021, disp. trans. 1ª.

¹⁸ *Ibidem*, disp. trans. 2ª.

¹⁹ En todo caso, el art. 3 de la Ley 4/2021 establece la determinación cuantitativa de la comisión: «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 personas trabajadoras de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

interprofesionales de ámbito estatal o autonómico del art. 83 ET.

El período de consultas estará presidido, en primera instancia, por el deber que afecta a las partes de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la mayoría pertinente²⁰ que represente a las personas que se hayan visto afectadas por el permiso extraordinario, con independencia de cómo se configuró la representación legal de las personas trabajadoras.

El contenido del acuerdo establecerá las condiciones en las que la recuperación vaya a producirse. Siendo así, quedan obligadas las partes a pactar, en primer lugar, la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo (acuerdo total o parcial). Esta recuperación se producirá con respeto a los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo.

En segundo lugar, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y hora de la prestación de trabajo, que no podrá ser inferior al plazo que establece para la distribución irregular de la jornada el art. 34.2 ET, de cinco días, siendo contrario a la ley, dado su carácter de derecho necesario relativo de carácter mínimo, cualquier preaviso inferior a dicha previsión²¹. La recuperación de las horas, por otra parte, no podrá superar la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo de aplicación, respetando los derechos de conciliación establecidos por imperativo legal y convencional.

Y, por último, en tercer lugar, deberá fijarse el periodo de referencia para la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso que, como ya hemos anticipado, podrá exceder del

²⁰ El art. 3.2 de la Ley 4/2021 determina que «el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de las personas que integran la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario».

²¹ Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la SAN n. 30/2021, de 26 febrero, que establece: «A la vista queda pues, que en el Acuerdo al establecer un preaviso de 48 horas laborables en caso de urgencia que sería acreditada por la empresa y, en todo caso, teniendo en cuenta los derechos de conciliación personal, laboral y familiar en las personas trabajadoras, conculca directamente el periodo mínimo de 5 días que debe mediar entre el aviso de la realización de la jornada y de la efectividad de su ejecución, imperativo legal mínimo establecido por el Estatuto de los Trabajadores, por la propia condición mínima de la disposición, ya que esta materia es indisponible relativamente para la autonomía colectiva que sólo podrá mejorarla y nunca reducirla, configurando, de este modo, el preaviso de cinco días en un requisito mínimo que se impone a cualquier forma de distribución irregular de la jornada. Así lo han declarado las SS. de 16-04-2014 (Rec. 183/2013) y 1-12-2019 (rec.147/2018) y la SAN 8-12-2020 (proc.189/2020), relativas al preaviso contemplado en el artículo 34.2 ET».

indicado, inicialmente por la norma (31 de diciembre 2020), pudiendo establecerse mediante acuerdo un plazo más amplio²², ya que, el régimen de recuperación se encomienda al pacto colectivo – art. 34.2 ET – con el fin de garantizar la primacía de la participación colectiva en la resolución de conflictos frente a las soluciones de carácter unilateral.

La finalización del periodo de consultas puede acabar con acuerdo, que tendrá que ser comunicado a las personas trabajadoras, o, sin acuerdo. De no alcanzarse acuerdo, el art. 3.2 *in fine*, posibilita la decisión unilateral del empresario para establecer la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el ámbito temporal de aplicación, en cuyo caso, se establece como condición su notificación a las personas trabajadoras afectadas y a la comisión representativa en el plazo de siete días desde la finalización del fracasado periodo de consultas.

Para cerrar el régimen jurídico del PRR, es necesaria la cita a otros instrumentos jurídicos que, con la misma intención clarificadora, ha sido necesaria su publicación como la Orden SND/310/2020²³ – con el fin de determinar las actividades incluidas y excluidas en el sector sanitario – y la Orden SND/325/2020²⁴, en cuanto a la regulación de la seguridad industrial y metrológica. Igualmente, se aprueba por la Dirección General de Trabajo el criterio relativo a la interpretación y aplicación respecto al

²² *Ibidem*, FD 5º: «Es cierto que la recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020, no obstante, la recuperación es materia disponible en la negociación colectiva; por tanto, siempre que exista acuerdo entre las partes se podrá ampliar el plazo para la recuperación más allá del 31 de diciembre de 2020, si bien en este caso, dicha ampliación no podrá implicar alteración alguna de la jornada anual del año en que se complete la mencionada compensación, puesto que, según la propia norma, 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 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 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. Si a 31 de diciembre de 2020 no se ha recuperado el PRR, la empresa no podrá descontar del salario el tiempo del permiso. No obstante, la recuperación es materia disponible a la negociación colectiva; por tanto, siempre que exista acuerdo entre las partes se podrá ampliar el plazo para compensarlo más allá del 31 de diciembre de 2020. En este caso, dicha ampliación no podrá implicar alteración alguna de la jornada anual del año en que se complete la mencionada compensación».

²³ Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitario.

²⁴ Orden SND/325/2020, de 6 de abril, por la que se establecen criterios interpretativos y se proroga la validez de los certificados de verificaciones y mantenimientos preventivos establecidos en la regulación de seguridad industrial y metrológica.

PRR con fecha 31 de marzo de 2020 ([DGE-SGON-849CRA](#)) que, desde mi punto de vista, es más clarificador que la Orden SND/307/2020 y la Instrucción 2/2020 de la ITSS sobre actuaciones inspectora urgentes para la comprobación del cumplimiento del entonces RD-Ley 10/2020.

Por último, y como nota específica, resaltar el apunte de incompatibilidad que realiza el art. 32.2 del RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, respecto a la no aplicación del PRR en los supuestos de las personas empleadas del hogar cuando son beneficiarias del subsidio extraordinario por falta de actividad²⁵.

Con ello, se cierra la exposición del peculiar régimen jurídico de un permiso que, aun siendo breve, ha introducido cambios contundentes, pero efímeros, en las estructuras más reforzadas y solventes de la relación contractual.

3. Peculiaridades del permiso retribuido recuperable en el contexto jurídico laboral

Como es sabido, muchos son los calificativos que ha recibido el permiso retribuido recuperable desde su publicación y aplicación para definir su inimitable y atípica composición. Y sí, digo composición porque después de una observación más o menos compleja, lo que en apariencia queda claro es que, es una figura que carece de entidad propia, y que es, sin más, la suma de diferentes elementos comunes con otras instituciones jurídicas del Derecho del Trabajo²⁶.

En efecto, se ha señalado ya que la figura más próxima podrían ser los permisos recuperables que se dan en la negociación colectiva²⁷, es decir, los denominados usualmente permisos por asuntos propios. Resulta evidente que no hubiera sido fácil tampoco su encaje ya que estos no comparten el régimen jurídico de los permisos retribuidos, planteándose en ellos la disyuntiva de si computan como tiempo de trabajo efectivo o, por el contrario, se excluyen del cálculo de la jornada máxima, ya que el convenio puede determinar su carácter recuperable o no²⁸.

²⁵ A este respecto encontramos opiniones contrarias: J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 35, encuentra esta «incompatibilidad lógica» y, en sentido contrario, la considera «discutible» M.À. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 141.

²⁶ *Vid.* J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 30.

²⁷ *Vid.* M.À. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 140. También expresado judicialmente en SJS Valladolid n. 212/2020, de 16 noviembre.

²⁸ *Vid.* M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch,

De la misma forma, también se ha manifestado la posibilidad de considerar el PRR como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo²⁹, siendo el sentir mayoritario de la doctrina contrario a esta opinión, pues en esencia no se da la premisa principal, que se derive de «una decisión unilateral del empresario»³⁰.

Sin embargo, hay quien entiende que sería posible introducir esta figura en una categoría propia de instituciones aplicables en situaciones de fuerza mayor, marcando así distancias con otras medidas posibles, en el caso de que se contemplara la posibilidad de que esta figura jurídica no tuviera una vigencia caduca en nuestro ordenamiento jurídico³¹.

Pero, con mayor o menor previsión de permanencia, de momento es un permiso que no otorga permiso, pues la obligatoriedad precisa su aplicación sobre aquellos sujetos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, por lo que, no otorga ninguna facultad a las partes, sino que es técnicamente imperativa. Carece, por tanto, de la voluntariedad que requieren los permisos retribuidos característicos del art. 37.3 ET, y por supuestos, del necesario preaviso del trabajador para su aplicación³², que no para su recuperación.

Asimismo, la finalidad de orden social que persigue esta interrupción no periódica o espontánea – limitar al máximo la movilidad – va más allá de la función socioeconómica que generalmente tiene atribuida los permisos retribuidos. Es por ello, por lo que la extensión de esa función queda justificada por la necesidad que tiene el legislador de tutelar determinados bienes jurídicos³³, sin que con ella se altere en modo alguno la vigencia del contrato por el acatamiento de este permiso.

Del mismo modo, la posibilidad de recuperación de las horas no trabajadas, escapa a la naturaleza del permiso retribuido que, de suyo, constituye una excepción de la relación sinalagmática del contrato de trabajo.

La suma de todos estos elementos contrarios a la naturaleza de los permisos

2017, pp. 63-65.

²⁹ Vid. C. ARAGÓN GÓMEZ, *Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto-ley 10/2020*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n 12 bis, pp. 706 ss.

³⁰ En este sentido la SAN n. 101/2020, cit.: «no puede desconocerse el carácter de temporalidad de la medida de recuperación decidida por la empresa y que en todo momento se ha tratado de consensuar, lo que nos llevan a concluir que no nos encontramos en sede del art. 41 del ET, sino ante la aplicación de una medida de índole laboral destinada a reparar los perjuicios económicos y en el ámbito del empleo, derivados de la crisis del COVID-19».

³¹ Vid. D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp 73 ss.

³² Respecto a esta cuestión *vid.* A. ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, pp. 71 ss.

³³ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, 2009, pp. 224.

retribuidos – la obligatoriedad, la finalidad de orden social y la recuperación – lógicamente, le aleja del régimen jurídico de los permisos retribuidos, por lo que, tanto la doctrina científica³⁴ como, la doctrina judicial³⁵ entienden más ajustada la calificación de esta figura como «una distribución irregular de la jornada», con la que, a mi juicio, tan solo se ha pretendido dar cobertura legal a una situación inusitada.

Es conocido que, en una situación ordinaria, de una distribución irregular de la jornada no se deriva el diferimiento de las horas no trabajadas que podrían no llegar a recuperarse³⁶ ni, en mi opinión, la anticipación del cobro del salario respecto al momento en el que se realiza la actividad. Seguramente por ello, dado que no existe una identificación plena del PRR con la distribución irregular de la jornada, suele puntualizarse que el PRR constituiría una «distribución irregular de la jornada con un régimen jurídico particular»³⁷.

Bien, asignado de forma más o menos pacífica el que podría ser el régimen jurídico más próximo para la “criatura”, ello no evita su problemático encaje en diferentes ámbitos. Aunque, inicialmente, cabe advertir que hacer una

³⁴ Entre otros, I. BELTRÁN DE HEREDIA, *Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia* (RDLEY 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 Y 13/20), en *IUSLabor*, 2020, n. 1, pp. 67 ss., realiza un estudio sobre la delimitación conceptual de los permisos con otras instituciones más o menos próximas como: la suspensión, la excedencia, la distribución irregular de la jornada y *factum principis*. Vid. A. BLASCO PELLICER ET AL., *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 78 ss.; J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, pp. 17 ss.; T. SALA FRANCO, *Acerca de la incidencia del Covid-19 en el derecho a las vacaciones de los trabajadores*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020, pp. 221-224; E. ROJO TORRECILLA, *Emergencia sanitaria y legislación laboral. Notas al RDL 10/2020 de 29 de marzo (“Permiso retribuido recuperable”)*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 30 marzo 2020; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Distribución irregular de la jornada de trabajo: Novedades «Poscovid-19»*, en elderecho.com, 25 agosto 2020.

³⁵ Cfr. SAN n. 101/2020, cit.: «Podemos considerar que el denominado permiso retribuido obligatorio recuperable, que introduce el RDL 10/2020, en la medida en que se sujeta a un régimen jurídico que conlleva no prestar servicios en un periodo concreto de tiempo para, al mismo tiempo, ser llamado a prestar servicios en otro tiempo, más que un verdadero permiso retribuido nos sitúa en realidad ante una distribución irregular de la jornada, sólo que con origen en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo»; SAN n. 30/2021, cit., FD 4º: «Se trata de una distribución irregular de la jornada con un régimen jurídico particular, pues si el permiso fuera verdaderamente retribuido se computaría como tiempo de trabajo y no habría necesidad de recuperarlo. En realidad, no se está exonerando al trabajador de la obligación de prestar servicios, sino que se está desplazando la obligación de trabajo a una fecha distinta».

³⁶ En este sentido, *vid.* I. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 74 ss., y D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 73 ss.

³⁷ *Vid.* C. ARAGÓN GÓMEZ, *Claves prácticas del permiso retribuido recuperable*, en forodelabos.blogspot.com, 2 abril 2020.

enumeración cerrada de los aspectos dudosos es imposible, debido a la enorme casuística que se advierte, no solo porque se trata de una figura que carece *a priori* de interpretación doctrinal y judicial y ha de apoyarse en la existente en otras figuras similares, sino también porque la exégesis de la norma así lo procura.

Pero, a grandes rasgos, se puede enunciar que, hasta ahora, las particularidades más significativas son las referidas a la calificación de esencialidad de la actividad productiva, las que giran en torno a la recuperación de las horas no trabajadas, la problemática que se genera en los supuestos de imposibilidad de devolución y la que deriva de la inexistencia de un régimen sancionador.

Dicho esto, quedó a todas luces constatado que, durante el corto período de tiempo que fue de aplicación el PRR, se manifestó cierta incertidumbre e inseguridad jurídica en su aplicación debido a la falta de claridad en el propio concepto de “servicios esenciales”. Ello arrojaba serias sombras sobre la calificación de la esencialidad de la actividad, gestándose así una problemática aplicativa que se derivó no solo por la existencia de una larga lista de excepciones sino también por la aparición de interpretaciones que, como era de esperar, han tenido que ser resueltas a la luz de las resoluciones judiciales³⁸.

Por su parte, la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido, como ya se vio, ha de llevarse a cabo mediante un procedimiento específico que, en consonancia con el resto de Reales Decretos-Ley aprobados en esta situación sanitaria tan excepcional, se nutre de nuevas reglas específicas que, aun siendo semejantes a las de algunas instituciones conocidas (modificación sustancial de las condiciones de trabajo), se alejan de ellas³⁹.

Así, los plazos establecidos para la negociación en el periodo de consultas se acortan, con toda probabilidad por la necesidad de fijar un contrapeso a la “financiación anticipada” que debe hacer el empresario, dándole así matices de cierta urgencia a la recuperación.

Es aquí, en el ámbito de la recuperación, donde se produce la mayor problemática interpretativa de lo establecido en la Ley 4/2021 debido a que necesariamente esta cuestión tendrá que ser abordada por las partes, a las que

³⁸ *Cfr.*, entre otras, SJS Bilbao n. 242/2020, de 19 noviembre; SJS Ávila n. 167/2020, de 31 julio; SJS Toledo n. 433/2020, de 2 noviembre.

³⁹ *Cfr.* STSJ Asturias n. 1951/2020, de 10 noviembre, en la que se analiza la aplicación del art. 41 ET en cuanto a las modificaciones que afectan al caso concreto, determinando que no se da el carácter de “sustancialidad” en cuanto a las modificaciones realizadas por el empresario en aplicación de la Ley 4/2021 (PRR), «Tampoco la modificación del horario y de la jornada de trabajo se muestran como sustanciales vistas las circunstancias del caso».

se les impone el deber de negociar en un periodo de consultas la recuperación de las horas no trabajadas.

Además de la complejidad que puede tener el establecimiento de este régimen de recuperación, la recuperación *de facto* podría llevar, en algunos casos, a conflictos de difícil solución, como el caso de la persona trabajadora que esté disfrutando de una reducción de jornada⁴⁰ para la conciliación de la vida laboral y familiar, donde puede resultar muy difícil “devolver” las horas no trabajadas.

Algo parecido puede suceder en supuesto – digamos – objetivos, como, por ejemplo, la imposibilidad de recuperar las horas no trabajadas debido a la inexistencia de actividad durante el periodo de recuperación o la persistencia de las restricciones legales, que, sin duda, podrían conducir a que permanezcan perdidos en complejas lagunas, que, casi con toda probabilidad, terminarán afectando negativamente al empresario.

Respecto a esta cuestión, el último pronunciamiento de la Audiencia Nacional⁴¹ (que desdice lo expresado en resoluciones anteriores)⁴² arroja cierta calma pues señala que no habría especial problemática en extender la devolución de las horas más allá del 31 de diciembre de 2020 siempre que las partes así lo pacten, y siempre que ello no implique alteración alguna de la jornada máxima anual establecida por el convenio colectivo que sea de aplicación y respete los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo. *A sensu contrario*, se entiende que, si no hay acuerdo de las partes, el límite no podrá excederse del establecido en la norma, por lo que no cabría una decisión unilateral del empresario que trasladara más allá del 31 de diciembre de 2020 la recuperación de las horas no trabajadas.

Como era de esperar, encontramos también el conflicto que ha generado la incidencia en las vacaciones del permiso retribuido recuperable. Con carácter general, se ha resuelto esta controversia, afirmando la imposibilidad

⁴⁰ Vid. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por el Covid-19*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 4, pp. 452 ss., de la que se desprende la imposibilidad de recuperar las horas es más acusada en estos casos. Por la dificultad de hacer efectivas las horas durante la jornada diaria al establecer la distribución irregular de la jornada de trabajo y los efectos negativos que se deriva de la misma para poder conciliar la vida laboral y familiar.

⁴¹ Cfr. SAN n. 30/2021, cit.

⁴² Cfr. SAN n. 91/2020 (rec. 143/2020), de 28 de octubre: «el período de tiempo en el que se van a recuperar las horas del indicado permiso cuya fecha tope es el 31 de diciembre del 2020»; SAN n. 101/2020, cit.: «no cabe duda que, los únicos límites que operan en su recuperación, son los previstos en dicha norma, esto es: la recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020».

de pactar un solapamiento del disfrute del permiso con un período de vacaciones⁴³, pues aun teniendo el PRR un carácter obligatorio y recuperable, la imposibilidad de renuncia del trabajador de sus derechos – art. 3.5 ET – no admite excepciones. De la misma forma, la persona trabajadora que estuviera disfrutando de forma voluntaria de unas vacaciones durante el período del 30 de marzo al 9 de abril de 2020, y le fuese de aplicación el PRR, tendría prioridad de aplicación este último y, de común acuerdo con el empresario habría que volver a negociar el período de vacaciones que le correspondiere.

Nada prevé la norma para el caso de que tenga lugar la extinción del contrato de trabajo antes de que se produzca la devolución de las horas adeudadas por el trabajador, por lo que es preciso articular una respuesta para los distintos escenarios que pueden originarse dependiendo de la causa extintiva. El primero de ellos sería aquel en el que la imposibilidad de recuperar las horas se pudiera atribuir objetivamente al trabajador – dimisión o baja voluntaria –, en cuyo caso, como ya se ha señalado⁴⁴ sería de aplicación por analogía el régimen de compensación de las horas debidas en la liquidación que se establece jurisprudencialmente para la distribución irregular de la jornada de trabajo.

El segundo de ellos sería aquel en el que, la decisión extintiva del empresario deviene de una causa objetiva (despido objetivo). En estos supuestos de despido no cabría la detracción⁴⁵, pues cabría la aplicación el art. 30 ET, igualmente por analogía, ya que ha quedado destruida la posibilidad de

⁴³ *Vid.* T. SALA FRANCO, *op. cit.*, pp. 221-224. Recogido también en la SAN n. 91/2020, cit., y la SAN n. 101/2020, cit. En esta última dice su F.J. 6º que, «Por tanto, no resulta admisible la recuperación de las horas no trabajadas mediante su imputación a vacaciones. Ni por decisión unilateral de la empresa, pues ello supondría una clara contravención del art. 38 ET, de acuerdo al cual, el período de disfrute de las vacaciones se debe fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador [...]. Además, la imposibilidad de compensar unilateralmente por la empresa las horas de trabajo a recuperar con el disfrute de las vacaciones se desprende del propio tenor del art.3 RDL 10/2020 que solo habla de recuperar las indicadas horas, omitiendo toda referencia a una posible compensación total o parcial con el período de vacaciones».

⁴⁴ *Vid.* C. ARAGÓN GÓMEZ, *Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto-ley 10/2020*, cit., pp. 705 ss.; D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 83 ss.

⁴⁵ *Cfr.* SJS Valladolid n. 212/2020, cit., FJ 3º: «Ahora bien, si tal imposibilidad se debe a la extinción del contrato por causa imputable a la empresa, máxime como consecuencia de un despido declarado o reconocido como improcedente, deviene plenamente aplicable lo prevenido en el art. 30 ET, aun por analogía, en orden a que “Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”».

recuperación de las horas no trabajadas por causa imputable al empresario. A la misma solución ha de llegarse en caso de despido disciplinario, salvo en aquellos supuestos de despido disciplinario posteriormente declarado procedente, ya que en este caso es el incumplimiento del trabajador el que comporta la imposibilidad de recuperación del PRR⁴⁶, siendo coherente la sustracción del importe correspondiente a las horas no trabajadas.

Como hemos visto, la falta de precisión con la que se expone la forma de “devolver” las horas ya retribuidas deja, aún más si cabe, una brecha de inseguridad para los contratantes que tendrá su reflejo mucho más allá del periodo (de poco más de seis meses) en el que tenía prevista la ley su recuperación. No solo por la poca claridad de su tenor literal, que, de seguro, llevará muchos conflictos a los tribunales (con su correspondiente retraso) si no también, y principalmente, por la cronificación de la situación de semiconfinamiento.

En otro orden de cosas, no deja de llamar la atención que, un instrumento jurídico de carácter fuertemente imperativo como es el PRR, carezca de un régimen sancionador que contemple de forma global los posibles incumplimientos de las partes del contrato de trabajo. Sí queda resuelto, pero no porque expresamente lo diga la norma, el incumplimiento del objetivo que persigue la norma, la obligación de la no movilidad de las personas que, con carácter general, también será de aplicación al resto de disposiciones normativas con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Nótese como no prevé de forma específica, en primer lugar, sanciones frente al incumplimiento aplicativo del permiso, por parte del empresario, ni ante la negativa a su disfrute, por parte del trabajador. Por otra parte, y, en segundo lugar, también la Ley 4/2021 deja desprovistas de sanción las conductas contrarias a la obligación de recuperar las horas de trabajo fruto del acuerdo en el período de consultas o de la decisión unilateral del empresario. En sentido contrario a esta última, no cabe esperar esta reacción adversa a la recuperación por parte del empresario, ya que, sería un obstáculo para sus propios intereses.

En ambos escenarios expuestos, habrá que acudir, dependiendo del tipo de incumplimiento, a las disposiciones de carácter ordinario vigentes. Por lo que, se despachará la aplicación de un régimen sancionador ordinario frente a la inobservancia de una disposición normativa de carácter extraordinario, con los aciertos o desaciertos que puede conllevar.

En consecuencia, ante el incumplimiento aplicativo del permiso (ya sea por parte de la empresa como por parte del trabajador), el silencio de la norma

⁴⁶ A. ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, pp. 80 ss.

conduce a entender aplicables las previsiones de la LISOS, respecto a las sanciones previstas para los incumplimientos empresariales de permisos y tiempo de trabajo, en concreto, las infracciones graves recogidas en su art. 7.5⁴⁷, en referencia a los permisos.

Al hilo de esta cuestión, conviene tener en cuenta que, en mi opinión, es necesario tener una percepción amplia o extensiva de la naturaleza del permiso retribuido al que hace referencia la LISOS para que quepa la aplicación de esta sanción al PRR pues, dada la especial naturaleza del PRR – recuperable y obligatorio – su aplicación, sin más, podría resultar dudosa. A mi parecer, hubiera sido más adecuado haber previsto un régimen sancionador específico alineado con la previsión específica de la ITSS para la persecución del incumplimiento empresarial.

Otras apreciaciones también se pueden hacer, en cuanto al no régimen sancionador específico, en el caso del segundo supuesto, que hace alusión al incumplimiento del trabajador en la recuperación de las horas no trabajadas, puesto que la norma (art. 3, Ley 4/2021), no parece configurar una verdadera obligación de cumplimiento para el trabajador. En efecto, el precepto, cuando se refiere a la recuperación de las horas de trabajo utiliza una terminología poco concluyente, “podrá”, que más bien, parece evidenciar la poca intencionalidad que tiene el legislador en imponer sanciones al trabajador frente a los incumplimientos, a pesar del supuesto carácter “obligatorio” de la recuperación.

Lo que permite afirmar que el carácter estrictamente obligatorio del permiso, es parcial, llegando a considerarse como tal solo en su fase aplicativa – para ambas partes –, pero no en su fase de recuperación, trayendo, además, en este punto a colación, la literalidad expresa de la ley que sí ofrece la posibilidad de una recuperación parcial.

No obstante, a mi juicio, tanto si la recuperación de las horas proviene del acuerdo alcanzado entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas como si la decisión empresarial deviene de una decisión unilateral del empresario, ante el incumplimiento del trabajador – no estimo tan necesario un régimen sancionador específico en este caso – cabría la aplicación del régimen sancionador contemplado en el art. 58 ET, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.

⁴⁷ Art. 7.5, RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: «La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores».

Además, el empresario, considero que podría optar entre este régimen sancionador menos lesivo o, en su caso, proceder a un despido disciplinario amparado en los supuestos del art. 54.2, letras *a* y *d*. Dejando a la voluntad del empresario la utilización de un régimen u otro. Pues, en ningún momento la norma exonera al trabajador de cumplir con la obligación de la prestación de trabajo, solo se le difiere en el tiempo, por causas que, de forma unánime, se consideran suficientemente justificadas, por lo que, ante la falta de régimen sancionador específico, sería oportuna la doble vía de aplicación ordinaria existente, a criterio del empresario, en ambos escenarios, bien porque la recuperación arribe del acuerdo alcanzado en el período de consultas o, *in extremis*, por su llegada a través de la decisión unilateral del empresario.

Por último, con independencia de los múltiples problemas aplicativos y la casuística tan amplia que se irá resolviendo por la doctrina judicial y la jurisprudencia, el permiso es un instrumento que, a corto plazo ha sido eficaz, en cuanto al objetivo que perseguía, pero, a medio o largo plazo, a mi juicio, puede que se trate de un instrumento “exótico” que solo ha respondido a una situación inaudita. Además, conviene, tener en cuenta que el PRR podría convertirse en una herramienta “perversa” para la relación laboral, debido a que su implementación sale muy económica a las arcas públicas, pero limita el poder de dirección del empresario en cuanto a la gestión del tiempo de trabajo. De igual importancia, su aplicación redundaría en una posible sobre protección de la prestación salarial del trabajador⁴⁸, rompiendo con ello el equilibrio equitativo necesario en la relación de trabajo.

4. Permiso retribuido recuperable y poder de dirección

En todo razonamiento organizativo en el ámbito empresarial subyace la facultad directiva que ostenta el empresario en virtud del art. 38 CE, que le dota del derecho a la libertad de empresa, aunque este no resulte ilimitado⁴⁹. Este derecho, como se sabe, tiene su principal fuente de limitaciones en los

⁴⁸ Art. 3.1, Ley 4/2021: «La recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020». Hay que recordar que las horas retribuidas por el empresario se devuelven con posterioridad por parte del trabajador, de forma total o parcial, pero la retribución de las horas no trabajadas necesariamente se realiza con anterioridad, durante el período de aplicación del PRR.

⁴⁹ *Cfr.*, entre otras, STC n. 192/2003, de 27 octubre; STC n. 134/1994, de 9 de mayo.

derechos fundamentales⁵⁰ del trabajador y en el art. 35 CE (derecho al trabajo). No obstante, qué duda cabe de que, con la irrupción del PRR – al igual que con otras disposiciones normativas fruto de la pandemia de Covid-19 – el poder de dirección empresarial ha sufrido una mutación puntual de gran calado.

Esta metamorfosis concretamente afecta a la facultad que tiene el empresario para gestionar el tiempo de trabajo que, en este caso concreto, cede frente a lo impuesto por el legislador. Por lo que se puede afirmar que, los derechos de la sociedad envuelven y redefinen – de forma momentánea – las prerrogativas de la dirección empresarial ya que son, en definitiva, una derivación de los poderes de la sociedad⁵¹.

Es por ello que, de la literalidad de la Ley 4/2021, se extraen claramente la intencionalidad de situar la regulación del permiso por encima de cualquier decisión empresarial decisoria u organizativa, sirva de ejemplo su carácter obligatorio, que invade directamente las funciones directivas del empresario sobre la actividad productiva. Por consiguiente, el poder organizativo atribuido al empresario, que es consustancial a la posición que ocupa en la relación laboral, se ve en este instrumento jurídico doblemente acotado por una medida legislativa excepcional en una situación excepcional, que establece un dispar reparto de sacrificios en la medida en que obliga a la empresa a pagar un trabajo que no ha recibido, mantener el alta del trabajador en la Seguridad Social y cotizar por ella.

De igual modo, la anulación de la capacidad decisoria, en cuanto a la potestad del empresario para hacer uso de esta ley, no llega sola, sino que también viene acompañada de un número, nada desdeñable, de limitaciones en toda la extensión del ámbito temporal del PRR. Que, a mayor abundamiento, dada la especial gravedad de la situación, se completa con una incisiva actuación inspectora, ya que «garantizar el cumplimiento de la norma se considera imprescindible e inaplazable»⁵².

Dicho lo anterior, la ley ofrece dos mínimas delegaciones al poder de dirección del empresario con respecto a la aplicación del PRR. La primera,

⁵⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 217: «La racionalidad económica deja de ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador».

⁵¹ Vid. J. RIVERO LAMAS, *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Cometa, 1986, p. 66.

⁵² Instrucción 2/2020 sobre actuaciones inspectoras urgentes para la comprobación del cumplimiento del RD-Ley 10/2020 por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19.

le permite restringir su aplicación en la medida en que le faculta para mantener cierta actividad que la norma cifra en el mínimo de la plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles, con el fin de mantener la actividad mínima indispensable, limitada esta, a su vez, cuantitativamente, ya que, puede permanecer solo, la plantilla o turnos de trabajo, que se hubiera mantenido un fin de semana ordinario o en festivos.

Por otra parte, también la entrada en escena del permiso puede quedar limitada para garantizar la reanudación de la actividad empresarial, con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para que se haga efectivo el PRR y no perjudicar la reanudación de la actividad empresarial. Igualmente es de aplicación esta última previsión para la continuidad de los servicios de transporte que podrán iniciar el PRR una vez finalizada de forma íntegra el servicio en curso.

Esta manifestación del poder de dirección es todavía menor en el ámbito temporal de recuperación, un terreno en el que sólo entra en escena si fracasa la vía del pacto colectivo. En este caso, permite al empresario tomar la decisión unilateral de recuperación, si bien que con distintos límites. Con ello, tampoco se deja un total margen de decisión al empresario en la recuperación de las horas⁵³, aunque es de justicia decir, que los límites impuestos son los mismos que en puridad se deben aplicar para salvaguardar los derechos e intereses de los trabajadores recogidos ya en el ordenamiento jurídico.

Respetar los descansos mínimos diarios y semanales establecidos por ley y, en su caso, por convenio colectivo, considerar el plazo de preaviso para la recuperación de las horas, la imposibilidad de superar la jornada máxima anual recogida en el convenio de aplicación, así como observar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

5. Bibliografía

ARAGÓN GÓMEZ C., *Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto-ley 10/2020*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n 12 bis, pp. 700-711

ARAGÓN GÓMEZ C., *Claves prácticas del permiso retribuido recuperable*, en *forodelabos.blogspot.com*, 2 abril 2020

⁵³ En este sentido también *vid.* A. BLASCO PELLICER *ET AL.*, *op. cit.*, pp. 78 ss.: «la norma no deja margen de regulación al acuerdo entre las partes, tal y como parece desprenderse de la dicción literal del art. 3.2 RDL 10/2020».

- BASTERRA HERNÁNDEZ M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, 2017
- BELTRÁN DE HEREDIA I., *Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDLEY 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 Y 13/20)*, en *IUSLabor*, 2020, n. 1, pp 45-110
- BLASCO PELLICER A. ET AL., *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2020
- CALVO GALLEGO F.J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., [«Permiso» Obligatorio. Retribuido Pero Recuperable](#), en [grupo.us.es/inpr](#), 30 marzo 2020
- ESTEVE SEGARRA A., *La problemática recuperación del permiso retribuido recuperable aprobado durante el estado de alarma por el Covid-19*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, n. 235, pp. 57-85
- FALGUERA BARÓ M.À., [La legislación laboral durante el estado de alarma](#), Bomarzo, 2020
- GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La naturaleza y caracterización del permiso retribuido, recuperable y obligatorio previsto en el Real Decreto Legislativo 10/2020*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 91, pp. 69-93
- MONEREO PÉREZ J.L., GORELLI HERNÁNDEZ J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, 2009
- MORALES ORTEGA J.M., *Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 17-48
- RIVERO LAMAS J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Cometa, 1986
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., [Distribución irregular de la jornada de trabajo: Novedades «Poscovid-19»](#), en [elderecho.com](#), 25 agosto 2020
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por el Covid-19*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 4, pp. 449-471
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003
- ROJO TORRECILLA E., [Emergencia sanitaria y legislación laboral. Notas al RDL 10/2020 de 29 de marzo \(«Permiso retribuido recuperable»\)](#), en [www.eduardorojotorrecilla.es](#), 30 marzo 2020
- SALA FRANCO T., *Acerca de la incidencia del Covid-19 en el derecho a las vacaciones de los trabajadores*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS

BAAMONDE (dirs.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020

SEMPERE A.V., [El Derecho Laboral, la Pandemia y las preposiciones](#), en www.legaltoday.com, 16 julio 2020

El ingreso mínimo vital en la encrucijada*

Henar ÁLVAREZ CUESTA**

RESUMEN: El diseño de una nueva prestación no contributiva destinada a facilitar un ingreso mínimo para cubrir las necesidades más básicas de individuos o familias ha necesitado (y sigue necesitando) de oportunos ajustes y revisiones. A lo largo de las siguientes páginas se analizan las bases sobre las que está construida esta prestación de la Seguridad Social, teniendo como idea transversal la finalidad última de superar la situación de vulnerabilidad económica y lograr la completa inclusión social para todos los beneficiarios. Sin embargo, también se van a poner de manifiesto las lagunas y quiebras en la protección que aún subsisten, a la espera de su oportuno desarrollo reglamentario.

Palabras clave: Ingreso mínimo vital, vulnerabilidad económica, exclusión, pobreza, unidad de convivencia.

SUMARIO: 1. Introducción: entre los fallos de las rentas autonómicas y la crisis de la Covid-19. 2. Concepto de ingreso mínimo vital como prestación del sistema de Seguridad Social. 3. Características de la nueva prestación no contributiva. 4. La difícil definición de los beneficiarios de la prestación. 4.1. Los sujetos individuales como beneficiarios. 4.2. Las múltiples configuraciones de unidades de convivencia beneficiarias. 5. La diferencia entre persona beneficiaria y titular del ingreso mínimo vital. 6. Requisitos de acceso a la prestación. 7. La vulnerabilidad económica como estado de necesidad. 8. Contenido de la prestación. 9. La prestación y su vigencia: duración, suspensión y extinción. 10. Obligaciones de las personas beneficiarias: la tenue obligación de inserción social. 11. Incompatibilidades entre su percepción y otras rentas o ingresos. 12. Régimen sancionador del ingreso mínimo vital. 13. Conclusiones. 14. Bibliografía.

* Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación LE013P20 de la Junta de Castilla y León, *La prestación de servicios socio-sanitarios en el ámbito rural de Castilla y León: apostando por un bienestar integral*.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

Minimum Living Income at the Crucial Crossroads

ABSTRACT: The design of a new non-contributory benefit aimed at providing a minimum income to cover the most basic needs of individuals or families has needed (and continues to need) appropriate adjustments and revisions. The following pages analyse the foundations on which this social security benefit is built, with the ultimate aim of overcoming the situation of economic vulnerability and achieving full social inclusion for all beneficiaries as a cross-cutting idea. However, it will also highlight the gaps and loopholes in the protection that still exist, pending the appropriate regulatory development.

Key Words: Minimum living income, economic vulnerability, exclusion, poverty, living together.

1. Introducción: entre los fallos de las rentas autonómicas y la crisis de la Covid-19

La introducción de esta prestación dentro del elenco de las reconocidas en el sistema español de Seguridad Social es consecuencia de las cifras (alarmantes y sonrojantes) de pobreza. Tal y como reconoce el propio preámbulo, «en España 9,9 millones de personas (21 por ciento) en 4 millones de hogares se encuentran en riesgo de pobreza» y tal situación se agrava para los menores («más del 26 por ciento de los niños de menos de 16 años viven en hogares con ingresos inferiores al umbral de la pobreza, una situación que se agrava aún más en los hogares monoparentales, particularmente vulnerables además a la volatilidad de ingreso»).

Las dificultades para acceder y mantener un trabajo decente no son ajenas a las cifras anteriores: «la tasa de paro del 13,78% es más del doble de la que presenta la media de la UE y la situación de los y las jóvenes es particularmente angustiante con una tasa de paro del 30,51% entre menores de 25 años. Las cifras de empleo ocultan una de las tasas más altas de pobreza activa de la UE, donde muchas personas trabajan en empleos mal pagados, a tiempo parcial o temporales y ganan salarios lamentablemente inadecuados para cubrir las necesidades fundamentales. La desigualdad también es sorprendentemente alta, con indicadores muy por encima de los promedios de la UE»¹.

Ante tal quiebra del Estado del Bienestar, la respuesta ha sido fragmentada, desigual y externa al sistema de Seguridad Social. A día de hoy, además de las prestaciones no contributivas (de escasa cuantía) y solo destinadas a colectivos específicos (desempleo) o expulsados del mercado laboral (invalidez y jubilación), permanecen como última esperanza las rentas autonómicas, destinadas a las capas más débiles de la población². Estos subsidios, aun cuando deberían responder a los criterios básicos de universalidad y suficiencia, no en todas las Autonomías aparecen diseñados como derechos subjetivos perfectos³, en tanto contienen «variaciones muy sustanciales en su diseño, y especialmente en sus grados de cobertura y nivel de protección. El resultado ha sido una heterogeneidad significativa en el

¹ [Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España, 27 de enero – 7 de febrero de 2020](#), en www.ohchr.org, 7 febrero 2020.

² M. MARTÍNEZ TORRES, [Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, n. 2, p. 157.

³ J.V. SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, *Asistencia social y rentas mínimas de inserción: un debate inacabado*, en M.B. CARDONA RUBERT (coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Bomarzo, 2008, p. 206.

acceso a las prestaciones sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente cubiertas por nuestro Estado del bienestar» (Preámbulo, RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo).

Al final, las distintas prestaciones articuladas y ya mencionadas que existen en el ordenamiento español que tratan de responder a la situación de carencia de rentas, acaban por esconder una profunda desigualdad en su impacto, cuyo origen se encuentra en las limitaciones y restricciones de muy distinto signo que caracterizan a la mayoría de los modelos de rentas de inserción diseñados y puestos en práctica en España⁴. También acaban por generar tantos agujeros en su protección, debido a su heterogeneidad y descoordinación⁵, que «evidencian que es imprescindible (y urgente) diseñar una prestación económica estatal dirigida a paliar las situaciones de pobreza y marginación más graves que se están produciendo [y que pudieran hacerlo] en nuestra sociedad»⁶.

De nuevo, los datos describen el agujero en la red de protección: «más del 90% de las personas en riesgo de pobreza en España no las reciben (en 2018 solo accedió a ellas el 7,6% de las personas que se encontraban por debajo del umbral de pobreza)» y entre quienes la reciben, existe «una clara desigualdad territorial, siendo muy relevante el lugar donde vive la persona beneficiaria (así, en el País Vasco con una tasa de pobreza del 8,6% el 71,2% de las personas pobres perciben la RMI, mientras que en Extremadura con una tasa de pobreza del 37,6% solo el 6% de las personas pobres cobran la RMI)»⁷.

Desde luego, la cobertura de este vacío por parte del sistema de Seguridad Social no se trataría de una «recentralización», «sino más bien ante una racionalización motivada por la necesidad de establecer una solución homogénea y coherente para todo el territorio español, cubriendo las limitaciones intrínsecas y extrínsecas de las rentas mínimas disponibles por las Comunidades Autónomas»⁸. El único peligro radica en que se produzca una «dejación de funciones y competencia en materia de asistencia social

⁴ L. SANZO GONZÁLEZ, *La introducción de la renta básica en España*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, n. 2, p. 128.

⁵ H. ÁLVAREZ CUESTA, *Lagunas y puentes en la protección de las rentas de inserción autonómicas*, en AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2011.

⁶ E. CARRIZOSA PRIETO, *Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 192, p. 227.

⁷ C. GALA DURÁN, *Los desafíos del nuevo ingreso mínimo vital*, en *IUSLabor*, 2020, n. 2, p. 2.

⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, *Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, p. 40.

para los más favorecidos por parte de las Comunidades Autónomas en la medida en que pueda entenderse que con el ingreso mínimo vital ya se encuentran totalmente cubiertas las situaciones de necesidad de las personas sin recursos»⁹.

Dicha prestación encuentra fundamento jurídico a nivel internacional y comunitario. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el derecho de toda persona a «un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios» (art. 25.1). En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia» (art. 11). En la Carta Social Europea, los Estados partes se comprometen a «velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir estos por sus propios medios o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada».

La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, contempla también la protección social; por su parte, «la Unión Europea combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales» (art. 3 TUE); se fija como objetivo la «erradicación de la pobreza»; y en el TFUE, el art. 153 establece que la Unión apoyará la acción de los Estados para «la integración de las personas excluidas del mercado laboral»; para «la lucha contra la exclusión social» y para «la modernización de los sistemas de protección social». En el fondo, supondría la creación de un nivel o pilar básico de previsión social dentro de los cinco pilares del sistema recomendado por el Banco Mundial: Pilar 0 (garantiza un nivel mínimo de protección sin necesidad de que la persona haya contribuido al sistema)¹⁰.

También contribuye a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible incorporados a la *Agenda 2030*; en particular el Objetivo 1 (*Fin de la pobreza*), y lograr «poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los vulnerables»; pero también el 2 (*Hambre cero*) y 10 (*Reducción de las desigualdades*).

⁹ J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 56, p. 316.

¹⁰ N. PEÑA-MIGUEL, J.I. DE LA PEÑA ESTEBAN, *Hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar*, en *Lan Harremanak*, 2014, n. 31, p. 27.

En el fondo, parece más una cuestión de eficacia en el gasto público, al menos en esta primera demanda: frente a numerosas prestaciones autonómicas y estatales, destinadas (con especificidades) a aportar recursos imprescindibles en caso de carencia de rentas, que se solapan en requisitos y destinatarios, autoexcluyéndose, resulta necesario aclarar y proporcionar el soporte vital, un mínimo de seguridad económica común a todos los ciudadanos en España y garantizar su libertad e igualdad. «Si no cuentan con unos recursos materiales mínimos, su derecho a la libertad será ficticio. Una segunda justificación del derecho a un mínimo vital es el principio de igualdad, también reconocido en la Constitución española de 1978 como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). El principio de igualdad en nuestros días no debe ser entendido solamente como prohibición de la discriminación (igualdad formal) sino que ha de ser entendido también como igualdad material, es decir, como equiparación en las condiciones reales de la existencia, finalidad para la que puede ser necesario establecer normativamente un trato diferenciado. De esta forma, el aseguramiento de las condiciones materiales mínimas de la existencia es necesario para conseguir la igualdad real de todos los individuos de una comunidad»¹¹.

Ante la ausencia de una prestación que proteja frente al «riesgo general de pobreza» y la aceleración en la necesidad de la misma causa por la crisis sanitaria de la Covid-19, la cual ha incrementado la vulnerabilidad económica y social ya existente, urgía el diseño de un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional, «articulado a partir del mandato que el artículo 41 de la Constitución Española otorga al régimen público de Seguridad Social para garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia» (Preámbulo). También encuentra fundamento en el principio 14 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, el cual reconoce a toda persona que carezca de recursos suficientes el derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación¹².

El objetivo a cumplir por la prestación diseñada no es otro que «garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la

¹¹ E. CARMONA CUENCA, *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978*, en *Estudios Internacionales*, 2012, n. 172, p. 65.

¹² Sobre su vinculación constitucional, *vid.* L. JIMENA QUESADA, [El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales](#), en *Lex Social*, 2020, n. 2.

participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos». Se trataría de «facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad» (Preámbulo). Y esta herramienta pretende actuar a modo de seguro colectivo frente a «carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades como la puesta de manifiesto por la crisis de COVID-19, transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos» (Preámbulo). «Y es que la exclusión social es un nuevo tipo de riesgo social específico que exige la adopción de medidas que atiendan y den cuenta de esa especificidad. Refleja la realidad de que vivimos en una “sociedad del riesgo”; una sociedad que “fabrica” constantemente nuevos riesgos que acrecientan el malestar social»¹³.

El ingreso mínimo vital ve la luz en España con su propia regulación en mayo de 2020, sin integrarse en la LGSS (aun cuando, con el tiempo, procederá su inclusión¹⁴), con un régimen sancionatorio propio, ajeno (aun complementado) por la LISOS¹⁵ y, es de esperar, además, una ingente producción reglamentaria de desarrollo¹⁶ a la vista de un lado, de los preceptos que invocan el posterior desarrollo y, de otro, de los vacíos dejados por la ley.

También, ya advierte el propio Preámbulo, «con el objetivo de evitar duplicidades de cara al ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política», su puesta en marcha «exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política», iniciándose «con la eliminación de la actual prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento».

Una vez promulgada, su ambicioso contenido no ha estado exento de reformas, y quizá el mayor indicio de la necesidad de restañar los agujeros ha sido el «significativo porcentaje de solicitudes rechazadas», las cuales han permitido «evidenciar la complejidad del diseño de la prestación, y la

¹³ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social](#), 2020, n. 24, p. 15.

¹⁴ [Ibidem](#), p. 28.

¹⁵ A.R. TRILLO GARCÍA, [Un primer apunte sobre el Ingreso Mínimo Vital](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social](#), 2020, n. 25, p. 94.

¹⁶ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, [El ingreso mínimo vital](#), Tirant lo Blanch, 2020, p. 20.

dificultad para acreditar material y formalmente los requisitos exigidos»¹⁷. Por ello, han sido sucesivos Reales Decretos-Ley quienes han intentado aportar solución a los problemas hallados en la práctica. En primer lugar, el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, reconoce «la necesidad de modificar con urgencia algunos de sus preceptos con la finalidad de dar cobertura al mayor número de personas en el menor tiempo posible».

En segundo término, el RD-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, pretende garantizar con esta reforma la corrección de «aquellos puntos oscuros de la norma que provocaban inseguridad jurídica y aquellos otros que obligaban a desestimar el reconocimiento de las prestaciones, causando la desprotección de aquellos que son acreedores de la misma».

El último, por ahora, ha sido el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. En él, además de seguir perfilando a los potenciales beneficiarios, su compleja realidad parece requerir de la participación de los servicios sociales, y transitoriamente, de entidades del tercer sector de acción social debidamente acreditadas – los mediadores sociales del ingreso mínimo vital – para poder certificar la existencia de determinadas situaciones particulares.

Esta figura constituye un mecanismo de cooperación reforzada en la tramitación de la prestación que se hace necesaria durante los primeros cinco años desde la entrada en vigor de esta norma, para agilizar y facilitar a la entidad gestora de la prestación, la acreditación de determinados requisitos exigidos para el acceso a la misma. Para ello se regulan los requisitos sustantivos para que una entidad pueda considerarse mediador social del ingreso mínimo vital. Esta condición se obtendrá mediante la inscripción en el registro de mediadores sociales del ingreso mínimo vital, que se crea en la disposición transitoria octava que se introduce en el RD-Ley 20/2020. La inscripción en el mismo se realizará por medio de resolución de la persona titular de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social previa acreditación de todos los requisitos requeridos para la misma. El mantenimiento de los requisitos que permitieron la inscripción en el registro deberá acreditarse con carácter anual.

¹⁷ R. GÓMEZ GORDILLO, *El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 91, p. 38.

También se incorpora con esta modificación que la notificación de la resolución a personas sin domicilio será efectuadas en los servicios sociales del municipio o en su caso en la sede o centro de la entidad en los que las personas interesadas figuren empadronadas, así como la inclusión de la obligación de los ayuntamientos y las entidades del Tercer Sector de Acción Social de comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social los cambios de domicilio en los supuestos de personas sin domicilio en cuya sede se encuentren empadronados.

2. Concepto de ingreso mínimo vital como prestación del sistema de Seguridad Social

El ingreso mínimo vital aparece configurado como un «derecho subjetivo perfecto»¹⁸ a una prestación dentro del elenco de aquellas no contributivas, en primer lugar y principalmente, de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de «vulnerabilidad económica», la cual «se explica en términos de debilidad de ingresos que guarda una relación directa con el empleo de cada sujeto individualmente considerado, pero que conduce a situaciones de vulnerabilidad social (pobreza y desigualdad)»¹⁹.

Pero no solo proporciona solo ingresos, sino que «a través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias» (art. 2.1), es decir, su diseño responde también a servir de puente entre esa situación que pretende proteger y la inserción social a través de un trabajo decente y digno.

Esta prestación está conectada, tal y como afirma con rotundidad el art. 2.2 con el art. 41 CE y en consecuencia se incorpora como prestación económica en su modalidad no contributiva dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de «la posibilidad de que la prestación pueda ser complementada por ayudas de asistencia social de las Comunidades Autónomas podrá determinar distintos niveles de protección en razón del territorio»²⁰.

Se pretende que juegue un importante papel de seguro colectivo²¹ y

¹⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ M.G. QUINTERO LIMA, [Las propuestas de Renta Básica y Empleo Garantizado desde una perspectiva de género: una aproximación sumaria](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2018, n. 4, p. 127.

²⁰ A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, p. 93.

²¹ T. SALA FRANCO, A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *El ingreso mínimo vital. El sistema español de rentas mínimas*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 89.

garantice una «protección pública homogénea para todas las personas – individuales o en unidades de convivencia – en todo el Estado español, sobrepasando el carácter invertebrado y dispar actual de las rentas mínimas territorializadas por Comunidades Autónomas»²².

Sin perjuicio de analizar con posterioridad la interconexión entre esta prestación estatal y las tradicionales autonómicas, en el fondo esta norma «se limita a desplazar la cuestión hacia las Comunidades Autónomas» y no cercena por completo la desigualdad entre territorios en la protección de los más vulnerables²³. Son ellas quienes deben valorar si mantienen las rentas mínimas y permiten la compatibilidad con el Ingreso Mínimo Vital o bien impiden su acceso a quienes tengan derecho al Ingreso. Quizá se vean incentivadas a seguir esta última opción «por el desplazamiento del gasto que ello implica hacia la Seguridad Social y el Estado; y porque de esta forma podrán reconducir los recursos que hasta ahora venían destinando a sus prestaciones autonómicas adscribiendo así a dichas prestaciones mucho más claramente en el concepto de ayuda a que se refiere el art. 2.2 del RDL 20/2020»²⁴.

3. Características de la nueva prestación no contributiva

Los vaivenes y las dificultades afrontadas a la hora de diseñar los contornos de esta prestación (que aún continúan) parecen hacer preciso detallar, en su art. 3, algunas, no todas, de sus características (garantiza el mantenimiento de un cierto poder adquisitivo y evita su pérdida²⁵; es diferencial (según las características de las personas beneficiarias); de duración abierta, transicional e intransferible²⁶).

a) Garantiza un nivel mínimo de renta mediante la cobertura de la diferencia existente entre la suma de los recursos económicos de cualquier naturaleza de que disponga la persona beneficiaria individual o, en su caso, los

²² J.L. MONEREO PÉREZ, *La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la “sociedad del riesgo”*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, p. 479.

²³ S. BARCELÓN COBEDO, *Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela*, en *Labos*, 2020, n. 3, p. 175.

²⁴ *Ibidem*, p. 176.

²⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2021, pp. 133 ss.

²⁶ D. PÉREZ DEL PRADO, *Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el ingreso mínimo vital*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, 2020, p. 371.

integrantes de una unidad de convivencia, y la cuantía de renta garantizada para cada supuesto. La operación es ciertamente “compleja”²⁷, pero, con todo, y a diferencia de otras prestaciones similares, la norma no fija una cuantía específica garantizada para todos los beneficiarios y no lo hace, quizá, por lo complejo que supone precisar una cantidad capaz de dar respuesta a las infinitas situaciones creadas por una realidad poliédrica y cambiante. A lo sumo, «implícitamente consagra un principio de adecuación social finalista respecto de la cuantía económica»²⁸.

b) La acción protectora diferencia entre un beneficiario individual y una unidad de convivencia, en este caso, atendiendo a su estructura y características específicas. Quizá sea este último concepto, empleado en otras ocasiones por la normativa en materia de Seguridad Social, el que ha de asumir tarea tan compleja como presentar mayor permeabilidad a los cambios sociales y, al tiempo, impedir conductas fraudulentas bajo su paraguas. La opción postergada ha sido atender solo a los beneficiarios entendidos como individuos, sin perjuicio de tener en consideración sus circunstancias vitales, otorgando mayor autonomía e interdependencia entre prestación y persona.

c) Es una prestación cuya duración se prolongará mientras persista la situación de vulnerabilidad económica y se mantengan los requisitos que originaron el derecho a su percepción. La duración no está acotada temporalmente, sino que, como las tradicionales prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación, se prolongará en el tiempo en función de las circunstancias de “vulnerabilidad económica” que busca superar. En el fondo, es una pensión que no quiere serlo²⁹, prefiriendo en la práctica responder a un esquema temporal, pero sin acotar su duración. El tiempo y la efectividad de las medidas que acompañarán a esta prestación mostrarán si en la realidad es temporal y facilita la inserción o cronifica una situación límite.

d) Se configura como una red de protección dirigida a amparar a quienes están en riesgo y también a permitirles una participación en la sociedad plena. Por ello en su diseño aparecen «incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones». Por ejemplo, exención del pago de precios públicos por servicios académicos universitarios (disposición transitoria 5^a), pago de medicamentos (disposición final 3^a que modifica el art. 102.8 LGSS) o la creación de un Sello de Inclusión Social (disposición adicional 1^a). Falta,

²⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, p. 132.

²⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, *Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación*, cit., p. 46.

²⁹ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 42.

empero, en la red de protección la articulación de otras prestaciones en especie³⁰ (a la espera de su desarrollo), como mecanismos que faciliten y acompañen la efectiva inclusión, atendiendo al caso y circunstancias concretas, como la formación y orientación laboral necesarias y oportunas. e) Es intransferible. No podrá ofrecerse en garantía de obligaciones, ni ser objeto de cesión total o parcial, compensación o descuento, retención o embargo, salvo en los supuestos y con los límites previstos en el art. 44 LGSS como sucede con las prestaciones incluidas en el sistema de Seguridad Social.

4. La difícil definición de los beneficiarios de la prestación

La complejidad de la pensión analizada proviene de intentar dar respuesta a las necesidades de una sociedad caleidoscópica en su conformación. Fruto de esa diversidad, se intenta dar respuesta adecuada y adaptada a un sinfín de situaciones cambiantes bajo los férreos contornos (y sus excepciones) del término beneficiario, pero la propia diversidad obliga a acuñar otro concepto a incluir (y a falta de elegir otra opción regulatoria) como es el de titular de la prestación. Precisamente las diferentes interconexiones entre ambos suponen un reto para un desarrollo adecuado y coherente de esta prestación.

El art. 4 enumera los incluidos en el primero de los conceptos (los beneficiarios individuales y las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos regulados por el art. 6).

4.1. Los sujetos individuales como beneficiarios

Pueden acceder a esta prestación las personas de al menos veintitrés años que no sean beneficiarias de pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente, ni de pensión no contributiva por invalidez o jubilación, que no se integren en una unidad de convivencia tal y como la define la norma, y siempre que no estén unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio.

El primero de los condicionantes es la edad: el umbral de los 23 años «debe responder a algún criterio técnico de cálculo, pues no se corresponde con

³⁰ Tal y como entiende necesario el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima* (2019/C 190/01).

ninguna de las edades jurídicamente relevantes», únicamente coincide con «la edad ordinaria a la que se finalizarían estudios superiores más un año»³¹. En la redacción anterior se fijaba como edad límite superior los 65, pensando hacerla coincidir con la edad de acceso a la pensión de jubilación no contributiva, momento en el cual se pasaría a estar protegido por dicha pensión³². Sin embargo, pronto se advirtió que estas prestaciones tenían distintos umbrales de carencia económica, por lo que no siempre podría acceder a la pensión de jubilación al cumplir dicha edad³³. Parece que por tal razón se eliminó la edad, pero se dejó expresamente la incompatibilidad con las pensiones de jubilación e incapacidad, contributivas o no.

En segundo término, es necesario, para ser beneficiario individual, no estar integrado en una unidad de convivencia, ni estar casado ni ser pareja de hecho. La redacción dada al precepto por la disposición final 5.1 del RD-Ley 30/2020 parece intentar dejar fuera las personas constituidas en pareja de hecho, pues ha eliminado la referencia al concepto utilizado por la LGSS para calificar una unión como pareja de hecho (esto es, período de convivencia e inscripción). Con la actual y escueta mención a “pareja de hecho”, la propia inscripción les impedirá (salvo excepciones contempladas) acceder a la prestación por esta vía.

Sí establece explícitamente como excepción para atender a situaciones urgentes y a personas muy vulnerables, sin importar su edad ni si han iniciado los trámites de separación o divorcio, cuando se trate de mujeres víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos y explotación sexual.

La actual redacción (llevada a cabo por el art. 3.1 del RD-Ley 3/2021, el cual modifica el apartado 2, matizando y aclarando la prohibición de acceso a la prestación a «las personas usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario, con carácter permanente y financiada con fondos públicos») especifica y reconoce como beneficiarios a quienes «temporalmente sean usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o socio-sanitario», con independencia de si están sufragados con fondos públicos o privados. En consecuencia, los beneficiarios de un servicio residencial de modo permanente siguen teniendo vedado el acceso a esta prestación económica con el fin de evitar duplicidades, dejando a salvo de nuevo a las mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, así como otras excepciones que se establezcan

³¹ D. PÉREZ DEL PRADO, *op. cit.*, p. 379.

³² *Idem.*

³³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 52.

reglamentariamente. En cambio, respecto a los beneficiarios temporales, sobre quienes pesaba la incertidumbre, se ven reconocidos expresamente como potenciales beneficiarios, con el fin de que una situación transitoria no impida la percepción de una prestación configurada como indefinida.

En fin, deja abierta la puerta a la valoración de otras circunstancias para su consideración como personas beneficiarias, sujetas a futuro desarrollo reglamentario.

Indisolublemente unida a su condición de beneficiaria, las personas han de cumplir los requisitos de acceso a la prestación, así como las obligaciones para el mantenimiento del derecho recogidas en los correspondientes preceptos para lucrar el ingreso mínimo vital.

4.2. Las múltiples configuraciones de unidades de convivencia beneficiarias

La unidad de convivencia aparece configurada como un concepto de imputación subjetiva de la prestación de forma colectiva, el cual se desprende de la “maraña” de los arts. 4 y 6³⁴.

En primer lugar, el art. 6.1 considera unidad de convivencia «la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente».

En cuanto a la definición de pareja de hecho, recoge la contemplada para acceder a la pensión de viudedad, introducida por la disposición final 5.3 del RD-Ley 30/2020: «se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de la prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años».

Respecto a las relaciones de parentesco entre los distintos miembros, surgen dudas sobre cómo interpretar la vinculación hasta el segundo grado, si deben estar unidos todos los familiares con el titular, entonces la decisión de quién sea es estratégica y puede impedir que formaran parte de una misma unidad, por ejemplo, «la abuela, la hija y la nieta de la persona titular»;

³⁴ *Ibidem*, p. 36.

en cambio, si se considera que es suficiente que tenga ese vínculo con alguno de los miembros de la unidad, los parientes vinculados podrían ser muy numerosos y lejanos³⁵. Al final, la interpretación más respetuosa con la finalidad protectora parece ser la segunda, en tanto, la primera llevaría a decisiones tácticas de asignación de titularidad o expulsaría a potenciales miembros.

El fallecimiento de alguna de las personas que constituyen la unidad de convivencia no alterará la consideración de tal, aunque dicho fallecimiento suponga la pérdida, entre los supérstites, de los vínculos requeridos.

En todo caso, para ser miembro de la unidad de convivencia, es necesario acreditar la residencia efectiva, legal (dejando fuera a cuantos carezcan de la debida autorización de residencia, y convirtiendo en invisibles su persona, sus ingresos y sus gastos) y continuada en España; y la pertenencia a la misma es única y exclusiva (en ningún caso una misma persona podrá formar parte de dos o más unidades de convivencia: *cf.* art. 6.3).

El RD-Ley 3/2021 introduce la siguiente precisión, destinada a quienes carecen de domicilio (o, gráficamente, techo): «cuando en aplicación de las correspondientes instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal, las personas figuren empadronadas en establecimientos colectivos, o por carecer de techo y residir habitualmente en un municipio, figuren empadronadas en un domicilio ficticio», en tal caso, se aplican las reglas especiales del art. 6-*ter*, a efectos, parece entenderse, de considerar dicha adscripción, que a veces es colectiva, individual al vivir de forma separada o bien considerándose, cuando tal sea el caso, unidades de convivencia unidas por vínculos familiares. De darse el último caso, «la unidad de convivencia estará constituida por las personas unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho, y, en su caso, con sus descendientes menores de edad hasta el primer grado de consanguinidad, afinidad, adopción o en virtud de régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. Los descendientes citados podrán ser hasta el segundo grado si no estuvieran empadronados con sus ascendientes del primer grado» (art. 6-*quater*).

Como regla de cierre, y como sucede con otras prestaciones, se considera que no rompe la convivencia la separación transitoria por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares (art. 6.2). Esta sería la unidad de convivencia “general”³⁶, a continuación, el art. 6-*bis* describe las especiales: integradas por víctimas de violencia de género, en caso de tramitación de separación o divorcio, unidad sin vínculos y unidades

³⁵ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, p. 140.

diferenciadas que compartan domicilio³⁷:

- a. cuando una mujer, víctima de violencia de género, haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente³⁸. En la nueva redacción del precepto, se aclara que la mujer víctima de violencia de género con hijos es beneficiaria aun cuando no abandonara el domicilio acompañada de ellos (la mujer víctima de violencia de género sin hijos resulta incluida como beneficiaria en virtud del art. 4);
- b. cuando con motivo del inicio de los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, una persona haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. En el supuesto de parejas de hecho no formalizadas que hubieran cesado la convivencia, la persona que solicite la prestación deberá acreditar, en su caso, el inicio de los trámites para la atribución de la guarda y custodia de los menores (debido a su configuración como unidad de convivencia, de no ser así, sería beneficiario individual). En estos dos casos, debe entenderse que el otro progenitor no forma parte de esta unidad ni puede solicitar la prestación en nombre de quienes la configuran³⁹;
- c. cuando se acredite haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado el mismo inhabitable por causa de accidente o de fuerza mayor, así como otros supuestos que se establezcan reglamentariamente. En estos supuestos (y a falta de una mayor concreción), con independencia de dónde residan transitoriamente los miembros de la unidad.

La norma limita la consideración como unidad independiente en los dos últimos casos a los tres años siguientes a la fecha de los acontecimientos (divorcio, separación, disolución de la pareja de hecho, desahucio o

³⁷ *Idem.*

³⁸ Quedan suprimidas otras unidades de convivencia recogidas en sucesivas versiones anteriores: «La formada por dos o más personas de al menos 23 años que, sin mantener entre sí una relación de las consignadas en este precepto, habiten en un mismo domicilio, cuando al menos una de ellas tenga una discapacidad valorada en un porcentaje igual o superior al 65 por ciento y no sea beneficiaria de pensión de invalidez no contributiva o de incapacidad permanente, o tenga más de 65 años y no sea beneficiaria de pensión de jubilación contributiva o no contributiva o se trate de persona declarada en situación de exclusión por el órgano competente de la correspondiente comunidad autónoma o entidad local, así como aquellas otras situaciones determinadas reglamentariamente en las que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio».

³⁹ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 48.

inhabitabilidad por accidente o fuerza mayor), no así en caso de víctima de violencia de género, que parece contemplarse de forma indefinida como unidad de convivencia separada en aras a una mayor protección.

En fin, el art. 6-ter en redacción dada por el RD-Ley 3/2021 trata de simplificar y dar cobertura a situaciones a las cuales la anterior regulación no atendía con la suficiente claridad: cuando comparten domicilio personas no unidas por vínculos familiares como fenómeno demasiado habitual y provocado por la misma vulnerabilidad económica que la prestación trata de atajar:

- así, si en virtud de un contrato queda acreditado el uso individualizado, por una persona sola o por una unidad de convivencia, de una habitación en un establecimiento hotelero o similar, será considerado domicilio a los efectos previstos en esta norma;
- cuando, mediante título jurídico se acredite el uso exclusivo de una determinada zona del domicilio por una persona sola o por una unidad de convivencia contemplada en esta norma, dicha zona de uso exclusivo será considerada domicilio (art. 6-ter.3);
- por último, y como regla de cierre en el art. 6-quater, cuando convivan en el mismo domicilio personas entre las que no concurren los vínculos ya analizados, podrán ser titulares del ingreso mínimo vital aquella o aquellas que se encuentren en riesgo de exclusión de conformidad con lo previsto en el art. 19.10 (se requerirá certificado expedido por los servicios sociales competentes para acreditar el riesgo de exclusión social). En el fondo, se trata de una vía abierta para dar cobertura a situaciones sobrevenidas o no imaginadas por la norma, pero que la fuerza de los hechos hace necesaria la obtención de esta prestación.

Como idea transversal que recorre todo el articulado, la regulación del ingreso mínimo vital oscila entre dos tendencias contrarias: de un lado, proporcionar adecuada protección a las distintas, diversas y multiformes situaciones de necesidad que puedan concurrir; de otro, «evitar manipulaciones especulativas por parte de potenciales solicitantes»⁴⁰ y fraudes en su percepción. En esta lucha se producen descubiertos y las sucesivas reformas operadas parecen tener como fin eliminar los vacíos, lagunas y huecos que afectan a distintas personas que, por el motivo que fuere, habían quedado fuera, pero, con todo, todavía algunos miembros de unidades de convivencia real sean “invisibles” o “irrelevantes”⁴¹, y la aplicación de la prestación no acaba de llegar a quienes la necesitan.

⁴⁰ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 40.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

5. La diferencia entre persona beneficiaria y titular del ingreso mínimo vital

Por su parte, el art. 5 incorpora a los titulares de la prestación («es el primer caso de una pensión de Seguridad Social en la que coinciden un titular con plurales beneficiarios»⁴²): «son titulares de esta prestación las personas con plena capacidad jurídica que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad»; y la solicitud deberá ir firmada, en su caso, «por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente. Las personas que tengan establecidas judicialmente medidas de apoyo para la toma de decisiones actuarán según lo dispuesto en estas medidas».

Por tanto, todos los titulares serán beneficiarios por sí mismos o incardinados en una unidad de convivencia, pero no todos los beneficiarios miembros de la unidad serán titulares, solo uno de ellos.

El apartado 2 del art. 5 establece cuáles son los requisitos a cumplir por quienes ostenten esa condición y estén integrados en una unidad de convivencia: «deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayores de edad o menores emancipados en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente».

En caso de no integrarse en una unidad de convivencia, se han de cumplir los requisitos previstos para los beneficiarios individuales, que la norma reitera: la edad mínima de la persona titular será de 23 años, salvo en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad.

La disposición final 5.2 del RD-Ley 30/2020 suprimió el requisito de ser menor de 65 años y la correspondiente excepción «cuando la unidad de convivencia esté integrada solo por mayores de 65 años y menores de edad o incapacitados judicialmente, será titular el mayor de 65 años que solicite la prestación». Al ser eliminado el requisito de la edad máxima con carácter general, dicha previsión carece ya de sentido.

En el supuesto de que en una unidad de convivencia existieran varias personas que pudieran ostentar tal condición, será considerada titular la persona a la que se le reconozca la prestación solicitada en nombre de la unidad de convivencia (art. 5.3).

Este sencillo apartado no aclara qué sucede en caso de disputas entre varios

⁴² R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 46.

integrantes capaces de ser titulares⁴³, o que han solicitado simultáneamente la prestación para la misma unidad. Únicamente permite (dejando su desarrollo a un futuro reglamento) que la entidad gestora acuerde el pago de la prestación a otro de los miembros de la unidad de convivencia distintos del titular (art. 5.4).

Por último, el art. 3.2 del RD-Ley 3/2021 elimina la regla de cierre del apartado 5, que limitaba el número de titulares en un mismo domicilio a dos titulares, al haberse producido la enésima modificación en el marco regulatorio de la unidad.

Lege ferenda, cabe siquiera manifestar cómo, si el ingreso se configura como un derecho subjetivo, en justa correspondencia, la titularidad debería corresponder a cada persona individualmente considerada⁴⁴.

6. Requisitos de acceso a la prestación

Los requisitos para percibir el ingreso mínimo vital son semejantes a otras prestaciones no contributivas (art. 7), como sigue.

a) Tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. En consecuencia, y como ya sucedía al analizar a los beneficiarios, excluye a quienes están en situación irregular⁴⁵ aun cuando pudieran acreditar períodos en situación regular en España o a los españoles que vuelvan del extranjero⁴⁶ (no se contempla la aplicación de ningún paréntesis a la hora de acreditar el año inmediatamente anterior).

Como excepciones, no se exigirá este plazo a:

1. los menores incorporados a la unidad de convivencia por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente;
2. las personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual
3. las mujeres víctimas de violencia de género.

A efectos del mantenimiento del derecho a esta prestación, «se entenderá que una persona tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural o cuando la ausencia del

⁴³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁴ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁵ Analizando este requisito, *vid.* M. CHABANNES, *Un nuevo derecho para la ciudadanía: el ingreso mínimo vital*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, p. 281.

⁴⁶ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 51.

territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas». La fijación de límites temporales es usual en prestaciones no contributivas para evitar conductas estratégicas y el denominado “turismo social”⁴⁷ y el plazo de 90 días de estancia permitido aparece también previsto para las prestaciones por desempleo contributivas y asistenciales, necesitando en todo caso de oportuna comunicación. La disposición final 11.1 del RD-Ley 28/2020, suprime las referencias a la acreditación de estas circunstancias, así como la necesidad de figurar inscritos como demandantes de empleo, que permanece como obligación para titulares y miembros de la unidad en ciertos casos. Esta condición desaparece como requisito general en tanto hay múltiples excepciones a la misma, como estar ya trabajando, por ejemplo:

- a. encontrarse en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas, ingresos o patrimonio suficientes, como se analizará por extenso.
- b. haber solicitado las pensiones y prestaciones públicas vigentes que se determinen reglamentariamente, a las que pudieran tener derecho.

En todo caso, quedan exceptuados los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas.

De nuevo, la norma vuelve a intentar prevenir las percepciones fraudulentas o la creación de beneficiarios (individuales o grupales) *ad hoc*, y lo hace estableciendo las siguientes condiciones añadidas:

- para quienes sean menores de treinta años en la fecha de la solicitud del ingreso mínimo vital y lo soliciten de forma individual, deberán acreditar haber vivido de forma independiente en España, durante al menos los tres años inmediatamente anteriores a la indicada fecha. El precepto entiende vida independiente siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores durante los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud, y en dicho periodo hubiere permanecido durante al menos doce meses, continuados o no, en situación de alta en cualquiera de «los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, incluido el de Clases Pasivas del Estado, o en una mutualidad de previsión social alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos». En redacciones anteriores (se modificó por la disposición final 5.4 del RD-Ley 30/2020), la referencia se hacía a los sistemas de Seguridad Social, incluyendo al de estudiantes, y se modificó para evitar fraudes (y dejarlo circunscrito a los Regímenes que requieren para su inclusión la realización de una actividad productiva); y tampoco hacía referencia a la

⁴⁷ D. PÉREZ DEL PRADO, *op. cit.*, p. 374.

edad. Por tanto, los menores de treinta tienen que acreditar tres años de vida independiente y al menos un año de alta (interrumpido o no) en alguno de los regímenes de Seguridad Social que indican realización de actividad productiva. Estos requisitos adicionales excluirían los supuestos de situaciones asimiladas al alta⁴⁸ o las ficciones de cotización vinculadas a la conciliación. La finalidad no es otra que asegurar que esa vida independiente no ha sido financiada por los progenitores⁴⁹ y, al mismo tiempo, como consecuencia accesorio, querida o no, se provoca la exclusión automática de la mayor parte de jóvenes precarios⁵⁰ que quizá cumplan el alta, pero sus ingresos les impiden una vida independiente y este ingreso no les abrirá tampoco las puertas de la misma a los menores de 30. Dentro de este colectivo conviene fijar la atención en quienes tienen mayor riesgo de exclusión, las personas procedentes de centros de protección de menores (a salvo de previsión reglamentaria) no tendrían acceso a esta prestación, con grandes dificultades de encontrar trabajo y sin red familiar de protección⁵¹;

- en cambio, cuando las personas beneficiarias de forma individual sean mayores de 30 años en la fecha de la solicitud, el requisito de vida independiente solo es de un año (deberán acreditar que, durante el año inmediatamente anterior a dicha fecha, su domicilio en España ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores) y tampoco parece requerirse un año de alta en la Seguridad Social. La diferencia requerida carece de proporcionalidad por razón de edad, tanto antes de los 23⁵² como de los treinta. Entre los 23 y los 30 el ingreso mínimo vital no ayuda a alcanzar una vida independiente, pero una vez sobrepasado el umbral (a juicio de la norma), esta prestación coadyuva a lograr dicho objetivo. En todo caso, los requisitos examinados no se exigirán a las personas que por ser víctimas de violencia de género hayan abandonado su domicilio habitual, a las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o a las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente, y quizá aquí se puedan incorporar las personas que hayan vivido en un centro de menores;
- cuando las personas beneficiarias formen parte de una unidad de convivencia, se exigirá que la misma esté constituida tal y como exige esta norma, durante al menos el año anterior a la presentación de la solicitud, de forma continuada. Como excepción, este requisito no se

⁴⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁰ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 51.

⁵¹ *Ibidem*, p. 57.

⁵² *Idem*.

exigirá en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente de menores, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, o en otros supuestos justificados, que puedan determinarse reglamentariamente. Este precepto sigue remitiendo a los supuestos *a* y *b* del art. 6.2, los cuales han desaparecido ya en la actual redacción, pero que hacían referencia a las situaciones ya excepcionadas de abandono del hogar con los hijos. Con todo, las unidades de convivencia no son (no pueden tampoco ni pretender ni exigírseles ser) entidades rígidas e inmutables ya que, existiendo, al menos su núcleo, desde hacer más de un año, pueden sufrir incorporaciones de personas a las que no se sabe si también debe exigirse el año en cuanto a su pertenencia (al margen de las excepciones), por ejemplo, se une un nuevo cónyuge a una unidad ya formada por un progenitor y sus hijos. Quienes han analizado el precepto entienden (aun cuando la redacción no es clara y permitiría otras interpretaciones más rígidas) que no parece que sea así, porque «la exigencia legal se refiere a la unidad en su conjunto»⁵³.

Los requisitos exigidos deberán cumplirse en el momento de presentación de la solicitud o al tiempo de solicitar su revisión, y mantenerse al dictarse la resolución y durante el tiempo de percepción del ingreso mínimo vital (art. 7.4).

7. La vulnerabilidad económica como estado de necesidad

Para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica exigida, se tomará en consideración la capacidad económica de la persona solicitante beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros (art. 8.1) y se apreciará que concurre este requisito cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, en los términos establecidos en el art. 18, sea inferior, al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia (art. 8.2), el cual toma como referencia la cuantía fijada anualmente para las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación y

⁵³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, pp. 50-51.

el número de miembros (para 2021, la cuantía anual básica es de 5.639,20 euros).

No computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas (art. 8.2).

El art. 18 establece las reglas referidas al cómputo de los ingresos⁵⁴ y del patrimonio⁵⁵ para fijar el umbral de vulnerabilidad. Para el cómputo de

⁵⁴ «a) Con carácter general, las rentas se computarán por su valor íntegro, excepto las procedentes de actividades económicas, de arrendamientos de inmuebles o de regímenes especiales, que se computarán por su rendimiento neto. b) Los rendimientos procedentes de actividades económicas, las ganancias patrimoniales generadas en el ejercicio y de los regímenes especiales, se computarán por la cuantía que se integra en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o normativa foral correspondiente según la normativa vigente en cada período. c) Cuando el beneficiario disponga de bienes inmuebles arrendados, se tendrán en cuenta sus rendimientos como ingresos menos gastos, antes de cualquier reducción a la que tenga derecho el contribuyente, y ambos determinados, conforme a lo dispuesto al efecto en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o normativa foral correspondiente, aplicable a las personas que forman la unidad de convivencia. Si los inmuebles no estuviesen arrendados, los ingresos computables se valorarán según las normas establecidas para la imputación de rentas inmobiliarias en la citada normativa y correspondiente norma foral. d) Computará como ingreso el importe de las pensiones y prestaciones, contributivas o no contributivas, públicas o privadas. e) Se exceptuarán del cómputo de rentas: 1.º Los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas. 2.º Las prestaciones y ayudas económicas públicas finalistas que hayan sido concedidas para cubrir una necesidad específica de cualquiera de las personas integrantes de la unidad de convivencia, tales como becas o ayudas para el estudio, ayudas por vivienda, ayudas de emergencia, y otras similares. 3.º Las rentas exentas a las que se refieren los párrafos b), c), d), i), j), n), q), r), s), t) e y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio».

⁵⁵ Art. 18: «4. Se considera patrimonio la suma de los activos no societarios, sin incluir la vivienda habitual, y el patrimonio societario neto, tal como se definen en los siguientes apartados. 5. Los activos no societarios son la suma de los siguientes conceptos: a) Los inmuebles, excluida la vivienda habitual. b) Las cuentas bancarias y depósitos. c) Los activos financieros en forma de valores, seguros y rentas y las participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva. d) Las participaciones en planes, fondos de pensiones y sistemas alternativos similares. 6. El patrimonio societario neto incluye el valor de las participaciones en el patrimonio de sociedades en las que participen de forma directa o indirecta alguno de los miembros de la unidad de convivencia, con excepción de las valoradas dentro de los activos no societarios. 7. Los activos no societarios se valorarán de acuerdo con los siguientes criterios: a) Los activos inmobiliarios de carácter residencial de acuerdo con el valor de referencia de mercado al que se hace referencia en el artículo 3.1 y la disposición final tercera del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, y, en ausencia de este

dichos ingresos se tendrán en cuenta los obtenidos por los beneficiarios⁵⁶ durante el ejercicio anterior a la solicitud (para determinar en qué ejercicio se han obtenido los ingresos se adoptará el criterio fiscal) y el importe de la prestación será revisado cada año teniendo en cuenta la información de los ingresos del ejercicio anterior. El problema, como se ha percibido claramente en el año 2020, va a venir dado por los acontecimientos imprevisibles que dejen sin ingresos bruscamente a un potencial beneficiario y, de atender al ejercicio anterior, superaría los umbrales fijados, debiendo esperar un tiempo más o menos prolongado para acceder si no puede recurrir a otra prestación contributiva o no contributiva durante ese tiempo. Por tal motivo, el apartado 5 del art. 8 prevé que, reglamentariamente «se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación».

Como límites específicos, el apartado 3 del art. 18 entiende que no concurre vulnerabilidad económica cuando la persona beneficiaria individual sea titular de un patrimonio valorado en un importe igual o superior a tres veces la cuantía correspondiente de renta garantizada por el ingreso mínimo vital para una persona beneficiaria individual. En el caso de las unidades de convivencia, se entenderá que no concurre este requisito cuando sean titulares de un patrimonio⁵⁷ valorado en un importe igual o superior a la cuantía resultante de aplicar la escala de incrementos que figura en el anexo

valor, por el valor catastral del inmueble. b) El resto de activos inmobiliarios, bien sean de carácter urbano, bien sean de carácter rústico, de acuerdo con el valor catastral del inmueble. c) Las cuentas bancarias y depósitos, los activos financieros y las participaciones, por su valor a 31 de diciembre consignado en las últimas declaraciones tributarias informativas disponibles cuyo plazo reglamentario de declaración haya finalizado en el momento de presentar la solicitud. 8. El patrimonio societario se valorará, para cada uno de los miembros de la unidad de convivencia, aplicando los porcentajes de participación en el capital de las sociedades no incluidas dentro de los activos no societarios, al valor del patrimonio neto de dichas sociedades y de las que pertenezcan directa o indirectamente a estas consignado en las últimas declaraciones tributarias para las que haya finalizado el ejercicio fiscal para todos los contribuyentes».

⁵⁶ «Para la determinación de los rendimientos mensuales de las personas que forman la unidad de convivencia se computa el conjunto de rendimientos o ingresos de todos los miembros, de acuerdo con lo establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio» (art. 18.3).

⁵⁷ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima*, cit., consideró necesario atender también a este criterio para determinar la vulnerabilidad o estado de necesidad.

II.

Igualmente quedarán excluidos del acceso al ingreso mínimo vital, independientemente de la valoración del patrimonio, las personas beneficiarias individuales o las personas que se integren en una unidad de convivencia en la que cualquiera de sus miembros sea administrador de derecho de una sociedad mercantil que no haya cesado en su actividad (art. 8.3). Precisamente la disposición final 5.5 del RD-Ley 30/2020 introduce la última precisión, dado que la mera mención a participar en una sociedad mercantil fue objeto de críticas antes de la reforma por no atender a la situación de la sociedad⁵⁸.

Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del mismo será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan, precisando las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción en el ejercicio siguiente. Este desarrollo reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales (art. 8.4). Esa llamada de atención respecto a dos colectivos podría suponer el establecimiento de medidas más flexibles en esos casos para la compatibilidad, por ejemplo.

En este sentido, conviene aclarar que, en los últimos estudios realizados, el desempleo no define a la pobreza ni el trabajo la inclusión social; por el contrario, dentro de ella, el grupo más numeroso es el de las personas ocupadas. Tampoco las políticas basadas solamente en el crecimiento del empleo consiguen reducir la pobreza, pues no cualquier trabajo protege de la pobreza. «En el origen de esta situación debe considerarse el aumento de la población ocupada a tiempo parcial, la reducción del valor del trabajo y la reducción en el tiempo de duración de los contratos»⁵⁹.

8. Contenido de la prestación

El ingreso mínimo vital fiel a la finalidad que pretende alcanzar, consiste en

⁵⁸ D. PÉREZ DEL PRADO, *op. cit.*, p. 377.

⁵⁹ EAPN, *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019. 10º Informe 2020*, 2020, pp. 2 y 6.

una prestación económica mensual (art. 9), cuya cuantía viene determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen esa unidad de convivencia del ejercicio anterior, siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales. A diferencia de otras prestaciones no contributivas, no se establece una cuantía mínima⁶⁰, sino que este ingreso depende del resto de ingresos percibidos, al igual que cabe su incremento en función de las circunstancias, singularmente, el número de miembros de la unidad de convivencia. Dicho incremento en la cuantía se encuentra recogido en la escala contenida en el Anexo que sigue «más o menos ajustadamente» la llamada escala Oxford modificada⁶¹. Falta por comprobar la cuantía media recibida en la práctica y si las distintas escalas consiguen alcanzar la renta mínima decente, en palabras del Consejo Económico y Social Europeo, «ingresos mínimos para llevar una vida digna, por encima del umbral de pobreza, inspirándose en el concepto de trabajo decente de la OIT»⁶².

Así, el apartado 2 del art. 10 determina que, en el caso de una persona beneficiaria individual, la cuantía mensual de renta garantizada ascenderá al 100% del importe anual de las pensiones no contributivas fijada anualmente en la ley de presupuestos generales del estado, dividido por doce; y, en el caso de una unidad de convivencia la cuantía mensual anterior se incrementará en un 30% por cada miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220%. Cuando los mismos hijos o menores o mayores incapacitados judicialmente formen parte de distintas unidades familiares en supuestos de custodia compartida establecida judicialmente, se considerará, a efectos de la determinación de la cuantía de la prestación, que forman parte de la unidad donde se encuentren domiciliados (art. 10.4).

A continuación, la norma establece un complemento de monoparentalidad, equivalente a un 22% de la cuantía establecida para los beneficiarios individuales en el supuesto de que la unidad de convivencia sea monoparental. A estos efectos, se considera unidad de convivencia monoparental la constituida por un solo adulto que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia exclusiva, o que conviva con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata del único acogedor o guardador, o cuando el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o en

⁶⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, p. 173.

⁶¹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 33.

⁶² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima*, cit.

un centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a un año.

También se aplica dicho complemento a:

- los descendientes o menores convivan exclusivamente con sus progenitores o, en su caso, con sus abuelos o guardadores o acogedores, se reconocerá el mismo complemento, cuando uno de estos tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez;
- la formada exclusivamente por una mujer que ha sufrido violencia de género, y uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia o, en su caso, uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.

De nuevo, el apartado 3 vuelve a reenviar a un futuro desarrollo reglamentario el posible incremento de las cuantías fijadas cuando se acrediten gastos de alquiler de la vivienda habitual superiores al 10% de la renta garantizada que corresponda, en su cuantía anual, en función del tamaño y configuración de la unidad de convivencia.

El art. 13, como sucede con el resto de prestaciones no contributivas, prevé alterar la cuantía de la prestación (al alza o a la baja) si cambiaran las circunstancias personales⁶³ de la persona beneficiaria del ingreso mínimo vital, o de alguno de los miembros de la unidad de convivencia, mediante la revisión correspondiente por la entidad gestora. Dicha «modificación de las circunstancias personales» (*rectius*, de la cuantía económica a resultados del cambio de las circunstancias) tendrá efectos a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha en que se hubiera producido el hecho causante de la modificación, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 129 LGSS.

Y en todo caso, con periodicidad anual, la cuantía se actualizará con efectos del 1º de enero de cada año, tomando como referencia los ingresos anuales computables del ejercicio anterior. Cuando la variación de los ingresos anuales computables del ejercicio anterior motivara la extinción de la prestación, esta surtirá igualmente efectos a partir del 1º de enero del año siguiente a aquél al que correspondan dichos ingresos (art. 13).

Ante situaciones de crisis volátiles como la generada por la Covid-19, la referencia al año precedente resulta “distorsionadora” e impide el cumplimiento de los fines de la acción normativa, dado que la situación económica de una persona o unidad puede cambiar en días en supuestos muy cercanos al límite. Por ello, la norma debería prever reglas especiales

⁶³ La disposición final 5.7 del RD-Ley 30/2020 suprime referencia a las circunstancias «económicas o patrimoniales», dado que pueden ser de otro tipo.

(y no dejarlas a un futuro desarrollo reglamentario como prevé el art. 8.5) que permitan acceder a la prestación en circunstancias de reducción sobrevinida de ingresos durante períodos inferiores a un año⁶⁴. Precisamente, para algunas personas en tales circunstancias, las diferentes prestaciones no contributivas por desempleo pueden servir de protección temporal.

9. La prestación y su vigencia: duración, suspensión y extinción

Como ya se mencionó al comienzo, esta prestación (con clara vocación de temporalidad) tiene una duración no prefijada, sino subordinada a la persistencia de los motivos que dieron lugar a su concesión y se mantiene mientras se sigan cumpliendo los requisitos y obligaciones previstos en la normativa reguladora (art. 12).

El riesgo que acompaña a este diseño es que se difunda «la idea de que es una prestación sin límite temporal alguno, de por vida»⁶⁵. Para sortearlo, y aunque su cuantía diste de ser alta, es preciso complementarlo con mecanismos que propicien la superación de esta situación de exclusión social.

En todo caso, como obligación vinculada al cambio de circunstancias, todas las personas beneficiarias, integradas o no en una unidad de convivencia, estarán obligadas a poner en conocimiento de la entidad gestora competente, en el plazo de treinta días naturales, aquellas circunstancias que afecten al cumplimiento de los requisitos o de las obligaciones establecidos (art. 12.2).

Las causas que suspenden el derecho al ingreso mínimo vital son las siguientes (art. 14):

- a. pérdida temporal de alguno de los requisitos exigidos para su reconocimiento;
- b. incumplimiento temporal por parte de la persona beneficiaria, del titular o de algún miembro de su unidad de convivencia de las obligaciones asumidas al acceder a la prestación. El problema en tal caso es el efecto de dicha vulneración, pues parece lógico que se suspenda para el infractor, pero no parece adecuado (ni justo), la suspensión para el conjunto de la unidad;
- c. cautelarmente en caso de indicios de incumplimiento por parte de la

⁶⁴ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁵ C. GALA DURÁN, *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, p. 131.

- persona beneficiaria, del titular o de algún miembro de su unidad de convivencia de los requisitos establecidos o las obligaciones asumidas al acceder a la prestación, cuando así se resuelva por parte de la entidad gestora. Sucede en este caso lo mismo que en el anterior en cuanto hace a los efectos de la suspensión. Queda indeterminado el concepto de indicios, salvo el conectado con traslado al extranjero por un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año, sin haber comunicado a la entidad gestora con antelación el mismo ni estar debidamente justificado;
- d. incumplimiento de las condiciones asociadas a la compatibilidad del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. Cabe suponer que diferentes a la superación de los umbrales o a no comunicar los cambios y, en este sentido, quizá puedan venir vinculados al incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización o bien deudas con la Seguridad Social;
 - e. como regla de cierre, cualquier otra causa que se determine reglamentariamente.

La suspensión del derecho al ingreso mínimo vital implicará la suspensión del pago de la prestación a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se produzcan las causas de suspensión o a aquel en el que se tenga conocimiento por la entidad gestora competente y sin perjuicio de la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas y se mantendrá mientras persistan las circunstancias que hubieran dado lugar a la misma (art. 14.2).

Desaparecidas las causas que motivaron la suspensión del derecho, se procederá de oficio o a instancia de parte a reanudar el derecho siempre que se mantengan los requisitos que dieron lugar a su reconocimiento. La prestación se devengará a partir del día 1 del mes siguiente a la fecha en que hubieran decaído las causas que motivaron la suspensión (art. 14.4). En caso contrario, se procederá a la modificación o extinción del derecho según proceda (art. 14.3), teniendo en cuenta que, si la suspensión se mantiene durante un año, el derecho a la prestación quedará extinguido.

En cuanto hace a las causas de extinción, el art. 15 enumera las siguientes:

- a. fallecimiento de la persona titular. No obstante, cuando se trate de unidades de convivencia, cualquier otro miembro que cumpla los requisitos establecidos, podrá presentar una nueva solicitud en el plazo de tres meses a contar desde el día siguiente a la fecha del fallecimiento para el reconocimiento, en su caso, de un nuevo derecho a la prestación en función de la nueva composición de la unidad de convivencia. Los efectos económicos del derecho que pueda corresponder a la unidad de

- convivencia en función de sus nuevas circunstancias se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la fecha del fallecimiento, siempre que se solicite dentro del plazo señalado. Esta previsión, destinada a seguir protegiendo a la unidad de convivencia retroactivamente, debería suponer la modificación de la cuantía o el reexamen de las condiciones, pero no la extinción automática⁶⁶, quedando mientras tanto el resto de los miembros desprotegidos, a la espera de una aplicación retroactiva de una cuantía que se supone destinada a cubrir necesidades básicas. De nuevo, la distinción entre titular y beneficiarios acarrea distorsiones en su aplicación práctica;
- b. pérdida definitiva de alguno de los requisitos exigidos para el mantenimiento de la prestación;
 - c. resolución recaída en un procedimiento sancionador que así lo determine;
 - d. salida del territorio nacional sin comunicación ni justificación a la entidad gestora durante un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año. Baste recordar que constituía un indicio para la suspensión cautelar;
 - e. renuncia del derecho;
 - f. suspensión de un año;
 - g. incumplimiento reiterado de las condiciones asociadas a la compatibilidad del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente;
 - h. cualquier otra causa que se determine reglamentariamente.

De nuevo, aparece como causa de extinción la remisión a un futuro desarrollo reglamentario que amparaba también otras enumeraciones de motivos suspensivos. En fin, esta extinción del derecho a la prestación producirá efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que concurren las causas extintivas.

La competencia para el reconocimiento y el control de la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 22.1), a salvo la posibilidad de realizar convenios con comunidades autónomas y entidades locales. También le corresponde al INSS la facultad de «revisar de oficio, en perjuicio de los beneficiarios, los actos relativos a la prestación de ingreso mínimo vital, siempre que dicha revisión se efectúe dentro del plazo máximo de cuatro años desde que se dictó la resolución administrativa que no hubiere sido

⁶⁶ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 46.

impugnada» (art. 17)⁶⁷.

10. Obligaciones de las personas beneficiarias: la tenue obligación de inserción social

El art. 33 enumera las obligaciones de los titulares del ingreso mínimo vital:

- a. proporcionar la documentación e información precisa en orden a la acreditación de los requisitos y la conservación de la prestación, así como para garantizar la recepción de notificaciones y comunicaciones;
- b. comunicar cualquier cambio o situación que pudiera dar lugar a la modificación, suspensión o extinción de la prestación, en el plazo de treinta días naturales desde que estos se produzcan;
- c. comunicar cualquier cambio de domicilio o de situación en el Padrón municipal que afecte personalmente a dichos titulares o a cualquier otro miembro que forme parte de la unidad de convivencia, en el plazo de treinta días naturales desde que se produzcan;
- d. reintegrar el importe de las prestaciones indebidamente percibidas;
- e. comunicar a la entidad gestora, con carácter previo, las salidas al extranjero, tanto del titular como de los miembros de la unidad de convivencia, por un período, continuado o no, superior a noventa días naturales durante cada año natural, así como, en su caso, justificar la ausencia del territorio español cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural o cuando la ausencia del territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas;
- f. presentar anualmente declaración correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aun cuando no esté obligado;
- g. si no están trabajando y son personas mayores de edad o menores emancipadas, acreditar, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la resolución por la que se concede la prestación, que figuran inscritas como demandantes de empleo, salvo en los siguientes supuestos: 1) estar cursando estudios reglados y ser menor de 28 años (en su caso, el plazo de seis meses para acreditar la inscripción como demandante de empleo se iniciará en la fecha en que el beneficiario cumpla 28 años edad); 2) tener suscrito el convenio especial regulado en el RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia; 3) estar percibiendo una pensión contributiva de incapacidad permanente en

⁶⁷ Sobre esta controvertida posibilidad, *vid.* A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 118 ss.

- grado de absoluta o gran invalidez, una pensión de invalidez no contributiva o una pensión de jubilación contributiva o haber cumplido los 65 años de edad; 4) estar afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%; 5) tener reconocida una situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. La situación de demandante de empleo quedará acreditada con el documento expedido al efecto por la administración competente o mediante el acceso por parte de la entidad gestora a través de los medios electrónicos habilitados al efecto;
- h. en caso de compatibilizar la prestación del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica, cumplir las condiciones establecidas para el acceso y mantenimiento de dicha compatibilidad;
 - i. participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones;
 - j. cualquier otra obligación que pueda establecerse reglamentariamente;

A continuación, en el segundo apartado, se especifican las obligaciones de las personas integrantes de la unidad de convivencia:

- a. comunicar el fallecimiento del titular;
- b. poner en conocimiento de la administración cualquier hecho que distorsione el fin de la prestación otorgada. Se trata de una obligación con contenido indeterminado;
- c. presentar anualmente declaración correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas;
- d. cumplir las obligaciones que el apartado anterior impone al titular y este, cualquiera que sea el motivo, no lleva a cabo. Obligación supletoria y subordinada a la actuación del titular;
- e. si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipados, acreditar, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la resolución por la que se concede la prestación, que figuran inscritas como demandantes de empleo, con las mismas salvedades y modo de acreditación que las señaladas para las personas titulares;
- f. en caso de compatibilizar la prestación del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica, cumplir las condiciones establecidas para el acceso y mantenimiento de dicha compatibilidad;
- g. participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones;
- h. cumplir cualquier otra obligación que pueda establecerse reglamentariamente.

De suma importancia resultan las obligaciones impuestas vinculadas a figurar inscrito como demandante de empleo (salvo las excepciones

previstas) y a participar en estrategias de inclusión, en tanto, si se pretende que esta prestación no se convierta en pensión, es imprescindible que sea complementada con acciones individuales que busquen la superación de las circunstancias o condiciones que han llevado a la exclusión.

11. Incompatibilidades entre su percepción y otras rentas o ingresos

El ingreso mínimo vital es compatible, con el fin de facilitar eficazmente el tránsito a la actividad profesional, en primer lugar, con el salario y con la actividad económica como autónomo, «con el fin de que esta prestación no desincentive la participación en el mercado laboral, intentando evitar así las trampas de la pobreza»⁶⁸. Esta previsión supone un paso más en el camino paulatino hacia una mayor permisibilidad en la compatibilización⁶⁹.

Dado que los Tribunales consideran compatible la prestación no contributiva de invalidez con el desempleo y con la renta activa de inserción también debiera considerarse lícita la compatibilidad del ingreso mínimo vital con las contributivas o no contributivas de desempleo⁷⁰, derivadas de la pérdida del trabajo compatible con esta prestación (al igual que con el cese de actividad) en función de los umbrales de renta de cada beneficiario⁷¹. En segundo término, es compatible con las rentas de inserción autonómicas, al no computarlas en la cuantía, remitiendo a cada Comunidad Autónoma la fijación de reglas, sean directas o indirectas, de incompatibilidad de sus prestaciones con esta prestación, con una indudable carga «político-normativa»⁷².

En cuanto hace a las incompatibilidades⁷³, expresamente la disposición transitoria 24.1 LGSS dispone que «la condición de beneficiario de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social será incompatible con la percepción de las pensiones asistenciales, reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro, y suprimidas por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes, así como de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de

⁶⁸ T. SALA FRANCO, A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁹ D. PÉREZ DEL PRADO, *op. cit.*, p. 378.

⁷⁰ R. GÓMEZ GORDILLO, *op. cit.*, p. 64.

⁷¹ Un exhaustivo estudio en R. GÓMEZ GORDILLO, [¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital](#), en *esta Revista*, 2021, n. 1.

⁷² S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 78.

⁷³ Por extenso, *vid.* A.N. ESCRIBÁ PÉREZ, [La nueva prestación no contributiva: el ingreso mínimo vital](#), en *IUSLabor*, 2021, n. 1, pp. 114 ss.

tercera persona, a que se refieren el artículo 8.3 y la disposición transitoria única del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social».

Además, procede recordar en este punto la incompatibilidad en el acceso respecto a las prestaciones contributivas y no contributivas de invalidez y jubilación, así como la progresiva extinción de la prestación por hijo a cargo en virtud de la disposición transitoria 7ª.

12. Régimen sancionador del ingreso mínimo vital

La norma específica que regula el ingreso mínimo vital también contiene un complejo elenco de infracciones y sanciones de forma separada (y también cabe esperar que se integre en ella) a la contenida en la LISOS, aun cuando establece dicha norma como supletoria (art. 36). En este mismo sentido, y a efectos de la competencia y el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas será de aplicación lo establecido para la imposición de sanciones a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social en el RD 928/1998, de 14 de mayo.

El art. 34.5 enumera a los posibles responsables de la comisión de la infracción: los beneficiarios de la prestación, los miembros de la unidad de convivencia y aquellas personas que hubiesen cooperado en su comisión mediante una actuación activa u omisiva sin la cual la infracción no se hubiera cometido. Y a continuación establece la responsabilidad solidaria frente a la administración del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas cuando concurren varios responsables.

En cuanto a la clasificación, el art. 34.2 define como «infracciones leves, no proporcionar la documentación e información precisa en orden a la acreditación de los requisitos y la conservación de la prestación, así como para garantizar la recepción de notificaciones y comunicaciones, cuando de ello no se haya derivado la percepción o conservación indebida de la prestación».

Son infracciones graves (art. 34.3):

- a. no proporcionar la documentación e información precisa en orden a la acreditación de los requisitos y la conservación de la prestación, así como para garantizar la recepción de notificaciones y comunicaciones, cuando de ello se hubiera derivado una percepción indebida, en cuantía mensual, inferior o igual al 50% de la que le correspondería (o superior a dicho referente para ser calificada como muy grave);
- b. no comunicar cualquier cambio o situación que pudiera dar lugar a la modificación, suspensión o extinción de la prestación, en el plazo de

- treinta días desde que estos se produzcan, cuando de ello se hubiera derivado una percepción indebida, en cuantía mensual, inferior o igual al 50% de la que le correspondería (o superior a dicho referente para ser calificada como muy grave);
- c. la comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves del mismo tipo. Mientras que la muy grave se produce por la comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves del mismo tipo (art. 34.4.e);
 - d. el incumplimiento de la obligación de participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en los términos que se establezcan. Y merecerá la calificación de muy grave si es reiterado;
 - e. el incumplimiento de las condiciones asociadas a la compatibilidad de la prestación del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica. De nuevo, subirá la calificación a muy grave de ser reiterado tal comportamiento.

Al margen del contenido de las infracciones muy graves ya descritas que utilizan los mismos parámetros, pero suben los márgenes o exigen reiteración (art. 34.4), considera también las siguientes:

- c. el desplazamiento al extranjero, por tiempo superior a noventa días al año, sin haber comunicado ni justificado al Instituto Nacional de la Seguridad Social con carácter previo su salida de España;
- d. actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan o prolongar indebidamente su disfrute, mediante la aportación de datos o documentos falsos.

La comisión de alguna de estas infracciones comporta la imposición de una sanción en los grados de mínimo, medio y máximo (art. 35.1), considerando, a tal fin, la culpabilidad, negligencia e intencionalidad de la persona infractora, así como la cuantía económica de la prestación económica indebidamente percibida.

Para las infracciones leves, la sanción consiste en el apercibimiento de la persona infractora. Las infracciones graves se sancionarán con la pérdida de la prestación por un periodo de hasta tres meses: en su grado mínimo con la pérdida de la prestación por un periodo de un mes, en su grado medio de dos meses y en su grado máximo de tres meses. Cuando las infracciones diesen lugar a la extinción del derecho, la sanción consistirá en el deber de ingresar tres mensualidades de la prestación). Por último, las infracciones muy graves se sancionarán con la pérdida de la prestación por un periodo de hasta seis meses: en su grado mínimo con la pérdida de la prestación por un periodo de cuatro meses, en su grado medio de cinco meses y en su

grado máximo de seis meses (y de igual modo, cuando las infracciones diesen lugar a la extinción del derecho, la sanción consistirá en el deber de ingresar seis mensualidades de la prestación). En todo caso, estas sanciones se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

El art. 35 prevé dos consecuencias añadidas. En primer lugar, cuando la infracción muy grave sea por traslado al extranjero, además de devolver el importe de la prestación indebidamente percibida durante el tiempo de estancia fuera de España, los beneficiarios no podrán solicitar una nueva prestación durante un periodo de seis meses, a contar desde la fecha de la resolución por la que se imponga la sanción.

En segundo término, en caso de infracción grave o muy grave, si concurriese el falseamiento en la declaración de ingresos o patrimonio; la ocultación fraudulenta de cambios sustanciales que pudieran dar lugar a la modificación, suspensión o extinción de la prestación; o cualquier otra actuación o situación fraudulenta que de lugar al acceso indebido a la prestación, mantenimiento indebido del derecho a la prestación o aumento indebido de su importe, y sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativas a que hubiere lugar, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá decretar la extinción del derecho, así como la imposibilidad de que el sujeto infractor pueda resultar persona beneficiaria en los términos de esta norma por un periodo de dos años.

En fin, «cuando el sujeto infractor haya sido sancionado por infracción muy grave, en virtud de resolución firme en vía administrativa, dentro de los cinco años anteriores a la comisión de una infracción muy grave, se extinguirá la prestación y acarreará la imposibilidad de que el sujeto infractor resulte persona beneficiaria en los términos de esta norma durante cinco años» (art. 35.6).

13. Conclusiones

La prestación analizada ha sido un «primer paso hacia una nueva forma de pensar y articular la Seguridad Social»⁷⁴, capaz de propiciar reformas con un mayor grado de profundidad, que eleven los umbrales de protección (universalidad objetiva), que atienda de manera individualizada las necesidades de cada persona (universalidad subjetiva) y que mejore los aspectos cuantitativos de la protección (suficiencia)⁷⁵. En un período que

⁷⁴ D. PÉREZ DEL PRADO, *op. cit.*, p. 387.

⁷⁵ R. GÓMEZ GORDILLO, *El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del*

precisa hacer frente, por fin, a fenómenos largamente sufridos, como la feminización de la pobreza⁷⁶ y a otros nuevos, como las remozadas formas de precariedad causadas por la digitalización y la robotización⁷⁷, el ingreso mínimo vital constituye, sin duda y reiterando la expresión, un avance indudable.

Sin embargo, a la hora de definir (y delimitar) su ámbito subjetivo oscila entre dos tendencias contrarias: de un lado, proporcionar adecuada protección a las distintas, diversas y multiformes situaciones de necesidad que puedan concurrir (tan complicadas de aprehender) y, de otro, evitar fraudes en su percepción. En esta lucha se producen desgarros en esa red y la prestación no acaba de llegar a quienes la necesitan. A ello se suma la probable aparición de rostros nuevos de pobreza⁷⁸ y exclusión que puedan tener un encaje más difícil (sucedió con los *working poor* y pasará – está pasando – con los autónomos pobres).

Otra de las zonas grises que aún subsisten en esta prestación no contributiva (y dejando al margen por extensión el debate sobre una renta básica de ciudadanía) radica en la integración de la misma en el conjunto de prestaciones no contributivas. Al respecto, no faltan autores que propugnan la eliminación de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación para que tales situaciones sean consideradas factores de especial vulnerabilidad e incrementar con ello la cuantía⁷⁹. En cuanto hace a las distintas prestaciones de desempleo asistencial podrían subsistir a modo de puente o situación transitoria, finalizado el contributivo hasta la efectiva percepción del ingreso mínimo vital (en caso de cumplir los requisitos examinados).

A este respecto, también es necesario repensar la compatibilidad o ceguera respecto a las rentas autonómicas, las cuales han de examinar su relación con esta prestación, bien de incompatibilidad, bien de complementariedad⁸⁰, bien permitiendo al beneficiario elegir en caso de poder percibir ambas («en función de las circunstancias que se consideren oportunas y/o para determinados supuestos particulares»)⁸¹. Como muestra

RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones, cit., p. 40.

⁷⁶ Cfr. B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *El Derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, 2013, pp. 13 ss., y M.G. QUINTERO LIMA, *op. cit.*, pp. 130 ss.

⁷⁷ E. ISPIZUA DORNA, *Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 40.

⁷⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁷⁹ R. GÓMEZ GORDILLO, *El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones*, cit., p. 57.

⁸⁰ H. ÁLVAREZ CUESTA, *La renta básica en España como mecanismo de adaptación a los cambios tecnológicos y a la crisis climática*, en *Professionalità Studi*, 2019, vol. II, n. 5, pp. 81 ss.

⁸¹ C. GALA DURÁN, *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*, cit., pp.

señera, el art. 4.4 del Texto Refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León, aprobado por DL 1/2019, de 10 de enero, en la redacción dada por la Ley 2/2020, de 24 de noviembre permite lucrar ambas rentas siempre y cuando no sobrepasen un determinado umbral⁸².

Aún no ha pasado un año desde la aprobación de esta prestación y las sucesivas reformas que ha sufrido (y que han permitido ampliar el campo de aplicación subjetivo) hacen imposible poder realizar un balance sobre el grado de avance en la ardua lucha contra la pobreza. Con todo, cabe afirmar el alto número de solicitudes que hasta la fecha se han recibido (1,15 millones de solicitudes válidas desde que se puso en marcha la prestación), de las cuales se han tramitado más de 800.000⁸³. También cabe destacar la importante cifra de solicitudes denegadas: más de 210.000 prestaciones aprobadas y 600.000 denegadas (y otras 62.000 están en proceso de subsanación) en marzo de 2021⁸⁴. Las causas para el alto grado de prestaciones denegadas son múltiples, y desde luego en muchas incidirá la configuración restrictiva en algunos puntos con los que nació, la falta de desarrollo reglamentario capaz de atender a situaciones no contempladas por la norma, pero necesitadas de este ingreso, sin desdeñar tampoco las dificultades a afrontar a la hora de seguir un procedimiento preferentemente electrónico⁸⁵.

Se insiste, como elementos a prestar máxima atención, en la falta de un necesario desarrollo reglamentario (a la luz de las múltiples remisiones en el texto normativo analizado), en los vaivenes en la conformación de los beneficiarios (y a la espera del enésimo cambio en su tramitación como proyecto de ley); en la falta de concreción de los anunciados incentivos

141 ss.

⁸² «La renta garantizada de ciudadanía será compatible con la prestación de ingreso mínimo vital que perciba cualquier miembro de la unidad familiar o de convivencia únicamente cuando la cuantía reconocida de ingreso mínimo vital sea inferior a la de renta garantizada de ciudadanía que pudiera corresponder a esa unidad familiar o de convivencia, siendo incompatible en el resto de los casos. Para los casos de complementariedad, se tendrá derecho a percibir, en concepto de renta garantizada de ciudadanía, como máximo la diferencia entre la cuantía que de ésta pudiera corresponder en función del número de miembros de la unidad familiar o de convivencia, y la cuantía reconocida de ingreso mínimo vital».

⁸³ Cfr. los [datos por provincias en formato pdf](#) en el final del artículo de SEGURIDAD SOCIAL, *El Ingreso Mínimo Vital llega en marzo a 203.000 hogares en los que viven más de 565.000 personas*, en [revista.seg-social.es](#), 19 marzo 2021.

<https://revista.seg-social.es/wp-content/uploads/2021/03/Datos-por-provincias.pdf>.

⁸⁴ SEGURIDAD SOCIAL, *op. cit.*

⁸⁵ Detalladamente explicado en A.R. TRILLO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 128 ss.

facilitadores de las transiciones entre protección social y empleo⁸⁶; y en la operatividad y actuación de los recientemente creados mediadores sociales del ingreso mínimo vital para mejorar las cifras anteriores.

En palabras del Comité Económico y Social Europeo, «la renta mínima decente solo puede tener sentido si se inscribe en un enfoque global de inserción y de inclusión activa que combine el acceso a mercados de trabajo inclusivos – con empleos de calidad y formación continua – y el acceso a servicios públicos de calidad»⁸⁷.

14. Bibliografía

ÁLVAREZ CORTÉS J.C., *Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 56, pp. 273-315

ÁLVAREZ CUESTA H., *La renta básica en España como mecanismo de adaptación a los cambios tecnológicos y a la crisis climática*, en *Professionalità Studi*, 2019, vol. II, n. 5, pp. 81-100

ÁLVAREZ CUESTA H., *Lagunas y puentes en la protección de las rentas de inserción autonómicas*, en AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2011

BARCELÓN COBEDO S., *Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela*, en *Labos*, 2020, n. 3, pp. 172-183

CARMONA CUENCA E., *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978*, en *Estudios Internacionales*, 2012, n. 172, pp. 61-85

CARRIZOSA PRIETO E., *Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 192, pp. 203-242

CHABANNES M., *Un nuevo derecho para la ciudadanía: el ingreso mínimo vital*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 270-291

Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España, 27 de enero – 7 de febrero de 2020, en www.obcbr.org, 7 febrero 2020

⁸⁶ R. GÓMEZ GORDILLO, *¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital*, cit., p. 132.

⁸⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, *Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima*, cit.

- EAPN, *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019. 10º Informe 2020*, 2020
- ESCRIBÁ PÉREZ A.N., *La nueva prestación no contributiva: el ingreso mínimo vital*, en *IUSLabor*, 2021, n. 1, pp. 99-124
- GALA DURÁN C., *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 111-157
- GALA DURÁN C., *Los desafíos del nuevo ingreso mínimo vital*, en *IUSLabor*, 2020, n. 2, pp. 1-4
- GÓMEZ GORDILLO R., *¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 127-152
- GÓMEZ GORDILLO R., *El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 91, pp. 37-67
- GONZÁLEZ ORTEGA S., BARCELÓN COBEDO S., *El ingreso mínimo vital*, Tirant lo Blanch, 2020
- ISPIZUA DORNA E., *Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 40, pp. 1-16
- JIMENA QUESADA L., *El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 361-423
- MARTÍNEZ TORRES M., *Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, n. 2, pp. 151-189
- MONEREO PÉREZ J.L., *La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo"*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 424-505
- MONEREO PÉREZ J.L., *Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 16-83
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., *El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 24, pp. 13-35
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., TRILLO GARCÍA A.R., *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2021
- PEÑA-MIGUEL N., DE LA PEÑA ESTEBAN J.I., *Hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar*, en *Lan Harremanak*, 2014, n. 31, pp. 16-35

PÉREZ DEL PRADO D., *Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el ingreso mínimo vital*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, 2020

QUINTERO LIMA M.G., *Las propuestas de Renta Básica y Empleo Garantizado desde una perspectiva de género: una aproximación sumaria*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2018, n. 4, pp. 124-148

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B., *El Derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, 2013

SALA FRANCO T., MARTÍN-POZUELO LÓPEZ A., *El ingreso mínimo vital. El sistema español de rentas mínimas*, Tirant lo Blanch, 2020

SANZO GONZÁLEZ L., *La introducción de la renta básica en España*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, n. 2, pp. 123-149

SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ J.V., *Asistencia social y rentas mínimas de inserción: un debate inacabado*, en M.B. CARDONA RUBERT (coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Bomarzo, 2008

SASTRE CASTILLO M.Á., *Outplacement. Una aproximación a su realidad teórica*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1995, vol. 6, pp. 185-199

SEGURIDAD SOCIAL, *El Ingreso Mínimo Vital llega en marzo a 203.000 hogares en los que viven más de 565.000 personas*, en *revista.seg-social.es*, 19 marzo 2021

TRILLO GARCÍA A.R., *Un primer apunte sobre el Ingreso Mínimo Vital*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 25, pp. 93-133

Límites al encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas

Ángel Luis DE VAL TENA*

RESUMEN: El legislador ha establecido reglas dirigidas a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con un mismo trabajador, siempre que en un periodo de 30 meses haya estado contratado durante un plazo superior a 24 meses, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, señalando como sanción que adquirirán la condición de trabajadores fijos. Lo dispuesto en el art. 15.5 LET también surte efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios. Se analiza el marco jurídico implementado para evitar los abusos derivados del uso de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Palabras clave: Contratos temporales abusivos, encadenamiento de contratos, trabajadores fijos, contratos indefinidos, Administraciones Públicas.

SUMARIO: 1. El encadenamiento de contratos de trabajo temporales y su limitación: un “tablero” jurídico consolidado. 1.1. La Directiva 1999/70/CE y las obligaciones de los Estados Miembros para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. 1.2. La conformación “aluvial” del art. 15.5 LET: el supuesto de hecho que limita la contratación temporal regular y sucesiva. 1.2.1. La modificación del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995: la reforma legislativa de 2001. 1.2.2. Un cambio de mayor intensidad: la reforma legislativa de 2006. 1.2.3. El refuerzo de las reglas limitadoras de la contratación temporal encadenada: la reforma legislativa de 2010. 1.2.4. La suspensión temporal de la aplicación del precepto legal: las reformas legislativas de 2011 y 2012. 1.2.5. Recapitulación: los términos de regla legal vigente. 1.3. La novación contractual como sanción: el reconocimiento de la condición de trabajador fijo. 2. Aplicación de los límites al encadenamiento de contratos de trabajo temporales en las Administraciones Públicas. 2.1. La acomodación del régimen común. 2.1.1. El singular supuesto de hecho normativo. 2.1.2. La sanción aplicable: adquirir la condición de indefinido no fijo. 2.2. Reflexión final: ¿un privilegio para las Administraciones Públicas empleadoras? 3. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Zaragoza (España); miembro del Grupo de Investigación de Referencia “Derecho del Trabajo – UNIZAR” (S18-20R), reconocido por el Gobierno de Aragón.

Limits to Temporary Contracts Succession in Public Administrations

ABSTRACT: The legislator has established rules aimed at preventing the abusive use of fixed-term contracts with the same worker, provided that in a period of 30 months may have been contracted for a term superior to 24 months, stating as a sanction that they will acquire the status of permanent workers. Also the provisions of Article 15.5 of the Law on the Workers' Statute shall be applicable to the area of Public Administration and its autonomous agencies, without prejudice to the application of the constitutional principles of equality, merit and capability in the access to public employment, for which reason these shall not be an obstacle to the obligation to cover the work posts concerned through ordinary procedures. The legal framework implemented to prevent abuses arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships is analysed.

Key Words: Unfair fixed-term contracts, temporary contracts succession, permanent workers, open-ended contracts, Public Administrations.

1. El encadenamiento de contratos de trabajo temporales y su limitación: un “tablero” jurídico consolidado

Encontramos en el ordenamiento jurídico-laboral español un conjunto de previsiones normativas que tienen como finalidad impedir la utilización abusiva de la contratación temporal; reglas jurídicas aplicables tanto a las empresas como a las Administraciones Públicas, cuando unas y otras asumen el rol de parte empleadora en una relación de trabajo.

La acción legislativa aspira a frenar la contratación temporal prolongada, mediante la acumulación de contratos de duración determinada, tanto – y sobre todo – el encadenamiento subjetivo, esto es, con un mismo trabajador, como el encadenamiento objetivo, es decir, con distintos trabajadores que van ocupando el mismo puesto de trabajo, según permita la duración máxima de la modalidad contractual elegida.

1.1. La Directiva 1999/70/CE y las obligaciones de los Estados Miembros para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada

En verdad, el legislador ha pretendido, aunque no lo haya manifestado expresamente, trasponer la Directiva 1999/70/CE, que incorpora como anexo el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, suscrito por las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES).

El objeto del Acuerdo Marco es doble: por una parte, «mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación» y, por otra, «establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» (cláusula 1). Su ámbito de aplicación puede considerarse amplio o general ya que afecta «a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro», si bien a nivel nacional se podrá prever que no se aplique «a las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje» o «a los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos» (cláusula 2). Carácter general que se confirma al definir «trabajador con contrato de duración determinada» como aquel «con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un

trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado» (cláusula 3).

Además de desarrollar el principio de no discriminación (cláusula 4), interesa destacar del Acuerdo Marco las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal como consecuencia de la utilización sucesiva¹ de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Así, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, los Estados Miembros, directamente o por medio de los interlocutores sociales, introducirán, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales (cláusula 5.1). Corresponde a los Estados miembros o a los interlocutores sociales, cuando resulte necesario, determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada se considerarán “sucesivos” y, en consecuencia, celebrados por tiempo indefinido (cláusula 5.2). Según sea tal delimitación, las medidas a implementar podrán abarcar cualquier abuso en la contratación sucesiva², bien sean varios los contratos de duración determinada con el mismo trabajador, bien sean varios los contratos temporales para ocupar el mismo puesto de trabajo por diferentes trabajadores.

El plazo dado a los Estados miembros para dar cumplimiento a lo establecido la Directiva 1999/70/CE, mediante la aprobación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, concluía el 10 de julio de 2001, ampliable en un año suplementario; alternativamente, en el mismo plazo, los Estados miembros debían asegurarse de que los interlocutores sociales hubieran establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, adoptando ellos todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la Directiva

¹ Advierte I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Los contratos de trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE)*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, p. 289, que la Directiva, frente a otros posibles abusos y usos desviados o fraudulentos de la contratación temporal, se limita a intentar evitar tan solo el constituido por su utilización sucesiva o encadenada.

² Vid. J. CRUZ VILLALÓN, *El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea*, en *Documentación Laboral*, 2018, n. 113, pp. 88-89.

(art. 2).

Seguidamente se describen los cambios normativos implementados para la trasposición³ de las reglas de la Directiva 1999/70/CE al ordenamiento español, que supuso la incorporación de una regla complementaria respecto de las preexistentes, coincidentes o más favorables que las comunitarias⁴.

1.2. La conformación “aluvial” del art. 15.5 LET: el supuesto de hecho que limita la contratación temporal regular y sucesiva

La opción del legislador reformista fue modificar el tenor del art. 15 LET, donde se admite la contratación temporal causal y se da preferencia a la contratación por tiempo indefinido, que no se condiciona de aquella manera. A favor de la contratación indefinida juegan un abanico de presunciones legales, algunas reflejadas en el mismo precepto, a saber:

- adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba⁵, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho (art. 15.2 LET);
- se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley (art. 15.3).

Otras presunciones, además, se recogen en diversos artículos y afloran idéntica prioridad, así:

- de no observarse la exigencia de forma escrita, cuando esta resulta obligatoria *ex lege*, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por

³ A excepción de las dos normas de 2001, el RD-Ley 5/2001 y la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, ninguna otra posterior, ni las leyes de 2006 ni las siguientes de 2010, hicieron referencia explícita a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, sin que por ello dejemos de considerar que el art. 15.5 LET, fundamentalmente, y otros preceptos complementarios constituyen una trasposición de su contenido, ciertamente mejorada, al ordenamiento jurídico español (STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010, 7128), STS de 24 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5095) y STS de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 356)).

⁴ Una crítica de las reglas de la Directiva 1999/70/CE, sobre todo por su ambigüedad y configuración alternativa, en J. PÉREZ REY, *La incidencia de la directiva 1999/70 sobre contratación temporal*, en *Revista de Derecho Social*, 2000, n. 10, pp. 116 ss.

⁵ *Vid.* A.L. DE VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, 1998, pp. 55-58.

tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios (art. 8.2, tercer párrafo, LET);

- los contratos de duración determinada que tengan establecido un plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. Una vez expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (art. 49.1.ª LET).

Volviendo sobre la contratación por tiempo determinado, el legislador introdujo algunas medidas para limitar el encadenamiento de contratos de naturaleza temporal, a su vez precisadas o acotadas de manera progresiva, lo que no deja de ser otra fórmula que prioriza, de modo reflejo, la contratación por tiempo indefinido.

1.2.1. La modificación del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995: la reforma legislativa de 2001

La redacción del art. 15.5 LET, en la versión del texto refundido de 1995, autorizaba al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo previsto en el mismo.

Fue, en primer término, el RD-Ley 5/2001, de 2 marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, el que, con la idea de reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introdujo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada (art. 1.9). Para ello desplazó lo dispuesto en aquel apartado y aportó una nueva redacción, estableciendo que «mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán establecer requisitos *adicionales* dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal».

Meses después, la Ley 12/2001, del mismo nombre, bajo igual concepción, reiteró el mismo objetivo y modificó la literalidad propuesta por aquella norma de urgencia (art. 1.10), de manera que, tras derogar el RD-Ley 5/2001 y simultánea entrada en vigor, «los convenios colectivos podrán

establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal»; nótese que se sustituye el único llamamiento a los convenios colectivos sectoriales por otro más laxo a los convenios colectivos, todos, de cualquier nivel o ámbito.

Esta habilitación legal, en el sentido de remisión, a la negociación colectiva nada añadía a lo que ya era posible según el sistema de fuentes de las relaciones de trabajo (art. 3.1 LET) y el amplio contenido regulador asumible por el convenio colectivo (art. 85.1 LET); no obstante, la rectificación inmediata, eliminando la referencia única a los convenios colectivos sectoriales, evitó una restricción inexistente antes de la intervención normativa, en tanto que esas medidas también se podían adoptar en convenios de empresa y de ámbito inferior.

Expresamente, se reconocía que con estas normas se procedía a incorporar al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, lo que se alcanzaba por la vía de la negociación colectiva, adoptando en el texto de los convenios colectivos las disposiciones necesarias para garantizar los resultados fijados por aquella Directiva, conforme a lo establecido en su art. 2.

Puede decirse que se trató de un modo de trasposición débil⁶, al no establecer una norma imperativa, de alcance general. La mejor decisión pudo ser esta última, dejando a la negociación colectiva un espacio, entonces sí, para disponer requisitos adicionales; como alternativa, bien pudo establecerse una regulación supletoria para el caso de que la negociación colectiva no abordase la sucesión de contratos temporales, tanto el encadenamiento subjetivo como objetivo.

1.2.2. Un cambio de mayor intensidad: la reforma legislativa de 2006

Tras demostrarse poco eficaz la negociación colectiva para impedir o, al menos, condicionar las situaciones de abuso en la sucesión de contratos

⁶ Ciertamente, por ello, «tan escasa regulación de lo que se pretendía fuese un instrumento eficaz de cumplimiento del referido Acuerdo Marco [...] se discutió en su momento si cumplía con las previsiones de la cláusula quinta del referido Acuerdo Marco que asume la Directiva» (STS de 19 de julio de 2010, cit.). En la doctrina, se calificó como «una trasposición decepcionante», entre otras razones por remitir a la negociación colectiva medidas que debían haberse introducido directamente en la ley; *vid.* R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1; C.L. ALFONSO MELLADO, *Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 107, p. 109.

temporales, el cambio normativo verdaderamente sustancial, con medidas más intensas, llegó con la aprobación del RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo y, antes de finalizar el mismo año, de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de igual denominación. Siguiendo la misma técnica legislativa, aprobación primero de una norma legal por el Gobierno y su posterior tramitación como proyecto de ley, se lleva a término una innovación radical (art. 12.2), expresando – por una parte – que, «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos». Asimismo, se añade – por otra parte – que, «atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal». Finalmente, se excluye la aplicación de las nuevas reglas «a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad».

De esa manera, se asume el objetivo prioritario de reducir la temporalidad, por lo que, con esa necesidad, el Gobierno, primero, y el legislador, después, incluyen límites temporales para los sucesivos contratos de ese carácter que puede suscribir una empresa con un mismo trabajador, dejando a la negociación colectiva el establecimiento de requisitos dirigidos a impedir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo.

Sin duda, por ser la situación con mayor incidencia sobre la precariedad laboral, el legislador apostó por limitar el encadenamiento de contratos de trabajo temporales, sancionando la superación de un tiempo como trabajador contratado durante un periodo de referencia, siempre que se tratara del mismo trabajador, que ocupaba idéntico puesto de trabajo en la misma empresa, sin que importara que su contratación hubiera sido directa o a través de una empresa de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, a condición de que se hubieran celebrado, como mínimo, dos contratos. En esos casos, la persona contratada adquiriría la condición de trabajador fijo.

No se atisban, sin embargo, cuáles podían ser los requisitos a incorporar por la negociación colectiva para prevenir otra de las situaciones consideradas abusivas, como era la sucesión de contratos de temporales con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo. Esa función reguladora se dejaba, con plena libertad, a la negociación colectiva. Por último, se precisaba la entrada en vigor de la limitación al encadenamiento de contratos temporales: «será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 15 de junio de 2006» (disp. trans. segunda, párrafo primero, Ley 43/2006), que fue la fecha desde la que estuvo vigente el RD-Ley 5/2006. Si el trabajador hubiera suscrito contratos con anterioridad, «a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a 15 de junio de 2006» (disp. trans. segunda, párrafo segundo, Ley 43/2006).

1.2.3. El refuerzo de las reglas limitadoras de la contratación temporal encadenada: la reforma legislativa de 2010

La consolidación, aun con rectificaciones, del anterior cambio legislativo llegó con el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, al que siguió la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ambas normas.

El primer objetivo era «reducir la dualidad de nuestro mercado», para lo que incorporan medidas orientadas a restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación, entre las que cabe destacar las dirigidas a establecer un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, límite a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida, e introduce «algunos ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente» (Preámbulo).

Con las mismas pautas temporales e igual consecuencia jurídica – «los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses [...] adquirirán la condición de trabajadores fijos» – derivada de su superación, las novedades van dirigidas a cerrar las “vías de escape” que permitía el tenor literal anterior del art. 15.5 LET. En efecto, para aplicar la regla que limita la sucesión, con o sin solución de continuidad, de contratos de duración determinada no importa que la vinculación del trabajador sea con la misma empresa o con otra u otras del mismo grupo de empresas, resultando

también indiferente que la contratación haya sido para ocupar el mismo o diverso puesto de trabajo.

Por si pudiera resultar controvertido, el legislador reformista añade un segundo párrafo al artículo de referencia, confirmando que «lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente».

Además, estrena una obligación legal para el empresario: «deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa», con el añadido posterior de que, «en todo caso, el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa», debiendo el Servicio Público de Empleo emitir dicho documento y ponerlo en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios (nuevo – entonces – art. 15.9 LET).

Después de haber agregado el RD-Ley 10/2010 la obligación empresarial de facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo, la Ley 35/2010 añade un nuevo apartado 4-*bis* al art. 6 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Así, se considerará infracción leve «la falta de entrega al trabajador por parte del empresario del documento justificativo al que se refiere el artículo 15.9 del Estatuto de los Trabajadores».

La Ley 35/2010 también incluyó una regla específica⁷ para el contrato fijo de obra articulado por la negociación colectiva, conforme a la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de la subcontratación en el sector de la construcción, señalando, al respecto, que lo dispuesto en el art. 15.5 LET «se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra» (disp. adic. primera)⁸.

⁷ Así se ha aplicado, recientemente, por la STSJ Madrid de 14 de febrero de 2020 (AS 2020, 1896).

⁸ Actualmente, la disposición adicional tercera LET establece: «Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la

Esta nueva ordenación de las reglas sobre el encadenamiento de contratos temporales se aplicará a los contratos de trabajo suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor del RD-Ley 10/2010 y de la Ley 35/2010, es decir, el 18 de junio de 2010 y el día 19 de septiembre de 2010, respectivamente. Para los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado art. 15.5 LET, se tomará en consideración el vigente a 18 de junio de 2010. En el supuesto de contratos suscritos por el trabajador antes del 18 de junio de 2010, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el art. 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006 (disp. trans. segunda, Ley 35/2010).

1.2.4. La suspensión temporal de la aplicación del precepto legal: las reformas legislativas de 2011 y 2012

Concluimos el recorrido legislativo que ha terminado de configurar el contenido vigente del art. 15.5 LET, recogido sin modificaciones en el vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015, con la referencia a las dos últimas normas que, sin alterar su contenido, incidieron en su aplicación.

Fue, en primer término, el RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, el que determinó la suspensión temporal de la regla relativa al encadenamiento de contratos temporales, que se justificaba con el fin de evitar efectos indeseados de no renovación de los contratos temporales y en favorecer el mantenimiento del empleo. Por esta razón, durante el periodo de los dos años siguientes a la entrada en vigor del RD-Ley 10/2011, esto es, desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 31 de agosto de 2013, quedó inicialmente suspendida la aplicación del art. 15.5 LET (art. 5).

Sobre la regla de suspensión se pronunció también el legislador reformista de 2012. Así, el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ambas, con la finalidad de completar las medidas de fomento de la contratación indefinida e intentar reducir la dualidad laboral lo antes posible, adelantaron al 31 de diciembre de 2012 (art. 17, RD-Ley 3/2012, y art. 17.1, Ley 3/2012) el final de la suspensión de la imposibilidad de superar un tope máximo

construcción».

temporal en el encadenamiento de contratos temporales recogida en el art. 15.5 LET, por lo que esta previsión volvió a ser aplicable a partir del 1º de enero de 2013.

Con la intención de evitar interpretaciones no auténticas, el legislador describió cómo ajustar la regla suspensiva: «quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas» (art. 17.2, Ley 3/2012). Significa, dicho con otras palabras, que se abrió un paréntesis durante el periodo de suspensión, delimitado finalmente entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, sin incidencia alguna para aplicar lo previsto en el art. 15.5 LET, pero solamente en cuanto al periodo de treinta meses y al plazo de veinticuatro meses previstos; no respecto del cómputo de número de contratos, lo que resulta incongruente.

1.2.5. Recapitulación: los términos de regla legal vigente

El art. 15.5 LET – según el vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre – recoge la redacción dada a ese apartado por la Ley 35/2010, igual que el art. 15.8 LET refleja la literalidad del anterior art. 15.9, en la versión aportada por la propia ley de reforma de 2010.

Ahora la disposición transitoria quinta LET contiene el compendio del reglas sobre la aplicación de la limitación del encadenamiento de modalidades contractuales, atendiendo a la fecha de celebración de los contratos, incluido el juego del periodo de suspensión concretado en 2012. Interesa, explicitado el iter normativo, precisar la regla que limita el encadenamiento de contratos de trabajo de duración determinada, pues el recorrido por las leyes de reforma nos facilita la aprehensión del supuesto de hecho.

Advierte, *ab initio*, el legislador que la regulación limitadora de la sucesión de contratos temporales que vinculan al trabajador con una empresa se impondrá «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 (LET)». Es decir, completando la remisión a esos apartados del art. 15 LET, la observación de la norma sobre limitación de la sucesión de contratos temporales resulta independiente de otras circunstancias que puedan

concurrir, aunque acarren idéntica consecuencia jurídica, como que un trabajador contratado para la realización de una obra o servicio determinado pueda adquirir la condición de fijo en la empresa por superar la duración máxima – «no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior» – del contrato (art. 15.1.a LET), o alcance esa misma condición bien por no haber sido dado de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba (art. 15.2 LET), bien, en otro supuesto, por haberse celebrado el contrato temporal en fraude de ley (art. 15.3 LET).

Ciertamente, puede suceder que del análisis de una contratación se deduzcan hechos o circunstancias que por distintas vías conduzcan a declarar la fijeza de la relación laboral nacida y continuada como temporal. Pero más que advertir estas situaciones concurrentes, la *voluntas legislatoris* es poner de manifiesto que la regla específica se refiere a contrataciones sucesivas de duración determinada celebradas al amparo del marco legal, respetando todos sus requisitos y condiciones. No son situaciones patológicas o contrarias al ordenamiento jurídico las que se quieren corregir; simplemente se pretende reducir la temporalidad y restringir la precariedad que deriva de situaciones legales que se presentan – *de facto* – como abusivas, con independencia de que los contratos temporales estuvieran correctamente concertados⁹.

Significa lo anterior que, comprobada una de las actuaciones contractuales que da lugar a la transformación del contrato temporal en indefinido, no resultará necesario analizar otros supuestos normativos que lleven a la misma conclusión¹⁰.

En definitiva, el art. 15.5 LET se podrá aplicar en escenarios de total respeto a la legalidad sobre las modalidades de contratación temporal, sin necesidad de que haya que apreciar circunstancias indiciarias de abuso ni menos de fraude de ley¹¹. Cabe afirmar que se refiere a la “sucesión de contratos legales”, que podemos describir como encadenamiento lícito, frente a la “sucesión de contratos fraudulenta” y a la “sucesión de contratos irregulares”, que se calificaría como encadenamiento ilícito.

La manera de describir la situación de hecho que traerá como consecuencia la adquisición de la condición de trabajador fijo no es otra que acumular

⁹ STSJ Comunidad Valenciana de 16 de diciembre de 2016 (AS 2017, 74).

¹⁰ Así, «habiéndose apreciado el fraude contractual expuesto, resulta innecesario el examen del encadenamiento de contratos» (STSJ Andalucía, Sevilla, de 22 de junio de 2017 (AS 2017, 1336)).

¹¹ STS de 15 de enero de 2020, cit., y STS de 3 de marzo de 2020 (RJ 2020, 1161).

una serie de requisitos, precisando, al mismo tiempo condiciones ligadas a la contratación o a la prestación de servicios que resultarán, a la postre, neutras, sin incidencia en aquella sanción legal.

En efecto, se considerará al trabajador como fijo de la empresa cuando se cumplan los siguientes requisitos¹²:

- que el trabajador haya suscrito dos o más contratos de trabajo de naturaleza temporal;
- que en virtud de esos contratos haya estado y siga estando vinculado a la empresa durante un plazo superior a veinticuatro meses en un periodo de referencia de treinta meses.

Ninguna incidencia tendrá, de cumplirse ambos requisitos, que esos – al menos, dos – contratos se hayan celebrado con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo y con la misma empresa o grupo de empresas; tampoco, que las contrataciones hayan sido directamente con la empresa o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada (art. 15.5, párrafo primero, LET). Incluso, resultará aplicable la regla contra los abusos en la contratación temporal «cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente» (art. 15.5, párrafo segundo, LET).

No obstante, a modo de excepción, «no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado» (art. 15.5, último párrafo, LET).

Sin duda, la interpretación de la primera versión de la norma por los tribunales, en buena medida restrictiva por la referencia que se hacía a la ocupación del mismo puesto de trabajo, guió la reforma legislativa. Bajo la razón última, así declarada, de extender su aplicación a un mayor número de supuestos.

Es preceptivo reseñar, por último, que el precepto estatutario se configura como una norma mínima o de derecho necesario relativo, que es susceptible de ser modificada *in melius* por la negociación colectiva¹³. Así pues, la

¹² Un extenso análisis – tanto del requisito contractual como del requisito temporal – en A.L. DE VAL TENA, *Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción*, en J. GARCÍA BLASCO, A.L. DE VAL TENA (dirs.), *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Aranzadi, 2021, pp. 144-156.

¹³ STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 383).

negociación colectiva puede ser un instrumento idóneo para modificar los requisitos que conforman el supuesto de hecho normativo, siempre que sea en sentido favorable a los trabajadores, eliminando, por ejemplo, el periodo de referencia de treinta meses¹⁴ o exigiendo simplemente una antigüedad de un año¹⁵; pero no, lógicamente, para alterarlos de manera más onerosa para ellos, como sería exigir un periodo de contratación de, mínimo, veinticinco meses o no computar algunas modalidades de contratos temporales no excluidas por la ley¹⁶; menos aún, en fin, para establecer una regulación *contra legem*¹⁷.

1.3. La novación contractual como sanción: el reconocimiento de la condición de trabajador fijo

Ex lege, además de tipificar un supuesto de hecho suficientemente amplio, precisando, a tales efectos, lo que se entiende por contratación sucesiva a nivel interno, se establecen las consecuencias que tendrán esas situaciones por considerarse objetivamente abusivas: los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, «adquirirán la condición de trabajadores fijos» (art. 15.5, párrafo primero, LET). La sanción prevista consiste en la conversión del contrato temporal en vigor en un contrato fijo, por tiempo indefinido, demostrándose la preferencia legislativa por la estabilidad en el empleo, al favorecer los intereses del trabajador perjudicado por la prolongada situación de precariedad. Desde esta perspectiva sancionadora, estamos, por lo tanto, ante una limitación legal sobrevinida a la libertad de contratación¹⁸, pues inicialmente fue posible la misma.

Se trata de un «mecanismo automático»¹⁹ de transformación de los contratos temporales enlazados en una relación laboral de carácter indefinido, no condicionado a que la naturaleza de la actividad de la empresa y los servicios prestados tengan marcado carácter permanente. A diferencia del juego de las presunciones²⁰ favorables a la adquisición de la

¹⁴ STSJ Asturias de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016, 68584).

¹⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 299542).

¹⁶ SAN de 6 de marzo de 2016 (AS 2013, 1923).

¹⁷ SAN de 22 de diciembre de 2017 (AS 2018, 195).

¹⁸ STSJ Andalucía, Granada, de 26 de abril de 2018 (AS 2019, 31).

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Respecto de lo dispuesto, por ejemplo, en el art. 15.2 LET, véase A.L. DE VAL TENA,

condición de trabajador fijo, el encadenamiento de contratos temporales cumpliendo aquellos parámetros da lugar a la transformación del contrato del trabajador en fijo, aun cuando se pueda acreditar la naturaleza temporal de los servicios. Dicho con otras palabras, al mandato imperativo legal²¹ no cabe oponer la naturaleza temporal de la relación contractual²².

El efecto novatorio es inmediato, por el mero transcurso de los plazos legales, sin tener que esperar a que finalice el último contrato temporal de la cadena. Desde el momento en que se cumplan los requisitos impuestos por la norma, se adquiere la condición de trabajador fijo de la empresa para el desempeño de las funciones o el puesto de trabajo que se estaba ocupando en ese momento, sin perjuicio de las facultades empresariales para decidir la movilidad funcional (art. 39), la movilidad geográfica (art. 40 LET) o la modificación²³ causal de las condiciones de trabajo (art. 41 LET). Al postular dicho efecto novatorio directo, si la relación contractual última estuviera sujeta a un periodo de prueba, por haberse pacto en el contrato al no haber desarrollado esas mismas funciones con anterioridad en la empresa²⁴, de cumplir los requisitos temporales mientras transcurre el pacto de prueba, la condición de trabajador fijo impedirá la libre resolución de la relación laboral por la decisión unilateral o el desistimiento del empresario. Por la misma razón, convertida la relación laboral en fija *ope legis*, aun sin ser reconocida formalmente por el empleador, ningún efecto novatorio extintivo puede tener la posterior suscripción de un contrato temporal, por más que se acuda a una modalidad excluida de la regla de cómputo, pues se habría producido, en verdad, una renuncia²⁵ a un derecho, como se sabe

Pacto de prueba y contrato de trabajo, cit., pp. 55-58.

²¹ SAN de 10 de febrero de 2016 (JUR 2016, 36018).

²² STSJ Galicia de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013, 125708).

²³ Al respecto, la STJUE de 8 de marzo de 2012, *Martial Huet c. Université de Bretagne occidentale*, asunto C-251/11, advierte que los Estados Miembros, para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/77/CE ni su efecto útil, deben velar por que la transformación del contrato no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el trabajador cuando los cometidos de este y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos.

²⁴ El art. 14.1, último párrafo, LET solo considera nulo el pacto que establezca un periodo de prueba «cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad contractual». Como el supuesto de hecho del art. 15.5 LET incluye todos los contratos temporales para ocupar «el mismo o diferente puesto de trabajo», se considerará válido, por tanto, el periodo de prueba pactado en un nuevo contrato para realizar unas funciones diferentes y propias de un puesto de trabajo no ocupado anteriormente.

²⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 30 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 441093) y STSJ Madrid de 13 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 355939).

prohibida *ex art.* 3.5 LET.

Ser considerado trabajador fijo, sin ningún otro matiz, es la consecuencia legal que se deriva del encadenamiento de contratos temporales, pudiendo parecer que la fijeza a la que se refiere la norma es únicamente la ordinaria²⁶ o de naturaleza continua. Ahora bien, cuando la actividad desarrollada por el trabajador temporal es cíclica, combinando tiempos de prestación de servicios con otros de inactividad, se puede generar una relación laboral fija-discontinua²⁷; pero no cuando dicha ocupación laboral carezca de un verdadero carácter discontinuo²⁸, aunque entre los contratos temporales haya existido solución de continuidad. Esas interrupciones en la contratación pueden deberse a decisiones de oportunidad del empleador, sin una base objetiva, siempre aportando una causa que justifique el recurso a la contratación temporal. En cualquier caso, la condición de trabajador fijo se obtendrá a tiempo completo o a tiempo parcial, según la modalidad cierta del contrato vigente en el momento de superar los veinticuatro meses en el periodo de referencia de treinta meses.

Como se ha subrayado, la ampliación del supuesto de hecho normativo llevó a computar tanto los contratos de trabajo suscritos directamente por la empresa o empresas del grupo con un mismo trabajador, como los celebrados a través de una empresa de trabajo temporal, lo que se ha interpretado como una mejora de la protección por parte de la norma española, que va más allá de la Directiva europea, resultando plenamente lícito a tenor de la cláusula de mayor favorabilidad²⁹. Atendiendo a la finalidad de la norma, que es evitar el abuso en la contratación temporal, y por más que no se diga expresamente, la adquisición de la condición de trabajador fijo habrá que referirla a la empresa usuaria, la última si forma parte de un grupo de empresas. No supone un obstáculo que el último contrato de duración determinada se haya celebrado con una empresa de trabajo temporal, por cuanto los servicios se prestan en la empresa usuaria, que se beneficia de la temporalidad y consolida la precariedad con esa contratación. A pesar del silencio de la norma, carece de sentido la conclusión contraria³⁰, aun en el supuesto de varios contratos temporales suscritos por idéntica empresa de trabajo temporal para que el trabajador preste servicios en la misma empresa usuaria.

Menos claro es el caso de una empresa de trabajo temporal que contrata sucesivamente al mismo trabajador para prestar servicios en diferentes

²⁶ STSJ Extremadura de 10 de marzo de 2011 (AS 2011, 2118).

²⁷ STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 356080).

²⁸ STSJ Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2012 (AS 2013, 623).

²⁹ J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 84.

³⁰ STSJ Madrid de 15 de octubre de 2014 (JUR 2015, 7159).

empresas usuarias, que no se integran todas en un grupo laboral de empresas, pues en ninguna de las usuarias podremos contabilizar dos contratos. Solamente en este supuesto la condición de trabajador fijo se adquirirá en la empresa de trabajo temporal, al no estar excluidas³¹ ese tipo de empresas del ámbito de aplicación del art. 15.5 LET, por más que resulte incongruente con la función que desarrollan, en tanto que, con carácter supletorio – en todo lo no previsto en su ley especial – «se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador» (disp. adic. primera, Ley 14/1994).

La medida legal se acompaña de una sanción, que opera directamente en el momento de superar el tope de tiempo acumulado de prestación de servicios con dos o más contratos de duración determinada. De esta forma, una vez sobrepasado ese límite, la relación deviene en indefinida automáticamente, sin necesidad de que se reconozca de manera formal y expresa por el empleador o haya que demandar una declaración judicial en ese sentido. Y, a falta de previsión legal expresa, cuando resulta que la sucesión de contratos con un mismo trabajador implica a varias empresas se entiende que se adquiere la condición de fijo en la última para la que presta servicios³².

La reforma de 2010, además de introducir ajustes en la redacción del art. 15.5 LET para que resultara más eficiente su aplicación, también estableció una obligación empresarial derivada de la superación del plazo máximo de duración de las contrataciones temporales sucesivas. Concretamente, «el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa» (art. 15.8 LET)³³. Sin apenas demora, cumplidos los requisitos impuestos en la norma legal, debe notificar al trabajador la adquisición de la condición de fijo. La comunicación ha de ser escrita, por medio de un documento que acreditará un hecho o circunstancia, puesto que opera una novación que no requiere suscribir otro contrato.

³¹ Exclusivamente, lo dispuesto en el art. 15.5 LET «no será de aplicación respecto de las empresas usuarias titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios» (art. 21.4, Ley 14/1994, de 1º de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal).

³² M.A. GARCÍA RUBIO, *Régimen común de la contratación temporal en el art. 15 ET*, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 310.

³³ Se incorporó esta previsión legal en el apartado 9 del art. 15 LET, según dispuso el art. 1.3 del RD-Ley 10/2010.

El documento justificativo, sin embargo, no tiene un valor constitutivo de la relación laboral fija, tan solo meramente informativo, de cumplirse aquella obligación empresarial, sin que su inobservancia provoque consecuencias negativas para el trabajador. Para el empresario, de la falta de entrega al trabajador de dicho documento se deriva una responsabilidad administrativa, puesto que su incumplimiento constituye una infracción leve en materia de relaciones laborales individuales (art. 6.4-*bis* TRLISOS), sancionable en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros, en su grado medio, de 126 a 310 euros, y en su grado máximo, de 311 a 625 euros (art. 40.1.a TRLISOS).

Quizá por poner el foco en la obligación de documentar la condición de trabajador fijo, más que en reconocer esa “categoría”, y su consiguiente tipificación como infracción leve, es poco frecuente, en la práctica, la intervención empresarial, dejando continuar la prestación de servicios bajo el estado de temporalidad de origen. Es más habitual que a la finalización del último contrato de trabajo temporal de la serie, comunicada por el empresario como extinción por el cumplimiento del término, responda el trabajador que se considere fijo con una demanda por despido³⁴, alegando que su contrato se había convertido en indefinido, según lo dispuesto en el art. 15.5 LET.

En todo caso y, en particular, para poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa, «el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados» (art. 15.8 LET)³⁵. El Servicio Público de Empleo deberá emitir dicho documento y ponerlo en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios, sin establecer plazo para ello.

2. Aplicación de los límites al encadenamiento de contratos de trabajo temporales en las Administraciones Públicas

Al mismo tiempo que el legislador reformista, en varias intervenciones, ha ido conformando las reglas que limitan la sucesión o el encadenamiento de contratos temporales y su sanción, en paralelo ha especificado las condiciones de aplicación de dichas pautas en el ámbito de las Administraciones públicas, cuando estas actúan como parte empleadora,

³⁴ Vid. A.L. DE VAL TENA, *Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción*, cit., pp. 163-165.

³⁵ Se agregó esta previsión legal en el apartado 9 *in fine* del art. 15 LET, según dispuso el art. 1.3 de la Ley 35/2010.

contratando trabajadores al amparo de las modalidades contractuales de duración determinada.

Así, de entrada, el RD-Ley 5/2006 y, a continuación, la Ley 43/2006 condicionaron la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas, de modo que lo dispuesto en el art. 15.5 LET «surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable», según la redacción dada a la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.

Posteriormente, mientras el RD-Ley 10/2010 mantuvo la versión vigente en aquel tiempo de la disposición adicional decimoquinta, la Ley 35/2010 sumó nuevos contenidos. Al respecto, en su primer apartado, confirma que los límites legales surtirán efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y – esta es la novedad – en «sus organismos públicos vinculados o dependientes», así como las consecuencias particulares por tratarse de empleadores públicos, si bien puntualiza que «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo».

A continuación añade dos nuevos apartados a la disposición adicional decimoquinta LET: uno, el segundo, referido a la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados; otro, el tercero, alusivo a la aplicación del límite al encadenamiento de contratos *ex* art. 15.5 LET, especificando «solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas» y que, en todo caso, lo dispuesto en dicho artículo «no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley».

También, desde entonces, la disposición adicional decimoquinta LET mantiene su mismo tenor, en lo relativo a la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas.

En realidad, como se expone a continuación, se adaptan aquellas reglas para diseñar un régimen singular aplicable a las Administraciones públicas que se manifiesta como un verdadero privilegio, poco justificable en la actualidad³⁶ por ser un empleador que no es ajeno a la utilización abusiva de la contratación temporal encadenada.

2.1. La acomodación del régimen común

Desde que las leyes de reforma de 2006 consolidaran la regla dirigida a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal, se puso de manifiesto – simultáneamente – que lo dispuesto en el art. 15.5 LET surtiría igualmente³⁷ efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sin que ello fuera un obstáculo para proceder a la cobertura de los puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios, aplicando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Por consiguiente, la restricción al uso sucesivo de la contratación temporal también resultaba aplicable frente a una Administración Pública empleadora, en tanto puede celebrar contratos de trabajo de duración determinada al amparo de la legislación laboral.

2.1.1. El singular supuesto de hecho normativo

La técnica normativa fue dar una nueva redacción, radicalmente diferente³⁸, a la disposición adicional decimoquinta LET; tenor literal que se mantuvo en los mismos términos, incluso, en la versión primera de la reforma legislativa de 2010, es decir, en el RD-Ley 10/2010.

³⁶ I. MARÍN ALONSO, *Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2011, n. 2.

³⁷ Citando la jurisprudencia comunitaria, afirma F. RAMOS MORAGUES, *Contratación temporal en las Administraciones Públicas: aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos*, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *op. cit.*, p. 1536, que una normativa nacional que prohíba en el sector público la transformación de los contratos temporales en indefinidos, sin recoger ninguna medida alternativa que evite y sancione la utilización de los mismos, vulnera y frustra el efecto pretendido por la Directiva 1999/70/CE.

³⁸ La Ley 12/2001 incorporó una nueva disposición adicional decimoquinta al – entonces vigente – texto refundido de la LET, aprobado por el RDL 1/1995, de 24 de marzo, si bien con un contenido muy distinto, relativo a la situación de exclusión social que habilitaba para la concertación del contrato de formación.

La modificación más profunda llegó con la aprobación de la Ley – de reforma – 35/2010. En efecto, tras ratificar la vigencia de la limitación del encadenamiento de contratos de duración determinada en el ámbito de las Administraciones Públicas y los organismos públicos, incorporó particularidades en su aplicación, en la misma línea que también matizó, con una finalidad opuesta, el supuesto común de aplicación en las empresas.

De entrada, rige – como anteriormente – la regla del art. 15.5 LET sobre los límites al encadenamiento de contratos temporales, que «surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable» (disp. adic. decimoquinta.1, párrafo primero, LET). En verdad, el único cambio fue sustituir la referencia a las «Administraciones Públicas y sus organismos autónomos» por otra más precisa a las «Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes».

Ahora bien, que se aplique el límite al encadenamiento de contratos previsto en el art. 15.5 LET a las «Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes» no significa que cada Administración Pública, en conjunto, se considere un único empleador. A aquellos efectos, «solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas» (disp. adic. decimoquinta.3 LET). En consecuencia, se mantienen como empleadores independientes cada Administración Pública y cada organismo público, agencia o entidad de derecho público con personalidad jurídica propia³⁹, aunque estén vinculadas o sean dependientes de una de ellas. A diferencia del ámbito privado, una Administración Pública y sus organismos públicos vinculados o dependientes no conformarán un “grupo empresarial”⁴⁰; sirva el símil para explicar la menor fuerza expansiva de la regla que limita la sucesión de contrataciones temporales en un entorno u otro.

Si con carácter general no se computan – recuérdese – los contratos formativos, de relevo e interinidad, los contratos temporales celebrados en

³⁹ STSJ Andalucía, Sevilla, de 10 de octubre de 2019 (AS 2020, 97).

⁴⁰ En la misma idea, R. ROQUETA BUJ, *Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, en *Trabajo y Seguridad Social* – CEF, 2020, n. 442, p. 33.

el marco de programas públicos de empleo-formación, así como tampoco los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado (art. 15.5, último párrafo, LET), en el círculo de las Administraciones Públicas también se excluyen del cómputo «las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley» (disp. adic. decimoquinta.3 LET).

Ciertamente, cobra especial relevancia la exclusión común de los contratos de interinidad, por su utilización habitual, y el reenvío singular a otras modalidades particulares o específicas de contrato de trabajo que pueda determinar el legislador, como las contempladas en la Ley Orgánica de Universidades, a saber⁴¹: las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante (art. 48.2, Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades).

Entre esas cualesquiera otras normas con rango de ley que contemplan modalidades de contrato de trabajo específicas⁴² hallamos la Ley 14/2011, de 1º de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, que configura las siguientes modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador: contrato predoctoral, contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y contrato de investigador distinguido (art. 20.1, Ley 14/2011).

Además, ampliando la excepción, a los contratos por obra o servicio para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica⁴³, referidos en los arts. 20.2, 26.7 y 30 y el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 14/2011, «tampoco les resultará de aplicación lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 15.5

⁴¹ *In extenso*, véase A.L. DE VAL TENA, *Comentario a la disposición adicional decimoquinta. Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012, pp. 1199-1200.

⁴² Sorprende que la SJS n. 4 Murcia de 26 de junio de 2018 (AS 2019, 635) considere así la contratación de profesores especialistas para determinados módulos de Formación Profesional (art. 95.2, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, y RD 1560/1995, de 21 de septiembre, que regula el régimen de contratación de los profesores especialistas).

⁴³ Antes, a esa conclusión – bien es verdad que de manera muy forzada o, mejor, dicho errónea – había llegado la STSJ Madrid de 24 de abril de 2017 (AS 2017, 1218). Con mejor criterio, la STSJ Andalucía, Granada, de 26 de abril de 2018, cit., sí los computó.

LET» (disp. adic. vigesimotercera, párrafo segundo, Ley 14/2011). De todos modos, esta última salvedad «se aplicará únicamente a las Administraciones Públicas, organismos públicos, universidades públicas y otras entidades del sector público consideradas agentes de ejecución del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación de acuerdo con el artículo 3.4 de esta ley, que formalicen contratos temporales para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica» (disp. adic. vigesimotercera, párrafo tercero, Ley 14/2011).

Se llegó a esa redacción clarificadora después de la entrada en vigor del RD-Ley 14/2017, de 6 de octubre, que en su disposición final segunda incorporó una modificación de la disposición adicional vigesimotercera de la Ley 14/2011, con la finalidad de delinear nítidamente el ámbito del sector público al que se destinan las reglas específicas. Con la redacción anterior surgían dudas sobre la aplicación del régimen excepcional en determinadas entidades del sector público, como, por ejemplo, las universidades públicas o los organismos públicos de investigación de las Administraciones Públicas autonómicas⁴⁴.

En esa modificación de la disposición adicional vigesimotercera de la Ley 14/2011 concurrían, por la naturaleza y finalidad de la misma, circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, como presupuesto habilitante para la aprobación de un Real Decreto-Ley. En primer lugar, según se afirma en la introducción de la norma de urgencia, muchas de las entidades públicas no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la norma, pese a verse obligadas a efectuar contrataciones temporales, dadas las limitaciones a la contratación laboral contenidas en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado desde 2012, por lo que muchos de los contratos temporales podrían dar lugar a que el trabajador instara una declaración para que se reconociera la fijeza o, mejor, la duración indefinida⁴⁵ de la relación laboral por el encadenamiento de contratos *ex art.* 15.5 LET. Asimismo, en segundo lugar, con la extinción de los contratos, sería necesario proceder a nuevas contrataciones, para mantener el nivel de excelencia de las entidades de investigación y, dadas las peculiaridades y

⁴⁴ Advirtiendo esta laguna, la disposición adicional quinta de la Ley 17/2018, de 4 de diciembre, de investigación e innovación de Aragón, precisó la contratación temporal de personal investigador y de personal técnico de apoyo a la investigación para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica.

⁴⁵ Así, la sucesión de contratos temporales de obra o servicio para desarrollar las distintas fases de un mismo proyecto de investigación se consideró una prestación de servicios en el mismo puesto de trabajo cuando las funciones desempeñadas en todos ellos eran acordes a la condición y categoría profesional del trabajador (STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011, 5944)).

altísima especialización de las mismas, resultaba muy importante poder hacer uso de este mecanismo de flexibilidad⁴⁶ que permite contrataciones del mismo personal y de más larga duración, propia de proyectos de investigación complejos o continuados, aun celebrando contratos sucesivos con el mismo trabajador.

En definitiva, lo dispuesto en el art. 15.5 LET sobre los límites al encadenamiento de contratos se aplica – criterio general – a las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes con las particularidades – excepciones – siguientes: una, que solamente se tienen en cuenta los contratos celebrados por cada una de las Administraciones Públicas, sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y otras entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, aun vinculadas o dependientes de las ellas mismas; otra, que no será de aplicación respecto de las modalidades específicas de contrato de trabajo contempladas en la LO 6/2001 y en la Ley 14/2011, así como a cualquier modalidad contractual que identifique una norma con rango de ley. Ha sido el caso singular del contrato por obra o servicio para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica⁴⁷, frente a los que no rige lo dispuesto en el art. 15.5 LET cuando la parte empleadora sea una Administración Pública, un organismo público, una universidad pública u otra entidad del sector público considerada agente de ejecución del Sistema Español de Ciencia,

⁴⁶ De ahí que la disposición transitoria única del RD-Ley 14/2017 estableciera que «los contratos por obra o servicio determinados vinculados a un proyecto específico de investigación científica y técnica suscritos por las Administraciones públicas, organismos públicos, universidades públicas y otras entidades del sector público consideradas agentes de ejecución del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, que estén vigentes en el momento de la entrada en vigor de la modificación por este real decreto-ley de la disposición adicional vigesimotercera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, quedarán acogidos a lo previsto en la misma».

⁴⁷ Hasta la entrada en vigor del RD-Ley 14/2017, los contratos de trabajo por obra o servicio determinado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica no quedaron excluidos de la regla que limita el encadenamiento de contratos de duración determinada, por no ser propiamente una modalidad particular de contrato de trabajo contemplada en la en la LO 6/2001 o en cualesquiera otras normas con rango de ley. Confirma este último criterio, recientemente, la STS de 18 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5024) pues, siendo cierto que las Universidades también pueden contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (art. 48.1, LO 6/2001), ello no convierte al contrato de obra o servicio determinado en una de las modalidades “particulares” o “específicas” del ámbito universitario, sino que, adicionalmente a estas modalidades particulares, las universidades “también” pueden utilizar la modalidad contractual general o común del contrato de obra o servicio determinados.

Tecnología e Innovación.

Para la aplicación de este régimen excepcional, se tendrá en cuenta la fecha de entrada en vigor de las respectivas normas de reforma, en relación también con las pautas de aplicación transitoria del art. 15.5 LET, según su redacción en cada momento. Si, para determinar la regla general aplicable al encadenamiento de contratos, la fecha de celebración del contrato es el que aporta mayor seguridad jurídica, no se tomará en consideración – por el contrario – ese mismo dato de suscripción del contrato⁴⁸ para la aplicación del régimen excepcional, que neutraliza su aplicación, resultando elemento decisivo la fecha de entrada en vigor de la Ley 35/2010, esto es, el 19 de septiembre de 2010, de modo que, en consecuencia, lo relevante es determinar si se superaron los veinticuatro meses en el periodo de referencia de treinta meses con anterioridad⁴⁹ o con posterioridad⁵⁰. Asimismo, en el supuesto singular de los contratos para obra o servicio determinado vinculados a un proyecto específico de investigación científica o técnica, la fecha a tener en cuenta será la de entrada en vigor de la Ley 14/2011, con sus modalidades de contrato de trabajo específicas para el personal investigador y, sobre todo, respecto de su régimen de excepcionalidad⁵¹ su disposición adicional vigesimotercera, también modificada en su redacción.

2.1.2. La sanción aplicable: adquirir la condición de indefinido no fijo

De resultar aplicables los límites al encadenamiento de contratos temporales y superados los mismos, por ejemplo cuando la modalidad contractual sea una figura propia de la legislación laboral ordinaria⁵², la sanción no podrá ser adquirir la condición de trabajador fijo, sino la de

⁴⁸ STSJ Andalucía, Granada, de 26 de abril de 2018, cit.

⁴⁹ STS de 3 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2794). Obsérvese que no es la fecha de entrada en vigor del RD-Ley 10/2010, pues la redacción dada por esta norma de urgencia a la disposición adicional decimoquinta confirmaba la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, sin establecer todavía las particularidades incorporadas – meses después – por la Ley 35/2010. Puede advertirse esta confusión en la STSJ Madrid de 24 de abril de 2017, cit.; no así, en cambio, en la STSJ Madrid de 12 de diciembre de 2019 (AS 2020, 1346), que marca con nitidez la entrada en vigor de la Ley 35/2010, que introdujo la expulsión de determinados contratos de trabajo.

⁵⁰ STSJ Murcia de 6 de septiembre de 2017 (AS 2018, 417).

⁵¹ STSJ Madrid de 11 de mayo de 2020 (AS 2020, 2042).

⁵² STSJ Madrid de 14 de mayo de 2018 (JUR 2018, 218231) y STSJ Madrid de 13 de junio de 2018 (JUR 2018, 224235).

trabajador indefinido no fijo de plantilla⁵³, de modo que el trabajador seguirá ocupando el puesto de trabajo hasta su cobertura definitiva por los procedimientos ordinarios⁵⁴.

En el ámbito de las Administraciones Públicas, las consecuencia de aplicar la regla del art. 15.5 LET no puede ser que el trabajador logre la condición de fijo. Por la condición de empleador público y, principalmente, por la obligación de aplicar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (arts. 1.3.b y 55.1 TREBEP), la conclusión será calificar la relación de ese personal laboral «por tiempo indefinido»⁵⁵.

Permanece, al respecto, una prevención, en el sentido de no impedir que, reconocida la condición de trabajador indefinido no fijo, conforme anticipó la jurisprudencia⁵⁶ y ha admitido después el legislador (arts. 8.2.c y 11.1 TREBEP), se pueda proceder a la cobertura de ese puesto de trabajo conforme a los procedimientos ordinarios, respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (art. 103.3 CE).

Con esta cautela se reconoce, indirectamente, que la adquisición de la nueva condición de trabajador fijo no será así en las Administraciones Públicas, donde la figura se sustituye, precisamente para preservar aquellos principios constitucionales, por la de indefinido no fijo. Deducción que se confirma puesto que, en cumplimiento de esa previsión, «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo» (disp. adic. decimoquinta.1, párrafo segundo, LET). Habrá tenido lugar, por lo tanto, el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, manteniéndose en el mismo puesto de trabajo, hasta su

⁵³ STSJ Castilla-La Mancha de 13 de febrero de 2013 (AS 2013, 176), STSJ Andalucía, Granada, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018, 254308), STSJ Madrid de 13 de junio de 2018, cit., y STSJ Castilla-La Mancha de 27 de abril de 2020 (JUR 2020, 155199), entre otras muchas.

⁵⁴ Esa es, verdaderamente, la causa de extinción del contrato indefinido no fijo; así se desprende de la argumentación expuesta en la STS de 28 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1808).

⁵⁵ En función de la duración del contrato de trabajo, el personal que desempeñe funciones retribuidas en las Administraciones Públicas podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal (art. 11.1 TREBEP).

⁵⁶ La STS de 7 de octubre de 1996, por vez primera, diferenciará entre personal fijo y personal indefinido. Un análisis de su evolución jurisprudencial en M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *El personal "indefinido no fijo". Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 18-38.

cobertura reglamentaria⁵⁷, momento en el que se producirá la extinción del contrato por una causa objetiva “asimilable”⁵⁸, con derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, que corresponda en función de su antigüedad, salvo que se presente al proceso público de selección y resulte propuesto para acceder a la plaza.

Sin duda, el reconocimiento del trabajador como fijo en estos casos chocaría con la doctrina jurisprudencial consolidada sobre las consecuencias que la contratación laboral irregular o en fraude de ley tiene en las Administraciones Públicas, donde se ha establecido que la irregular celebración de contratos temporales con las Administraciones Públicas se salda con su conversión en contratos indefinidos, lo que no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza en la plantilla con adscripción definitiva a su puesto de trabajo, pues tal condición está ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario⁵⁹. Se declara el carácter indefinido del contrato en el sentido de que no está sometido directa o indirectamente a un plazo, pero sin que ello sea obstáculo a que la Administración empleadora pueda adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo; y, «producida esta provisión en la forma que legalmente sea procedente, existirá una causa de extinción contractual»⁶⁰.

En efecto, el art. 15.5 LET sanciona expresamente la actuación empresarial tipificada con la adquisición de la condición de fijo de la empresa por parte del trabajador implicado en la contratación encadenada y no con el reconocimiento del carácter indefinido de la relación contractual. Sin embargo, la condición de trabajador fijo que atribuye el legislador en estos casos se refiere más a la posición subjetiva del trabajador en la empresa, que le garantiza la estabilidad en su puesto de trabajo únicamente hasta la

⁵⁷ STS de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 5241), que declara ajustada a derecho la extinción del contrato de trabajo por cobertura reglamentaria de la plaza, aunque se haya obtenido el reconocimiento de la condición de indefinido por sentencia, pasándose a cubrir la plaza desde entonces como indefinido en lugar de como temporal.

⁵⁸ STS de 28 de marzo de 2017, cit., y STS de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2569), que justifican el cambio de doctrina, y es que, anteriormente, se reconocía al trabajador el derecho a una indemnización igual a la que correspondía por la extinción de un contrato temporal *ex* art. 49.1.ª LET (STS de 15 de junio de 2015 (RJ 2015, 4287), STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4782), STS de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 915) y STS de 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5622)).

⁵⁹ Por todas, desde antiguo, STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1000) y STS de 21 de enero de 1998 (RJ 1998, 1138).

⁶⁰ STS de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8659) y STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 33).

cobertura del puesto de trabajo de que se trate por los procedimientos ordinarios, teniendo lugar entonces la extinción de la relación de trabajo. Como las Administraciones Públicas están situadas «en una posición especial en materia de contratación laboral»⁶¹, la aplicación de la norma limitadora del encadenamiento de contratos no debe dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de Derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, resultando procedente reconocer la duración indefinida de la relación laboral, en los términos y con las consecuencias señaladas por el legislador y la jurisprudencia.

Por último, respecto del cumplimiento de la obligación de documentar la condición de trabajador indefinido no fijo por las Administraciones Públicas empleadoras, se debe tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, al establecer que los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas «no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, *ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva*»⁶², salvo cuando ello se derive de una resolución judicial» (disp. adic. cuadragésima tercera, § 2, Ley 6/2018). Por más que sea una ley de presupuestos, esta disposición «tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor» (disp. adic. cuadragésima tercera, § 5, Ley 6/2018), que no proyecta sombra de duda sobre su aplicación inmediata, así como su carácter imperativo, a expensas de su derogación.

2.2. Reflexión final: ¿un privilegio para las Administraciones Públicas empleadoras?

Este conjunto de previsiones aplicables tanto a las empresas como a las Administraciones Públicas, asumiendo su papel – unas y otras – de empleador en una relación de trabajo, pretenden, en último extremo, condicionar y frenar la utilización abusiva de la contratación laboral de

⁶¹ Por todas, STS de 20 de enero de 1998, cit.

⁶² Se declaró inconstitucional y nulo el inciso destacado por STC n. 122/2018, de 31 de octubre, si bien respecto del mismo tenor en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

carácter temporal.

El tenor del art. 15.5 LET, conformado de manera “aluvial”, se ha ajustado⁶³ con el propósito de hacer más eficaz la regla que contiene el encadenamiento de contratos temporales. *Ex lege*, tipifica un supuesto de hecho suficientemente amplio, precisando, a tales efectos, lo que se entiende por contratación sucesiva y las consecuencias que tendrá cuando se considere objetivamente abusiva; así, «los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos» (art. 15.5, párrafo primero, LET).

Se completa el supuesto de hecho con dos referencias más en el mismo precepto estatutario: una para ampliarlo, en tanto «lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente» (art. 15.5, párrafo segundo, LET); otra para reducirlo, «no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado» (art. 15.5, último párrafo, LET).

Se perfila, así, un criterio objetivo de limitación de los contratos de trabajo temporales, hasta un tope máximo, sin necesidad de apreciar otras circunstancias, ni siquiera indiciarias de abuso o fraude de ley. Tras la actualización del supuesto de hecho, se anuda como sanción una novación contractual, transformando la naturaleza del vínculo a indefinido, por imperativo legal, o – con palabras del legislador – convirtiendo al trabajador temporal en fijo.

En paralelo, y teniendo en cuenta la relevancia de esos cambios normativos, el legislador ha completado la redacción dada a la disposición adicional decimoquinta LET, precisando el alcance que esas concretas novedades tienen en el ámbito de las Administraciones Públicas; en particular, cuando tiene lugar un encadenamiento de contratos laborales de carácter temporal

⁶³ Varias propuesta de *lege ferenda* en A.L. DE VAL TENA, *Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción*, cit., pp. 175-176.

suscritos entre un trabajador y una Administración Pública, señalando en qué supuestos se adquiere la condición de trabajador indefinido.

La interpretación de la primera versión de la norma por los órganos judiciales, restrictiva por la referencia a la ocupación del mismo puesto de trabajo, orientó la reforma legislativa. Bajo la razón última, así declarada, de extender su aplicación a un mayor número de supuestos, lo que se logra indudablemente, también conoce nuevas limitaciones. Si, por una parte, la regla de conversión automática de un contrato temporal en fijo, una vez superado el periodo indicado y cumpliendo el resto de requisitos, no es aplicable a más modalidades contractuales, igualmente cuando se recurre a los contratos temporales «utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado»; por otra, en la esfera de las Administraciones Públicas «sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas, sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas», además de añadir otras a la enumeración común de modalidades contractuales a las que no se aplica el límite al encadenamiento de contratos, solo en el caso de las Administraciones Públicas, identificadas como modalidades particulares de contrato contempladas en la LOU o «en cualquier otra norma con rango de ley», como así ocurre en la LCTI.

Este régimen singular para las Administraciones Públicas se manifiesta como un privilegio, carente de justificación, sobre todo por la utilización abusiva de la contratación temporal encadenada en ese ámbito, resultando, en cambio, acertada la sanción legal específica: la indefinición temporal, que no fijeza, del vínculo contractual, de modo que «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo» (disp. adic. decimoquinta.1, párrafo segundo, LET); continuidad en la prestación de servicios que igualmente finalizará, aunque el tenor del precepto no lo contemple, cuando se amortice el puesto de trabajo ocupado, de tener aquella, verdaderamente, naturaleza temporal, debiendo seguir el empleador público el cauce extintivo del art. 51 o 52 LET.

3. Bibliografía

ALFONSO MELLADO C.L., [Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales](#), en [Temas Laborales](#), 2010, n. 107, pp. 87-122

ARAGÓN GÓMEZ C., *Disposición adicional decimoquinta. Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas*, en J. CRUZ VILLALÓN, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.M. GOERLICH PESET, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2016

BALLESTER LAGUNA F., [¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2015, n. 4, pp. 173-197

BALLESTER LAGUNA F., *La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador*, en *Revista de Derecho Social*, 2014, n. 68, pp. 209-234

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I., *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021

CRUZ VILLALÓN J., *El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea*, en *Documentación Laboral*, 2018, n. 113, pp. 73-93

DE LA VILLA DE LA SERNA D., *Algunas cuestiones sobre el encadenamiento de los contratos temporales de trabajo tras el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 27

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR M., *Restricciones normativas al encadenamiento de contratos: problemas de la contratación temporal en las administraciones públicas*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio, al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova, 2014

DE VAL TENA A.L., *Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción*, en J. GARCÍA BLASCO, A.L. DE VAL TENA (dirs.), *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Aranzadi, 2021

DE VAL TENA A.L., *Comentario a la disposición adicional decimoquinta. Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012

DE VAL TENA A.L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, 1998

ESCUADERO RODRÍGUEZ R., *Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1, pp. 1631-1688

GARCÍA RUBIO M.A., *Régimen común de la contratación temporal en el art. 15 ET*, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I., *Los contratos de trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE)*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005

LAHERA FORTEZA J., *Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales*, en J. CRUZ VILLALÓN (coord.), *La reforma laboral de 2006 (Real decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)*, Lex Nova, 2006

LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F., *El personal “indefinido no fijo”. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, 2020

MARÍN ALONSO I., *Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2011, n. 2, pp. 703-726

MORENO I GENÉ J., *El uso y abuso de la contratación temporal del profesorado universitario. ¿Fin del “estado de excepción laboral” en las Universidades Públicas? A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n. 46

NICOLÁS BERNAD J.A., *Más de una década de cambios en la sucesión de contratos temporales: de la estabilidad a la flexibilidad (2001-2012)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2013, n. 3, pp. 63-88

PÉREZ REY J., *La incidencia de la directiva 1999/70 sobre contratación temporal*, en *Revista de Derecho Social*, 2000, n. 10, pp. 107-122

RAMOS MORAGUES F., *Contratación temporal en las Administraciones Públicas: aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos*, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016

RODRÍGUEZ CRESPO M.J., *Límites al uso abusivo de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas. Un análisis a la luz de los recientes pronunciamientos del TJUE: asuntos María Elena López contra el Servicio Madrileño de Salud (C-16/15) y Martínez Andrés y otro contra el Servicio Vasco de Salud (C-184/15)*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 4, pp. 57-69

ROQUETA BUJ R., *Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 442, pp. 23-61

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., SEMPERE NAVARRO A.V., *Límites al encadenamiento de contratos temporales*, en F. CAVAS MARTÍNEZ, J. LUJÁN ALCARAZ (coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Laborum, 2010

SANTOS FERNÁNDEZ M.D., *La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en *Revista de Derecho Social*, 2007, n. 37, pp. 139-162

SEPÚLVEDA GÓMEZ M., [Contratación temporal sucesiva y declaración de fijezza de la relación laboral ex artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Incidencia de la Reforma Laboral de 2010](#), en [Temas Laborales](#), 2010, n. 106, pp. 225-243

VALVERDE ASECIO A.J., *La limitación a la sucesión de contratos temporales: un análisis del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (I y II)*, en *Relaciones Laborales*, 2008, n. 2, pp. 303-356

Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia

Rubén PARRES MIRALLES*

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la incidencia del tiempo en la configuración del régimen fijo discontinuo a fin de determinar cómo la misma condiciona los derechos de este tipo de trabajadores y la identificación del tiempo computable a efectos de su reconocimiento o cuantificación; eso es, de la antigüedad. Todo ello al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 2309/2017) y de 30 de julio de 2020 (Rec. 324/2018), en las que se resuelve, respectivamente, sobre el tiempo computable a efectos del complemento de antigüedad regulado en el IV Convenio Colectivo de la Agencia Tributaria (AEAT) y a efectos de la indemnización por despido del art. 56.1 ET.

Palabras clave: Antigüedad, fijos discontinuos, trabajo a tiempo parcial, igualdad, proporcionalidad, complemento de antigüedad, trienios, indemnización por despido.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La incidencia del tiempo en la configuración del régimen fijo discontinuo. 3. Bibliografía.

* Profesor Ayudante LOU, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante (España).

Seniority and Permanent Seasonal Regime: the Time to be Considered for Remuneration and Compensation Purposes. Latest Developments in Case Law

ABSTRACT: This article analyses the incidence of time in the configuration of the permanent seasonal regime in order to determine how it conditions the rights of this type of employee and the identification of the time to be considered for the purposes of its recognition or quantification; that is, seniority. All of this is in line with the Supreme Court decisions of 19 November 2019 (App. 2309/2017) and 30 July 2020 (App. 324/2018), in which it ruled, respectively, on the time that should be taken into account for the purposes of the seniority supplement regulated in the IV Collective Agreement of the Tax Agency (AEAT) and for the purposes of the severance payment under article 56, § 1, of Worker's Statute.

Key Words: Seniority, permanent seasonal employees, part-time work, equality, proportionality, seniority supplement, triennia, severance payment.

1. Introducción

La antigüedad es una noción compleja en tanto que «no tiene un sentido unívoco ni una función uniforme en el marco de la relación laboral»¹, y que, además, genera una gran confusión debido a que las distintas ideas que identifica se diferencian, en ocasiones, de una manera muy sutil y difícil de apreciar.

En este sentido, se han de distinguir dos acepciones del término antigüedad que suelen confundirse debido, seguramente, a que las ideas que definen, aun cuando son claramente distintas, pueden superponerse y resultar coincidentes. La primera de ellas, tal vez la más extendida, hace referencia al tiempo de vinculación jurídico-laboral entre el trabajador y el empresario. La antigüedad, en este sentido, identificaría un periodo de tiempo determinado en atención a un hecho o circunstancia que tiene lugar durante el mismo, como es la vigencia de la relación laboral.

La segunda, por su parte, hace referencia al tiempo al que las normas laborales atribuyen valor jurídico a efectos del devengo o de la cuantificación de un derecho. En este otro sentido, pues, la antigüedad identificaría el concreto período de tiempo que resulta jurídicamente relevante a uno u otro efecto según la norma reguladora del derecho en cuestión. Pues bien, a esta segunda acepción del término antigüedad es a la que se está haciendo referencia en el título de este trabajo y en cuya problemática pretende ahondarse.

Los problemas que surgen en torno a la antigüedad, así entendida, consisten, fundamentalmente, en su identificación. En efecto, determinar cuál sea la antigüedad computable resulta difícil por dos circunstancias. La primera es que la misma no se define de manera uniforme. Efectivamente, el tiempo al que las normas reconocen valor jurídico puede variar de un derecho a otro, como así también puede variar de un aspecto a otro de un mismo derecho. Así, puede que en unos casos el tiempo computable se defina por referencia al tiempo de vinculación jurídico-laboral entre el trabajador y el empresario (supuesto prototípico en que los dos conceptos de antigüedad antes expuestos resultan plenamente coincidentes), mientras que en otros puede que el tiempo computable se defina, única y exclusivamente, por referencia al tiempo de trabajo. Las posibilidades que en este sentido pueden darse son incontables, a cuyo punto habrá que estarse a lo dispuesto por las normas reguladoras del derecho de que se

¹ Cfr. STS de 15 de marzo de 2010 (Rec. 90/2009), STS de 25 enero de 2011 (Rec. 1991/2010), STS de 25 de marzo de 2013 (Rec. 1775/2012) y STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. 1412/2014).

trate.

Y la segunda es que, en no pocas ocasiones, son las propias normas laborales las que no definen con claridad suficiente cuál sea la antigüedad computable en cada caso, generando con ello importantes dosis de inseguridad jurídica en su identificación.

Esta problemática que envuelve la determinación de la antigüedad se agrava exponencialmente cuando se proyecta sobre los derechos de los trabajadores fijos discontinuos, habida cuenta de las especialidades temporales que conforman su régimen jurídico. En efecto, la especial incidencia que encuentra el tiempo en la configuración de los derechos del fijo discontinuo plantea importantes interrogantes y genera una cierta confusión en su interpretación jurídica, lo cual, en último término, dificulta la identificación de la antigüedad computable y provoca una enorme litigiosidad sobre el particular.

En este sentido, en el último tiempo han recaído varias Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) en las que se aborda el examen de la antigüedad a efectos de distintos derechos en el marco de la relación fija discontinua. La primera de ellas es la STS de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 2309/2017), en la que, en línea con lo dispuesto en el Auto de 15 de octubre de 2019 (asuntos C-439/18 y C-472/18) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se resuelve sobre la antigüedad a efectos del *devengo* del derecho al complemento de antigüedad conforme al IV Convenio colectivo (CCo) de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Y la segunda es la STS de 30 de julio de 2020 (Rec. 324/2018), en la que se resuelve sobre la antigüedad a efectos de la *cuantificación* de la indemnización por despido improcedente conforme al art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Al hilo de estos pronunciamientos, en lo que sigue, se analizará cuál es la incidencia del tiempo en la configuración del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo, a fin de determinar cómo la misma condiciona los derechos de este tipo de trabajadores y, en última instancia, la identificación de la antigüedad computable en cada caso.

2. La incidencia del tiempo en la configuración del régimen fijo discontinuo

El tiempo, como se ha dicho, tiene una especial incidencia sobre el contrato fijo discontinuo, y ello es así en la medida en que en torno al mismo se definen cuales son, según la doctrina, las características esenciales de esta

modalidad contractual².

La primera de ellas guarda relación con la proyección temporal del vínculo jurídico-laboral existente entre el trabajador y el empresario; es decir, con la duración temporal o indefinida del contrato fijo discontinuo. A este respecto se puede afirmar que, desde el momento en que la prestación desarrollada por este tipo de trabajadores responde a una necesidad habitual de la empresa y no a una necesidad puntual o coyuntural de la misma, los contratos fijos discontinuos habrán de ser, necesariamente, de duración indefinida³.

La segunda viene referida a la distribución del tiempo de trabajo a lo largo del año. Como se sabe, el tiempo en que los fijos discontinuos prestan servicios se concentra en el marco de uno o varios períodos de actividad al año que, a su vez, se repiten año tras año, quedando la relación laboral entre uno y otro período en suspensión; de modo que en nada afecta esta situación a la vigencia de la relación laboral existente entre empresario y trabajador. Esta peculiar forma intermitente y cíclica en que se distribuye el tiempo de trabajo es, precisamente, la que caracteriza esta figura contractual y la que le otorga el calificativo de cíclica o discontinua.

A este punto resulta obligado hacer una doble anotación. Por un lado, que en función de si existe o no certeza de la fecha en que se repite cada año el referido periodo de actividad se distingue entre dos subtipos de trabajadores cíclicos o discontinuos, cuales son, respectivamente, los fijos periódicos y los fijos discontinuos *en sentido estricto*⁴. A efectos de este trabajo, y salvo que expresamente se especifique lo contrario, las alusiones realizadas a los fijos discontinuos se han de entender referidas a esta última subcategoría; esto es, a los fijos discontinuos en sentido estricto. Y, por otro lado, que las particularidades que rodean a esta modalidad de trabajo encuentran una especial protección desde el plano social, por cuanto que la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) reconoce a los trabajadores fijos discontinuos el derecho a solicitar prestaciones por desempleo entre los sucesivos períodos de actividad, si reúnen, claro está, los requisitos exigidos al efecto⁵.

Muy relacionada con la anterior, la tercera y última característica del contrato fijo discontinuo que se define en atención al tiempo tiene que ver con la menor cantidad de tiempo de trabajo prestado al cabo del año por

² Vid. M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial*, Bomarzo, 2018, p. 108.

³ *Cfr.*, a este respecto, el art. 12.3 ET.

⁴ A mayor abundamiento sobre las subcategorías en que se clasifica en trabajo cíclico o discontinuo *vid.* M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 108 ss.

⁵ *Vid.*, en este sentido, el art. 267.1.d del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

este tipo de trabajadores en comparación con los trabajadores a tiempo completo. Y es que el hecho de que la prestación de servicios desarrollada por los fijos discontinuos se aglutine en períodos de actividad inferiores al año conlleva, necesariamente, que el volumen anual de su jornada resulte inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, circunstancia esta que les convierte, por aplicación del art. 12.1 ET⁶, en trabajadores a tiempo parcial⁷.

Pues bien, aun cuando todas las características apuntadas definen el contrato fijo discontinuo desde una u otra perspectiva, es esta última, la de la parcialidad del tiempo de trabajo, la que realmente delimita su régimen jurídico. En efecto, tanto el modo en que éste se conforma como, en último término, su propio contenido, vienen condicionados por la menor cantidad de tiempo de trabajo prestado por estos trabajadores. Es por ello que se hace necesario abordar el análisis del régimen fijo discontinuo desde la perspectiva del trabajo a tiempo parcial.

Así, se ha de comenzar señalando que el régimen jurídico del contrato fijo discontinuo, como modalidad de trabajo a tiempo parcial, se conforma por comparación con el régimen del contrato a tiempo completo, en tanto que las instituciones jurídico-laborales, como es sabido, se configuran generalmente sobre la relación laboral “tipo” a jornada completa. Lo que se produce, en este sentido, es una adaptación del régimen de trabajo a tiempo completo a la menor duración de la jornada desarrollada por los trabajadores a tiempo parcial⁸.

⁶ El art. 12.1 ET dispone que «el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable».

⁷ Es cuestión pacífica en la doctrina que el contrato de trabajo a tiempo parcial no es una modalidad unitaria, sino que la misma se integra por distintos subtipos contractuales entre los que se encuentra el contrato fijo discontinuo, y que, por la misma razón, a este último le resulta de aplicación el art. 12 ET; epicentro normativo del trabajo a tiempo parcial. *Vid.*, en este sentido, M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 25; J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, 2013, pp. 86 ss., y, para un análisis detenido del encaje del trabajo fijo discontinuo en la categoría del trabajo a tiempo parcial, M.I. BENAVENTE TORRES, *El trabajo a tiempo parcial*, CES, 2005, pp. 21 ss.

⁸ En este sentido, H. MERINO SENOVILLA, *El trabajo a tiempo parcial (Un tratamiento diferente del tiempo de trabajo)*, Lex Nova, 1994, pp. 135 ss., señala que «el TTP [en referencia al trabajo a tiempo parcial] solo se puede explicar desde una postura relacional, en concreto desde la comparación con el TTC [trabajo a tiempo completo]. De otro modo, la regulación de la relación laboral se presenta en nuestra normativa como una prestación a tiempo completo – de modo expreso o tácito –, de tal forma que el TTP coexiste, únicamente, por comparación o a diferencia con el TTC». En parecidos términos, L. VICEDO CAÑADA, *El principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial*, en M.

Esta delimitación del régimen a tiempo parcial por contraposición al régimen a tiempo completo se encuentra supeditada, en todo caso, al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución española (CE). Este principio, como se sabe, se concibe en un doble sentido. En su concepción básica o paritaria, implica que lo que es igual debe ser tratado de la misma forma y lo que es desigual debe ser tratado de forma diferente; y, en su concepción evolucionada o valorativa, con la que se suele identificar al principio de no discriminación, exige una justificación objetiva y razonable del tratamiento diferente entre situaciones iguales o del tratamiento igual entre situaciones diferentes⁹.

Así pues, desde el momento en que se considera que trabajadores a tiempo completo y parcial, aun con sus diferencias respecto al tiempo de trabajo, ocupan una misma posición jurídica subjetiva, esto es, que son iguales¹⁰,

MARTÍNEZ SOSPEDRA (coord.), *La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 53, apunta que la especialidad del trabajo a tiempo parcial «reside en que se trata de una distinta ordenación del tiempo de trabajo, a saber: una duración inferior de la jornada laboral. Lo que conlleva a la adaptación del régimen jurídico ordinario a este factor, y si tal circunstancia va a producir el nacimiento de un régimen jurídico propio y específico, en función de la menor duración de la jornada, que va a coexistir con el trabajo a tiempo completo».

⁹ Para un mayor abundamiento sobre el principio de igualdad y la interpretación del mismo llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986; en concreto, sobre la cuestión apuntada, *vid.* pp. 51 ss. y 177 ss. Para un examen específico de la jurisprudencia constitucional relativa a la proyección de este principio sobre el trabajo a tiempo parcial, *vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, 2015, p. 51 ss.

¹⁰ Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia reconocen que los trabajadores a tiempo completo y parcial, pese a la diferente duración de su jornada, forman parte de un mismo colectivo indiferenciado de trabajadores regido por unos mismos criterios. Por parte de la doctrina científica, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*, Aranzadi, 1998, p. 203, señala a este punto: «Como dijimos con ocasión del análisis de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo a tiempo parcial, desde un punto de vista sustancial el objeto de este vínculo laboral es íntegramente subsumible en el concepto de prestación de trabajo que incorpora el artículo 1.1 ET. Desde esta perspectiva, los sujetos que realizan esa prestación, con independencia de la duración de su jornada, deben asumir, en principio, una igual posición jurídica [...]. También desde el punto de vista formal, la calificación jurídica y la posición sistemática del contrato de trabajo a tiempo parcial en el artículo 12 ET, como modalidad de contrato de trabajo y no como prestación excluida del ámbito de aplicación de esa Ley (art. 1.3 ET) o como relación laboral especial (art. 2 ET), confirma la opción legislativa de atribuir al trabajador a tiempo parcial una posición jurídica indiferenciada respecto de la de aquel que realiza su prestación en jornada ordinaria completa. Por lo demás, también desde esta perspectiva, la omisión de previsiones específicas sobre un régimen jurídico de derechos y obligaciones de los trabajadores a tiempo parcial en el artículo 12 ET, consolida la afirmación sobre la

este principio impone que a nivel normativo se les debe tratar de la misma forma o, en su caso, que exista una razón objetiva que justifique las diferencias de trato que puedan establecerse entre unos y otros.

Este requerimiento de trato igual entre trabajadores a tiempo completo y parcial que se deriva del principio de igualdad encuentra eco, asimismo, en la regulación ordinaria sobre trabajo a tiempo parcial existente a todos los niveles normativos¹¹. Así, a nivel internacional, el Convenio OIT C175 sobre trabajo a tiempo parcial y la Recomendación OIT R182 con el mismo nombre prevén en este sentido una serie de equiparaciones necesarias entre trabajadores a tiempo completo y parcial sobre distintas materias laborales y de Seguridad Social¹².

A nivel de la Unión Europea (UE), la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a tiempo parcial, bajo el epígrafe titulado “principio de no discriminación”, dispone en sus dos primeros apartados que, «por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas», y que, «cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*»¹³.

Y, ya a nivel interno, el art. 12.4.d ET, en transposición de la norma anterior, señala que «las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo», y que, «cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres».

El lugar preeminente que ocupa este precepto a nivel interno en lo que respecta al reconocimiento ordinario de la igualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial lo ha colocado en el punto de mira

«normalidad» de su estatuto laboral, sobre su paridad con el de la generalidad de los trabajadores (donde el legislador no distingue, no debe hacerlo el intérprete)». En sentido parecido se pronuncian, también, H. MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, p. 136, y M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 293. Por parte de la jurisprudencia, *vid.*, por todas, la STS de 23 de enero de 2009 (Rec. 1941/2008).

¹¹ Para un análisis y confrontación de las distintas normas sobre trabajo a tiempo parcial existentes a nivel internacional, de la Unión Europea y nacional, *vid.* J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 39 ss.

¹² *Ibidem*, pp. 53 ss.

¹³ *Vid.* Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

de la doctrina científica, que le ha dedicado infinidad de críticas y comentarios¹⁴. En este sentido, algún autor ha podido denunciar una falta de correspondencia entre sus contenidos y los de la norma que transpone, considerando que el principio de no discriminación que expresa la Cláusula 4 del Acuerdo Marco no encontraría reflejo en el art. 12.4.d ET¹⁵.

Sobre esta cuestión se ha de reconocer que, ciertamente, llama la atención que este último precepto no contenga ninguna referencia explícita al principio de igualdad, ni que en su redacción tampoco se exprese ninguna de las típicas fórmulas de igualdad de trato en que el mismo principio se concreta. Y que, efectivamente, puede que una fiel transposición de la norma europea bien hubiera requerido una redacción más pegada a la literalidad de su texto, en tanto que, de esa forma, al menos, se hubieran evitado las dudas sobre la efectiva correspondencia entre los contenidos de ambas normas.

Ahora bien, aun cuando el art. 12.4.d ET no lo proclama expresamente, a mi parecer no puede negarse que el mismo sí contiene el principio de igualdad. En efecto, si bien se mira este precepto viene a reconocer lo que no son si no las dos principales consecuencias que se derivan de dicho principio cuando se proyecta sobre trabajadores a tiempo completo y parcial: la igualdad de derechos y su reconocimiento en proporción al tiempo de trabajo cuando por su naturaleza dependan del mismo; y ello, al fin y al cabo, no supone más que un reconocimiento implícito de tal principio.

Lo que sí puede y debe admitirse es que se trata esta de una forma de reconocimiento particular, en tanto que está formulada de manera adaptada al concreto ámbito sobre el que se proyecta dicho principio. Una posible explicación a la misma podría encontrarse en el hecho de que la aplicación del principio de igualdad sobre los trabajadores a tiempo completo y parcial, en sus términos generales, ya se hace derivar a nivel interno, no solo del art. 14 CE, sino también de los arts. 4.2.c y 17 ET¹⁶. Efectivamente, puede que

¹⁴ *Vid.*, por todas, las reflexiones que en torno al art. 12.4.d ET formula J.A. BAZ TEJEDOR, *El principio de igualdad, no discriminación (y proporcionalidad)*, en J.A. BAZ TEJEDOR (coord.), *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad. Estudios en el marco del debate europeo «modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, Comares, 2008.

¹⁵ *Vid.* J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 114 ss.

¹⁶ En este sentido, M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 294, subraya que «no obstante la trascendencia del Art. 12.4.d) ET, podría relativizarse su importancia al considerar innecesaria la proclamación del principio de igualdad de los derechos del trabajador a tiempo parcial por derivarse necesariamente del Art. 14 CE, de los Art. 4.2.c) y 17 ET, o por deducirse de su calificación como modalidad contractual y no como relación especial». En términos parecidos se pronuncian también H. MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, p. 136, y J.A. BAZ TEJEDOR, *op. cit.*, p. 47.

en vista de ello el legislador considerara innecesario reiterar expresamente este principio en los mismos términos en el art. 12.4.d ET y, siguiendo una fórmula parecida a la de su precedente normativo¹⁷, prefiriera reconocerlo indirectamente concretando la forma en que se expresa en la comparación de ambos tipos de trabajadores.

En cualquier caso, en esta particular fórmula de reconocimiento se encontraría precisamente el que es, a mi parecer, el principal mérito y la funcionalidad del art. 12.4.d ET, en tanto que al mismo tiempo que delimita la versatilidad del principio de igualdad en el concreto marco comparativo entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial¹⁸, define cuales son las reglas o pautas que permiten conformar el régimen jurídico de esta última modalidad contractual dentro del respeto al mismo principio. Tales pautas serían, pues, las dos mencionadas anteriormente y que se contienen, respectivamente, en la primera y la segunda parte del art. 12.4.d ET. La primera de ellas sería la igualdad de derechos; o, más específicamente, la igualdad en la titularidad de derechos. No hay duda, en efecto, de que la principal consecuencia y exigencia que se deriva del trato igual que impone el principio de igualdad se concreta en que trabajadores a tiempo completo y parcial, en la medida en que ocupan una misma posición jurídica, han de ser titulares del mismo catálogo de derechos y obligaciones; ello salvo que existiera, claro está, una razón objetiva que justificase lo

¹⁷ El art. 19 del RD 2317/1993, de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, señalaba en términos similares a los del vigente 12.4.d ET que «los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva». Para un análisis y contraposición de ambos preceptos y su contenido, *vid.* T. SALA FRANCO, *Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial*, en M.E. CASAS BAAMONDE, F. VALDÉS DAL-RÉ (coords.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, 2000.

¹⁸ La versatilidad del principio de igualdad deriva de la diversidad de sus manifestaciones en función de distintas circunstancias, entre las que se encuentra la materia sobre la que se proyecta y la concreta relación de sujetos sometidos a comparación. A este respecto, H. MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, p. 135, apunta que «la igualdad sólo puede ser comprendida en un sentido relativo y funcional, dentro de unas concretas coordenadas histórico-sociales. De esto va a depender el grado de protección y tutela, y también la amplitud o restricción en su formulación. Además, y como dato básico, hay que tener en cuenta que al ser un concepto prioritariamente relacional, solo se puede entender por comparación con la situación que trata de establecer el respeto o no a la igualdad. No se puede definir de modo abstracto, como una plantilla trasladable a todos los supuestos». Siendo así, pues, es clara la utilidad del art. 12.4.d ET en lo que respecta a la delimitación de la versatilidad de este principio en el concreto marco comparativo de los trabajadores a tiempo completo y parcial. En sentido parecido, *vid.* también J.A. BAZ TEJEDOR, *op. cit.*, pp. 50 ss.

contrario¹⁹.

Más dudas y comentarios ha despertado la segunda regla contenida en el art. 12.4.d ET. Ésta, como se vio, se concretaría en que aquellos derechos de los que son titulares por igual trabajadores a tiempo completo y parcial «serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado», cuando así corresponda en atención a su naturaleza.

A partir de esta previsión, la doctrina y la jurisprudencia distinguen dos principios reguladores de los derechos de los trabajadores, cuales son el principio de equiparación y el de proporcionalidad. Cada uno de estos principios, *a priori*, estaría llamado a regular derechos de distinta naturaleza y, en atención a ésta, a otorgar al tiempo de trabajo una distinta incidencia en su reconocimiento.

Así, el principio de equiparación estaría llamado a regular aquellos derechos que por su naturaleza no tuvieran relación o dependencia con el tiempo de trabajo y, por tal razón, no habría de otorgar a este factor ninguna incidencia sobre los mismos. Conforme al principio de equiparación, pues, el reconocimiento de tales derechos no se vería afectado por la mayor o menor cantidad de tiempo de trabajo prestado por el trabajador.

El principio de proporcionalidad, por el contrario, habría de regular aquellos derechos que por su naturaleza dependieran del tiempo de trabajo, bien porque su sentido y funcionalidad se definan en razón de este último, bien porque su devengo o sus efectos estén vinculados al mismo en virtud de una relación de causalidad²⁰. Y, en atención a esta vinculación o dependencia con el tiempo de trabajo, este principio habría de otorgar a dicho factor una incidencia directa sobre los derechos de los trabajadores, los cuales se van a reconocer en proporción o en la justa medida del tiempo de trabajo prestado.

Así pues, a través del principio de proporcionalidad se va a plasmar en el plano jurídico la diferencia fáctica que existe entre trabajadores a tiempo completo y parcial, consistente en una distinta cantidad de tiempo de trabajo. Es a través de este principio, en fin, que se adapta el régimen

¹⁹ Vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 203, y, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial*, en *Documentación Laboral*, 2017, n. 110, p. 88.

²⁰ A este respecto, M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 304, señala que «la naturaleza de los derechos ha de ser tal que se vincule, directa o indirectamente, al tiempo trabajado en virtud de una relación de causalidad en su devengo (caso de todos aquellos que se constituyan en contraprestación del trabajo), que su finalidad o razón de ser – y consiguientemente su funcionalidad – se conecte al tiempo de trabajo, o que, sencillamente, sus presupuestos o condiciones, dimensiones y medida se extiendan en el tiempo». En similares términos, *vid.* J.A. BAZ TEJEDOR, *op. cit.*, p. 73.

jurídico del trabajo a tiempo completo a la menor duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial y que se delimita, en consecuencia, el contenido jurídico de esta modalidad de trabajo.

Siendo así, no ha de extrañar que el principio de proporcionalidad sea el asunto que mayores incertidumbres y controversias haya suscitado en el marco del trabajo a tiempo parcial. Entre otras cuestiones, se ha planteado a) si este reconocimiento proporcional de los derechos no supondría una vulneración del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y parcial, b) si el principio de equiparación no habría de tener una preferencia aplicativa frente al principio de proporcionalidad y c) si la efectiva proyección de este último sobre los derechos de los trabajadores no habría de atender a alguna otra circunstancia más allá de la propia naturaleza de los derechos.

a) Relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad

Sobre si el principio de proporcionalidad contraviene o no el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional (TC) ha podido reconocer que la proporcionalidad «es uno de los aspectos de la igualdad»²¹. En línea con ello, la mayoría doctrinal coincide en admitir que el principio de proporcionalidad constituye una consecuencia lógica del principio de igualdad y que, como tal, no sería sino una forma de expresión de este último²².

A este respecto, además, se suele afirmar que el principio de proporcionalidad supone una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial en tanto que su aplicación sobre los derechos de ambos tipos de trabajadores arroja en cada caso un resultado o un *quantum* distinto, y que esa diferencia de trato, no obstante, encontraría acomodo en

²¹ Cfr. STC 177/1993, de 31 de mayo (en *BOE*, 5 julio 1993, n. 159).

²² A este respecto, J.A. BAZ TEJEDOR, *op. cit.*, p. 69, señala que el principio de proporcionalidad «se configura como un aspecto predicable del principio de igualdad, máxime en su definición meramente aritmética ligada a la conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí. De manera que en relación a aquellos derechos divisibles o cuantificables por naturaleza, vinculados al tiempo de trabajo, la manifestación de igualdad constituye su reconocimiento en función de la entidad de la prestación laboral desenvuelta, esto es, «en función del tiempo trabajado», conforme al art. 12.4 d) ET». *Vid.*, en el mismo sentido, A. BAYLOS GRAU, *Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contratos de relevo*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (coord.), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, 1994, p. 145; H. MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, p. 142; L. VICEDO CAÑADA, *op. cit.*, p. 56; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial*, *cit.*, p. 89; J.F. LOUSADA AROCHENA, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, p. 51.

el principio de igualdad en la medida en que estaría justificada en la distinta duración de la jornada de cada trabajador²³.

Pues bien, esta afirmación requiere de una breve reflexión, en tanto que puede dar lugar a confusión. En este sentido, se ha de subrayar que la “diferencia de trato” a la que se hace alusión está referida al distinto resultado que ofrece la aplicación del principio de proporcionalidad sobre los derechos de los trabajadores a tiempo completo y parcial, y que ese distinto resultado no se produce tanto porque este principio conceda un trato diferenciado a cada tipo de trabajador, como por la diferente situación fáctica en la que se encuentra cada uno de ellos; esto es, a la diferente cantidad de tiempo de trabajo que prestan.

En efecto, la proporcionalidad, por definición, exige que el criterio en torno al cual se articule tenga el mismo valor entre los supuestos sometidos a comparación. Así, para poder considerar que existe proporcionalidad al “tiempo de trabajo” en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores a tiempo completo y parcial, dicho factor temporal se ha de definir o valorar de una misma forma en ambos casos. De modo que, desde esta perspectiva, no puede considerarse que el principio de proporcionalidad suponga en sí mismo una diferencia de trato.

Cuestión distinta sería que, a efectos de un mismo derecho, al factor tiempo de trabajo se le otorgase una distinta valoración en atención a la duración de la jornada de cada trabajador, en cuyo caso, sencillamente, no se estaría aplicando un criterio de proporcionalidad y sí se estaría produciendo, de base, una diferencia de trato entre los trabajadores sometidos a comparación.

En definitiva, lo que se produce en aplicación del principio de proporcionalidad es la proyección de un trato igual (misma valoración del factor tiempo de trabajo en reconocimiento de derechos) sobre situaciones desiguales (distinta cantidad de tiempo de trabajo prestado), lo cual, lógica y necesariamente, va a arrojar un resultado final distinto en cada caso²⁴. Y es, precisamente, a través de ese diferente resultado que ofrece la aplicación del principio de proporcionalidad que se manifiesta el principio de igualdad

²³ Vid. C.L. ALFONSO MELLADO, *La nueva regulación de contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 74; J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 117; H. MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, p. 135; L. VICEDO CAÑADA, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ En este sentido, L. VICEDO CAÑADA, *op. cit.*, p. 57, apunta que el principio de proporcionalidad «persigue adecuar la igualdad de trato a situaciones desiguales llevando a distintas conclusiones, pero siempre tomando como base una razón objetiva – la menor duración de la prestación –, que es la única que puede llevar a regímenes diferentes en relación a los derechos laborales entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a tiempo completo».

con respecto a los derechos que por su naturaleza dependen del tiempo de trabajo.

b) Relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de equiparación

A nivel doctrinal, asimismo, se suele afirmar que el principio de proporcionalidad es una excepción al principio de equiparación. En algunos casos, incluso, se identifica al principio de equiparación con el principio de igualdad y se afirma que el principio de proporcionalidad constituye una excepción a éste, lo cual da a entender erróneamente que igualdad y proporcionalidad son cosas distintas o contrapuestas²⁵. Como se ha visto anteriormente, la proporcionalidad es una forma en que se expresa la igualdad, de modo que no puede afirmarse que se trate de una excepción a ésta entendiéndola por tal algo distinto.

Lo que sí puede y debe admitirse es que el principio de igualdad no se expresa de la misma forma a través de la equiparación que a través de la proporcionalidad. Incluso, si se quiere, que la equiparación es la forma de expresión simple u ordinaria de la igualdad y que, en contraposición, la proporcionalidad sería una forma de expresión extraordinaria y, en tal sentido, excepcional²⁶. Pero todo ello, en cualquier caso, solo autoriza a concluir que equiparación y proporcionalidad no son sino distintas formas de expresión de un mismo principio de igualdad²⁷.

Desde otra perspectiva, también pueden encontrarse autores que consideran que el principio de proporcionalidad sería una excepción al principio de equiparación en la medida en que éste sería el principio que habría de regular, como regla general, los derechos de los trabajadores a tiempo parcial²⁸.

A este respecto, no obstante, la jurisprudencia ha podido señalar que, cuando el art. 12.4.d ET dispone la aplicación del principio de proporcionalidad, «lo hace de forma imperativa, por lo que la regla general aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, no es ya la de la igualdad de derechos pura y simple, sino la de acomodar el disfrute de aquellos derechos que no se consideran divisibles a la proporcionalidad derivada de la situación desigual en que se encuentran, lo cual supone aplicar en plenitud

²⁵ Vid. C.L. ALFONSO MELLADO, *op. cit.*, p. 77; M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 301.

²⁶ Vid. J.A. BAZ TEJEDOR, *op. cit.*, p. 60.

²⁷ Vid., en este sentido, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*, cit., p. 211, o J.F. LOUSADA AROCHENA, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, p. 54, cuando distinguen la aplicación del principio de igualdad «en sentido equiparador o en sentido proporcional».

²⁸ Vid., por todos, C.L. ALFONSO MELLADO, *op. cit.*, pp. 75 y 77.

a esta clase de trabajadores aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos sólo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición»²⁹.

De acuerdo con este planteamiento, pues, el principio de equiparación y el de proporcionalidad no se relacionarían en términos de regla general y excepción, sino que la regla general se definiría, precisamente, por la aplicación de uno u otro cuando así correspondiera; esto es, cuando se dieran sus presupuestos aplicativos.

c) Presupuestos aplicativos del principio de proporcionalidad

En este sentido, como se vio, el art. 12.4.d ET dispone que, «cuando corresponda en atención a su naturaleza, [los] derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre hombres y mujeres».

Este precepto contiene, en fin, un mandato imperativo para el reconocimiento normativo de los derechos en proporción al tiempo de trabajo cuando así corresponda en función de su naturaleza; la cual se define, como también se pudo ver, por la conexión existente entre los derechos y el tiempo de trabajo. Mandato imperativo este que, si bien se mira, está formulado en un doble sentido; positivo y negativo. En efecto, una lectura detenida del art. 12.4.d ET permite observar que éste no solo impone a las normas legales, reglamentarias y convencionales el reconocimiento de los derechos conforme al principio de proporcionalidad cuando por su naturaleza corresponda, sino que también impide que puedan llevar a cabo dicha forma de reconocimiento en otro caso.

Lo primero que puede deducirse de ello es la necesaria correspondencia entre la naturaleza de los derechos y su forma de reconocimiento. Así, como ya se apuntó, parece que los derechos que por su naturaleza dependieran del tiempo de trabajo se habrían de reconocer conforme al principio de proporcionalidad, mientras que los derechos que no encontrasen tal dependencia con dicho factor temporal se habrían de reconocer conforme al principio de equiparación. De acuerdo con ello, pues, se podría afirmar que la naturaleza de los derechos sería el criterio que, como regla general, va a determinar la aplicación de un principio u otro.

Ahora bien, la doctrina coincide en reconocer que esta regla no sería absoluta ni automática, ya que la aplicación del principio de equiparación o

²⁹ Cfr. STS de 15 de septiembre de 2006 (Rec. 103/2005).

el de proporcionalidad sobre los derechos del trabajador a tiempo parcial va a quedar condicionada, en último término, por el respeto a su virtualidad. Así, aun cuando un derecho dependa por su naturaleza del tiempo de trabajo y sea susceptible de disfrute fraccionado, la aplicación del principio de proporcionalidad sobre el mismo va a depender de que con su efectivo reconocimiento en proporción a la jornada parcial del trabajador no se desvirtúe el sentido y finalidad que tal derecho cumple en el marco de la relación laboral³⁰.

En este sentido, la aplicación del principio de equiparación o el de proporcionalidad exige analizar cuál es la incidencia del tiempo de trabajo en el concreto derecho sobre el que se pretenden proyectar, cuál es el sentido y la finalidad que tal derecho cumple en el marco de la relación laboral y, finalmente, si con la aplicación de un principio u otro sobre el mismo en la concreta relación de trabajo a tiempo parcial se garantiza efectivamente su sentido y finalidad en términos de igualdad con los trabajadores a tiempo completo.

Análisis este que ha de resultar especialmente dificultoso habida cuenta de la distinta incidencia que puede encontrar el tiempo de trabajo en cada derecho – e, incluso, en los distintos aspectos de un mismo derecho – y de la propia pluralidad del trabajo a tiempo parcial, que, como se sabe, puede configurarse de formas muy diversas tanto en la cuantía de su jornada como en su distribución³¹.

³⁰ En este sentido, J.F. LOUSADA AROCHENA, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, p. 54, con cita en la STSJ Cataluña de 23 de septiembre de 2008, disponen que «hay que ver si el fraccionamiento del derecho es razonable y si la finalidad del mismo no resulta desnaturalizada. La proporcionalidad se da normalmente en las condiciones de trabajo de carácter cuantificable pero la parcialidad puede influir de modo diverso en distintas condiciones laborales, por lo que deben jugar criterios como la racionalidad, la adecuación y la compatibilidad que deben ser valorados caso por caso para cada condición». En sentido parecido, *vid.* H. MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, pp. 136 ss.; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*, cit., p. 206; M. ARETA MARTÍNEZ, *El régimen jurídico de la antigüedad del trabajador en la empresa*, Aranzadi, 2006, p. 69; M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 296.

³¹ A este punto, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*, cit., p. 213, señala que «el tiempo de trabajo incide de distintas maneras en las diferentes condiciones de trabajo, lo que puede provocar, lógicamente, que la prestación parcial tenga repercusiones no idénticas en todos los casos. [...] Por otro lado, también la gran pluralidad de posibilidades de reducción y de distribución de la jornada parcial puede provocar que, incluso respecto de una misma condición laboral, cada concreto supuesto tenga una relevancia diferente. Seguramente no tendrán la misma repercusión en la regulación general de determinada condición laboral afectada por el tiempo de trabajo, un contrato a tiempo parcial con una reducción diaria de una hora que otro con una minoración de seis, uno en el que se realice la prestación todos los días menos horas, que otro en el que ésta se da por meses completos pero no todos los laborables del año».

De ello se concluye, en fin, que la determinación del principio aplicable a los derechos del trabajador a tiempo parcial no es una cuestión que admita una respuesta abstracta y genérica, en tanto que depende, como se ha visto, del modo en que se conjuguen todas las circunstancias descritas en cada caso concreto.

En el plano doctrinal, asimismo, se ha planteado el debate de si el mandato contenido en el art. 12.4.d ET no implicaría la necesidad de que existiera un reconocimiento expreso por parte de las normas que enumera para poder aplicar el principio de proporcionalidad sobre los derechos de los trabajadores.

Para un importante sector de la doctrina, en efecto, la articulación de los derechos en proporción al tiempo de trabajo estaría condicionada a la existencia del reconocimiento normativo referido en el art. 12.4.d ET, entendido como una previsión expresa en que se dispusiera la aplicación del principio de proporcionalidad. Conforme a ello, pues, cuando no existiera tal previsión, los derechos se habrían de articular, necesariamente, conforme al principio de equiparación³².

Para este grupo de autores, el mandato del art. 12.4.d ET se habría de interpretar como una reserva o una limitación de las fuentes a través de las cuales se podrían regular los derechos de los trabajadores conforme al principio de proporcionalidad. En este sentido, la remisión explícita que el ET hace a las normas legales, reglamentarias y convencionales estaría limitando el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad de las partes, a fin de evitar un posible recurso abusivo y desproporcionado a la proporcionalidad.

Para otro sector doctrinal, no obstante, esta interpretación resultaría en exceso rígida o literal, y defiende que la articulación de los derechos conforme al principio de proporcionalidad no habría de depender de la existencia de una previsión normativa expresa en tal sentido, y, en línea con ello, considera que no habría inconveniente en que el reconocimiento proporcional de los derechos del trabajador se diera a través de cualquier expresión de la autonomía de la voluntad³³.

Al respecto de este debate, cabe plantearse si sería realmente posible que las normas que enumera el art. 12.4.d ET previesen todos los supuestos en

³² *Vid.*, entre otros, C.L. ALFONSO MELLADO, *op. cit.*, p. 76; J.A. BAZ TEJEDOR, *op. cit.*, pp. 75 ss.; J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 117 ss.; M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, pp. 298 ss.

³³ *Vid.*, entre otros, T. SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 78; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial*, cit., p. 92; L. VICEDO CAÑADA, *op. cit.*, p. 52; J.A. ALTÉS TÁRREGA, *El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad*, en *Lex Social*, 2019, n. 2, p. 554.

los que corresponde aplicar el principio de proporcionalidad sobre los derechos del trabajador, teniendo en cuenta de que esa aplicación no va a depender únicamente de la naturaleza de los derechos sino del respeto a su virtualidad en el caso concreto.

Atendiendo al examen casuístico que exige esta cuestión, las normas a las que hace mención el ET difícilmente van a poder prever todos y cada uno de los supuestos en los que *de facto* corresponde reconocer los derechos en proporción al tiempo de trabajo. Y, siendo así, ciertamente resultaría excesivo hacer depender la aplicación de este principio de una previsión normativa expresa, por lo que bien podría considerarse que la misma no habría de resultar exigible a tal efecto. Desde esta perspectiva, en fin, la determinación del principio aplicable a los derechos del trabajador sería una cuestión condenada en buena medida a la inseguridad jurídica.

Finalmente, se ha de hacer mención a la referencia a la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres que se ha añadido recientemente al art. 12.4.d ET³⁴. Con esta referencia el ET da cuenta de que la protección de la igualdad entre trabajadores a tiempo completo y parcial no se articula únicamente a través de los requerimientos de trato igual que contiene la normativa sobre trabajo a tiempo parcial hasta ahora analizada, sino también, y muy especialmente, a través de los que se derivan de la normativa de igualdad de género, habida cuenta de la feminización generalizada de esta modalidad de trabajo.

Y es que, en efecto, debido a la presencia mayoritaria de mano de obra femenina en el ámbito del trabajo a tiempo parcial se entrecruzan en muchas ocasiones una discriminación directa basada en la parcialidad de tiempo de trabajo, esto es, por razón de la modalidad contractual, con una discriminación indirecta por razón de sexo³⁵. En línea con ello, se ha venido consolidando un importante *corpus* jurisprudencial del TJUE que ha terminado por convertir a la discriminación indirecta por razón de sexo en la principal y más eficaz valedora de la protección de la igualdad entre trabajadores a tiempo completo y parcial³⁶; hecho este, por otro lado, que ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina científica³⁷.

³⁴ Cfr. art. 2 del RD-Ley 6/2019, de 1º 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.

³⁵ J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 116.

³⁶ Para un análisis de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre discriminación por razón de sexo en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, *vid.* J. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 57 ss.; J.F. LOUSADA AROCHENA, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 28 ss.; J.A. ALTÉS TÁRREGA, *op. cit.*, pp. 555 ss.

³⁷ *Vid.* I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Igualdad y no discriminación en el trabajo a tiempo parcial: la pertinencia de la perspectiva de género y de la prueba estadística*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*,

Como criticable resulta, asimismo, el modo en que se ha redactado esta última parte del art. 12.4.d ET. De su lectura, en efecto, parece desprenderse que la no discriminación entre sexos fuera un condicionante o un requisito aplicativo del principio de proporcionalidad, lo cual resulta bastante desconcertante desde el momento en que este principio, como se ha podido ver, difícilmente habría de resultar discriminatorio aun cuando se diera una presencia mayoritariamente femenina en el concreto sector de trabajo a tiempo parcial³⁸.

En fin, todo lo expuesto hasta el momento no hace sino dar cuenta de la complejidad y la confusión que envuelve la delimitación del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial y, por ende, la identificación del tiempo computable a efectos del reconocimiento de los derechos de este tipo de trabajadores; esto es, de la antigüedad. A nadie ha de extrañar, pues, el alto grado de litigiosidad que rodea a este particular en el marco de las distintas modalidades de trabajo a tiempo parcial. En este sentido, han recaído recientemente dos pronunciamientos del TS en los que, atendiendo a todo lo abordado en este trabajo, se resuelve sobre la antigüedad computable a efectos de distintos derechos en el marco de la relación de trabajo fija discontinua, cuales son 1) el complemento de antigüedad y 2) la indemnización por despido improcedente.

1) Antigüedad computable a efectos del complemento de antigüedad según el CCo de la AEAT

La primera de ellas es la STS de 19 de noviembre 2019 (Rec. 2309/2017), en la que, en línea con lo dispuesto por el TJUE en su Auto de 15 de octubre 2019 (asuntos C-439/18 y C-472/18), se resuelve sobre la antigüedad computable a efectos del *devengo* del derecho al complemento de antigüedad conforme al IV CCo de la AEAT. Éste, en su art. 67.1, prevé que el complemento de antigüedad «está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán a partir del día primero del mes en que

2018, n. 2, pp. 158 ss., y las reflexiones que al hilo de este trabajo realiza también J.A. ALTÉS TÁRREGA, *op. cit.*, pp. 561 ss.

³⁸ En este mismo sentido, I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *op. cit.*, p. 171, señala que «en el estado actual de la jurisprudencia, tanto interna como del TJUE, cabría incluso preguntarse si es posible calificar como discriminatoria una regulación sobre el trabajo a tiempo parcial cuando se llegase a la conclusión de que el criterio de proporcionalidad en relación con el trabajador a tiempo completo ha sido correctamente implementado. Esto es, si los trabajadores a tiempo parcial disfrutaban exactamente de los mismos derechos que un trabajador a tiempo completo, pero en proporción a las horas trabajadas, ¿la presencia mayoritariamente femenina en el trabajo a tiempo parcial podría dar lugar a una discriminación indirecta? La respuesta, a buen seguro, debiera ser negativa».

se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos en el ámbito de aplicación de este Convenio».

La controversia a este respecto se ha focalizado en la determinación del significado de la expresión relativa a la *prestación de servicios efectivos* como factor temporal para el devengo del derecho al complemento.

El TS, tradicionalmente, venía identificando esta expresión con el tiempo de trabajo (tiempo de prestación de servicios efectivos, tiempo real de actividad...) y no con el tiempo de vinculación a la empresa. Desde esta perspectiva, pues, se consideraba que el CCo establecía a efectos del devengo del derecho al complemento una forma de cómputo proporcional al tiempo de trabajo que en nada contravenía el principio de igualdad y la igualdad de trato que el mismo impone entre trabajadores a tiempo completo y parcial³⁹. La consecuencia directa que se derivaba de esta interpretación para los trabajadores fijos discontinuos es que el tiempo de inactividad o entre campañas no tenía la consideración de tiempo computable a efectos del devengo del derecho al complemento y, por tanto, había de excluirse a tal punto.

Frente a esta interpretación, no obstante, el TSJ de Galicia planteó cuestión prejudicial al TJUE considerando que la misma entrañaba una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial contraria a la normativa comunitaria de igualdad en materia de trabajo a tiempo parcial y en materia de género, habida cuenta de la feminización del personal fijo discontinuo al que resultaba de aplicación la citada disposición.

A este punto, se adujo que, conforme al art. 70 CCo, ya se aplicaba el principio de proporcionalidad a la cuantificación del complemento⁴⁰, de manera que, de aplicarse dos veces este principio, tanto en el devengo como en la cuantificación, se estaría produciendo un perjuicio o penalización para los trabajadores a tiempo parcial. Según la forma de cómputo acogida por el TS, en efecto, el trabajador a tiempo parcial no solo adquiriría el derecho al complemento a un ritmo más lento que el trabajador a tiempo completo

³⁹ En tal sentido se pronuncian, entre otras: STS de 18 de enero de 2018 (Rec. 2853/2015), STS de 1º de marzo de 2018 (Rec. 192/2017), STS de 1º de marzo de 2018 (Rec. 562/2017), STS de 13 de marzo de 2018 (Rec. 446/2017), STS de 5 de junio de 2018 (Rec. 1836/2017), STS de 5 de junio de 2018 (Rec. 2370/2017), STS de 17 de julio de 2018 (Rec. 2129/2017), STS de 12 de septiembre de 2017 (Rec. 2784/2017), STS de 12 de septiembre de 2017 (Rec. 3300/2017), STS de 12 de septiembre de 2017 (Rec. 3309/2017), STS de 18 de diciembre de 2018 (Rec. 300/2017), STS de 9 de enero de 2019 (Rec. 1800/2017) y STS de 5 de marzo de 2019 (Rec. 3147/2017).

⁴⁰ Efectivamente, el art. 70 CCo, bajo el epígrafe «Retribución en los supuestos de jornada inferior a la ordinaria o por horas», establece que «Los trabajadores que presten sus servicios en jornada inferior a la ordinaria o por horas, [...], percibirán sus retribuciones en proporción a la jornada que efectivamente realicen».

comparable, necesitando por tanto un mayor tiempo de vinculación con la empresa, sino que, además, una vez devengado el derecho al complemento lo cobraría igualmente en menor proporción que éste⁴¹.

Así las cosas, el TSJ remitió la cuestión al TJUE a fin de que éste determinase si la citada disposición y la interpretación que de la misma se venía haciendo habrían de encontrar encaje o justificación en el marco normativo de la UE.

La respuesta dada a este respecto por el TJUE se contiene en el Auto de 15 de octubre 2019 antes citado. En el mismo, el Tribunal concluye que realmente no se estaría aplicando un criterio de proporcionalidad en el cómputo del tiempo a efectos del devengo del derecho al complemento⁴², sino que, sencillamente, a la expresión *servicios efectivos* se le estaría dando un distinto contenido a tal efecto según se trate de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial⁴³.

En este sentido, entiende que en el caso de los trabajadores a tiempo completo este factor temporal se identifica con el tiempo de vinculación jurídico-laboral con el empresario, esto es, con todo el período de duración de la relación laboral, en tanto que se computan a efectos del devengo del complemento estadios de inactividad como vacaciones o posibles bajas por enfermedad⁴⁴; mientras que en el caso de los fijos discontinuos el mismo factor temporal se identifica únicamente con el tiempo de trabajo, es decir, con la duración de los períodos efectivamente trabajados⁴⁵.

⁴¹ En este sentido, se afirmaba en el Razonamiento Jurídico Quinto que, «A efectos retributivos, la forma de calcular la antigüedad que propone la empleadora puede suponer una indebida aplicación de la pro rata en la medida en que la debida proporcionalidad se debe proyectar solo sobre la cuantía anual de las percepciones: si – por poner un ejemplo – el trabajador solo trabaja 4 meses al año, solo cobrará el trienio durante esos 4 meses, de manera que, en cómputo anual, cobrará la tercera parte de la cuantía que cobra un trabajador a tiempo completo comparable por la percepción de un trienio durante todo el año; si además ese trabajador solo puede cobrar el primer trienio cuando lleve 9 años de duración del contrato de trabajo, se le produciría una doble penalización. De este modo, el trabajador estaría adquiriendo un derecho económico de una manera más lenta que los trabajadores a tiempo completo».

⁴² *Cfr.* apartados 40-43.

⁴³ *Cfr.* apartado 36.

⁴⁴ *Cfr.* apartado 48.

⁴⁵ Interpretación esta, por otro lado, ciertamente cuestionable. Primero, porque, para poder afirmar que la antigüedad computable a efectos del devengo del derecho al complemento es realmente el tiempo de vinculación con la empresa, habría de resultar computables a tal efecto, además del tiempo de trabajo, todos los tiempos de inactividad en los que pudiera encontrarse el trabajador. Sin embargo, el art. 51 CCo dispone expresamente que no resultan computables a efectos de antigüedad determinados supuestos de excedencia voluntaria. Y, segundo, porque los períodos de inactividad a los que hace referencia el

Esta diferente forma de definir la antigüedad computable a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad en función de la jornada de los trabajadores constituye a juicio del TJUE una diferencia de trato que, al no encontrar justificación⁴⁶, ha de considerarse discriminatoria. Y ello, en efecto, desde una doble perspectiva: desde la perspectiva del trabajo a tiempo parcial y desde la perspectiva de género, en tanto que resulta probada la feminización del personal fijo discontinuo al que resulta de aplicación el CCo⁴⁷.

A resultas de todo ello, el TJUE considera que «el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados».

En vista de esta decisión, la STS de 19 de noviembre de 2019 modificó la doctrina que hasta el momento había adoptado el TS en lo que se refiere a la forma de computar la antigüedad de los fijos discontinuos de la AEAT a efectos del complemento de antigüedad. Y, en este sentido, concluye que «no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se les computa, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral. De no seguirse esta interpretación se produciría una diferencia de trato peyorativa para los trabajadores a tiempo parcial – fijos discontinuos – en relación con los trabajadores a tiempo completo ya que, ante un mismo periodo de prestación de servicios, los segundos devengarían un trienio al transcurrir tres años, en tanto a los primeros se les tendría en cuenta, no la duración de la relación laboral, sino el tiempo de servicios efectivamente prestados». Criterio este que se ha venido consolidando en SSTs posteriores⁴⁸.

TJUE («estadios de inactividad como vacaciones o posibles bajas por enfermedad») resultan igualmente computables a efectos del devengo del derecho al complemento en el caso de los trabajadores fijos discontinuos.

⁴⁶ Cfr. apartados 44-50.

⁴⁷ Cfr. apartados 56-57.

⁴⁸ Vid. STS de 10 de diciembre de 2019 (Rec. 2932/2017), STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. 3625/2017), STS de 25 de junio de 2020 (Rec. 3739/2017), STS de 30 de septiembre de 2020 (Rec. 207/2018), STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 3918/2019), STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 3369/2019), STS de 1º de febrero de 2021 (Rec. 4073/2018) y STS de 16 de febrero de 2021 (Rec. 3372/2019).

2) *Antigüedad computable a efectos de la indemnización por despido improcedente*

La segunda sentencia a la que se quiere hacer mención es la STS de 30/07/2020 (Rec. 324/2018), en la que el Alto Tribunal resuelve sobre la antigüedad computable a efectos de la *cuantificación* de la indemnización por despido improcedente *ex art.* 56.1 ET en el caso de los fijos discontinuos. Este precepto, como es sabido, cifra la indemnización por despido improcedente en torno a dos criterios de cálculo, cuales son el salario y los años de servicio, sin definir ni concretar, no obstante, qué se habría de entender por este último concepto.

Debido a esta falta de definición legal, el significado y alcance de esta expresión se hubo de integrar por vía jurisprudencial⁴⁹. En este sentido, el TS concluyó muy tempranamente que, con la noción “año de servicio”, el ET estaría haciendo referencia al tiempo de servicios prestados por el trabajador a la empresa que decide el despido calificado de improcedente y que viene, por ende, obligada al pago de la indemnización. De acuerdo con ello, pues, la antigüedad computable a efectos de la cuantificación de la indemnización por despido se definiría, como regla general, en atención al *tiempo de servicios*; esto es, de forma proporcional al tiempo trabajado en el marco de la relación laboral cuya extinción se indemniza⁵⁰.

En línea con esta interpretación, los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) han venido considerando, en su mayoría, que el período de inactividad entre campañas de los fijos discontinuos no habría de computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido, en tanto que durante ese tiempo el trabajador no presta servicio alguno⁵¹. No obstante el amplio tratamiento que ha encontrado esta cuestión a nivel de suplicación, el TS no se había pronunciado al respecto sino indirectamente al resolver otras cuestiones hasta la referida STS de 30 de julio de 2020⁵². En ésta, finalmente, el TS acoge abierta y directamente la solución adoptada por los TSJ y concluye que, en efecto, el período de inactividad entre campañas de los fijos discontinuos no se identifica con el tiempo de

⁴⁹ Para un análisis de los criterios jurisprudenciales recaídos en torno a la noción de años de servicio, *vid.* R. PARRÉS MIRALLES, *Los años de servicio como criterio de cálculo de la indemnización por despido improcedente*, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 1535-1550.

⁵⁰ *Vid.* STS de 30 de junio de 1997 (Rec. 2698/1996) y las demás que en ella se citan.

⁵¹ *Vid.*, entre otras, STSJ Cataluña de 17 de enero de 2000 (Rec. 6387/1999), STSJ Madrid de 18 de octubre de 2005 (Rec. 3616/2005), STSJ Santa Cruz de Tenerife de 17 de febrero de 2011 (Rec. 1047/2010), STSJ Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2019 (Rec. 877/2019).

⁵² *Cfr.* STS Rec. 2853/2015, *cit.*, y STS de 23 de octubre de 1995 (Rec. 627/1995).

servicios y que, por tanto, no resulta computable a efectos de la cuantificación de la indemnización por despido.

Para alcanzar esta conclusión, no obstante, el TS lleva a cabo una confusa comparación con el asunto antes analizado sobre el complemento de antigüedad regulado en el CCo de la AEAT, y al hilo de la misma afirma que la doctrina adoptada por el TJUE y el TS en dicho supuesto, conforme a la cual se habría de computar el periodo de inactividad entre campañas de los fijos discontinuos, no se aplica al cálculo de la indemnización por despido. Lo cual, sin embargo, no es del todo cierto.

La doctrina que se extrae de aquel asunto se concreta, en el fondo, en que el principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y parcial impone que el factor temporal en torno al cual se articulen los derechos, esto es, la antigüedad, se ha de definir de una misma forma para ambos tipos de trabajadores. Y ello desde luego que ha de resultar de aplicación a la indemnización por despido improcedente como así, también, a cualquier otro derecho en cuyo devengo o cuantificación tenga repercusión el tiempo. Lo que es evidente, y tal vez sea a ello a lo que quiera referirse el TS, es que la proyección de esta doctrina sobre la cuantificación de la indemnización por despido ha de dar lugar a una conclusión muy distinta a la acogida en el asunto del complemento de antigüedad del CCo AEAT en lo que se refiere al cómputo del periodo entre campañas de los fijos discontinuos, en tanto que el supuesto de hecho en uno y otro caso es, sencillamente, distinto.

En el caso del complemento de antigüedad, como se vio, se entendió que la antigüedad computable a efectos del devengo del derecho al complemento, la expresión “prestación de servicios efectivos” del art. 67 CCo, se definía de forma distinta según el tipo de trabajador; en el caso de trabajadores a tiempo completo se identificaba con el tiempo de vinculación con la empresa, mientras que en el caso de los trabajadores a tiempo parcial se identificaba con el tiempo de trabajo. No existía, pues, una verdadera proporcionalidad sino una diferente forma de cómputo que constituía una diferencia de trato discriminatoria para trabajadores a tiempo parcial, razón por la cual debía procederse a computar el tiempo de la misma forma que los trabajadores a tiempo completo e incluir, en fin, el tiempo entre campañas.

En el caso de la indemnización por despido, por el contrario, la antigüedad computable a efectos de su cuantificación, esto es, el “tiempo de servicios” con el que la jurisprudencia ha identificado la noción de años de servicio del art. 56 ET, se define de la misma forma para cualquier tipo de trabajador. Dicho factor, en efecto, se identifica con unos mismos tiempos con independencia de la modalidad contractual de los trabajadores. No

existe aquí, pues, la diferencia de trato que se consideró determinante en el asunto del complemento de antigüedad de la AEAT para declarar la existencia de discriminación y que, a la sazón, llevó a declarar computable el periodo de inactividad entre campañas de los fijos discontinuos.

Este tiempo de inactividad, en fin, no puede ser tenido en cuenta en el cálculo de la indemnización por despido en la medida en que no se identifica con el tiempo definido como computable a tal efecto, esto es, con el criterio del tiempo de servicios. A través de este factor temporal, la cuantificación de la indemnización sí se articula de conformidad con el principio de proporcionalidad, como así también ocurría, por cierto, con la cuantificación del complemento de antigüedad según el art. 70 CCo AEAT y en ningún momento se cuestionó que ello fuera conforme con el principio de igualdad. De lo cual no ha de haber duda a estas alturas ya que, como se vio en otro punto de este trabajo, es precisamente a través de la proporcionalidad que se expresa el principio de igualdad y la igualdad de trato que impone entre trabajadores a tiempo completo y parcial con respecto a aquellos derechos o a aquellos aspectos de un derecho que dependen del tiempo de trabajo.

3. Bibliografía

ALFONSO MELLADO C.L., *La nueva regulación de contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, 1999

ALTÉS TÁRREGA J.A., *El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad*, en *Lex Social*, 2019, n. 2, pp. 543-578

ARETA MARTÍNEZ M., *El régimen jurídico de la antigüedad del trabajador en la empresa*, Aranzadi, 2006

BASTERRA HERNÁNDEZ M., *Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial*, Bomarzo, 2018

BAYLOS GRAU A., *Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contratos de relevo*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (coord.), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, 1994

BAZ TEJEDOR J.A., *El principio de igualdad, no discriminación (y proporcionalidad)*, en J.A. BAZ TEJEDOR (coord.), *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad. Estudios en el marco del debate europeo «modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, Comares, 2008

BENAVENTE TORRES M.I., *El trabajo a tiempo parcial*, CES, 2005

CABEZA PEREIRO J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, 2013

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I., *Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial*, en *Documentación Laboral*, 2017, n. 110, pp. 77-92

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I., *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*, Aranzadi, 1998

LOUSADA AROCHENA J.F., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, 2015

MERINO SENOVILLA H., *El trabajo a tiempo parcial (Un tratamiento diferente del tiempo de trabajo)*, Lex Nova, 1994

PARRES MIRALLES R., *Los años de servicio como criterio de cálculo de la indemnización por despido improcedente*, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020

RODRÍGUEZ CARDO I.A., *Igualdad y no discriminación en el trabajo a tiempo parcial: la pertinencia de la perspectiva de género y de la prueba estadística*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 2, pp. 153-172

RODRÍGUEZ-PIÑERO M., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986

SALA FRANCO T., *Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial*, en M.E. CASAS BAAMONDE, F. VALDÉS DAL-RÉ (coords.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, 2000

VICEDO CAÑADA L., *El principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial*, en M. MARTÍNEZ SOSPEDRA (coord.), *La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, Tirant lo Blanch, 2010

Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos

por David Montoya Medina
Una reseña

La obra objeto de esta reseña, elaborada por David Montoya Medina, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante, y publicada en la editorial Bomarzo, analiza, de forma monográfica, las problemáticas jurídicas que suscitan las situaciones adversas a las que los enfermos crónicos pueden llegar a enfrentarse en el marco de una relación laboral. Asimismo, se aproxima al estudio de esta temática desde el punto de vista de la protección social. La monografía, prologada por Carmen Viqueira Pérez, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad de la Universidad de Alicante, se divide en cinco capítulos. El primero, de carácter introductorio, lleva por título *Enfermedad crónica y relación de trabajo* y en él, el profesor Montoya explica, de forma breve y esquemática, los cuatro escenarios en los que pueden encontrarse los enfermos crónicos en el ámbito laboral. En los cuatro capítulos restantes profundiza en cada uno de ellos.

El Capítulo II se dedica a los estadios precontractuales, es decir al acceso al empleo del enfermo crónico. El autor aborda dos de los principales interrogantes que se suscitan en el marco de los procesos de selección: la posibilidad de que se le formulen preguntas sobre su estado de salud y la realización de reconocimientos médicos previos a la contratación de personal. En ambos supuestos, son varios los derechos en juego, algunos de ellos de carácter constitucional, por lo que habrá que buscar un equilibrio entre todos y atender al caso concreto. Por lo tanto, el autor concluye que no es posible dar una solución apriorística a estas cuestiones. El último punto del Capítulo II versa sobre la exclusión del enfermo crónico durante el proceso de selección, en concreto sobre la consideración como discriminatoria de la decisión empresarial de no contratar al aspirante al puesto de trabajo, precisamente, debido a que ha tenido conocimiento de que padece una enfermedad crónica. Para examinar esta cuestión, el autor analiza la posición de la doctrina y de la jurisprudencia tanto nacional como europea acerca de la posibilidad de considerar la enfermedad como un factor de discriminación prohibido. Con todo, el autor aclara que, aunque

podiese llegar a considerarse que dicha discriminación existe, el mayor problema en estos casos está relacionado con la prueba y, en cualquier caso, tampoco podría imponerse al empresario la obligación de contratar al enfermo crónico discriminado.

El Capítulo III detalla qué ocurre cuando la relación laboral de los enfermos crónicos está en vigor. El autor se concentra en los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo y con la incapacidad temporal para el trabajo. En general, los efectos lesivos de la enfermedad crónica no siempre comportan la interrupción de la prestación de servicios, es decir, no siempre dan lugar a una incapacidad temporal o permanente. Ahora bien, el estado de salud del trabajador sí que puede verse agravado a consecuencia de la prestación de servicios. En este contexto, adquieren especial relevancia las medidas dirigidas a adaptar el tiempo de trabajo que el trabajador enfermo crónico dedica a la prestación laboral. En concreto, el autor aboga por la instauración legal de un derecho de reducción de jornada o de adaptación de su duración y distribución por motivos de salud. Ahora bien, cuando no resulte posible adaptar las condiciones de trabajo del trabajador enfermo crónico, la única solución posible, para que pueda recuperarse, será el cese temporal de la prestación laboral. De hecho, los trabajadores con enfermedades crónicas se hallan especialmente expuestos a atravesar periodos de incapacidad temporal. Aunque vuelve a tratar la incapacidad temporal en el Capítulo V dedicado a la protección social, en el tercero, el autor se centra en la configuración legal de la incapacidad temporal como causa suspensiva del contrato de trabajo. En particular, examina el nacimiento y la finalización de dicha causa suspensiva, así como también las recaídas en las que puede incurrir el trabajador enfermo crónico.

El Capítulo IV lleva por título *Tutela frente al despido del trabajador enfermo crónico* y parte de la premisa de que la estabilidad en el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas se encuentra seriamente comprometida, debido al padecimiento de dichas enfermedades. De hecho, esta temática ha suscitado mucha litigiosidad en los últimos y también mucho interés en la doctrina científica. El profesor Montoya Medina se detiene en los supuestos de resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, en el despido sin causa, pero también en el despido por causas objetivas, en concreto en el despido por ineptitud sobrevenida y en la ya derogada causa de extinción objetiva del contrato de trabajo por absentismo.

El autor también se refiere a la calificación que ha de merecer el despido sin causa del trabajador que padece una enfermedad crónica, aspecto que está estrechamente relacionado con la interpretación del concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE que ha venido manejando el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Después de constatar que existe una importante inseguridad jurídica en este ámbito, el profesor Montoya realiza dos propuestas de *lege ferenda*, con el objeto de proteger de forma más contundente a los trabajadores enfermos despedidos debido a su baja médica. En primer lugar, entiende, y esta opinión está en línea con la posición que he venido defendiendo en mis estudios sobre la temática, que habría que incluir la enfermedad, al menos aquella de carácter crónico, como factor de discriminación prohibido. En segundo lugar, también propone una alternativa a la primera opción, en este caso circunscrita al ámbito del despido. El profesor Montoya apuesta por introducir la calificación legal como nulo del despido del trabajador enfermo crónico, salvo que se base en una causa debidamente justificada.

En el quinto y último Capítulo de esta monografía, el autor se ocupa de la protección social del trabajador enfermo crónico. El profesor Montoya se centra en algunos de los problemas jurídicos más importantes que se plantean en dicho ámbito. En primer lugar, examina aquellos relacionados con las transiciones de la incapacidad temporal al desempleo y viceversa, es decir, cuando el trabajador enfermo pierde su empleo durante su incapacidad temporal o bien accede a esta contingencia desde una situación de desempleo. El § 2 de este Capítulo, y último del libro, se destina al tratamiento de la calificación de la incapacidad permanente cuando el trabajador padece una enfermedad crónica, con particular referencia a una enfermedad concreta, la fibromialgia, pues se trata de la enfermedad que da lugar a un mayor número de procesos de incapacidad laboral y, además, por lo general, conlleva bajas médicas más prolongadas. Después de realizar una caracterización general de la citada enfermedad, el profesor Montoya presenta el impacto que tiene la fibromialgia en la vida profesional de los trabajadores que la padecen, para acabar centrándose en los criterios utilizados por la jurisdicción social a la hora de valorar la incidencia de la fibromialgia en la capacidad laboral. El autor recalca que el diagnóstico de la fibromialgia no puede comportar el reconocimiento automático de la incapacidad permanente en ninguno de sus grados, pues no existen enfermedades por sí mismas incapacitantes, sino enfermos incapacitados.

Tal y como apunta el propio profesor Montoya en el Capítulo I, el objetivo de la obra *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos* consiste en ofrecer una visión global de los principales problemas y condicionantes de relevancia jurídico-laboral que, en la actualidad, afrontan los trabajadores con enfermedades crónicas. Pues bien, cabe entender que dicho objetivo se ha cumplido sobradamente. El autor afirma que muchas de las problemáticas existentes en el ordenamiento jurídico sobre las que trata el libro derivan de la ausencia de un marco jurídico unitario claro, que

ofrezca a los trabajadores con enfermedades crónicas una tutela coherente. En conclusión, el profesor Montoya entiende que los trabajadores enfermos crónicos son deudores de una tutela normativa más adecuada. Después de haber discurrido por los distintos escenarios que se analizan en el libro, no se puede sino compartir la opinión del autor, pues, a lo largo de las ciento cuarenta y una páginas que componen el libro, va poniendo en evidencia los déficits de tutela que existen en cada una de las temáticas que aborda.

La obra constituye uno de los pocos estudios detallados y minuciosos de las distintas cuestiones que plantea, desde el punto de vista laboral, el padecimiento de una enfermedad crónica: desde la etapa precontractual hasta la extinción del contrato de trabajo, sin olvidar la perspectiva de Seguridad Social. En algunas partes, el autor aporta una visión más general, mientras que, en otras, y de forma acertada dada la amplitud de cuestiones suscita este tema, opta por acotar el ámbito de estudio a ámbitos específicos, como ocurre, por ejemplo, en el Capítulo V con la fibromialgia. En conclusión, esta monografía constituye un importante aporte a la doctrina científica sobre un tema poco estudiado por los iuslaboralistas, pues contribuye a poner de manifiesto la importancia de seguir estudiando y profundizando en el estudio de la tutela laboral y de la protección social de los trabajadores enfermos crónicos.

*Silvia Fernández Martínez**

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela (España).

Esta reseña se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *La salud del trabajador ante los retos laborales del futuro* (CM/JIN/2019-029). IP: Silvia Fernández Martínez. Entidades financiadoras: Comunidad de Madrid, Universidad de Alcalá. Programa de apoyo a la realización de Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad de Alcalá. Acción financiada por la Comunidad de Madrid en el marco del Convenio Plurianual con la Universidad de Alcalá en la línea de actuación “Programa de Estímulo a la Investigación de Jóvenes Investigadores”.

La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral

por Silvia Fernández Martínez

Una reseña

En múltiples ocasiones emergen en el ámbito de las relaciones laborales cuestiones o instituciones que tienen la virtualidad de conectar las distintas materias que conforman la disciplina (Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales, etc.); instituciones proclives a poner de manifiesto incoherencias o regulaciones parciales que evitan el tratamiento adecuado e integral de una determinada realidad. La agitación normativa casi permanente que caracteriza a esta rama del derecho no siempre posibilita que dichas instituciones reciban la atención sosegada que requieren por parte de la doctrina más consolidada, pero sí que llaman la atención, así ha sucedido en este caso, de los investigadores jóvenes que, a base de análisis rigurosos y de múltiples actividades de difusión, los convierten en los temas que vertebran y vertebrarán para el futuro su carrera profesional.

A grandes rasgos y de forma un tanto resumida, es esta la trayectoria que ha seguido la consideración de las enfermedades crónicas y su repercusión en el ámbito social del derecho. La enfermedad cuando se manifiesta en las personas trabajadoras activa en nuestro ordenamiento jurídico numerosas instituciones, fundamentalmente dirigidas a restablecer la salud (perspectiva reparadora), a prevenir su alteración por factores o causas relacionadas con el trabajo (perspectiva preventiva), pero también a garantizar la indemnidad de la relación laboral (perspectiva propiamente laboral). La primera de ellas, la dimensión reparadora, se tutela por el sistema de protección social, especialmente a través de la asistencia sanitaria y del reconocimiento de una serie de prestaciones económicas dirigidas a paliar la falta de ingresos ocasionada por la imposibilidad de realizar la prestación de servicios; la segunda, la dimensión preventiva, quedaría atendida por la normativa sobre prevención de riesgos laborales con carácter general (principio de seguridad integrada) y con las medidas específicas de protección para las personas trabajadoras especialmente sensibles a los riesgos; la tercera, la perspectiva laboral, estaría conformada por una serie de instituciones, la suspensión de la relación laboral (art. 45 ET), el establecimiento de una serie de causas

para el despido, etc., dirigidas a proteger el vínculo contractual ante las situaciones de enfermedad.

Todas estas perspectivas, y sus correspondientes instituciones, han sido tratadas por la doctrina científica y, algunas de ellas, como la asistencia sanitaria, la situación de incapacidad temporal o permanente, las enfermedades profesionales, la suspensión del contrato de trabajo, el despido objetivo por ineptitud o por faltas de asistencia al trabajo, han suscitado y suscitan en la actualidad discusiones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que abordan las cuestiones más controvertidas de cada una de ellas, si bien, con carácter general, lo han hecho de forma aislada y sin atender a un colectivo específico de personas trabajadoras.

La obra que reseñamos, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, publicada por la editorial Wolters Kluwer y realizada por Silvia Fernández Martínez, tiene, entre otras virtualidades, la de ubicar a las personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas en el centro del análisis, una piedra angular que permite a la investigadora transitar con soltura y maestría por las distintas instituciones laborales que tutelan esta circunstancia, poniendo de manifiesto su adecuación a una finalidad o pretensión en la actualidad bastante cuestionable: la idea de que la mejor protección que se puede ofrecer a un enfermo crónico debe consistir en exonerarle de la obligación de trabajar. La monografía que reseñamos se aparta de este planteamiento, inclinándose por una perspectiva distinta: considerar que la realización de un trabajo, siempre que sea compatible con la capacidad laboral de las personas y de calidad, puede producir efectos muy positivos en las personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas, incluso en las propias organizaciones productivas.

La monografía se estructura en dos grandes partes plasmadas en dos capítulos, introducción, conclusiones y una rica y variada bibliografía que reúne, casi en su totalidad, las aportaciones en la materia, incluyendo múltiples referencias de derecho comparado, en especial, procedentes de Italia y Reino Unido.

La primera parte se destina a encuadrar jurídicamente a las personas trabajadoras que sufren enfermedades crónicas, haciendo para ello una delimitación precisa respecto de instituciones afines como la discapacidad, la sensibilidad a los riesgos laborales y la incapacidad, figuras que en los últimos años y a golpe de pronunciamientos judiciales han tutelado, de forma muy limitada, los derechos y necesidades de las personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas. El primer capítulo parte del análisis de estos tres conceptos y de todas las construcciones que se han erigido a su alrededor para detectar, primero, las carencias e incongruencias que supone

insistir en asimilar las enfermedades crónicas a estas instituciones y abogar, después, por la construcción de un concepto de trabajador enfermo crónico amplio y flexible, que permita articular una protección autónoma, independiente y efectiva. La integridad de la exposición pivota sobre una importante apreciación: que la limitación laboral que supone la enfermedad no se agota con las categorías de la discapacidad, incapacidad laboral y especial sensibilidad a los riesgos, quedando un importante porcentaje de situaciones desprotegidas.

Aunque son numerosas las aportaciones en esta parte de la investigación, es reseñable el empeño por construir un nuevo concepto que aglutine a las personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas. A pesar de las dificultades que conlleva esta labor, la autora la ha considerado irrenunciable en cuanto elemento idóneo sobre el que erigir un sistema de protección global y uniforme. Se huye así de soluciones parciales y fragmentadas como la asimilación a otras circunstancias tuteladas, esencialmente la discapacidad, o la protección articulada sobre un listado expreso de enfermedades crónicas, en cuanto implicaría el riesgo de plasmar únicamente las más destacadas (cáncer, VIH, esclerosis múltiples, etc.), excluyendo con ello a las personas trabajadoras afectadas por otras dolencias.

La segunda parte de la monografía se destina a examinar y evaluar la protección que ofrece a este colectivo el ámbito laboral y para ello se abordan, en primer lugar, los derechos constitucionales directamente afectados y cuyo respeto debe configurar el sistema de tutela: el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la no discriminación. El análisis de cada uno de ellos se centra en el ordenamiento jurídico español, si bien se efectúan continuas alusiones a la regulación vigente en Italia y en Reino Unido, especialmente a efectos de analizar las medidas adoptadas en el marco de la prohibición de discriminación y la obligación de ajustes razonables que exige la seguridad y salud en el trabajo. Se trata, en consecuencia, de una profunda reflexión sobre los límites que dichos derechos generan frente a los poderes empresariales, pero también sobre el conjunto de obligaciones positivas que impone su reconocimiento constitucional.

Así, respecto a la configuración constitucional del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico español se consideran trascendentales aquellas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que en el ordenamiento jurídico italiano han permitido que el mencionado derecho se configure como un auténtico derecho fundamental, por lo que integraría tanto la perspectiva negativa que prohíbe resultados dañosos, como aquella otra que obliga a promover la salud, también en el lugar de trabajo, aludiendo a conceptos

tan complejos y actuales como el bienestar de la personas trabajadoras (*wellbeing*).

En relación al derecho al trabajo, la autora pone de manifiesto la necesidad de una interpretación específica para el colectivo considerado, de forma que su efectividad requeriría no ya que se garantice cualquier tipo de empleo, sino una ocupación adecuada a la capacidad laboral limitada que presente cada persona trabajadora individualmente considerada, sin olvidar la especial incidencia y configuración que para este colectivo deben tener las medidas activas de empleo (esencialmente formación y capacitación profesional), y extendiéndose al análisis de los criterios de flexibilidad que han de aplicarse a las políticas pasivas de empleo, que deberían configurarse de forma distinta a la actual, en especial la incapacidad temporal. A estos efectos, se destacan importantes construcciones en otros ordenamientos, por ejemplo, la configuración flexible de la incapacidad temporal y su compatibilidad con la realización de prestaciones de servicios, instaurada en Finlandia desde el año 2007 (*partial sickness benefit*).

Por lo que se refiere al derecho a la no discriminación, la obra contiene un profundo y amplio análisis sobre la normativa y jurisprudencia aplicable, tanto en el ámbito supranacional como nacional, que pone de manifiesto una interpretación excesivamente restrictiva de las causas de discriminación prohibidas de forma que, ante la ausencia de una plasmación expresa de la enfermedad como causa de discriminación y la práctica jurisprudencial de asimilarla, en supuesto excepcionales, a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, la autora aboga claramente por la necesidad de introducir la enfermedad de larga duración como una de las causas de discriminación prohibidas por los ordenamientos jurídicos, si bien la medida debe acompañarse de otras medidas complementarias, como la ya comentada articulación de políticas activas de empleo que potencien y aprovechen las capacidades de las personas trabajadoras que manifiesten enfermedades crónicas.

Por último, dentro de este mismo capítulo se inserta una amplia consideración sobre las obligaciones y las limitaciones que, respecto al ejercicio de los distintos poderes empresariales, genera el reconocimiento constitucional de los derechos analizados. El primer análisis recae sobre la obligación de adaptar las condiciones laborales, ámbito en el que se diferencian dos prescripciones distintas: a) la obligación de ajustes razonables que deriva del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación (Directiva 2000/43/CE); b) la obligación de adaptar el trabajo a la persona que es consecuencia de la seguridad y la salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE). En ambos casos, destaca la autora, la aplicación al colectivo que estamos considerando, personas trabajadoras

que padecen enfermedades crónicas, se realiza de forma limitada y parcial. En el primer caso porque la obligación se aplica únicamente respecto de las personas trabajadoras que tienen reconocida la situación de discapacidad, en el segundo porque su configuración como obligación de prevención exige que se atiendan los aspectos que se relacionan con esta materia y no otros.

Un segundo aspecto, muy controvertido en los últimos años, es el relativo al despido de las personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas y ello porque en la generalidad de los ordenamientos de nuestro entorno existen diversas causas de despido objetivo relacionadas con los efectos y consecuencias que derivan de una enfermedad crónica, destacadamente el despido por ineptitud de la persona trabajadora (art. 52.a ET) y el despido por faltas de asistencia al trabajo (art. 52.d ET).

En relación al despido por ineptitud, la autora pone de manifiesto la parca regulación legal y la necesidad de realizar una interpretación que lo convierta en una institución excepcional, de forma que solo pueda aplicarse cuando no resulte posible adaptar las condiciones de trabajo a la capacidad reducida del trabajador o cuando su implantación resulte excesivamente gravosa para el empresario. Destaca la autora en este ámbito la vigencia, por aplicación jurisprudencial, de la obligación de ajustes razonables en los supuestos de discapacidad y la relativa a adaptar las condiciones de trabajo derivada de la prevención de riesgos laborales; y cómo ambas instituciones, una vez más, resultan insuficientes (en cuanto su ámbito de aplicación es restringido) para tutelar al colectivo de personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas. Estas insuficiencias justifican un importante conjunto de propuestas dirigidas a posibilitar una interpretación del despido por ineptitud que resulte más acorde a la protección del colectivo analizado, destacándose la conveniencia de introducir expresamente el deber de adaptación en la regulación legal con objeto de proteger a la generalidad de las personas trabajadoras.

Por lo que respecta al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, el denominado despido por absentismo, se realiza una importante reflexión sobre la evolución de esta figura en el ordenamiento jurídico español, incidiendo en los distintos pronunciamientos judiciales que a lo largo de estos años han recaído sobre la polémica institución, para concluir que la protección de las personas trabajadoras con enfermedades crónicas en este ámbito, ahora totalmente garantizada con la derogación, hubiera sido posible excluyendo del cómputo las faltas de asistencia provocadas por una enfermedad de larga duración. La obra se completa con una importante reflexión sobre la calificación del despido sin causa cuando afecta a las personas trabajadoras con enfermedades crónicas, incidiendo en que este

aspecto, aun siendo importante por facilitar la reincorporación al puesto de trabajo, debe complementarse con un importante conjunto de medidas que garanticen la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en los puestos de trabajo, para lo que es imprescindible, dictamina la autora, incidir en la importancia de las medidas preventivas y todas aquellas que resultan necesarias para que estas enfermedades no afecten o afecten lo menos posible el desempeño laboral.

Por todo lo dicho, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral* supone una importante aportación al ámbito social del Derecho. Su peculiar y novedoso enfoque, centrado en la conveniencia y necesidad de mantener en el mercado de trabajo a las personas trabajadoras con enfermedades crónicas; la riqueza de sus contenidos, al analizar las múltiples instituciones que deben tutelar a este colectivo en el ordenamiento jurídico español y las valiosas consideraciones que se efectúan respecto de otros ordenamientos cercanos; su rigurosa y variada fundamentación, articulada a través de un profundo análisis de las normas y jurisprudencia aplicables en cada una de sus partes; y su claridad expositiva, la convierten en una obra de consulta para cualquier jurista y de referencia obligada para la doctrina laboralista en el futuro.

*Esther Carrizosa Prieto**

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide Sevilla (España).

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo