

# Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Noviembre 2020  
Volumen 1 - Número 3

<b>Editorial</b>	<b>Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género</b> Ana de la Puebla Pinilla	4
<b>Artículos doctrinales</b>	<b>Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)</b> <i>Robotization/automation and objective dismissal for technical reasons (Art. 52 c ET)</i> Ángel Jurado Segovia	13
	<b>Los cambios en la gestión del régimen de clases pasivas: ¿un ataque a las singularidades de los regímenes especiales de funcionarios?</b> <i>Changes in the management of the Passive Classes regime: ¿an attack on the public employee of special staff regimes?</i> Amparo Esteve-Segarra	36
	<b>Panorama de la protección de los derechos de las trabajadoras en España y México</b> <i>Overview of the women workers' rights protection in Spain and México</i> Augusto Fernando Carrillo Salgado	55
	<b>Medidas especiales en tiempos de Covid-19: la situación laboral de los empleados de hogar</b> <i>Special measures Covid-19: the employment situation of domestic workers</i> María Germana Aparicio Ruiz	69
<b>Artículos jurisprudenciales</b>	<b>Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales</b> <i>Paid time off after a period of judicial turbulence</i> Nora María Martínez Yáñez	86
	<b>¿Está justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo que realiza a los trabajadores de sociedades mercantiles públicas la STS de 18 de junio de 2020 (Rº. 2811/2018, Sala de los Social)?</b> <i>Is it justified the extension of the indefinite non-worker figure to workers of public trading companies done by the Sentence of the Spanish Supreme Court of 18th June 2020 (Appeal number 2811/2018, Labour Chamber)?</i> Francisco Javier Arrieta Idiakez	109
	<b>La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo</b> <i>The guarantee of permanence priority of workers' representatives in collective dismissals</i> Juan Alberto Tormos Pérez	121

<b>Debate</b>	<b>El ingreso mínimo vital: la renta garantizada de un Estado del bienestar incompleto</b>	152
	<i>The minimum vital income: the guaranteed income of a incomplete Welfare State</i> Carlos Ochando Claramunt / Juan Francisco Albert Moreno	
	<b>Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela</b>	172
	<i>Situation of economic need and Social Security: the Minimum Vital Income as the axis of guardianship</i> Susana Barcelón Cobedo	
	<b>El IMV: Luces, sombras y futuro</b>	184
	<i>The IMV: Lights, Shadows and Future</i> Juan A. Gimeno	
<hr/>		
<b>Reseña bibliográfica</b>	<b>Derechos Sociales y políticas públicas</b>	197
	Juan José Solazábal Echavarría	

## **Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**

ISSN: 2660-7360 - [www.uc3m.es/labos](http://www.uc3m.es/labos)

### **Dirección**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA  
Universidad Autónoma de Madrid, España

### **Secretaría de redacción**

PATRICIA NIETO ROJAS

### **Comité de redacción**

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

### **Comité científico**

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE  
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA  
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO  
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES  
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN  
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN  
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ  
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER  
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO  
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP  
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL  
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España  
Correo electrónico: [revistalabos@uc3m.es](mailto:revistalabos@uc3m.es)

# EDITORIAL

## Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género

Ana de la Puebla Pinilla\*

*Catedrática Derecho del Trabajo*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5547>

### I. Trabajo a distancia, teletrabajo y COVID-19

El pasado 23 de septiembre se publicaba en el BOE el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Esta era, sin duda, una de las asignaturas pendientes en la legislación laboral española que, hasta ese momento, contenía unas muy escasas previsiones sobre esta materia. La necesidad de esta regulación derivaba no tanto de la extensión o generalización del trabajo a distancia en nuestro país, que hasta hace escasas fechas alcanzaba unos niveles inusualmente bajos en comparación con el contexto europeo, sino por la proyección de futuro que esta modalidad de trabajo, y especialmente el teletrabajo, ofrece.

Como en tantos otros ámbitos, la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 impactó severamente en el mercado de trabajo. Las medidas de contención sanitaria adoptadas para afrontar la primera ola de la pandemia, que incluyeron el confinamiento domiciliario en toda España, determinaron la interrupción total o parcial de buena parte de la actividad empresarial. Pero allí donde la actividad pudo mantenerse se hizo precisamente mediante el recurso al trabajo a distancia y, en particular, al teletrabajo, entendido, tal y como señala el RDL 28/2020 (art. 2.b) como aquel “que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”. No en vano las normas laborales de la emergencia han hecho reiteradas llamadas al trabajo a distancia como forma de mantener la actividad productiva, como instrumento para garantizar las medidas de contención de la pandemia y la protección de las personas trabajadoras y como mecanismo para seguir atendiendo a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar.

El RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, atribuyó al trabajo a distancia un carácter preferente frente a otras medidas de interrupción o cese temporal de la actividad productiva (art. 5), fijando unas reglas de aplicación que, aun mínimas, alcanzaban a desplazar la regulación contenida en el art. 13 ET y en la normativa de prevención de riesgos laborales. La prioridad del teletrabajo se mantuvo en el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía

---

\*ana.delapuebla@uam.es

y el empleo, cuyo art. 15 prorrogó esta preferencia y en el RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo art. 7.1.e) insiste en la potenciación del uso del teletrabajo allí donde la naturaleza de la actividad laboral lo permita.

Sea por los requerimientos efectuados desde el Gobierno, sea por el instinto de supervivencia de las empresas, lo cierto es que desde el mes de marzo hasta la fecha los índices del trabajo a distancia se han incrementado sustancialmente. Como ya se ha dicho, los datos eran hasta ese momento excesivamente reducidos (el porcentaje de personas trabajadoras que prestaban su trabajo a distancia de forma habitual no llegaba al 5%) a pesar del importante avance producido en la penetración de las tecnologías digitales y la conectividad, tanto en las empresas como en los hogares españoles. La situación cambió radicalmente a partir del mes de marzo, en sintonía con lo ocurrido en países de nuestro entorno en los que el incremento del trabajo a distancia también fue muy significativo. Según el estudio de EPData sobre “La evolución del teletrabajo en España” (datos actualizados a 25 de septiembre de 2020), con datos tomados de Randstad, frente a las 951.800 personas trabajadoras que teletrabajaban habitualmente en España durante 2019, son 3.015.200 personas trabajadoras las que lo hacen durante el 2020.

Y, lo que resulta más significativo desde la perspectiva del legislador, no solo el potencial del trabajo a distancia es mucho mayor del alcanzado hasta la fecha -según algunas estimaciones, cerca del 28 % de todos los trabajos en España pueden hacerse desde casa, incluyendo aquellas tareas que pueden realizarse a distancia de los puestos de trabajo básicamente presenciales (COVID-19 y desigualdad de género en España, C. Hupkau. ESADE)- sino que también lo es el interés que empresarios y personas trabajadoras manifiestan por convertir el trabajo a distancia en la forma habitual de prestación de su actividad laboral -según un estudio de Randstad (2020) a siete de cada diez personas trabajadoras le gustaría poder teletrabajar-.

En todo caso, la prestación de trabajo a distancia durante la pandemia, esto es, el realizado no como una opción acordada entre empresa y la persona trabajadora en un contexto de normalidad, sino como la única alternativa para evitar la suspensión del contrato, se ha desarrollado con un marco jurídico claramente insuficiente. Las previsiones del art. 13 ET resultan manifiestamente escasas para dar respuesta a los diversos problemas que el trabajo a distancia suscita. A ello se añade que, sin perjuicio de señaladas excepciones, la mayoría de las empresas y de los sectores carecen, precisamente como consecuencia de la escasa implantación del trabajo a distancia en España, de un marco propio de regulación, lo cual, a pesar de la pacífica aceptación de esta modalidad de prestación del trabajo por las empresas y por las personas trabajadoras, no ha dejado de plantear problemas prácticos.

Esta es, precisamente, una de las razones que ha determinado que la regulación del trabajo a distancia pasara a ser una urgencia, desplazando otros objetivos que el Gobierno había señalado como prioritarios en su programa y que, a buen seguro, recuperarán nuestra atención cuando se superen los efectos de la emergencia sanitaria. La Exposición de Motivos del RDL 28/2020 señala, en este sentido, que *“La generalización del teletrabajo en España, que trae su causa en las medidas adoptadas por las autoridades competentes para contener y frenar la expansión de la pandemia, se ha traducido en una suerte de desequilibrio de derechos y obligaciones entre empresas y personas trabajadoras, cuando menos. Se requiere de una norma que ayude a las partes empresarial y trabajadora a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a la nueva realidad que se ha visto acelerada exponencialmente, como consecuencia de circunstancias exógenas e imprevisibles para los sindicatos, las patronales, las empresas, las personas trabajadoras y para el propio Gobierno”*.

Esta aceleración en el uso del trabajo a distancia ha servido además para legitimar el recurso al instrumento normativo del Real Decreto Ley para acometer su regulación apelando a que, como también expresa la Exposición de Motivos, *“la protección y la certeza de los trabajadores es especialmen-*

*te urgente y necesaria en el caso de las situaciones de trabajo a distancia implantadas excepcionalmente conforme al artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, para las cuales se requiere la adopción inmediata de este real decreto-ley*". Curiosa justificación si se tiene en cuenta, por una parte, que precisamente el trabajo a distancia desarrollado como medida de contención sanitaria derivada del COVID-19, ese que justifica la urgente necesidad de su regulación, queda excluido -en tanto se mantengan las medidas de contención sanitaria- de las previsiones del RDL 28/2020, salvo en lo que se refiere a la obligación empresarial de dotar a las personas trabajadoras de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el trabajo a distancia y, en su caso, según lo que prevea la negociación colectiva, a compensar los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo. Y, por otra parte, que la entrada en vigor de la regulación del RDL 28/2020 se demora 20 días desde su publicación en el BOE, previéndose plazos muy superiores en caso de que el trabajo a distancia estuviese regulado por normas colectivas o acuerdos individuales. Pero también es cierto que el RDL 28/2020 sobre el trabajo a distancia es fruto del acuerdo entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos. Y los acuerdos implican en muchos casos hacer renuncias. Si se compara el texto previsto de la DT 3ª del Proyecto remitido al Consejo de Ministros -donde se preveía una aplicación mucho más extensa de la nueva regulación al trabajo a distancia COVID-19- con la versión final de esta disposición, parece claro que este fue uno de los aspectos en los que el Gobierno debió transigir para conseguir el acuerdo.

## **II. La regulación del trabajo a distancia en el RDL 28/2020: voluntariedad en el trabajo a distancia y equiparación de derechos**

Partiendo de estos antecedentes, el RDL 28/2020 contiene una regulación completa y pormenorizada del trabajo a distancia. Se delimita el ámbito de aplicación de la norma, que queda referido a las personas trabajadoras que desarrollan su trabajo a distancia de forma regular -entendiendo por regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1 RDL 28/2020)-. Se regula el acuerdo de trabajo a distancia, de obligatoria suscripción entre la persona trabajadora a distancia y su empresario, tanto en sus aspectos formales -obligación de forma escrita, entrega de una copia a la representación de los trabajadores y remisión de la misma a la oficina de empleo- como en su contenido mínimo (arts. 6-8 RDL 28/2020); se regulan con detalle los derechos de las personas trabajadoras a distancia -a la formación y promoción profesional, a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos; los relacionados con el tiempo de trabajo, con la prevención de riesgos o con el uso de medios digitales o, en fin, los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia- y se contemplan los derechos o facultades empresariales de organización, dirección y control del trabajo a distancia.

Las dos ideas principales sobre las que se articula toda la regulación del trabajo a distancia son, por una parte, su voluntariedad y, por otra, la equiparación de derechos de las personas trabajadoras a distancia con las personas trabajadoras que prestan su trabajo de forma presencial. La voluntariedad, que ya aparecía como elemento esencial en el art. 13 ET, resulta imprescindible para la propia existencia del trabajo a distancia, para su mantenimiento y en su finalización. La norma establece que "*la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora*" (art. 5) y aunque remite a la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo de trabajo a distancia para la fijación de las condiciones de ejercicio de este derecho a la reversión, ello no puede suponer sino la atribución a la autonomía individual o a la colectiva de la capacidad para fijar condiciones, plazos o preferencias en la reversión, capacidad que no podría suponer en ningún caso la renuncia definitiva a tal derecho para la persona trabajadora.

La equiparación de derechos con las personas trabajadoras que continúan desarrollando su trabajo presencialmente en el centro de trabajo también aparece en el RDL 28/2020 como principio nuclear. Además de las continuas llamadas a la igualdad de derechos entre personas trabajadoras presenciales y personas trabajadoras a distancia a lo largo del texto de la norma, el art. 4 RDL 28/2020, bajo el título de “igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación”, enuncia la igualdad de derechos entre unas y otras personas trabajadoras como elemento esencial de esta forma de prestación de servicios, dejando a salvo únicamente aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el centro de trabajo de manera presencial e insistiendo en que el acuerdo de trabajo a distancia nunca puede servir de justificación para perjudicar a la persona trabajadora en el ejercicio de sus derechos.

Junto con estos dos aspectos, hay otra característica que destaca de modo especial en la regulación del trabajo a distancia contenida en el RDL 28/2020. Me refiero al papel esencial que asume la negociación colectiva en el texto normativo. A lo largo de la norma son continuas las llamadas a la negociación colectiva para completar, concretar o limitar la existencia, alcance o límites de los derechos, hasta el punto de convertir al convenio o al acuerdo colectivo en complemento indispensable para una completa regulación del trabajo a distancia, al menos si se quiere evitar dejar en manos del acuerdo individual y, en última instancia, de la decisión empresarial, las condiciones de desarrollo del trabajo a distancia.

En fin, si además de lo indicado hay algo que llama especialmente la atención en la regulación del trabajo a distancia contenida en el RDL 28/2020 es, en este caso, no por lo que se dice sino por lo que se omite. Me refiero, en particular, a la inexistencia de una suficiente consideración y regulación del trabajo a distancia desde una perspectiva de género, perspectiva que resulta más que nunca imprescindible en esta particular forma de prestación del trabajo.

### **III. Trabajo a distancia, teletrabajo y perspectiva de género: una asignatura pendiente**

Los diferentes estudios y encuestas realizadas en torno a la prestación de trabajo durante la vigencia de las medidas de contención sanitaria del COVID-19 han puesto sistemáticamente de relieve el mayor impacto que el trabajo a distancia ha tenido sobre las mujeres respecto de los hombres.

Por un lado, el trabajo a distancia, y en particular el teletrabajo, ha tenido una incidencia cuantitativa mayor sobre las trabajadoras por la circunstancia de que en general las mujeres están más representadas, en términos de empleo, en sectores productivos esenciales con opción de trabajar desde casa -intermediación financiera, actividades inmobiliarias y de alquiler, servicios empresariales, educación, actividades profesionales, científicas y técnicas, así como actividades administrativas- frente a los hombres que están sobrerrepresentados en sectores que no admiten el teletrabajo -manufacturas, servicios personales, construcción....-.

Por otro, por las consecuencias que trabajar a distancia ha determinado sobre las cargas y responsabilidades familiares. El estudio “Las tareas domésticas y el cuidado de los hijos durante el confinamiento, una labor asumida principalmente por las mujeres” (L. Farré y L. González, Observatorio Social de la Caixa, septiembre 2020) advierte como, si ya antes de la pandemia las mujeres eran las principales encargadas de las tareas domésticas en las familias biparentales con hijos, esa situación se ha mantenido y acentuado durante la pandemia. Aunque la tendencia va en la dirección de una distribución de tareas más igualitaria, se manifiestan diferencias graves: la participación de los hombres solo ha crecido en relación con la compra, incrementándose por el contrario la realización por las mujeres del resto de tareas domésticas, así como de aquellas vinculadas con la educación y ocio de los hijos. Esto sugiere, concluye el estudio, que “durante el confinamiento, las mujeres han

tenido que soportar una doble carga: más teletrabajo, combinado con un aumento en el volumen de las tareas domésticas”. Similares conclusiones se extraen del estudio “Women in the workplace, 2020” (McKinsey&Company).

Ciertamente, la situación a la que se refieren estos estudios es particularmente especial. El trabajo a distancia de la emergencia sanitaria ha tenido sus propias características. Durante el confinamiento se han dado circunstancias -como la imposibilidad de elegir un lugar de prestación del trabajo a distancia o teletrabajo distinto del domicilio de la persona trabajadora o la presencia ininterrumpida de los hijos en ese espacio- que no concurren en situaciones de normalidad o, al menos, no con tanta intensidad.

Pero, más allá de la particular situación vivida durante el confinamiento por el COVID-19, estas circunstancias han puesto de relieve que algunas desigualdades –que se traducen en unas diferentes condiciones de espacio, ambiente, luminosidad o temperatura- se trasladan también al ámbito laboral cuando se opta por el trabajo a distancia o teletrabajo. Por no mencionar las dificultades añadidas que ello supone cuando se trata de madres trabajadoras en familias monoparentales. La regulación del trabajo a distancia no puede dejar de atender circunstancias como las señaladas ni puede dejar de asegurar a las personas trabajadoras que optan por el trabajo a distancia unas condiciones laborales similares y equiparables a las que disfrutarían en el trabajo presencial. La desconexión digital adquiere, en estos casos, una importancia mayor si cabe, hasta tal punto que cabría plantearse si debería configurarse, más que como un derecho, como una obligación para las mujeres trabajadoras.

A ello se añade que, con el COVID-19 o sin él, el trabajo a distancia resulta una medida especialmente atractiva para la conciliación de la vida familiar y laboral. En la medida en que el trabajo a distancia permite ahorro en tiempos de desplazamiento y una mayor flexibilidad horaria que el trabajo presencial y, por tanto, una mayor adaptabilidad a las necesidades o exigencias que requiere el cuidado de hijos o familiares dependientes, resulta una oportunidad de gran valor para favorecer la conciliación.

El resultado, cuando se conjugan todos estos elementos, no es positivo ni para las mujeres trabajadoras ni para la igualdad de géneros. Si, conforme a los datos que arrojan los estudios especializados, las mujeres están más empleadas en sectores o actividades que permiten el trabajo a distancia y éste se concibe como una medida de conciliación, el riesgo es evidente: las mujeres, que en España siguen siendo quienes hacen un uso mayoritario de los derechos de conciliación, recurrirán con mayor frecuencia que los hombres al trabajo a distancia. Nada que objetar si se trata de una opción voluntariamente elegida. Pero los problemas se plantean si, como los estudios y encuestas existentes en la materia demuestran, esa opción de las mujeres por el trabajo a distancia supone un escenario propicio para volver a un reparto de las tareas domésticas y familiares que estábamos en vías de superar.

Esta amenaza que lleva implícita la extensión del trabajo a distancia ha sido apuntada en los estudios en la materia que advierten de que el teletrabajo puede impactar de forma especialmente negativa en el trabajo de las mujeres poniendo en riesgo los avances conseguidos durante las últimas décadas en materia de igualdad de género (*Living, working and COVID-19*, Eurofound, 2020, pág. 4).

Es por ello de particular importancia que la regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo atienda también a este riesgo poniendo los medios para evitar que la extensión de esta modalidad de prestación de servicios determine un retroceso en una distribución de responsabilidades y cargas familiares que progresivamente ha venido avanzando, con el apoyo e impulso de las normas, hacia una efectiva corresponsabilidad. Fueron particularmente significativas, en este sentido de avanzar en la corresponsabilidad, las medidas incorporadas en el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que, superando el objetivo de favorecer la conciliación, apostó por la corres-

ponsabilidad como instrumento para favorecer la efectiva igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. De especial importancia ha sido, en este sentido, la superación de una concepción puramente neutra de los derechos de conciliación que, en la práctica, no resultaban útiles para favorecer la implicación del otro progenitor, distinto de la madre biológica, en las tareas de cuidado de los hijos o de los familiares dependientes. La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de hijos y, en particular, la imposibilidad de su transferencia al otro progenitor o la previsión de bonus por el ejercicio por ambos progenitores de permisos o derechos de cuidado constituyen sin duda medidas que pueden resultar mucho más efectivas que la mera adición de derechos de conciliación sin favorecer o impulsar su utilización y ejercicio por los hombres.

Es por ello de interés analizar hasta qué punto el RDL 28/2020 atiende a esta perspectiva e incorpora, en un terreno tan delicado desde esta perspectiva como es el teletrabajo, medidas que puedan contrarrestar el efecto perverso que esta forma de trabajo puede generar.

Pues bien, el análisis del RDL 28/2020 permite afirmar, como se anticipaba, que ciertamente resultan muy escasas las previsiones o medidas adoptadas para evitar que el trabajo a distancia o teletrabajo produzca esas consecuencias negativas en el terreno de la igualdad que se vienen anunciando. Sorprende que la propia Exposición de Motivos apenas incida en esta cuestión, limitándose a mencionar las ventajas que el teletrabajo ofrece para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la necesidad de evitar que la regulación del teletrabajo en los acuerdos y convenios colectivos perpetúen los roles de género.

A partir de ahí, las medidas recogidas en la norma que inciden en la igualdad entre mujeres y hombres se limitan a las siguientes: por una parte, a la configuración del teletrabajo como una medida de conciliación de la vida familiar y laboral; por otra, a la enumeración de una serie de obligaciones vinculadas con la igualdad de género, acoso y discriminación y, en fin, una llamada de atención a los convenios colectivos para que eviten la consolidación de roles de género en la función de regulación del teletrabajo que les corresponde asumir.

La primera de estas medidas es ajena al propio RDL 28/2020 pero afecta directamente a su regulación. Se refiere a aquellos supuestos en los que, con fundamento en la conciliación, se prevé el derecho de la persona trabajadora a solicitar trabajar a distancia. En efecto, si, en el marco del RDL 28/2020, el teletrabajo es una opción para la persona trabajadora que requiere del acuerdo con la empresa, el art. 34.8 ET prevé el derecho de las personas trabajadoras “a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. Aunque el art. 34.8 ET no contiene un derecho perfecto a exigir el trabajo a distancia o teletrabajo, sí ofrece al menos la posibilidad de contraponer los intereses de la persona trabajadora a los de la empresa. Con todo, el principal problema que, desde una perspectiva de género, ofrece esta configuración del teletrabajo no es, en mi opinión, la de resultar un derecho condicionado sino la de que se contemple como una medida neutra, a disposición en igualdad de condiciones para hombres y mujeres trabajadores sin acompañar a tal previsión de algún incentivo que favorezca su utilización por los trabajadores.

Algo parecido ocurre con el derecho de la persona trabajadora a solicitar la adaptación de la jornada en el marco del Plan Mecuida (art. 6 RDL 8/2020) que incluye también el derecho a solicitar la prestación de trabajo a distancia para atender al cuidado del cónyuge o pareja de hecho, o a familiares por consanguinidad hasta el segundo grado. Tal derecho será efectivo cuando concurren las circunstancias previstas en dicho precepto (cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19, cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impli-

quen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos o, en fin, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19). Este derecho a solicitar trabajar a distancia en el marco del Plan Mecuida resulta, no obstante, y a diferencia del que se ampara en el art. 34.8 ET, una medida de carácter excepcional y de vigencia limitada a la duración de las medidas de contención del COVID-19 (por el momento, hasta el 31 de enero de 2021, tal y como dispone precisamente la DA 3ª RDL 28/2020) al igual que ocurre con las previsiones sobre el trabajo a distancia contempladas en el art. 5 RDL 8/2020.

Distinto es el supuesto de las víctimas de violencia de género puesto que, en este caso, la opción por el teletrabajo está reservada solo para las mujeres que acrediten dicha condición. El art. 37.8 ET, en la redacción que le da la DF 3ª RDL 28/2020 establece el derecho de las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. También tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona. Derecho que podrá ejercitarse “en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas”. Ante la inexistencia de acuerdo individual o colectivo la “concreción de estos derechos corresponderá a éstas”.

En segundo lugar, el art. 4 RDL 28/2020 aborda la perspectiva de género en el trabajo a distancia y el teletrabajo dentro del artículo sobre la igualdad de trato y no discriminación, mediante la inclusión de una serie de obligaciones empresariales en relación con la igualdad de género, el acoso, la violencia y la discriminación por razón de sexo y género: obligación de evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, obligación de tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad, y, por último, obligación de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. Se señala, además, que en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, se tendrán especialmente en cuenta las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas.

Finalmente, el art. 8.3 RDL 28/2020, tras encomendar a los convenios o acuerdos colectivos la posibilidad de prever mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades, añade que “*en el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa*”.

Pocas referencias más a la particular incidencia que el trabajo a distancia o el teletrabajo pueda tener sobre las mujeres se contemplan en el RDL 28/2020. A pesar de que a lo largo de la norma se advierte la preocupación por asegurar que el trabajo a distancia no se convierta en una herramienta para ahondar en sesgos de género y por evitar un retroceso en los avances que se están consiguiendo en la materia, las medidas incorporadas al texto legal no resultan demasiado efectivas en la materia. Una conclusión que llama la atención a la vista de la línea de firme y continuado compromiso con la corresponsabilidad, con la igualdad de género y con la eliminación de las discriminaciones que mantiene el actual Gobierno y de la que son sus más recientes expresiones los Reales Decretos 901/2020 y 902/2020, ambos de 13 de octubre, sobre planes de igualdad y su registro y sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres, respectivamente.

La mayoría de los estudios realizados sobre el teletrabajo advierten del riesgo que este modo de prestación de servicios tiene desde la perspectiva de género y de la necesidad de que se adopten medidas para evitarlo. Apuntan incluso algunas fórmulas, no exentas de controversia, tales como ofrecer incentivos al uso por los trabajadores hombres del trabajo a distancia o asegurar el equilibrio entre géneros a la hora de asignarse la prestación de trabajo a distancia por las empresas. Las conclusiones recogidas en el Informe de Eurofound que antes se citaba son muy significativas cuando se afirma que algunas de las consecuencias que la crisis del coronavirus ha generado sobre la igualdad de género pueden ser temporales y revertirse a medio plazo pero otras pueden tener consecuencias más prolongadas en el tiempo. Es esencial, por ello, que la inclusión social y económica de las mujeres esté en el corazón de las medidas de recuperación.

La regulación del trabajo a distancia debería ser, en este sentido, una oportunidad para adoptar medidas que eviten la consolidación de esa tendencia que el desarrollo del teletrabajo durante el COVID-19 ha puesto de manifiesto. Una oportunidad que todavía puede aprovecharse, aunque la responsabilidad recaiga ahora en la negociación colectiva. Pero es preciso concienciar a los agentes sociales en esta perspectiva de género. No es buena señal que la primera regulación del trabajo a distancia, la recogida en el recientemente aprobado Convenio de Cajas de Ahorro, no contenga ni una sola referencia a esta cuestión ni, por tanto, contemple ninguna medida dirigida a evaluar y, en su caso, a evitar la incidencia del trabajo a distancia sobre el desarrollo y promoción profesional de las mujeres trabajadoras. Pero no debe decaer nuestro empeño, estamos a tiempo de mejorar.

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

# Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET)\*

## Robotization/automation and objective dismissal for technical reasons (Art. 52 c ET)

Ángel Jurado Segovia\*

*Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Profesor Titular)*

*Universidad Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-2612-9967

Recibido: 5/06/2020

Aceptado: 3/07/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5771>

*Resumen:* Una notable repercusión mediática ha tenido la sentencia de un Juzgado de lo Social de las Palmas que, asumiendo como premisa que la robotización comportará una fuerte destrucción del empleo, declaró improcedente un despido -ex art. 52 c) ET- que había sido acometido por la empresa invocando la implantación de un nuevo software que permite automatizar las funciones de la trabajadora despedida. La sentencia se decanta por una interpretación claramente restrictiva, que circunscribe la procedencia de estos despidos a las empresas que atraviesen dificultades. En el presente trabajo, se reseña, en primer lugar, críticamente dicha sentencia, subrayando que la lectura realizada no se ajusta a la letra y espíritu de la norma vigente; y, en segundo lugar, se abordan diversas cuestiones en torno a lo que, a juicio del autor, constituye el esquema hermenéutico apropiado en punto al control judicial de estos despidos por “causas técnicas”.

*Palabras clave:* robotización, automatización, despido, causas técnicas, control judicial.

*Abstract:* A judgment by a Social Court of Las Palmas has had a significant media impact. Assuming that robotization will entail a strong destruction of employment as a premise, the judgment declared unjustified a dismissal -ex art. 52 c) ET- that had been executed invoking the implementation by the company of a new software that automates the functions of the dismissed employee. The judicial decision opts for a clearly restrictive interpretation, which restricts the lawful of these dismissals to companies in difficulty. This paper, firstly, critically reviews the judgment, stressing that its interpretation does not conform to the

---

\*El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+i: “El impacto de la digitalización en las relaciones de trabajo: retos y oportunidades” (Ref.: PID2019-104287RB-I00, Universidad Complutense de Madrid; Investigadores Principales: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Nuria García Piñeiro), perteneciente a la Convocatoria 2019 del “Marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad”.

angel.jurado78@gmail.com

letter and spirit of the current norm; and, secondly, various issues are addressed around what, in the author's opinion, constitutes the appropriate hermeneutic scheme regarding the judicial control of these dismissals for "technical reasons".

*Keywords:* robotization, automation, dismissal, technical reasons, judicial control.

## 1. Introducción

La preocupación y el análisis sobre las repercusiones del cambio tecnológico constituyen, en buena medida, un "continuum" en el Derecho del Trabajo. No en balde, la emergencia del Derecho del Trabajo fue una de las respuestas a los profundos cambios tecnológicos que trajo consigo la llamada revolución industrial<sup>1</sup>. Asimismo, en la posterior evolución de la rama jurídico-laboral ha influido, sin duda, la necesidad de preservar su compleja funcionalidad ante las diversas transformaciones tecnológicas<sup>2</sup>. Bien mirado, lo que se ha producido a lo largo de la historia no ha sido tanto varias revoluciones tecnológicas cuanto una continua evolución tecnológica con un impacto gradual en los sistemas económicos, sociales y jurídicos, sin perjuicio de que los particulares rasgos del cambio tecnológico en curso probablemente le imprimen un mayor calado en comparación con anteriores transformaciones<sup>3</sup>. El avance de la globalización económica y de profundos cambios tecnológicos son fenómenos que, en gran medida, se retroalimentan<sup>4</sup>. La globalización de los mercados se acrecienta gracias a la llamada digitalización de la economía y, a su vez, la globalización comporta que los actuales cambios tecnológicos, por contraste con los precedentes, tengan una incidencia más generalizada en las economías y en los diversos sectores productivos. Y muy unido a lo anterior se presenta otro rasgo de la citada digitalización, cual es la velocidad de los cambios y su continua evolución. Los cambios tecnológicos penetran rápidamente en los diversos sectores económicos y sociales y prácticamente sin solución de continuidad se observan nuevos perfiles de las transformaciones en acto.

Dicho lo anterior, también es cierto que se observa una cierta continuidad en los debates económicos, sociales y, como no podía ser de otro modo, jurídico-laborales que el cambio tecnológico de nuevo cuño pone sobre la mesa. En el análisis de los efectos de la digitalización están notablemente presentes, como lo estuvieron en el análisis de otras transformaciones tecnológicas, cuestiones tales como la de su impacto sobre las capacidades profesionales requeridas en los trabajadores y la de sus efectos sobre los niveles de empleo. La historia ha desmentido en varias ocasiones pronósticos sobre el fuerte descenso del empleo que traerían consigo las innovaciones tecnológicas<sup>5</sup> y, sin perjuicio de que las características del vigente cambio tecnológico parecen augurar que cada vez más un buen número de tareas se irán automatizando, lo cierto es que en el actual y heterogéneo debate sobre la digitalización y el futuro del trabajo y el empleo<sup>6</sup> no parece haberse llegado a un consenso

<sup>1</sup> Cfr. ALONSO OLEA, M.: "La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo", *Revista de Trabajo*, nº 32, 1970, pág. 5.

<sup>2</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, nº 138, 2017, págs. 26 y 27.

<sup>3</sup> Esta perspectiva histórica de análisis en MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 24 y ss.

<sup>4</sup> Sigo en este punto a CRUZ VILLALÓN, J.: "Las transformaciones...", cit. pág. 15 y ss.

<sup>5</sup> Reflexionando en este sentido, GOERLICH PESET, J. M.: "¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo", *Gaceta Sindical*, nº 27, 2016, pág. 177.

<sup>6</sup> Al que están contribuyendo organizaciones como la OIT y la Comisión Europea, así como otras instituciones de diversa naturaleza y académicos de varias disciplinas, proyectándose visiones más o menos "tecnopesimistas" o "tecnoptimistas". En la doctrina laboralista, reseñando algunas de estas visiones y pronósticos sobre los efectos del actual cambio tecnológico, véase, entre otros, GOERLICH PESET, J. M.: "¿Repensar...", cit., pág. 176 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro...*, cit., pág. 225 y ss.; USHAKOVA,

claro y amplio sobre cuáles serán los efectos a corto-medio plazo<sup>7</sup>. Y es que no parece que el diagnóstico pueda simplificarse con afirmaciones –que pueden ser consideradas falaces desde el punto de visto económico– del tipo: si las máquinas hacen el trabajo habrá obviamente menos empleo<sup>8</sup>.

Pues bien, en conexión con el debate apuntado, pero asumiendo una perspectiva de análisis jurídico-positiva, el presente trabajo tiene por objeto examinar en qué medida la introducción de innovaciones tecnológicas en la empresa puede justificar la extinción de contratos de trabajo en virtud del art. 52 c) ET y, en particular, de las “*causas técnicas*” tipificadas en este ámbito. En este sentido, cabe traer a colación que hace no mucho tiempo tuvo una notable repercusión mediática una sentencia dictada por el JS nº 10 de Las Palmas, de 23-9-2019 (Procedimiento nº 470/2019), que declaró improcedente el despido *ex art.* 52 c) ET de una trabajadora, habiendo invocado la empresa para acometer tal despido la automatización de las tareas de la misma a través de la implantación de un *software* o –según terminología empleada en la propia SJS– un “*robot*” o “*bot*” informático. La sentencia parece querer presentarse como la respuesta ante una cuestión novedosa, señalando que “*la automatización implica la irrupción de algo nuevo, y no el cambio de algo pasado (...)*”, pues “*se pasa de que los trabajadores hagan uso de un instrumento de producción para el desempeño de su trabajo, a que el instrumento de producción haga ese trabajo por sí*”. Seguramente sea cuestión de matices, pero los propios repertorios de jurisprudencia parecen desmentir que nos encontremos ante algo tan novedoso<sup>9</sup>. Ciertamente, una ojeada rápida a la doctrina de los tribunales permite establecer, *prima facie*, una ligazón entre la codificación legal de unas “*causas técnicas*” y la puesta a disposición de un mecanismo que permite a las empresas acometer ajustes de empleo a raíz de la introducción de innovaciones tecnológicas en los medios o procesos productivos. Así, a modo de ejemplo y sin entrar en los pormenores del caso, se ha entendido que concurrían causas técnicas cuando una empresa de la industria alimentaria adquiere una nueva máquina de selección de vegetales, que opera mediante lectura fotométrica de colores, formas y volúmenes, con una fiabilidad que supera ampliamente la capacidad de selección humana<sup>10</sup>; o en el caso de una empresa del sector de la construcción, que realiza inversiones tecnológicas que permiten que la información obtenida *in situ* por los topógrafos se traslade, sin necesidad de adicionales intervenciones humanas, al sistema informático de la empresa<sup>11</sup>.

Pues bien, tras estas consideraciones introductorias, en las páginas que siguen se reseña, en primer lugar, con mayor detalle la citada SJS de Las Palmas, en tanto que constituye un buen punto de partida sobre los puntos críticos que presenta la materia objeto de análisis; para, en segundo lugar, esbozar los principales elementos y cuestiones a considerar en cuanto al control judicial de los despidos que, en la línea del supuesto planteado en la citada SJS, se puedan fundamentar en “*causas técnicas*”. Todo ello a la luz, como es obvio, de la regulación vigente, pero resultando inevitables las continuas referencias a los precedentes normativos en esta materia, toda vez que el sentido y alcance de la actual regulación se comprende, en gran parte, como el resultado de una larga y, en buena medida, ambigua evolución legal e interpretativa.

T.: “De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, nº 1, 2018, pág. 123 y ss.; MONTOYA MEDINA, D.: “Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y empleo”, *Revista de treball, economia i societat*, nº 92, 2019, pág. 2 y ss.

<sup>7</sup> En esta línea, CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones...”, cit. págs. 18, 19, 30 y 31.

<sup>8</sup> En este sentido, subrayando que detrás de este tipo de argumentos se puede encontrar lo que la ciencia económica conoce como falacia de la cantidad fija de trabajo, consistente en entender que hay una cantidad de trabajo preestablecida, sin tener en cuenta factores como la inversión y la productividad, MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro...*, cit., pág. 234 y 235.

<sup>9</sup> En esta línea, MERCADER UGUINA, J. R.: “Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?”, en el blog: *El Foro de Labos*, disponible en: <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/despido-de-una-administrativa-cuyo.html> (consulta 21-5-2020).

<sup>10</sup> STSJ Castilla-La Mancha 27-3-2002 (Rº 141/2002).

<sup>11</sup> STSJ Castilla-León 17-12-2009 (Rº 742/2009).

## 2. La SJS nº 10 Las Palmas de 23-9-2019: una reseña crítica a la luz de la evolución normativa

Como se apuntaba, un buen modo de aproximarse a la materia objeto de estudio puede ser partir de la SJS de Las Palmas antes citada, que declaró improcedente el despido *ex art. 52 c) ET* en un supuesto en que la empresa había implantado un nuevo *software* que permitía automatizar tareas realizadas por la trabajadora despedida. En particular, y sin perjuicio de posteriores detalles, de los hechos declarados como probados por la sentencia se desprende, en esencia, que: 1) La trabajadora despedida trabajaba a tiempo completo para una empresa, cuya actividad se centra en la gestión turística y hotelera, prestando servicios para otras diversas empresas (unos 500 hoteles aproximadamente). 2) La trabajadora desarrollaba tareas propias de la categoría de oficial de contabilidad, dedicándose, entre otras funciones, a las de cobro y conciliación de facturas impagadas de grandes clientes. 3) La empresa en un momento determinado adquiere “*la licencia del software Jidoka*” que “*es un RPA, acrónimo de Robotic Process Automation*”, esencialmente “*orientado a realizar tareas repetitivas, mecánicas y que varían muy poco en cada iteración*” y que en la empresa se destina particularmente a “*las tareas de Reclamación de cobros (gestión de cobros) y Compensación de cobros (conciliación de cobros)*”. El *software* es capaz de leer la información que remiten los clientes, “*verifica si hay reclamaciones pendientes de enviar, descarga informe sobre las facturas pendientes de pago, realiza un tratamiento de datos del cliente y le envía por email el informe generado de reclamación*”. El *software* realiza tales tareas “*desde las 17:15 hasta 06:00, y los festivos y fines de semana trabaja 24 horas*”. Pues bien, siendo estos los hechos esenciales, la sentencia fundamenta la declaración de improcedencia del despido en diversos razonamientos jurídicos, que pueden agruparse, en síntesis, en tres bloques de argumentos.

En primer lugar, partiendo de que la empresa invocó en la carta despido causas tanto “*productivas*” como “*organizativas y técnicas*” –todas ellas referenciadas, como es sabido, en el ámbito de los arts. 51 y 52 c) ET–, la sentencia descarta que en el caso concreto estuviese justificada la extinción por causas productivas. En efecto, la sentencia niega que quepa apreciar tales causas en la medida que no resulta acreditado ningún “*cambio*” en torno a los productos o servicios a los que se dedica la empresa y la misma pretende identificar tales causas productivas en datos que apuntan a un declive del mercado turístico en el que se centra su actividad, basándose en meras proyecciones negativas de futuro, pero sin acreditar una causa actual que justifique la concreta decisión extintiva que afectó a la trabajadora. Es más, como elemento para negar que la empresa esté afectada por una causa productiva la sentencia pone de relieve el propio hecho de que la empresa haya adquirido *el “robot”* para atender al importante volumen de trabajo que generan entre 10 y 15 grandes operadores turísticos que tiene como clientes. Sobre este punto, no siendo el más relevante para las cuestiones que se pretenden abordar en el presente estudio, poco cabe objetar a la SJS comentada, en tanto que, ciertamente, de acuerdo con lo previsto legalmente las causas productivas se ponen en relación con los “*cambios*” que se produzcan en la “*demandas de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*” (art. 51.1 ET); referencia legal muy influenciada por la tradición interpretativa en torno a tales causas, derivándose diferencias pero también concomitancias con las causas “*económicas*”, en el sentido de que en el fondo de las causas productivas laten posibles problemas financieros provocados esencialmente por una reducción de la demanda, que, en todo caso, debe ser real y actual y no meramente hipotética<sup>12</sup>.

En segundo lugar, entrando ya a valorar la posible justificación del despido desde el punto de vista de las causas “*técnicas*” y “*organizativas*” también invocadas por la empresa, la sentencia contiene toda una serie de razonamientos que se proyectan sobre las finalidades y funciones del

<sup>12</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en (GODINO REYES, M. Coord.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 12 y ss.

*software* implantado por la empresa y sobre las tareas desarrolladas por la trabajadora despedida. El pronunciamiento no parece dudar de que el caso planteado se sitúa más propiamente en el terreno de las causas técnicas, a las que la ley se refiere aludiendo a “*cambios (...) en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*” y, de entrada, no parece objetar –aunque más adelante la sentencia entra en cierta contradicción con ello– que la empresa haya decidido acometer dichos cambios técnicos por razones de costes y de eficiencia empresarial. En este sentido, destaca la resolución judicial que el coste anual del *software* es muy inferior al de la trabajadora, desarrollando, además, el “*bot*” un trabajo en términos de horas notablemente superior al de aquélla. Renglón seguido, sin embargo, lo que sí objeta la sentencia es que no haya quedado debidamente probado que como consecuencia de las funciones desarrolladas por el *software* las tareas que venía desarrollando la trabajadora hayan quedado sustancialmente vacías de contenido. En este punto los razonamientos de la resolución judicial resultan menos sistemáticos, pero la conclusión principal que se extrae es que, si bien se entiende acreditado que el “*bot*” ha asumido una gran parte de las tareas de reclamación y compensación de cobros, no ocurre lo mismo con el dato alegado por la empresa de que la trabajadora dedicaba más del 97% de su jornada mensual a dichas tareas y que, por tanto, su trabajo ha quedado reducido de forma muy sustancial. Señala, en este sentido, la sentencia que “*no hay ninguna prueba objetiva y sobre todo contrastable y contrastada que permita mantener la conclusión de (...) que la actora dedicaba el 8% de su jornada mensual a “Gestión de cobros” y el 89,23% de su jornada mensual a “Conciliación de cobros” (...); “no hay aportado a la causa ningún registro (...) en el que se pueda verificar que efectivamente dedicaba esas horas a esas tareas, no hay pericial alguna a este respecto, (...) sólo tenemos afirmaciones de cuya realidad sólo puede creerse pero no verificarse*”. Y más adelante que: “*se parte de que el trabajo de la actora no se elimina al completo, sino sólo en un 70% de algunas tareas, a saber, de “Compensación de cobros” y “Reclamación de Cobros”, y ello por cuanto no se habían dado al ‘bot’ todos los clientes, sino solo 7 de los 500. Ahora bien, no se encuentra tampoco un estudio sobre cuánto tiempo dedicaba la actora a esos 7 clientes (...) que podría ser un 50% o un 40% o incluso un 1,4% (porcentaje real de 7 respecto a 500). Es cierto que todos los testigos y partes afirman que esos 7 clientes son los que más facturan y por ende los que más trabajo dan, ahora bien, no hay datos numéricos contrastables, con datos subyacentes analizables que permitan un debate sobre la realidad de esos porcentajes, por lo que no cabe, igualmente sino tener por no acreditados tales hechos (...)*”.

Estas consideraciones llevan a la sentencia a declarar no probada la causa técnica invocada para despedir, si bien lo que, en puridad, queda patente a través de ellas es lo que cabe considerar como un segundo momento del control judicial sobre estos despidos, en el que se exige la acreditación de la necesaria actualización de los efectos de la causa probada sobre un concreto puesto de trabajo como requisito para justificar el despido<sup>13</sup> (véase *infra* 3.1). Como puso de manifiesto la jurisprudencia en su día, “*la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido o extinción de los contratos de aquel o aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido*”<sup>14</sup>. Y, ciertamente, en la doctrina judicial relativa a los despidos por causas técnicas resulta frecuente advertir la centralidad que cobran los elementos fácticos que, a criterio de los tribunales, permiten atestiguar una efectiva amortización del puesto o puestos de trabajo, en el sentido de que los mismos hayan quedado vacíos de su contenido fundamental, aunque puedan subsistir tareas residuales<sup>15</sup>. Y coherentes con ello resultan aquellos otros pronun-

<sup>13</sup> Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”, en AAVV: *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid, Lex Nova, pág. 90.

<sup>14</sup> STS 14-6-1996 (Rº 3099/1995).

<sup>15</sup> Cfr., entre otras, STSJ Asturias 15-11-2013 (Rº 1829/2013); SSTSJ Galicia 27-1-2015 (Rº 3505/2014) y 19-7-2016 (Rº 921/2016); STSJ Andalucía 17-5-2016 (Rº 1385/2015); STSJ Cataluña 9-6-2016 (Rº 2167/2016); STSJ Madrid 7-2-2019 (Rº 933/2018); STSJ Cataluña 13-12-2019 (Rº 4187/2019).

ciamientos que declaran la improcedencia de los despidos por entender no acreditado que las innovaciones tecnológicas introducidas hayan tenido una incidencia directa y relevante sobre los puestos ocupados por los trabajadores despedidos<sup>16</sup>. Se trata, obviamente, de una cuestión de prueba y su valoración judicial, se quiera o no, está envuelta de una notable discrecionalidad, lo que puede llevar a una mayor o menor rigurosidad judicial a la hora de exigir datos que evidencien que el cambio tecnológico ha repercutido de modo sustancial en el puesto de trabajo que se pretende suprimir. En el caso de la SJS reseñada, el Magistrado considera insuficientes los datos y elementos probatorios aportados, respecto de lo cual poco más cabe comentar considerando el principio de sana crítica que fundamentalmente asiste a los órganos judiciales en la valoración de las pruebas (art. 218 LEC). Con todo, a la luz del conjunto de razonamientos de la sentencia, lo anterior no resulta incompatible con plantear la hipótesis de si en la formación del criterio del juzgador sobre el fondo del asunto planteado no pesó, tanto o más que cuestiones de prueba, su concepción en torno a la finalidad que cabe atribuir en el ordenamiento laboral vigente a los despidos por causas técnicas.

En efecto, un tercer bloque de argumentaciones las dedica la sentencia a exponer su visión acerca de la *ratio legis* que subyace en la regulación de estos despidos. En este sentido, tras subrayar que en la calificación de su procedencia o improcedencia se manifiesta un particular conflicto de intereses entre la libertad de empresa y el derecho del trabajo (arts. 38 y 35 CE), la sentencia sostiene que la simple mejora de la eficiencia empresarial no puede ser el elemento que justifique la inclinación de la balanza a favor de la libertad de empresa. A tal efecto, la sentencia se apoya fundamentalmente en el voto particular de la STS 31-5-2006 (Rº 49/2005), que se apartó del criterio mayoritario en un supuesto de despido por externalización de actividades, centrando su discrepancia en el hecho de entender que la sustitución de la referencia a la “*viabilidad*” de la empresa por la de “*dificultades*”, operada en el art. 52 c) ET por la reforma laboral de 1997, no había alterado la sustancia de este mecanismo extintivo, que seguía obedeciendo a la “*necesidad*” –también aludida en el art. 52 c) ET por aquel entonces– de que el despido se presente como la respuesta a acreditados problemas de funcionamiento de la empresa. Partiendo, en efecto, de este entendimiento y realizando también alguna alusión al juicio de razonabilidad de los despidos (véase *infra* 3.2), y pese a reconocer que con las sucesivas reformas normativas han desaparecido la mayoría de referencias normativas a las que se alude, la SJS de Las Palmas reseñada afirma que la “*mayor flexibilización efectuada por el legislador con la reforma de 2012 (...) no exime al empleador del deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por dificultades de cierta entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción de contratos de trabajo, dado que lo contrario implicaría dejar libérrimamente en manos del empresario la opción unilateral por la extinción contractual con el pago de una indemnización inferior a la ordinaria (...)*”.

A mayor abundamiento, la sentencia prosigue engarzando esta concepción de los despidos por causas técnico-organizativas con algunos datos que la misma estima relevantes acerca del impacto de la automatización o robotización, llegando a estimar la resolución judicial que ello “*implicará una destrucción de empleos de al menos el 35% de la población activa*”, por lo que entiende que “*siendo el despido objetivo una forma privilegiada y si se quiere excepcional, de concluir una relación laboral con una indemnización inferior a la ordinaria, no puede calificarse de excepcional, aquella causa que pueda afectar al 35% de todos los trabajos*”; datos que, a juicio del juzgador, “*hacen necesaria una reinterpretación del concepto de “causas técnicas” para el despido objetivo*”. Y, en este sentido, volviendo sobre el caso concreto planteado, se señala que “*la introducción de ‘bots’ en el entorno laboral implica la multiplicación de la productividad (...). Esto es, se erige la mejora de la competitividad como elemento único que justifique el despido, mediante la introducción de ‘bots’ que automaticen el trabajo, desplazando a la*

<sup>16</sup> Cfr., entre otras, STSJ Comunidad Valenciana 15-5-2013 (Rº 668/2013); STSJ Cataluña 7-7-2016 (Rº 3107/2016); STSJ Cantabria 31-10-2018 (Rº 590/2018); SSTSJ Andalucía 14-11-2018 (Rº 3648/2017) y 14-2-2019 (Rº 2006/2018); STSJ Madrid 7-10-2019 (Rº 775/2019).

*masa laboral humana. Definitivamente, esto no puede ser tenido como una causa justa para un despido objetivo procedente, por cuanto lo contrario implicaría favorecer, so pretexto de la competitividad, la subestimación y minimización del Derecho al Trabajo. La correcta interpretación del art. 52 c) ET, no puede llevarnos a confundir la mera conveniencia empresarial de reducir costes, con la necesidad de superar desajustes entre la fuerza laboral y la oferta. No debe olvidarse que la finalidad de este precepto legal es la de contribuir a ayudar a la empresa que atraviesa dificultades (...), y no la de configurar un sistema de incremento de los beneficios en aquellas empresas que, no atravesando complicación alguna, pretenden acogerse al mismo ante cualquier eventualidad o circunstancia que se produce en su proceso técnico, productivo y de organización, trasladando al trabajador los riesgos de la actividad empresarial y haciendo recaer sobre el mismo cualquier incidencia del mercado (...). [E]n el caso presente no se ha producido un problema o desajuste entre la demanda existente en el mercado y la fuerza laboral existente en la empresa, sino que ha sido la propia empresa, que no tenía problemas previos, la que ha introducido un elemento que ha creado dicho desajuste (...) al adjudicar a un 'bot' el trabajo que antes desempeñaban humanos. Concluyendo, en fin, la sentencia con afirmaciones del siguiente tenor: "la automatización mediante 'bots' o 'robots', con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar lo mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de Empresa. Siendo así por tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos, en atención a la interpretación que (...) ha de darse del despido objetivo por causas técnicas (...)."*

Ni que decir tiene que este tercer grupo de argumentos manejados por la SJS reseñada son los que presentan un mayor interés desde el punto de vista de una lectura jurídico-dogmática del mecanismo extintivo *ex art.* 52 c) ET, con obvias repercusiones prácticas en los supuestos que se vienen planteando y se seguirán planteando en punto a los cambios tecnológicos introducidos por las empresas y la posibilidad de realizar ajustes de personal de modo procedente. Pues bien, a este respecto, la sentencia reseñada resulta, a mi juicio, bastante criticable en tanto que minusvalora las notables modificaciones normativas que se han ido introduciendo en este terreno, máxime con la reforma laboral de 2012, obviando las finalidades perseguidas con tales modificaciones normativas y decantándose, a la postre, por una suerte de inmovilismo interpretativo que, además, tiene bastante de suplantación del papel del legislador.

En este sentido, bien puede afirmarse que la SJS comentada se alinea con las tesis más restrictivas que, en buena medida, se impusieron sobre la base de ciertos elementos que caracterizaron a las reformas acometidas en esta materia en la década de los 90. Ciertamente, uno de los aspectos relevantes de la reforma laboral de 1994 radicó en una nueva ordenación de los despidos por causas relacionadas con el funcionamiento de las empresas y, entre otros aspectos, destacó que la anterior referencia a causas "económicas y tecnológicas" fuese sustituida por la de causas "económicas, técnicas, organizativas o de producción", con el aparente objetivo de flexibilizar la rígida interpretación que se venía haciendo en el marco normativo anterior, muy anclada en la idea de crisis empresarial<sup>17</sup>. Tal innovación fue acompañada, sin embargo, de otras que, aunque parecían orientadas en esa misma dirección, lo cierto es que en la práctica frustraron, en buena medida, el objetivo de flexibilización e introdujeron altos márgenes de incertidumbre en la calificación de estos despidos<sup>18</sup>. El legislador, utilizando unos términos excesivamente "prolijos y equívocos"<sup>19</sup>, añadió al nuevo elenco de causas extintivas un elemento finalista al que debían contribuir los despidos; particularmente, "contribuir

<sup>17</sup> Cfr. DURÁN LÓPEZ, F. "El despido objetivo: causas, forma y efectos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, 2000, pág. 1097.

<sup>18</sup> Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: "El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997", *Relaciones Laborales*, Tomo-2, 1998, págs. 445 y 456. En esta misma línea, MONTOYA MELGAR, A.: "El nuevo artículo 52 c) del Estatuto de los trabajadores: primeras interpretaciones", *Aranzadi Social*, Tomo-I, 1996, pág. 2611 y 2612.

<sup>19</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: "Las llamadas <<causas económicas, técnicas, organizativas o productivas>>", *Documentación Laboral*, nº 51, 1997, pág. 43.

a (...) garantizar la viabilidad futura de la (...) (empresa) y del empleo en ella, a través de una más adecuada organización de los recursos”. Un sector mayoritario de la doctrina judicial interpretó dicha referencia exigiendo una viabilidad comprometida como punto de partida para poder despedir<sup>20</sup>, sin que los pronunciamientos del TS, interpretando el alcance de la reforma de 1994, comportasen una lectura resueltamente censora de tal entendimiento<sup>21</sup>.

Al hilo de lo anterior, y pese a las diversas reformas habidas posteriormente, adviértase como los razonamientos de la SJS de Las Palmas que se viene reseñando guardan un alto grado de coincidencia con alguna doctrina judicial que resulta ilustrativa de la aplicación que se vino haciendo de la reforma de 1994, según la cual “*resulta indudable desde una perspectiva atinente tan sólo a la competitividad y al beneficio empresarial que cualquier proceso de automatización, robotización o, en fin, racionalización de los medios de producción contribuye genérica y abstractamente a la viabilidad de la empresa, puesto que cualquier medida cuyo designio sea un mayor beneficio empresarial comporta, por definición, una mayor viabilidad (...). De ahí que, si los Tribunales ponderaran tan sólo el factor optimización de los recursos, inatacable resultaría la lógica empresarial y, siguiendo la misma, procedentes de los despidos. Pero no existen términos hábiles para suponer que el legislador quiso desvincular tal proceso de optimización de un factor de viabilidad más concreto, limitado y tangible alcance*”<sup>22</sup>.

No demasiado tiempo después, con la reforma de 1997, se introdujeron otras modificaciones que afectaron a los despidos no estrictamente económicos *ex art. 52 c) ET*, de nuevo con el pretendido objetivo de flexibilizar la interpretación que se venía haciendo de los mismos<sup>23</sup>. No obstante, el legislador insistió en la técnica normativa de vincular los despidos a un elemento finalista, de modo que los despidos debían contribuir “*a superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos*”. Es cierto que el nuevo elemento teleológico, dada su alusión a la competitividad y a la mejora de la organización empresarial, comportó una jurisprudencia que subrayó la necesidad de suavizar las exigencias, no requiriéndose la acreditación de una situación de tal entidad como para comprometer la viabilidad empresarial; pero no es menos cierto que, sobre la base de las “*dificultades*” referidas en tal elemento finalista, se siguieron exigiendo problemas de funcionamiento o eficiencia empresarial reflejados, por ejemplo, en resultados negativos en las cuentas, en escasa productividad, retraso tecnológico respecto a los competidores, pérdida de cuota de mercado, etc.<sup>24</sup>. De un grupo de pronunciamientos del TS se desprendía, en efecto, que tanto los cambios técnicos-organizativos introducidos, como los despidos consecuencia de tales cambios, debían responder a problemas de gestión o eficiencia actuales, perceptibles y acreditados<sup>25</sup>. Tras este entendimiento jurisprudencial latía, a la postre, la idea de que decisiones como la implantación de procesos de automatización o la externalización de actividades, en tanto que provenientes de la voluntad exclusiva del empresario, no podían admitirse, sin más, como situación de desajuste justificativa de la amortización de puestos de trabajo<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: “El despido...”, cit. pág. 461. Véase, por ejemplo, STSJ Galicia 8-2-1995 (Rº 63/1995); STSJ País Vasco 21-7-1995 (Rº 1107/1995); STSJ Cataluña 17-11-1995 (St. 6261/1995) y STSJ Andalucía 18-10-1996 (Rº 708/1996).

<sup>21</sup> La doctrina jurisprudencial no pasó a este respecto de algunas consideraciones en *obiter dicta* de las que se colegía, además, una concepción defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a dificultades de rentabilidad o eficiencia empresarial. Cfr. STS 14-6-1996 (Rº 3099/1995) y 21-3-1997 (Rº 3755/1996).

<sup>22</sup> STSJ Cataluña 21-2-1997 (St. 1515/1997). En la misma línea, STSJ Cataluña 2-9-1997 (St. 5631/1997).

<sup>23</sup> Cfr. ALBIOL MONTESIONES, I.: “La extinción del contrato por causas objetivas”, en (AAVV): *La reforma laboral de 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 71; DURÁN LÓPEZ, F. “El despido...”, cit., pág. 1109.

<sup>24</sup> Cfr., por todas, STS 10-5-2006 (Rº 725/2005).

<sup>25</sup> Cfr., entre otras, SSTS 30-3-2010 (Rº 1068/2009) y 1-7-2010 (Rº 3439/2009).

<sup>26</sup> En este sentido, valorando negativamente esta orientación jurisprudencial, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Control judicial y despido”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2010, pág. 9.

Como se puede comprobar, la SJS de la Las Palmas comentada es fiel heredera de estas tesis, pues, a pesar de no haber referencia alguna en la vigente normativa, sigue exigiendo a la empresa el “*deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por dificultades de cierta entidad*” y, asimismo, asume la idea apuntada de que el excedente de mano de obra resultante de la decisión empresarial de introducir innovaciones técnico-organizativas no puede justificar el despido, pues “*ha sido la propia empresa, que no tenía problemas previos, la que ha introducido un elemento que ha creado dicho desajuste (...) al adjudicar a un ‘bot’ el trabajo que antes desempeñaban humanos*”. En definitiva, la sentencia da continuidad a aquella orientación judicial que durante bastantes años ha venido entendiendo que un despido por causas técnico-organizativas sólo podía calificarse de procedente si quedaban acreditadas circunstancias con ciertos perfiles patológicos, tales como unas notables y acumuladas pérdidas económicas, una continuada pérdida de cuota de mercado o una manifiesta obsolescencia o ineficacia de la maquinaria, equipos o sistemas reemplazados<sup>27</sup>. Sin la concurrencia de este tipo de circunstancias, se entendía que el despido derivado, por ejemplo, de la instalación de un sistema automatizado de atención al cliente, que dejaba vacío de contenido un puesto de telefonista, o el despido derivado de la incorporación de unas “*PDA’s*” a la actividad de la empresa, que reducía muy considerablemente la carga de trabajo de la trabajadora despedida, no respondían una “*necesidad*”, sino a una estrategia de mera “*conveniencia*” empresarial dirigida al incremento de beneficios<sup>28</sup>. Este criterio valorativo también aparece, como se ha visto, reflejado en la más reciente sentencia del JS de Las Palmas y, a mi juicio, plantea una dicotomía bastante maniquea y poco fundamentada, pues que no exista una apremiante “*necesidad*” de despedir para superar problemas de rentabilidad o gestión empresarial no significa que, en el marco de un sistema de libertad de empresa (art. 38 CE), no sea legítima la “*conveniencia*” empresarial de introducir, en cualquier momento, innovaciones tecnológicas y mejorar la organización de sus recursos suprimiendo un puesto de trabajo “*redundante*”<sup>29</sup>. Amén de que la sentencia comentada, en algún punto de su argumentación, parece querer fundamentar este tipo de valoración dicotómica en el llamado “*juicio de razonabilidad*”; juicio que el contexto de estos despidos no deja de ser una figura bastante borrosa, sin que, además, la más reciente doctrina judicial y jurisprudencia parezca atribuirle el sentido que la sentencia pretende otorgarle (véase *infra* 3.2).

Todo lo anterior lleva a reafirmarnos en la crítica a la SJS de Las Palmas comentada, toda vez que la misma aboga por una interpretación que se aparta de lo que es una lectura ajustada a la vigente letra y espíritu de la ley. En punto a las causas técnicas, el actual marco normativo, producto de la reforma de 2012, mantiene la referencia –introducida por la precedente reforma de 2010– a “*cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*”. Tal identificación de las causas con “*cambios*” bien puede interpretarse como el reconocimiento legal de que resulta indistinto que en el origen último de los mismos radique en factores más o menos exógenos o endógenos a la voluntad empresarial, pudiendo obedecer las causas técnicas a decisiones de pura iniciativa o gestión empresarial; esto es, tomadas dentro del círculo de autonomía del empresario, quien, por razones de estrategia competitiva, planificación o similares, “*crea circunstancias que pueden motivar el despido*”<sup>30</sup>. Ello, unido a que, con la reforma de 2012, ha desaparecido todo elemento finalista de estos despidos,

<sup>27</sup> Cfr., entre otras, STSJ Islas Canarias 22-5-2002 (R° 923/2001); STSJ Castilla-La Mancha 5-11-2003 (R° 1733/2003); STSJ Islas Canarias 27-2-2009 (R° 973/2006); STSJ Madrid 17-4-2009 (R° 667/2009); STSJ Galicia 5-10-2010 (R° 2424/2010).

<sup>28</sup> STSJ La Rioja 1-3-2005 (R° 39/2005) y STSJ País Vasco 30-5-2006 (R° 998/2006). En la misma línea, entre otras, STSJ Comunidad Valenciana (R° 3588/2002); STSJ Cataluña 10-2-2003 (R° 7784/2002) y 9-2-2005 (R° 8361/2004); STSJ Islas Canarias 20-9-2004 (R° 635/2004); STSJ Castilla y León 23-3-2005 (R° 426/2005); STSJ Navarra 9-6-2006 (R° 25/2006).

<sup>29</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Control...”, cit., pág. 8.

<sup>30</sup> Cfr., destacando la referencia legal a “*cambios*” que implicaría una caracterización de las causas técnico-organizativas en el sentido apuntado, GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas...”, cit., págs. 5-7 En la misma línea, MARTÍN VALVERDE, A.: “Razonabilidad o proporcionalidad en el control judicial de la justificación del despido colectivo”, en (GODINO REYES, M. Coord.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 5 de la versión on-line.

que con un tono u otro pudiera condicionarlos a una situación de inviabilidad o necesitada de mejora, constituyen argumentos de peso para sostener que con el marco normativo vigente se ha querido dar por superada aquella orientación jurisprudencial según la cual los cambios técnico-organizativos introducidos por el empresario no justificarían por sí mismos extinciones de contratos de trabajo si no van dirigidos a solventar preexistentes problemas de rentabilidad o eficiencia empresarial.

Con la supresión, en efecto, de la valoración finalista de estos despidos, el legislador ha perseguido desvincular más claramente las causas de tipo técnico y organizativo de otras razones más relacionadas con el riesgo de una evolución negativa de la empresa, así como superar la indefinición inherente a tales elementos finalistas. El legislador optó, en este sentido, por evitar una semántica que recordase a normas precedentes, intentando así sortear una inercia aplicativa en que la ambigüedad legal sirviese de pretexto para una fiscalización judicial que alcanzase a aspectos que tras la reforma se juzgan como claramente correspondientes a la esfera de la libre decisión empresarial. Que los propósitos del legislador de 2012 se mueven en esta dirección se deduce con nitidez de algunos pasajes de las exposiciones de motivos del RD-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, en los que se puede leer una crítica al modelo anterior, entre otras razones, por haber “*venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas*”; y este es uno de los motivos por los cuales la “*ley se ciñe ahora a delimitar las causas (...) que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994 (...) tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas*”.

Por consiguiente, en el actual marco normativo, cuando se trata de justificar despidos vinculados a la introducción de cambios tecnológicos en la empresa, no cabe exigir que tales cambios obedezcan a problemas o dificultades ya constatadas, ni tampoco acreditar nada acerca de la repercusión más o menos positiva de dichos cambios en la viabilidad o evolución de la empresa. Tras la reforma operada en 2012, se puede, en efecto, afirmar de un modo concluyente la autonomía e independencia de las causas técnicas y organizativas respecto a otras razones que se incardinan en mayor medida en la noción de causas económicas o productivas, admitiéndose, por tanto, el despido por la introducción de cambios tecnológicos en una empresa con beneficios económicos y sin signos de una evolución negativa o deterioro alguno<sup>31</sup>. Y, ciertamente, en la doctrina judicial posterior a la reforma se constata una orientación judicial mayoritaria tendente a declarar la procedencia del despido sin necesidad de que el cambio tecnológico acreditado responda a otras circunstancias tales como pérdidas, una reducción de la cuota mercado, ni tampoco a una obsolescencia de los medios de producción renovados o cualquier otra ineficiencia productiva<sup>32</sup>.

Con todo, también es cierto que puntualmente sigue detectándose alguna doctrina judicial que, en la misma línea de la SJS de Las Palmas reseñada, juzga improcedente la decisión extintiva

<sup>31</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones...”, cit., pág. 35.

<sup>32</sup> Cfr., entre otras, STSJ Galicia 27-1-2015 (Rº 3505/2014); STSJ Cataluña 9-6-2016 (Rº 2167/2016); STSJ Andalucía 22-6-2017 (Rº 2534/2016); STSJ Comunidad Valenciana 23-10-2018 (Rº 2587/2018). La circunstancia relativa a la obsolescencia de los medios de producción aparece reflejada en la STS 22-2-2018 (Rº 192/2017), en que se declara ajustado a derecho un despido colectivo por causas técnicas y organizativas, pero no parece que el Alto Tribunal subraye ello como un elemento estrictamente necesario para la justificación de estos despidos, sino que tal referencia aparece de manera más bien circunstancial como algo propio del supuesto de hecho concreto.

por la falta de prueba de circunstancias que pongan manifiesto que los cambios tecnológicos introducidos y el despido acordado no responden a una mera “conveniencia” empresarial<sup>33</sup>. Habrá quien pueda considerar que ello es imputable a la parquedad de la norma vigente, que, al referirse sin más a las causas, redundando también en indefinición, pero de algunos de los razonamientos esgrimidos por la SJS comentada y alguna otra sentencia se deduce una suerte de resistencia a aceptar que la ley ha cambiado y que –guste o no– de la actual regulación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como de otras instituciones relacionadas sobre todo con la flexibilidad interna, se colige una más nítida y mayor apuesta del legislador por la competitividad de las empresas como garantía del mantenimiento y la creación del empleo, no sólo a corto, sino también a medio y largo plazo. Frente a ello, la sentencia reseñada plantea una disyuntiva excesivamente excluyente entre la libertad de empresa y la competitividad empresarial, de un lado, y el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo, por otro lado; y lo hace, en el caso concreto, bajo la justificación de que la robotización y automatización pueden destruir un notable volumen de empleo, lo que, según su entendimiento, exige una “reinterpretación” de la causa técnica que la circunscriba a las empresas con dificultades, no considerándose de recibo que todos aquellos trabajadores que pudieran ser despedidos por tal efecto de la automatización perciban “una indemnización inferior a la ordinaria”; idea ésta sobre la indemnización que debe ser considerada la ordinaria que, como se vio, es reiterada en varios puntos por la sentencia, pero que, sin embargo, parece muy forzado deducir de la normativa vigente. Sea como fuere, se comparta o no dicha visión sobre los efectos de la automatización en el mercado de trabajo y se comparta o no el escaso valor que se le otorga a que las empresas puedan mejorar su competitividad, lo que, a mi juicio, parece claro es que este tipo de razonamientos judiciales se inmiscuye en el terreno de valoraciones y decisiones propias del legislador.

### 3. Sobre el control judicial de los despidos por causas técnicas

#### 3.1. La acreditación del cambio técnico y de su relación causa-efecto con el despido

No parece que haya duda de que el ordenamiento vigente reconoce que compete al empresario valorar y decidir la implantación de modificaciones técnico-organizativas en su estructura productiva, lo que no quiere decir que la ley no intervenga fijando límites respecto a los efectos que se pueden producir sobre los contratos de trabajo. En este sentido, en contra de la opinión que se ha difundido, de forma algo grandilocuente, acerca de que tras la reforma laboral de 2012 se ha reducido prácticamente a nada o aspectos meramente formales la fiscalización judicial de estos despidos<sup>34</sup>, lo cierto es que resulta plenamente vigente un control sustancial que, centrando la atención en el despido asociado a la introducción de innovaciones tecnológicas en la empresa, giraría en torno a los siguientes elementos:

En primer lugar, sobre el empresario recae la carga de probar el cambio tecnológico o, en la terminología legal, la existencia de “cambios” en los “medios o instrumentos de producción” –causas técnicas–, sin perjuicio de que pueda ser frecuente que ello conlleve también cambios en los “sistemas y métodos de trabajo del o en el modo de organizar personal” –causas organizativas– (art. 51.1.

<sup>33</sup> STSJ La Rioja 26-9-2016 (Rº 176/2016). En la misma línea, STSJ Islas Canarias 27-11-2015 (Rº 835/2015), que expresa una clara toma de posición respecto a que el control judicial, pese a los cambios legales introducidos, debe seguir pivotando sobre un elemento finalista vinculado a problemas de eficiencia o rentabilidad empresarial, por lo que, en el caso concreto, se admite el despido fundado en la automatización de un servicio de atención telefónica sólo en la medida que el mismo se considera adecuado frente al notable descenso de ventas empresariales acreditado.

<sup>34</sup> Representativo en este sentido es el trabajo del Magistrado de lo Social FALGUERA BARÓ, M. A.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2013, en particular pág. 47 y ss.

ET), y sin perjuicio de que, además, puedan –aunque no es necesario– concurrir otras causas de orden económico o productivo (pérdidas, disminución de ingresos, reducción de la demanda, etc.). Es obvio que la reforma laboral de 2012 ha mantenido intacto el control judicial sobre la realidad y actualidad de la causa. Por ello, ni antes ni ahora, resulta procedente el despido acometido sobre la base de meros proyectos y con anterioridad a la efectiva implantación del cambio<sup>35</sup>. Una vez acreditado el cambio, aunque la ley no atribuye al juez la labor de controlar las razones a las que obedece, sí que le permite valorar los efectos que del mismo se derivan para las relaciones laborales. Ello constituye el segundo elemento del control judicial en estos casos.

En segundo lugar, en efecto, para que el cambio tecnológico justifique la extinción de contratos de trabajo, debe tener una repercusión directa sobre el ámbito en el que el trabajador despedido presta sus servicios. De este modo, como cierta doctrina subrayó hace tiempo, pieza central de la apreciación de legitimidad de este tipo de despidos lo constituye el hecho de que la causa haya comportado un concreto excedente de personal, permitiendo que el empresario haga frente al sobredimensionamiento de la plantilla<sup>36</sup>. De suerte tal que es más la crisis del contrato, que no la crisis de la empresa, lo que se pone de manifiesto en tales casos y, en consecuencia, la decisión extintiva se justificará en la medida que responda proporcionalmente al desequilibrio de prestaciones entre empleado y empleador, consideraciones al margen sobre la situación global de la empresa<sup>37</sup>. Es cierto que el actual tipo normativo, ceñido a describir las causas, no alude a este segundo momento del control judicial, como tampoco lo hacían de modo explícito sus precedentes normativos, si bien, a este respecto, podía resultar indicativa la dicción que vino encabezando al art. 52 c) ET durante tiempo, refiriéndose a “*la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo*” y que fue suprimida, a partir de la reforma de 2010, probablemente con el propósito de dejar atrás la discutible dicotomía, antes apuntada, entre “*necesidad*” y “*conveniencia*” presente en la valoración judicial de estos despidos<sup>38</sup>. Una lectura más cabal de la citada dicción debería haber llevado a considerar que ello no era otra cosa que una referencia a la necesaria afectación de la causa probada sobre un concreto o concretos puestos de trabajo como requisito para justificar el despido. Que la citada referencia legal haya desaparecido desde la reforma 2010 no significa que una fiscalización en tal sentido no siga siendo procedente y operativa<sup>39</sup>, tal y como así se desprende de la doctrina de aplicación más reciente relativa a los despidos por causas técnicas<sup>40</sup>.

Además, la pertinencia de este tipo de control constituye, a mi juicio, una consecuencia lógica del sometimiento de los poderes empresariales a los principios generales de buena fe y de prohibición de abuso del derecho (art. 7 CC)<sup>41</sup>. Estos principios remiten a un ejercicio de todo

<sup>35</sup> Cfr. STSJ Extremadura 18-4-2000 (Rº 205/2000); STSJ Madrid 7-3-2014 (Rº 1950/2013); STSJ Andalucía 20-11-2015 (Rº 2842/2014).

<sup>36</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El nuevo...”, cit., pág. 2612.

<sup>37</sup> En este sentido, DESDENTADO BONETE, A.: “El despido...”, cit. pág. 467.

<sup>38</sup> Así interpretó la citada supresión DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma...”, cit., pág. 90.

<sup>39</sup> Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma...”, cit., pág. 90; GOERLICH PESET, J. M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010, pág. 280.

<sup>40</sup> Cfr., entre otras, STSJ Galicia 19-7-2016 (Rº 921/2016); STSJ Andalucía 17-5-2016 (Rº 1385/2015); STSJ Cataluña 9-6-2016 (Rº 2167/2016); STSJ Cantabria 31-10-2018 (Rº 590/2018); STSJ Madrid 7-2-2019 (Rº 933/2018); STSJ Andalucía 14-2-2019 (Rº 2006/2018); STSJ Madrid 7-10-2019 (Rº 775/2019).

<sup>41</sup> Cfr., señalando que el hecho de que la actual regulación de los despidos *ex art. 51 y 52 c) ET* se limite a exigir la acreditación de la causa no obsta para que las decisiones extintivas queden sujetas a tales principios, GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. (Dirs.): *Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pág. 303; BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012. Aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en (AAVV): *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 166; GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, *Actualidad Laboral*, nº 9, 2012, pág. 2 de la versión de internet.

poder o derecho no contrario a su función económica-social<sup>42</sup>, que, en este caso, atendiendo a la *ratio legis* vigente, no es otra que acomodar el volumen de empleo en la empresa al concreto cambio de circunstancias acreditado. Como apunta alguna doctrina judicial, se trata de una valoración que se deriva de la propia naturaleza de las causas técnico-organizativas, las cuales, como se desprende de su descripción normativa, deben tener un ámbito de afectación concreto –unos determinados medios, instrumentos, sistemas o métodos de producción– y es en relación a tales ámbitos que pueden justificar la extinción del contrato de trabajo<sup>43</sup>. Se trata, por tanto, de valorar si el despido es razonable, pero no desde la perspectiva de diversas posibles ponderaciones concernientes a la evolución y gestión empresarial –no presentes ya en el tipo normativo en cuestión–, sino si resulta razonable para adecuar el volumen de empleo de la empresa a la situación resultante del cambio técnico-organizativo acreditado. Se trata, en suma, de un control sobre los límites “*internos*” del poder extintivo del empresario<sup>44</sup>.

Como se avanzó al comentar la SJS de Las Palmas de 23-9-2019 (véase *supra* 2), en este segundo momento la labor judicial consiste en ponderar si la supresión del puesto de trabajo del trabajador o trabajadores despedidos guarda una relación causa-efecto con el cambio técnico acreditado, de modo que únicamente será legítimo el despido del trabajador de cuyas tareas y responsabilidades se pueda prescindir como consecuencia de dicho cambio. Y, como también se apuntó al reseñar la citada SJS, ello conlleva un control que, aunque circunscrito a unos hechos y pruebas muy específicas, no por ello deja de ser muy trascendente desde el punto de vista de las facultades de fiscalización judicial en esta materia. Cabe exigir, en efecto, que se aporten datos acerca de las concretas tareas que venían ocupando al trabajador o trabajadores despedidos y de cómo ha incidido en ellas el cambio técnico; exigencia que, por ejemplo, lleva a afirmar que no basta con probar que, en una sección de la empresa, se han sustituido 3 máquinas por 2 más productivas para justificar, sin mayores datos, el despido de 9 trabajadores de dicha sección<sup>45</sup>; o exigencia que lleva a concluir que el puesto de la trabajadora despedida no se había visto afectado de modo sustancial por el cambio tecnológico, toda vez que el mismo se había introducido en el área de cajas y las funciones de la trabajadora eran de gestión y coordinación general del establecimiento<sup>46</sup>. Asimismo, en este terreno, también puede adquirir relevancia la conexión temporal entre la implantación del cambio y la decisión extintiva, pues el hecho de que transcurra un lapso de tiempo relevante entre ambas circunstancias puede denotar que el cambio no implicaba la necesidad de amortizar el puesto<sup>47</sup>. Nótese, en todo caso, que, según un reiterado criterio jurisprudencial, la noción de “*amortización*” iría referida a los puestos de trabajo afectados por la reestructuración empresarial y no a las funciones desarrolladas por los trabajadores en ellos ocupados, pues las mismas pueden seguir formando parte del conjunto de la actividad empresarial<sup>48</sup>. La causa acreditada debe implicar un excedente en el nivel de empleo en la empresa, pero no necesariamente una desaparición de las funciones que venía realizando el trabajador despedido, que pueden seguir siendo necesarias y ejecutadas por el propio empresario, por otros trabajadores o por un tercero a través de una contrata de obras o servicios<sup>49</sup>; a

<sup>42</sup> Cfr. MARTÍN BERNAL, J. M.: *El abuso del Derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982, pág. 258 y ss.

<sup>43</sup> Cfr., fundamentando el alcance del control judicial en instituciones de aplicación general como el abuso de derecho, STSJ Madrid 18-7-2016 (Rº 168/2016).

<sup>44</sup> Sobre la distinción entre límites “*externos*” e “*internos*” a los poderes empresariales, vinculados los segundos a un ejercicio de buena fe y no abusivo *ex art. art. 7 CC*, MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, pág. 79 y 80.

<sup>45</sup> STSJ Madrid 7-10-2019 (Rº 775/2019).

<sup>46</sup> STSJ Andalucía 14-11-2019 (Rº 939/2019).

<sup>47</sup> Cfr. STSJ País Vasco 12-4-2011 (Rº 423/2011); STSJ Galicia 19-7-2016 (Rº 921/2016); STSJ Madrid 13-7-2017 (Rº 398/2017); STSJ Cantabria 31-10-2018 (Rº 590/2018).

<sup>48</sup> Cfr. SSTS 14-6-1996 (Rº 3099/1995); 29-5-2001 (Rº 2022/2000); 15-10-2003 (Rº 1205/2003); 12-6-2012 (Rº 3638/2011).

<sup>49</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J. M.: “La reforma...”, *cit.*, pág. 280.

lo que cabría añadir, asimismo, la posibilidad de que las mismas hayan quedado fundamentalmente automatizadas a raíz del cambio tecnológico introducido.

La valoración judicial en torno a si concurre la relación causa-efecto entre el cambio técnico y el puesto del trabajador despedido, haciéndolo suprimible, es una ponderación, como se decía, de aspectos fácticos, sin que proceda traer a colación otros argumentos relativos a las normas de calidad, seguridad, accesibilidad, etc. exigidas a los servicios prestados por la empresa. Con ello me estoy refiriendo particularmente a las normas aprobadas por un buen número de CCAA, que han limitado o prohibido las gasolineras completamente automatizadas<sup>50</sup>. Sin que quepa entrar aquí en las diversas cuestiones que estas normativas plantean desde el punto de vista de la distribución de competencias entre Estado y CCAA<sup>51</sup>, desde el estricto prisma jurídico-laboral no resulta de recibo que tales normativas autonómicas interfieran en la aplicación de lo previsto en los arts. 51 y 52 c) ET. Y, por ello, no resulta posible declarar la improcedencia de un despido arguyendo que, a pesar de la automatización implantada, los servicios laborales siguen siendo necesarios para cumplir con una normativa como la aprobada, por ejemplo, por la Junta de Andalucía, que exige la presencia obligatoria de “*una persona para atender la solicitud de suministro de combustible (...)*” (art. 7.7 Decreto 537/2004). Este tipo de previsiones podrán desplegar, en su caso, los efectos jurídicos que correspondan desde el punto de vista de las competencias autonómicas, pero no pueden derogar de facto los poderes empresariales de extinción del contrato de trabajo recogidos en una legislación competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7 CE); amén de que en el caso particular la norma autonómica no exige que el personal que debe estar presente sea un trabajador por cuenta ajena contratado directamente por la empresa, pudiendo la misma recurrir a distintas fórmulas para intentar cumplir con la exigencia autonómica<sup>52</sup>.

Al hilo de todo lo anterior, si lo relevante es que el cambio técnico haya comportado la necesidad de amortizar el puesto de trabajo del trabajador despedido, una circunstancia adicional a valorar serán las nuevas contrataciones que haya podido efectuar la empresa de un modo más o menos coetáneo, pues ello puede poner de relieve que, en realidad, no ha tenido lugar dicha amortización<sup>53</sup>. Ciertamente, como se desprende de la doctrina judicial, las eventuales contrataciones que la empresa formalice en un tiempo próximamente anterior o posterior a la decisión de despedir pueden comportar la calificación de improcedencia del despido cuando las mismas pongan de manifiesto que los cambios técnico-organizativos no han provocado una efectiva y relevante reducción de las tareas a desempeñar por el trabajador despedido; esto es, nuevas contrataciones para desarrollar tareas que hubieran ocupado en circunstancias normales y de modo fundamental al trabajador despedido<sup>54</sup>. Y es que como se desprende de una reciente STS –relativa a un despido aduciendo causas productivas, pero resultando extrapolable su razonamiento a los efectos que aquí interesan–, no

<sup>50</sup> Según un estudio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al menos, 14 CCAA habrían aprobado normativas en este sentido. Cfr. *Análisis del efecto competitivo de la entrada de gasolineras automáticas en el mercado de distribución minorista de carburantes*, Madrid, 2019, pág. 21.

<sup>51</sup> La STS (Cont.-Admvo) 12-2-2019 (Rº 1718/2018) confirmó una sentencia del TSJ de Baleares que declaró nula las previsiones de la respectiva normativa autonómica que prohibía las estaciones de servicios desatendidas por entender que dicha normativa invadía las competencias estatales en materia de planificación de la actividad económica y régimen energético correspondientes a la legislación que prevé la posibilidad de este tipo de estaciones.

<sup>52</sup> En esta línea, revocando las sentencias de instancia que habían declarado la improcedencia de los despidos, SSTJ Andalucía 17-9-2015 (Rº 1535/2015) y 18-2-2016 (Rº 2945/2015).

<sup>53</sup> En este sentido, respecto al noción de despido por “*necesidad de amortización*” se ha venido señalando que el mismo requiere para justificarse que no vaya acompañado de una nueva contratación para sustituir al despedido. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1998, pág. 85.

<sup>54</sup> Este tipo de valoración judicial, que comporta la improcedencia del despido, se puede observar en pronunciamientos dictados durante la vigencia de textos legales que incluían la referencia a la necesidad de “*amortizar*” puestos de trabajo –cfr., por ejemplo, STSJ Galicia 30-4-2001 (Rº 797/2001)–, y también en sentencias posteriores, a pesar de haber desaparecido dicha referencia normativa. Cfr. STSJ Andalucía 20-11-2015 (Rº 2842/2014); STSJ Madrid 18-7-2016 (Rº 168/2016); STSJ Cantabria 31-10-2018 (Rº 590/2018).

se puede apreciar una incidencia de la causa alegada sobre el volumen de empleo cuando paralelamente a la pretendida afectación de la causa invocada se han realizado contrataciones para el centro de trabajo y las funciones del trabajador despedido, sin que la empresa aporte una justificación sobre las necesidades coyunturales a las que podían obedecer tales contrataciones<sup>55</sup>. Ahora bien, de modo consecuente, no cabe considerar, en cambio, injustificado el despido si las contrataciones han ido dirigidas a cubrir necesidades de otras áreas funcionales o unidades productivas diferentes a aquellas en que se ha introducido el cambio tecnológico<sup>56</sup>, ni tampoco cuando las nuevas contrataciones, aunque puedan guardar relación con las funciones que venía desempeñando el despedido –que, como se decía, pueden seguir formando parte de la actividad empresarial–, respondan a necesidades coyunturales, tales como puntas de trabajo o la cobertura de trabajadores ausentes (vacaciones, incapacidad temporal, reducciones de jornada, etc.)<sup>57</sup>. Desaparecida toda referencia legal que pudiese llevar a considerar que los despidos por motivos técnico-organizativos quedan condicionados a una situación de riesgo para la viabilidad empresarial, no procede ya dar relevancia a cualquier contratación laboral efectuada por la empresa con independencia de su finalidad<sup>58</sup>, como en ocasiones venía haciendo la doctrina judicial otorgándole el valor de dato indicativo de la inexistencia de dificultades para la continuidad y mantenimiento de la actividad empresarial y declarando, por ello, no ajustado a derecho el despido<sup>59</sup>.

Que las nuevas contrataciones efectuadas por el empresario para cubrir otras áreas funcionales o unidades productivas distintas a las afectadas por el cambio tecnológico no impidan la procedencia del despido resulta coherente con el hecho de que, por contraste con lo expresamente prescrito por textos legales anteriores a la reforma laboral de 1994<sup>60</sup>, el empresario no esté obligado a intentar la recolocación del trabajador cuyo puesto de trabajo ha resultado carente de sentido a raíz de la introducción del cambio técnico<sup>61</sup>. Como ha venido, en efecto, afirmando de forma reiterada la jurisprudencia, la ley “no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa”, ni obliga, por tanto, “antes de hacer efectivo el despido (...) a destinar el empleado a “otro puesto” vacante de la misma”<sup>62</sup>. Aunque, como se verá más adelante, el TS no siempre ha sido consecuente con estas aseveraciones, no hay duda sobre la clara inclinación a no condicionar la legitimidad de los despidos a una valoración sobre las alternativas de gestión laboral en manos del empresario. Y si el empresario no queda obligado a recurrir a mecanismos de movilidad, funcional y/o espacial, otro tanto cabe pensar respecto a otras posibles medidas. Así, puede ser que el cambio tecnológico haya reducido, aunque no eliminado del todo, las tareas a desarrollar por el trabajador, de modo que cabría la posibilidad que el mismo pudiera seguir prestando servicios

<sup>55</sup> STS 28-2-2018 (Rº 1731/2016).

<sup>56</sup> En esta línea, STSJ Madrid 17-2-2014 (Rº 1386/2013); STSJ Andalucía 17-5-2016 (Rº 1385/2015); STSJ Castilla-La Mancha 20-5-2019 (Rº 305/2019).

<sup>57</sup> En esta línea, STSJ Galicia 27-6-2011 (Rº 1320/2011); STSJ Murcia 5-3-2012 (Rº 951/2011); STSJ Andalucía 17-5-2016 (Rº 1385/2015); STSJ Comunidad Valenciana 4-4-2017 (Rº 99/2017).

<sup>58</sup> En esta línea, LLOMPART BENNASSAR, M.: “Poder legislativo versus poder judicial en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Trabajo y Derecho*, nº 18, 2016, pág. 28.

<sup>59</sup> Cfr. SSTSJ Cataluña 2-3-1998 (St. 1752/1998) y 23-10-1998 (St. 7358/1998). En la misma línea, STSJ Madrid 16-1-1998 (Rº 4132/1997); STSJ Comunidad Valenciana 24-2-2000 (Rº 1984/1999).

<sup>60</sup> Tanto el despido individual por necesidades de funcionamiento de la empresa contemplado por el RD-Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, como el despido individual por amortización del puesto de trabajo regulado en el Estatuto de los trabajadores de 1980, se condicionaban –sin perjuicio de los matices existentes entre ambas normativas– a que no procediese utilizar al trabajador afectado en otras tareas. Al respecto, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, MTAS, 1995, pág. 195 y ss.

<sup>61</sup> En esta línea, en la reciente doctrina judicial relativa a despidos por causas técnicas, STSJ Andalucía 17-5-2016 (Rº 1385/2015); STSJ Castilla-La Mancha 20-5-2019 (Rº 305/2019); STSJ Madrid 7-10-2019 (Rº 775/2019).

<sup>62</sup> Entre otras, SSTS 13-2-2002 (Rº 1496/2001), 21-7-2003 (Rº 4454/2002); 16-9-2009 (Rº 2027/2008); 31-1-2013 (Rº 709/2012) y 31-1-2018 (Rº 1990/2016).

con una consecuente reducción del tiempo de trabajo. Como ha confirmado el TS, en tales casos no resulta aplicable el art. 41 ET sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, dado que la conversión de jornada completa a tiempo parcial supone una novación contractual que exige la voluntariedad y consentimiento del trabajador, tal y como prevé el art. 12.4 e) ET; y, por tanto, si el empresario hace tal oferta al trabajador y la misma es rechazada, quedará plenamente abierta la posibilidad de acometer una extinción contractual *ex art.* 52 c) ET<sup>63</sup>; pero, en todo caso, no parece que el empresario quede obligado a tal ofrecimiento, pues no hay base legal para entender que la eficacia del mecanismo extintivo quede condicionada a intentar aplicar otros mecanismos previamente<sup>64</sup>. En este sentido, la jurisprudencia más reciente también apunta a que la valoración de si caben medidas alternativas al despido constituye juicio de oportunidad que corresponde a la gestión a empresarial<sup>65</sup>.

Por lo demás, el hecho de que el trabajador despedido por razones técnicas estuviera afectado en el momento del despido por otra medida de ajuste empresarial –vgr. una reducción de jornada o suspensión contractual temporal *ex art.* 47 ET o una inaplicación de convenio *ex art.* 82.3 ET–, no afecta a la legitimidad de aquél, siempre que se acredite que la causa técnica acreditada es diversa y sobrevenida a la causa justificativa de la otra medida previamente adoptada. En este sentido, resulta posible que una empresa en fase de ajuste por causas económicas y productivas motivadoras de un procedimiento de suspensión de las relaciones laborales decida extinguir el contrato de alguno o algunos de los trabajadores afectados por tal suspensión, si acredita que se han introducido unos nuevos instrumentos y procedimientos de trabajo –causas técnicas y organizativas– que implican la automatización de las funciones de determinados puestos de trabajo y, por ende, su carácter suprimible<sup>66</sup>.

Adviértase, en fin, que con la constatación de relación causa-efecto entre la causa tecnológica acreditada y el puesto o puestos de trabajo amortizados, también se podrán despejar dudas sobre la posible arbitrariedad y discriminación del empresario en la selección del trabajador o trabajadores afectados por la decisión extintiva. Ciertamente, en la propia idiosincrasia de las causas de orden técnico-organizativo y de su control judicial va implícita una sindicación de que el despido de uno o varios trabajadores concretos no responde a motivos caprichosos, espurios o contrarios a los derechos fundamentales. Puede ocurrir, no obstante, que sean varios los contratos de trabajo afectados por la concurrencia del elemento causal y el despido vaya limitarse a alguno/s de ellos. A este respecto, a tenor de lo que viene declarando la doctrina judicial y la jurisprudencia, hay que entender que queda dentro de los poderes empresariales “*precisar de cuál de los trabajadores que cumplen la misma función y ocupan uno de los puestos amortizables se puede prescindir*”<sup>67</sup>. En efecto, sin obviar la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo de los representantes de los trabajadores prevista expresamente por la ley [arts. 51.5, 52 c) y 68 b) ET y 10.3 LOLS], la designación de los trabajadores afectados por el despido constituye una manifestación del poder de dirección y organización del

<sup>63</sup> STS 30-5-2018 (Rº 2329/2016).

<sup>64</sup> En este sentido, con carácter general se ha afirmado que, en cada caso concreto, el empresario puede argumentar que se han intentado otras medidas para hacer frente a la situación empresarial a la que se pretende hacer frente con el despido y que tales medidas no han sido posibles o que no se han revelado adecuadas; ello puede reforzar la posición empresarial ante el juez, pero en modo la ley obliga a una justificación en tal sentido. Véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La nueva...”, cit., pág. 1. En esta misma línea, LLOMPART BENNASSAR, M.: “Poder...”, cit., pág. 30 y 39.

<sup>65</sup> Cfr. SSTS 17-7-2014 (Rº 32/2014) y 20-7-2016 (Rº 303/2014).

<sup>66</sup> En este sentido, declarando procedente el despido, STSJ Asturias 15-11-2013 (Rº 1829/2013). Esta doctrina judicial resulta congruente con la jurisprudencia que ha admitido la posibilidad extinguir contratos de trabajo durante el periodo de afectación de una suspensión temporal de empleo cuando concurra una causa distinta y sobrevenida a la invocada para la suspensión o bien, si la causa es la misma, cuando se haya producido un cambio trascendente y notorio de las circunstancias que determinaron la suspensión. Cfr., entre otras, SSTS 12-3-2014 (Rº 673/2013), 18-3-2014 (Rº 15/2013) y 17-7-2014 (Rº 32/2014).

<sup>67</sup> STSJ Cataluña 20-1-1999 (Rº 5325/1998). En esta misma línea, en la doctrina judicial reciente relativa a los despidos por causas técnicas, STSJ Galicia 18-6-2014 (Rº 924/2014); STSJ Madrid 7-2-2019 (Rº 933/2018).

empresario “y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios”<sup>68</sup>.

### 3.2. Sobre el pretendido y ambiguo control de razonabilidad y proporcionalidad del despido

Hasta aquí los principales elementos y cuestiones a considerar en la justificación y control judicial de los despidos por causas técnicas. Una vez abandonada, con la reforma de 2012, la caracterización teleológica de estos despidos, ya no procede tomar en consideración un tercer elemento del control judicial tradicionalmente referido en la jurisprudencia y doctrina judicial mediante la llamada “*conexión de funcionalidad*”; esto es, la valoración de los despidos desde el punto de vista de su conexión con unos fines prefijados normativamente<sup>69</sup>. Esta suerte de “*confusión causas-fines*”<sup>70</sup> iniciada con la reforma laboral de 1994 se mantuvo todavía presente con la reforma de 2010, que aludía a “*la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”. No han faltado voces críticas, sobre todo desde la judicatura, con el hecho de que la supresión de la valoración finalista de los despidos haya comportado también la eliminación de la referencia al carácter razonable de los mismos<sup>71</sup>. Sin embargo, una visión amplia de las distintas posturas existentes en torno al juicio de razonabilidad en el contexto de estos despidos permite afirmar que el legislador no ha querido evitar todo juicio de razonabilidad –así se deduce si, como en el esquema hermenéutico antes esbozado, la razonabilidad se pone en relación con los límites “*internos*” del poder extintivo; esto es, con la propia causa acreditada–, sino que lo que se ha pretendido es evitar interpretaciones ancladas en las orientaciones de textos legales anteriores –como, en buena medida, ocurre en la SJS de Las Palmas antes reseñada<sup>72</sup>–, así como reaccionar frente a otras posibles concepciones de dicho juicio razonabilidad, que podrían llegar a introducir niveles de incertidumbre y rigidez –trasladando márgenes de discrecionalidad empresarial a los órganos judiciales– incluso superiores a los que se desprendían de las interpretaciones mayoritarias anteriores a la reforma de 2012. Y es que el significado y alcance atribuido al juicio de razonabilidad no ha venido caracterizándose, en la materia que nos ocupa, por su claridad y uniformidad<sup>73</sup>.

En este sentido, no deja de ser curioso que para un relevante sector doctrinal el juicio de razonabilidad, especialmente subrayado por la reforma de 2010, debía interpretarse como un freno a la intensidad y extensión del control judicial. Que la “*conexión de funcionalidad*” de los despidos fuese acompañada de la alusión a un juicio de razonabilidad se valoraba, en efecto, como un mensaje a

<sup>68</sup> STS 19-9-1998 (Rº 1460/1997). En el mismo sentido, STSS 15-10-2003 (Rº 1205/2003) y 24-11-2015 (Rº 1681/2014).

<sup>69</sup> En este sentido, señalando que resulta clara y patente la voluntad del legislador de omitir y no exigir un juicio vinculado a tal “*conexión de funcionalidad*”, STSJ Madrid 18-7-2016 (Rº 168/2016).

<sup>70</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: “Las llamadas...”, cit., pág. 42.

<sup>71</sup> Cfr. AGUSTÍ MARAGALL, J. y SERNA CALVO, M.: “Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 3/2012: ¿cuál debe ser el alcance del control judicial de la causa?”, *Aranzadi Social*, nº 1, 2012, pág. 4 y ss. de la versión de internet; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2012, pág. 6 y ss. de la versión de internet; FALGUERA BARÓ, M. A.: *La causalidad...*, cit., pág. 53 y ss.

<sup>72</sup> Pese al silencio de la norma vigente y sin demasiadas argumentaciones, dicha SJS considera que el juicio de razonabilidad exige que la procedencia de los despidos derivados de la automatización de funciones se condicione a que la empresa atraviese dificultades de cierta entidad, pues, según la sentencia, la “*razonabilidad de la medida no puede encontrarse en la mera conveniencia económica de introducir un “instrumento” (...) frente a una “persona”*”.

<sup>73</sup> En este sentido, desde las primeras valoraciones de la reforma de 1994 ya se pusieron de manifiesto las preocupaciones acerca de la diversidad de criterios judiciales sobre el alcance del control de razonabilidad en los despidos objetivos. Cfr. DESDENTADO BONETE, A.: “El despido...”, cit., pág. 456. Posteriormente, con ocasión de la reforma de 2010, apuntando que la jurisprudencia había situado el control de razonabilidad en una zona de incertidumbre, GOERLICH PESET, J. M.: “La reforma...”, cit., pág. 277.

los órganos judiciales en el sentido de que no cabía exigir una prueba plena sobre tal “conexión”, bastando con una mera argumentación sobre el carácter razonable de los despidos para mejorar la organización empresarial, sin que, además, el control judicial pudiese entrar en valoraciones acerca de si las decisiones empresariales adoptadas eran las más adecuadas para los fines perseguidos o si cabían otras medidas alternativas<sup>74</sup>. Sin embargo, en una línea interpretativa divergente, otras posturas doctrinales y judiciales quisieron ver en dicha referencia a la razonabilidad la remisión a un control judicial más incisivo y reforzado, extrapolando, en buena medida, a esta materia los cánones del control de constitucionalidad. Desde esta perspectiva, el carácter razonable del despido implicaría un control de proporcionalidad como ponderación de los intereses en juego, de modo que la preservación del derecho al trabajo *ex art. 35 CE* llevaría a valorar las diferentes alternativas en manos del empresario, concibiendo el despido como *ultima ratio*<sup>75</sup>. De hecho, de forma bastante coetánea a la reforma de 2010, el TS, en supuestos relativos a despidos por causas productivas, formuló en alguna sentencia un juicio construido en torno a esa ligazón entre el carácter razonable de la medida y la ponderación del derecho constitucional al trabajo, concluyéndose que, a pesar de no estar contemplado en la norma legal, la empresa debía dar prioridad a otras medidas –traslado del trabajador- antes de acometer la decisión extintiva<sup>76</sup>. Asimismo, en la doctrina judicial anterior a la reforma de 2012, se podían encontrar múltiples ejemplos en los que la razonabilidad del despido se identificaba con un control judicial de amplio alcance, que conllevaba entrar en el fondo de las decisiones organizativas adoptadas por el empresario, incluyendo la posibilidad de adoptar medidas menos traumáticas que el despido –vgr. recolocaciones mediante diferentes tipos de movilidad; modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, etc.–<sup>77</sup>. Es obvio que estos planteamientos no resultaban coherentes con el criterio jurisprudencial antes apuntado, que ha venido negando la obligación empresarial de haber agotado las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa para justificar el despido (véase *supra* 3.1), así como con la afirmación claramente limitativa del control judicial recogida en alguna otra STS, en la que se puede leer que: “*no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la ley y la realidad económica encomiendan al empresario*”<sup>78</sup>.

De cuanto antecede se colige, como se apuntaba más arriba, que a la hora de eliminar la referencia al juicio de razonabilidad el legislador de 2012 tomó en consideración que el mismo quedaba muy expuesto a diversas y divergentes lecturas, no siempre coincidentes con los objetivos de la reforma. Se evitó, por ello, hacer referencia a un elemento envuelto de una notable indefinición y ambivalencia, como lo pone, en buena medida, de manifiesto el hecho de que ya una inicial juris-

<sup>74</sup> Cfr. DEL REY GUANTER, S.: “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos arts. 51 y 52 c) del ET, *Relaciones Laborales*, nº 21, 2010, pág. 7 de la versión de internet. En esta misma línea, analizando los despidos por causas económicas, DESDENDATO BONETE, A.: “La reforma...”, cit., pág. 96; BLASCO PELLICER, A.: “La reforma...”, cit., pág. 58. Asimismo, considerando que la reforma de 2010 trasladaba la idea de que el despido no tenía que ser concebido como *ultima ratio*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 2010, pág. 13 de la versión de internet.

<sup>75</sup> Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Reformas relativas a la extinción del contrato de trabajo”, *Actum Social*, nº 47, 2011, pág. 7 y 8 de la versión de internet. En este mismo sentido, interpretando la reforma de 2010, SJS nº 1 Guadalajara 17-3-2011 (Rº 1039/2010). Y tras la reforma de 2012, considerando necesario mantener un juicio de razonabilidad en tal sentido, APARCIO TOVAR, J.: “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pág. 163 y 164.

<sup>76</sup> STS 29-11-2010 (Rº 3876/2010), declarando la improcedencia del despido. En el mismo sentido se pronunció la STS 16-5-2011 (Rº 2727/2010), si bien se declaró procedente el despido por entender que el trabajador no cumplió con su carga probatoria relativa a la existencia de vacante adecuada a su categoría profesional.

<sup>77</sup> Cfr., entre otras, STSJ Castilla y León 28-11-1995 (Rº 2203/1995); STSJ País Vasco 12-12-1995 (Rº 2619/1995); STSJ Islas Canarias 6-11-1996 (Rº 655/1996); SSTSJ Comunidad Valenciana 24-7-1998 (Rº 2307/1997) y 11-5-2004 (Rº 509/2004); STSJ Galicia 3-6-2005 (Rº 1449/2005); SSTSJ Cataluña 13-2-2008 (Rº 6869/2007) y 17-9-2010 (Rº 2521/2010); STSJ Aragón 10-3-2010 (Rº 94/2010).

<sup>78</sup> STS 2-3-2009 (Rº 1605/2008).

prudencia se hubiera referido vagamente a un *“juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresa”*<sup>79</sup>, lo que perfectamente podía ser leído como una invitación a que el juez se coloque en la posición del empresario y acabe pronunciándose sobre la base de un criterio de oportunidad acerca de cuáles son las necesidades y alternativas de la empresa<sup>80</sup>. Que la reforma de 2012, al focalizar la atención en la concurrencia de las causas y suprimir otras referencias, ha querido desterrar definitivamente controles judiciales en esta línea, parece algo bastante evidente<sup>81</sup>. Y ello a pesar de que la opinión de un sector de la jurisdicción social ha terminado calando en la propia jurisprudencia del TS que ha mantenido vivo un cierto debate; debate que, sin embargo, por lo que se refiere a los despidos por causas técnicas, no parece por ahora muy trascendente.

De hecho, la cuestión ha quedado reflejada principalmente en sentencias relativas a despidos colectivos acometidos invocando causas económicas y, en un primer momento, el TS pareció ser plenamente consciente de los planteamientos de la reforma, poniendo de relieve que *“el legislador de 2012 ha querido (...) que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente”*, de modo tal que no procedería, al *“valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados”*<sup>82</sup>.

Con todo, las alusiones a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad han seguido presentes en la posterior doctrina del TS, afirmándose que *“la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender —equivocadamente, a nuestro juicio— la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma (...)”*, pero *“contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que (...) la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada”*<sup>83</sup>. Y confirmando esta orientación, en otras sentencias el Alto Tribunal ha pretendido ser más explícito sobre el fundamento y la aplicación de estos juicios de razonabilidad y proporcionalidad. El fundamento se hallaría en la necesidad de realizar una interpretación de las causas del despido acomodada a la Constitución y a los compromisos internacionales asumidos por España, de modo tal que en virtud del derecho al trabajo *ex art. 35 CE*, en su vertiente a la estabilidad en el empleo, y de lo previsto en los arts. 4 y 9 del Convenio 158 OIT, en punto a la justificación causal del despido, su control judicial exigiría la aplicación de un juicio de

<sup>79</sup> STS 14-6-1996 (R° 3099/1995).

<sup>80</sup> En esta línea, DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido...”, cit. pág. 1105.

<sup>81</sup> Cfr. BLASCO PELLICER, A.: “La extinción...”, cit. pág. 165 y 166. Asimismo, señalando que la reforma de 2012 iría destinada a evitar una interpretación de la razonabilidad como proporcionalidad y, por tanto, un control judicial sobre las alternativas empresariales, DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012: reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, Actualidad Laboral, nº 17, 2012, pág. 3 de la versión de internet.

<sup>82</sup> STS 20-9-2013 (R° 11/2013).

<sup>83</sup> STS 18-2-2014 (R° 96/2013); razonamiento reiterado, entre otras, en las SSTs 26-3-2014 (R° 158/2013) y 21-1-2016 (R° 144/2015).

razonabilidad, que “tendría una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial (...) 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines –legales– que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente –en mayor o menor grado– a la referida causa. Y 3).- Sobre la «razonabilidad» propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último –de proporcionalidad– que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse –como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas– aquellas decisiones empresariales (...) que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores”<sup>84</sup>. Es cierto que, a la luz de los matices introducidos, la propia doctrina jurisprudencial parece haberse prevenido del riesgo de extralimitar el alcance de unas consideraciones, una vez más, notablemente ambiguas, de modo tal que el juicio proporcionalidad no parece que incluya una valoración judicial de si resultan posible otras medidas alternativas y menos traumáticas que los despidos<sup>85</sup>. Resulta, en todo caso, complejo calibrar el alcance de esta doctrina jurisprudencial, pues, aunque la misma parece haberse presentado como más exigente que la primera doctrina sentada tras la reforma de 2012, del conjunto de pronunciamientos posteriores resulta difícil llegar a una conclusión nítida acerca de cuáles son tales requisitos más exigentes<sup>86</sup>.

Pero, junto con los imprecisos contornos y efectos de estos planteamientos del TS, llama también la atención, a mi juicio, su discutible fundamento, máxime una vez conocida la doctrina del TC que ha avalado la constitucionalidad de la caracterización causal de los estos despidos operada por reforma de 2012. No parece, ciertamente, que la opción del legislador se oponga al contenido del derecho al trabajo en su vertiente individual que, conforme a la doctrina constitucional, comporta el derecho a no ser despedido sin justa causa (SSTC 22/1981 y 192/2003), para lo cual resulta esencial que el legislador ordinarie mecanismos que permitan una reacción adecuada del trabajador frente a la decisión empresarial de prescindir de sus servicios (STC 20/1994). Y, en este sentido, parece difícil negar que, tras la reforma de 2012, el despido *ex arts. 51 y 52 c) ET* sigue siendo causal, disponiendo el ordenamiento de elementos sustantivos y cauces procesales para someter la decisión empresarial a un efectivo control judicial. Como señaló la STC 8/2015, ante la denuncia de que la supresión legal de la referencia a la razonabilidad de los despidos habría incidido negativamente en dicha causalidad y su efectivo control judicial (arts. 35.1 y 24.1 CE), una lectura del art. 51 ET no permite afirmar que el mismo “haya consagrado un despido colectivo no causal o *ad nutum* (...), sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia “fundada” de una causa “económica”, “técnica”, “organizativa” o “productiva”, cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (...), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes”. Además, para el TC “la supresión específica (...) de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la nor-

<sup>84</sup> STS 17-7-2014 (R° 32/2014), de la que se hacen eco, entre otras, las SSTS 20-10-2015 (R° 172/2014) y 11-7-2018 (R° 467/2017).

<sup>85</sup> De hecho, en la antes citada STS 17-7-2014 (R° 32/2014) se descarta que el control judicial deba y pueda valorar si la situación económica acreditada por la empresa justificaba un despido colectivo o una suspensión temporal de relaciones laborales, pues tal decisión viene a traducirse en juicio de “oportunidad” que corresponde en exclusiva a la gestión de la empresa. En la misma línea, considerando que la valoración de si caben otras medidas alternativas menos traumáticas es algo que compete a la gestión empresarial, STS 20-7-2016 (R° 303/2014).

<sup>86</sup> En esta línea, MARTÍN VALVERDE, A.: “Razonabilidad...”, cit., pág. 8-10

ma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos (...). Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión (...) al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización”. Por tanto, si la actual caracterización causal de los despidos *ex arts. 51 y 52 c) ET* no supone menoscabo del derecho al trabajo *ex art. 35.1 CE*, no parece haber espacio para una relectura de la misma por parte de la jurisdicción ordinaria a la luz del citado precepto constitucional<sup>87</sup>.

Asimismo, no parece que la actual regulación de las causas de estos despidos se oponga a los imperativos del citado Convenio 158 de la OIT, del que se deriva también la necesidad de una causa justificativa del despido y el derecho del trabajador a recurrir la decisión empresarial ante un órgano neutral facultado para valorar la causa invocada, su prueba, así como otras circunstancias relacionadas con el caso (arts. 4, 8 y 9.1 y 9.2). Como se deduce del análisis efectuado en páginas precedentes, la actual regulación española para nada excluye un control sobre la realidad de la causa esgrimida para despedir y sobre otras circunstancias que puedan denotar un ejercicio abusivo de la facultad extintiva por parte del empresario, respetando, eso sí, el margen de decisión que corresponde al mismo en la gestión de la empresa. No parece, en este sentido, que nuestra regulación vigente se oponga a las exigencias del Convenio 158 de la OIT por el hecho de incorporar una caracterización de las causas del despido que excluye que el juez tenga que valorar la razonabilidad y proporcionalidad del despido, entendido ello como una valoración sobre su adecuación para la consecución de determinados fines o incluso, según se vio, sobre la posibilidad de adoptar medidas alternativas al despido. A tal conclusión cabe llegar a partir de una lectura cabal de los preceptos del Convenio 158 antes citados; conclusión que se ve, además, reforzada a la luz del art. 9.3 del propio Convenio que referido particularmente a los despidos por “razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”<sup>88</sup>, como es el caso de los despidos *ex art 52 c) ET*, y partiendo del inexorable control sobre la realidad de la causa, parece otorgar a cada legislación nacional un amplio margen de actuación para determinar el alcance del control judicial en lo referente a si la causa acreditada es “suficiente” para justificar la terminación de la relación laboral<sup>89</sup>. El propio TS se ha hecho eco en alguna ocasión de este art. 9.3 del Convenio 158 de la OIT para intentar acotar el oscuro alcance de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>90</sup>.

Dicho lo anterior, mayor fundamento tienen, a mi modo de ver, otras referencias que también recoge la jurisprudencia para abogar por el citado de control de razonabilidad de los despidos, aludiendo a “principios generales de Derecho Común en el ejercicio de los derechos subjetivos, y muy particularmente tanto el que impone que el mismo haya de llevarse a cabo «conforme a las exigencias de la buena fe» [art. 7.1 CC], cuanto el que prohíbe el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» [art. 7.2]”<sup>91</sup>. En este sentido, en páginas precedentes ya se apuntó que estos principios constituyen límites internos del poder extintivo del empresario, que en el caso particular de los despidos

<sup>87</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J. M.: “El problemático fundamento positivo del control de razonabilidad de las causas del despido colectivo”, en (AAVV): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 1013.

<sup>88</sup> Dispone el citado art. 9.3 que: “En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (órganos neutrales antes los que impugnar el despido) estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio”. Este artículo 1 alude, por su parte, a las legislaciones nacionales como principal vía para implementar las disposiciones del Convenio.

<sup>89</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J. M.: “El problemático...”, cit. págs. 1013 y 1014.

<sup>90</sup> STS 24-11-2015 (R° 1681/2014).

<sup>91</sup> Entre otras, STS 17-7-2014 (R° 32/2014), 20-10-2015 (R° 172/2014) y 11-7-2018 (R° 467/2017).

por causas técnicas permiten que el juez exija acreditar no sólo el cambio técnico sino también su repercusión sobre el puesto del trabajador o trabajadores despedidos. Pero al margen de esta concreta función integradora sobre el alcance de la fiscalización judicial, no parece que tales principios generales justifiquen un control judicial que, yendo más allá de valorar la razonabilidad del despido desde esta perspectiva de la relación causa-efecto entre la causa probada y el concreto o concretos trabajadores despedidos, se proyecte sobre otras valoraciones diversas concernientes a la gestión de las empresas (origen o motivo del cambio técnico-organizativo decidido, fines perseguidos con el cambio y los despidos, posibilidad de adoptar otras medidas menos traumáticas, selección del trabajador despedido entre los afectados por la causa, etc.). De hecho, al menos en la reciente doctrina judicial relativa a los despidos invocando causas técnicas, pese a no ser infrecuente la referencia a la doctrina jurisprudencial “*preservadora*” de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad, no parece que ello esté comportando, salvo excepciones, un control judicial de muy diverso signo y alcance al esbozado en el presente trabajo<sup>92</sup>.

#### 4. Reflexión final

El marco jurídico –legal e interpretativo– vigente en punto al despido por causas técnicas se presenta menos refractario, en comparación con regímenes anteriores, a la introducción de cambios tecnológicos en la empresa que impliquen ajustes del volumen de empleo en la misma. Y, a mi modo de ver, cualquier nueva intervención normativa y/u orientación jurisprudencial que pudiera evocar a una suerte de “*neoludismo*” seguramente esté abocada al fracaso en varios sentidos, dada la inevitable expansión de la denominada digitalización de la economía y del empleo. Probablemente, para grandes empresas solventes el riesgo de tener que hacer frente a una indemnización por despido improcedente sea un escaso desincentivo frente a sus proyectos “*tecnológicos*”<sup>93</sup>, sin perjuicio de los efectos penalizadores que intervenciones legales o interpretaciones en el sentido apuntado podrían tener para la competitividad y productividad de un conjunto más amplio de empresas y, por tanto, para la economía nacional, máxime en el contexto de una economía globalizada<sup>94</sup>, amén de poder introducir un factor distorsionador de la competencia entre empresas asentadas en un sector o rama de actividad, que quieren introducir cambios para adaptarse a los progresos tecnológicos y ganar en competitividad, y las nuevas empresas que “*irrumpen*” ya adaptadas y muy avanzadas tecnológicamente<sup>95</sup>. Nótese que, al decir de los expertos, uno de los desequilibrios crónicos de la economía española radica en el débil crecimiento de la productividad, lo que supone un lastre para diversas variables de suma importancia para la economía de un Estado del Bienestar, tales como el crecimiento de los salarios, los ingresos públicos para financiar las políticas sociales, así como un mayor consumo y nuevas inversiones que generen más empleo; de ahí la conveniencia de que, junto al mantenimiento e impulso de diversas reformas, la economía española sepa aprovechar las ventajas en términos de productividad de la actual revolución digital<sup>96</sup>. Y entre las medidas acompañantes

<sup>92</sup> Cfr., entre otras, STSJ Andalucía 17-5-2016 (Rº 1385/2015); STSJ Cataluña 9-6-2016 (Rº 2167/2016); STSJ Galicia 9-5-2017 (Rº 1038/2017); STSJ Comunidad Valenciana 23-10-2018 (Rº 2587/2018); STSJ Cantabria 31-10-2018 (Rº 590/2018); STSJ Madrid 7-2-2019 (Rº 933/2018); STSJ Andalucía 14-2-2019 (Rº 2006/2018); STSJ Madrid 7-10-2019 (Rº 775/2019).

<sup>93</sup> En esta línea, al hilo de la SJS de Las Palmas antes comentada, MERCADER UGUINA, J. R.: “Despido...”, cit.

<sup>94</sup> En esta línea, reflexionando sobre el papel del ordenamiento laboral ante la digitalización, CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones...”, cit. pág. 27 y 31.

<sup>95</sup> En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F. “¿Ludismo judicial?”, en el blog del Centro de Estudios Garrigues, disponible en: <https://blog.centrogarrigues.com/derecho-empresarial/ludismo-judicial/> (consulta 21-5-2020).

<sup>96</sup> Cfr. DOMÉNECH, R.: “El puzle de la productividad en España”, *BBVA Research*, 2 abril de 2019, disponible en: [https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2019/04/RafaelDomenech\\_VP\\_ESP.pdf](https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2019/04/RafaelDomenech_VP_ESP.pdf).

del inevitable cambio tecnológico en curso cobran, quizá más que nunca, especial importancia unas políticas educativas y unas políticas activas de empleo realmente eficaces, que faciliten las inserciones y transiciones laborales<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J. M.: “¿Repensar...”, cit., pág. 179; CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones...”, cit. pág. 34.

# Los cambios en la gestión del régimen de clases pasivas: ¿un ataque a las singularidades de los regímenes especiales de funcionarios?\*

Changes in the management of the Passive Classes regime: ¿an attack on the public employee of special staff regimes?

Amparo Esteve-Segarra\*\*

*Profesora Titular*

*Universidad de Valencia. Magistrada Suplente Sala Social TSJ Comunidad Valenciana*

ORCID ID: 0000-0003-3773-4668

Recibido: 5/03/2020

Aceptado: 3/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5772>

*Resumen:* El objetivo de este trabajo es analizar los cambios en la gestión del régimen de clases pasivas aprobados durante el 2020 dentro de la legislación de urgencia suscrita durante el estado de alarma. El traspaso de la gestión al Instituto Nacional de Seguridad Social plantea tres cuestiones: primero, si el traspaso es técnicamente adecuado; segundo, por qué se ha efectuado en un real decreto ley de medidas para paliar los efectos económicos del COVID-19 una medida que afecta a la gestión de las pensiones de funcionarios, y, tercero, qué puede suponer este cambio de gestión para las especialidades contenidas en este régimen especial.

*Palabras clave:* Funcionarios, protección social, pensiones, regímenes especiales, Seguridad Social.

*Abstract:* The objective of this paper is to analyze the changes in the management of the passive class regime approved during 2020 within the emergency legislation ratified during the state of alarm. The transfer of management to the National Social Security Institute raises three questions: firstly, whether the change is technically appropriate; secondly, why a measure that affects the management of civil servants' pensions has been approved in a royal decree-law of measures to mitigate the economic effects of COVID-19, and thirdly, that this change of management may entail for the specialties contained in this special regime.

*Keywords:* Civil servants, social protection, pensions, special system, Welfare System.

---

\* Trabajo realizado al amparo del Proyecto OTRI-UV, OTR2019-19507INVES, Clave 20190238.

\*\* [amparo.esteve@uv.es](mailto:amparo.esteve@uv.es)

## 1. El traspaso de la gestión en el régimen de clases pasivas al inss

En el Real Decreto 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, se contiene una disposición que, en teoría, no reviste ninguna conexión con los paquetes de medidas laborales y fiscales aprobados para paliar los efectos de la crisis económica derivada de la pandemia. Se trata del traspaso de competencia de la gestión de las pensiones de los funcionarios integrados en el Régimen de Clases Pasivas (en adelante, RCP) al Ministerio de Seguridad Social<sup>1</sup>.

Siete días después del RD-L 15/2020, se aprobó el Real Decreto de 28 de abril de 2020, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. En dicha norma reglamentaria se fija que a partir del 6 de octubre de 2020 se iniciaría la entrada en vigor de los cambios para que la gestión del RCP se traspasara de competencias de manera transitoria a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y, después, al Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante, el INSS).

Las clases pasivas, esto es, el “colectivo de funcionarios que percibe haberes del Tesoro Público sin prestarle un servicio, hecho que se explica en consideración a los servicios que prestaron ellos o sus causahabientes”<sup>2</sup> venían gestionando históricamente sus pensiones en el Ministerio de Hacienda. Y este cambio de competencias de gestión suscita tres interrogantes, a saber:

- 1º ¿Tiene sentido el traspaso de la gestión al INSS?
- 2º ¿Por qué se ha aprobado en un Real Decreto ley de medidas para paliar los efectos económicos del COVID-19, una disposición que afecta a la gestión de las pensiones de funcionarios?
- 3º ¿Qué supone este cambio de gestión para los pensionistas y para los funcionarios que están incluidos en Clases Pasivas, pero aún no son pensionistas?

## 2. ¿Es un cambio técnicamente adecuado para la organización de nuestro sistema de protección social?

El cambio de gestión del régimen de clases pasivas al INSS es lógico, aunque sólo constituye una pequeña transformación. La razón es que la existencia de un sistema de clases pasivas, es decir, de los regímenes especiales de pensiones para funcionarios no tiene sentido en un sistema de Seguridad Social integrado. Técnicamente uno de los principios de nuestro sistema de Seguridad Social es la unidad de gestión, y los regímenes especiales de funcionarios (en adelante, RESSFP) suponen una quiebra de este principio de unidad de gestión del sistema de Seguridad Social, puesto que los RESSFP no se gestionan por las entidades gestoras de la Seguridad Social, sino por entidades específicas.

La existencia de los RESSFP se explica esencialmente por una razón histórica. La Seguridad Social nació en España en 1900 con la Ley de Accidentes de Trabajo, que marca el inicio de la protección social de los trabajadores. Sin embargo, lo cierto es que, con anterioridad, para los servidores públicos se iniciaron algunas formas de protección social pobres e incompletas<sup>3</sup>, basadas en técnicas

<sup>1</sup> Cuya denominación, en la presente legislatura es técnicamente la de Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, aunque en el presente trabajo se utilizará la de Ministerio de Seguridad Social.

<sup>2</sup> JORDANA DE POZAS, L.: “Tendencias modernas sobre el Régimen de Clases Pasivas”, en *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo, INP, Madrid, 1961.

<sup>3</sup> En una primera etapa iban dirigidas a inválidos y veteranos de guerra retirados, así como a las familias de militares muertos en campaña. A partir de entonces, se crearon progresivamente pensiones de jubilación y retiro de funcionarios, así como las llamadas cesantías y determinadas pensiones de gracia para que distintos grupos o categorías de servidores públicos pudiesen alcanzar una pensión vitalicia cuando concluía el servicio activo. Ya en el siglo XIX proliferaron la creación de montepíos para distintos cuerpos de funcionarios, caracterizados

mutualistas y de previsión social administrativa, y sujetas a vaivenes, que fueron muy anteriores a las de los trabajadores. Basta poner el ejemplo del retiro obrero para los trabajadores, que no se creó sino en 1919. Posteriormente, para los trabajadores se implantaron los seguros sociales, excluyéndose a los funcionarios que disponían ya de un sistema de protección específico. Concretamente, dicho sistema se articuló con carácter general para los diversos colectivos de funcionarios de la Administración central con el Estatuto de Clases Pasivas aprobado el 22 de octubre de 1926, en el que se optó por un sistema de protección social básica para cubrir los estados de necesidad provenientes de la vejez o invalidez (para los funcionarios que hubiesen abandonado el servicio activo), o para sus familiares (en caso de muerte y supervivencia), concebidas estas prestaciones como una especie de salario diferido. Por consiguiente, el RCP es un régimen peculiar, cuyos orígenes se remontan a los años veinte del siglo pasado con el Estatuto de Clases Pasivas de 1926. En concreto, el RCP ha sido un mecanismo de protección conjunto para los diversos tipos de funcionarios incluidos en alguno de los Regímenes Especiales de la función pública –y, por tanto, no integrados en el Régimen General de Seguridad Social (en adelante, RGSS)– que abandonasen el servicio activo. Concretamente, tiene por objeto garantizar al personal funcionario incluido en el mismo la protección frente a los riesgos de vejez, IP y muerte y supervivencia.

Ante la insuficiencia de la protección otorgada por el Estatuto de Clases Pasivas, se articuló una protección complementaria a través de diversas mutualidades de funcionarios, que habrían de resurgir de nuevo tras la Ley General de Mutualidades de 6 de diciembre de 1941.

La Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, preveía que, dadas las peculiaridades de dicho colectivo, se procedería a la creación de un Régimen Especial para los funcionarios públicos y militares, así como de otros regímenes especiales (para los funcionarios de Entidades Estatales Autónomas y para los funcionarios de organismos del Movimiento franquista). Sin embargo, dicha previsión fue doblemente incumplida.

En primer lugar, no se crearon esos regímenes especiales de funcionarios. De modo que los funcionarios no estatales fueron incluidos en el RGSS. En línea con la tendencia expansiva del RG, se ha producido un progresivo proceso de ampliación del RGSS que integraría a un colectivo creciente de funcionarios, lo que ha supuesto paralelamente una disminución del ámbito subjetivo de los funcionarios encuadrados en los RESSF en detrimento del RGSS. Así, se integran en el RGSS los funcionarios de las Comunidades Autónomas<sup>4</sup>, funcionarios de la Administración local<sup>5</sup>, funcionarios de la Administración institucional del Estado<sup>6</sup>, determinados funcionarios interinos y de empleo al servicio de la Administración Civil del Estado, el personal de carácter temporal

---

por la iniciativa pública en su creación y a los que obligatoriamente debían afiliarse los servidores públicos; notas éstas que diferenciaban a éstos de las cofradías y hermandades, nacidas de la iniciativa privada y donde la afiliación era voluntaria. Los Montepíos surgieron para cuerpos de funcionarios muy distintos, y se financiaban parcialmente por el Estado, y en parte, por las aportaciones de los propios funcionarios de sus sueldos. En 1831, en un contexto de fuerte crisis económica, el Estado se incautó de los fondos de los montepíos de funcionarios. Sobre los antecedentes históricos, vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988.

<sup>4</sup> Tanto los de nuevo ingreso, como los funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas, que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea el sistema de acceso (136.2 ap. m y n) TRLGSS). Existía una cierta controversia judicial si el paso a un cuerpo de funcionarios autonómicos por promoción interna o ascenso comporta un ingreso en el sentido de las normas mencionadas y el consiguiente cambio de un funcionario que tenía un Régimen Especial de Funcionarios al RGSS (vid. STS, Sala 3ª, de 17-6-91, Rec. 8050/90). La cuestión sería resuelta normativamente al modificarse el TRSSFCE por la LPGE-2017, que impone la adscripción al RGSS de los funcionarios que por promoción se incorporen a la Administración autonómica o institucional, sin perjuicio de que mantengan su condición de mutualistas, que en ningún caso comportará la adscripción al RCP.

<sup>5</sup> Estos fueron integrados en virtud del RD 480/1983, de 2 de abril, que procedió a encuadrar en el RGSS al personal integrado en la MUMPAL, tanto de clases activas como pasivas, con efectos del 1 de abril de 1993. Esta integración supondría a la postre la desaparición de un régimen especial de seguridad social de los funcionarios de la Administración local, entonces existente.

<sup>6</sup> Aunque para éstos se preveía un régimen especial en la Ley de Bases de Seguridad Social, nunca llegó a constituirse, y quedaron integrados en el RGSS.

de la Administración de Justicia, casi todos los funcionarios en prácticas<sup>7</sup> y los altos cargos de las Administraciones públicas que no sean funcionarios públicos (art. 136.2.ñ) TRLGSS), el personal funcionario y no funcionario de organizaciones internacionales intergubernamentales o al servicio de la Administración de la Unión Europea, al que se permite celebrar un convenio especial<sup>8</sup>, el personal estatutario de los servicios de salud<sup>9</sup> y el personal de administración y servicios de las universidades.

En segundo lugar, tampoco el régimen especial de funcionarios públicos, civiles y militares (art. 10.2.d) LGSS) se constituyó nunca como tal. En su lugar, se optó por mantener transitoriamente —pero aún perdura— el sistema preexistente de protección social de los funcionarios, con sus dos mecanismos de cobertura privativos de éstos, a saber: las del régimen de derechos pasivos y las mutualistas. De modo, que, aunque integrados formalmente los funcionarios dentro del sistema de Seguridad Social por la vía de los RESSFP, han mantenido una protección diferenciada, conservando sus formas peculiares e históricas de protección social.

En la actualidad, no existe un régimen de funcionarios, sino varios. La estructura de los llamados regímenes especiales de funcionarios se organizaría en cuatro piezas, reguladas cada una de ellas por leyes distintas: Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)<sup>10</sup>, Mutualidad General Judicial (MUGEJU)<sup>11</sup>, Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)<sup>12</sup> (recogiendo las tres mutualidades históricas) y el Régimen de Clases Pasivas. Cada una con sus leyes y correspondiente reglamento, y gestionado cada uno por una Mutualidad, MUFACE, para los funcionarios civiles, MUGEJU, como mutualidad general judicial y el ISFAS para los funcionarios militares y guardias civiles. Además, junto a esta estructura mutualista, y como ámbito común de protección para todos los funcionarios integrados en regímenes mutualistas, estaría el régimen de Clases Pasivas que reconoce pensiones vitalicias de jubilación o retiro (incluida la incapacidad permanente), muerte y supervivencia.

Esta compleja estructura bicéfala incide en la protección social de los funcionarios, que se caracteriza por quedar sometida a diferentes técnicas: a) de carácter mutualista y, b) de clases pasivas o de determinadas prestaciones del RGSS. De otro lado, dentro de la protección mutualista existe una notable fragmentación normativa, en algunos casos, difícilmente justificable, pues una buena parte de las Leyes Mutualistas de los funcionarios civiles, de justicia y militares, contienen preceptos muy semejantes o que son copias literales unos de otros, actuando el régimen de funcionarios civiles como una suerte de régimen general de los otros dos regímenes especiales de funcionarios.

Además, existe una fragmentación de gestión, cada Mutualidad depende de un ministerio, MUFACE del Ministerio de Administraciones públicas; MUGEJU, del Ministerio de Justicia e ISFAS del Ministerio de Defensa. A estas tres mutualidades se sumaba el RCP para determinados funcionarios que abandonasen el servicio activo, afiliados antes del 1-1-2011. Ello quiebra el principio de unidad de gestión de la Seguridad Social, puesto que las Mutualidades no se gestionan por las

<sup>7</sup> En concreto, los que aspiren a incorporarse a cuerpos y escalas de funcionarios no sujetos al RCP.

<sup>8</sup> Regulado según el tipo de organización bien en el RD 2072/1999, de 30 de diciembre, bien en el RD 1658/1998, de 24 de julio.

<sup>9</sup> Dicho personal, que tiene la condición de funcionario con una relación funcional especial, está incluido en el campo de aplicación del RGSS (arts. 1 y 17.1.i) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco de este personal).

<sup>10</sup> Codificado por RDLeg. 4/2000, de 23 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (TRSSFCE). Se desarrolla por el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (RD 375/2003, de 28 de marzo, en adelante RGMA).

<sup>11</sup> Regulado por el RDLeg. 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (TRLSSAJ) y como norma reglamentaria de desarrollo, el Reglamento del Mutualismo Judicial, aprobado por el RD 1026/2011, de 15 de julio (RMJ).

<sup>12</sup> Regulado por el RDLeg. 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS de las Fuerzas Armadas (TRLSSFA). Su desarrollo se produce por el RD 1726/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RGSSFA).

entidades gestoras de la Seguridad Social, sino por entidades específicas. Y hasta el 2020, también el RCP tenía una gestión separada de las entidades de Seguridad social.

La dispersión se acentuaría aún más porque los RESSFP no integran a todos los funcionarios (ahora ya más de la mitad de éstos se integra no en las mutualidades de funcionarios, sino en el RGSS). Sin embargo, el hecho de que los funcionarios queden encuadrados en dos regímenes de protección muy distintos (RGSS y RESSFP) sin que exista un criterio lógico de distinción, más allá del mantenimiento de una situación histórica, no parece que se adecúe a un sistema racional de Seguridad Social. Por consiguiente, si el cambio de gestión de una de las cuatro patas de los Regímenes Especiales de Funcionarios contribuye a la integración en la gestión de los sistemas de protección social, cabría preguntarse por qué no se ha abordado antes, y se ha mantenido una estructura tan caótica.

Existirían varias razones. En primer lugar, una cierta inercia histórica y desidia normativa; en segundo lugar, la resistencia de los propios colectivos de funcionarios integrados en los regímenes especiales que no estaría dispuestos a renunciar a sus regímenes tradicionales de protección social; y, en tercer lugar, los gobiernos anteriores habrían apostado por una integración lenta de la protección social de los funcionarios de modo que el RCP morirá de forma natural, cuando ya no exista ningún sujeto protegido. El Régimen de Clases Pasivas siempre ha sido una patata caliente que ningún gobierno anterior de uno u otro signo político ha querido tocar demasiado. De hecho, la forma de acabar con él ha sido la de dejarlo fenecer por extinción natural imponiendo la integración obligatoria en el RGSS a efectos de la protección otorgada en el sistema de Clases Pasivas, de los funcionarios que accedieran a dicha condición a partir de 1 de enero del 2011. El RCP está destinado a extinguirse, manteniéndose transitoriamente únicamente para los colectivos adscritos al mismo con anterioridad a dicha fecha<sup>13</sup>. De esta suerte, sólo está vigente para regular derechos ya causados, o los que en el futuro se puedan causar por las personas incluidas en el mismo antes del 1 de enero del 2011<sup>14</sup>. El RCP ya no admite nuevas afiliaciones y los nuevos funcionarios tienen la cobertura de las prestaciones de jubilación o retiro, muerte y supervivencia por el RGSS. El hecho de que el régimen fuera a desaparecer abonaba la postura de anteriores gobiernos de mantener la tradicional gestión separada de los funcionarios integrados en las Clases Pasivas respecto a los regímenes de seguridad social.

### **3. ¿Por qué se ha aprobado en un real decreto ley de medidas para paliar los efectos económicos del Covid-19 una medida que afecta a la gestión de las pensiones de funcionarios?**

En la exposición de motivos del Real Decreto-ley 15/2020 se justifica en que, en una norma anterior, en concreto en una norma reglamentaria aprobada para la reestructuración de diversos departamentos ministeriales, y en concreto la organización del Ministerio de Seguridad Social, ya se preveía

<sup>13</sup> Art. 20 y DT 4ª RDL 13/2010, de 3 de diciembre.

<sup>14</sup> Así, están incluidos en el RCP los funcionarios incluidos antes del 2011 de los siguientes cuerpos: los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado, el personal militar de carrera y el de las escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro, los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia, los funcionarios de Carrera de las Cortes Generales, los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales, los expresidentes, vicepresidentes, ministros, secretarios de estado y asimilados y otros altos cargos constitucionales, los alumnos de las academias y escuelas militares, el personal militar de empleo y el de las escuelas de complemento y reserva naval y el de la tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las fuerzas armadas hasta la edad de retiro.

Por otra parte, también están incluidos otros colectivos que no tienen el "status" propio de los funcionarios públicos, como, altos cargos de la Administración (los expresidentes, vicepresidentes y ministros del gobierno de la nación), así como otros altos cargos de las Instituciones del Estado (expresidentes del Congreso de los diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado), en favor de los cuales se reconocen determinadas prestaciones cuando fallecen o cuando alcanzan la edad de jubilación de los funcionarios. Excepcionalmente para estos últimos se mantiene vigente el RCP (art. 20.2 del RDL 13/2010, ap. i del art. 2.1 y art. 51 del TRLCPE).

el cambio de gestión en el RCP. Ciertamente, el art. 22 del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuraron en dicho año los departamentos ministeriales establecía que: “*Corresponde al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de Seguridad Social y clases pasivas...*”. Esta expresa alusión a las clases pasivas como competencia del Ministerio de Seguridad Social, no se contenía en otros reales decretos anteriores de reorganización de los departamentos ministeriales, que se suelen aprobar al principio de cada legislatura. En todo caso, parece claro que el gobierno pretendía llevar la gestión de Clases Pasivas al Ministerio encargado de la gestión de Seguridad Social ya antes de la declaración del estado de alarma. En la exposición de motivos del Real Decreto-ley 15/2020 se justifica la urgencia y necesidad del cambio de gestión del RCP señalando esencialmente que como la tramitación parlamentaria de dichos cambios normativos para operar el traspaso en la vía ordinaria retrasaría la organización del Ministerio de Seguridad Social, se generaría incertidumbre en la gestión de la delicada cuestión de las pensiones<sup>15</sup>.

La justificación gubernamental del cambio de gestión abre a su vez varios interrogantes, a saber: ¿es una justificación suficiente para realizar un cambio en el ámbito de una norma de urgencia como un Real Decreto-ley? ¿existiría una extraordinaria y urgente necesidad de efectuar el traspaso de gestión? ¿podría anularse por este motivo el cambio de gestión en el régimen? A primera vista, no parece que existiera una situación perentoria que implicase la necesidad de meter en una norma dedicada a medidas económicas y de empleo por la crisis del COVID-19, un cambio en la gestión de la gestión de pensiones de Clases Pasivas, que no guardan ninguna relación con otras medidas vinculadas a la crisis sanitaria. Pero ello no implica necesariamente que la vía empleada sea ilegal.

Como se deduce claramente de la redacción del art. 86.1 CE, el Decreto-ley se concibe como un mecanismo legislativo de carácter claramente excepcional. Justamente, en este último sentido, la “habitualidad” en el uso del Decreto-ley para aprobar reformas laborales y de Seguridad Social, plantea la cuestión de si está justificada su utilización en el caso del traspaso de la gestión del RCP, tanto por la materia que es objeto de Decreto-ley, como por el requisito de la urgencia y extraordinaria necesidad en su aprobación.

De conformidad con el art. 86.3 de la CE, la regulación por Decreto-ley se reserva a los casos de “*extraordinaria y urgente necesidad*”, excluyéndose para determinadas materias, pues “*no podrá afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general*”. Además, ha de remitirse al Congreso de los Diputados, que habrá de pronunciarse en el plazo de 30 días siguientes al de su promulgación, con vistas a su convalidación o derogación (art. 86.3 CE). Durante dicho plazo, las Cortes pueden tramitar el Decreto-Ley también como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, que es lo que ha acaecido en este caso<sup>16</sup>. La literatura sobre el abuso del Real Decreto ley y la crisis del principio de legalidad es abundantísima, y constituye por sí misma, una demostración clara de la importancia de estos fenómenos, a los que se viene pres-

<sup>15</sup> Se aduce: “*En esta línea, el calendario para llevar a cabo las modificaciones legales necesarias para la integración efectiva del Régimen de Clases Pasivas en el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se ha visto radicalmente alterado por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 en la que se han centrado los esfuerzos de la acción del Gobierno en las últimas cinco semanas. En este sentido, es razonable considerar que esos cambios normativos no pueden ser aprobados mediante el procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria, pues ello implicaría que, hasta la aprobación de tales reformas legislativas, la estructura organizativa derivada del Real Decreto 2/2020 no podría materializarse y, por lo tanto, los órganos competentes no podrían desarrollar las funciones que tienen atribuidas con arreglo al citado Real Decreto; circunstancia que generaría inseguridad jurídica e incertidumbre en una materia, las pensiones, particularmente sensible para el conjunto de la ciudadanía. Tal motivo justifica la extraordinaria y urgente necesidad de la situación y la conexión con ella de las medidas adoptadas.*”.

<sup>16</sup> Convalidado por resolución de 13 de mayo de 2020, del Congreso de los diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

tando una atención creciente<sup>17</sup>. Y es que el imperio de la ley aparece claramente, como instrumento de ordenación emanado del Parlamento, como representante del pueblo del que emanaba el poder soberano<sup>18</sup>. El desgaste del principio de legalidad cuando se utiliza inadecuadamente el real decreto ley guarda una estrecha conexión con la relativización de la teoría de la división de poderes. En efecto, la comprobación del contexto actual de poderes normativos ha permitido constatar que la división tradicional en potestad legislativa, ejecutiva y judicial, ya no coincide exactamente con la distribución de funciones en ejecutivas y legislativas. En este sentido, el tema conecta directamente con la pérdida de protagonismo del Parlamento y tiene una manifestación clara, desde el plano que aquí interesa, en el fenómeno de administrativización normativa, donde existe una importante asunción por parte del ejecutivo de relevantes parcelas de regulación.

Como se deduce claramente de la redacción del art. 86.1 CE, el Decreto-ley se concibe como un mecanismo legislativo de carácter claramente excepcional. Justamente, en este último sentido, el uso del Decreto-ley para aprobar una reforma como la operada en la gestión del RCP, plantea la cuestión de si está justificada su utilización tanto por la materia que es objeto de Decreto-ley, como por el requisito de la urgencia y extraordinaria necesidad en su aprobación. El Real Decreto Ley se ha apoyado en una motivación típica de este tipo de norma. En el caso analizado se alude a que esta forma de ley permite su inmediata ejecutividad y el retraso que supondría esperar a la tramitación parlamentaria normal. Argumento este último que como apuntará PALOQUEME sobre una norma anterior (el RDL 5/2001, de 2 de marzo), cuando se emplea no puede calificarse sino de claramente redundante<sup>19</sup>. Así, se hace hincapié en que el Decreto-ley, por su mayor rapidez, evitaría distorsiones al producirse la reestructuración del ministerio de Seguridad social con mayor rapidez. Si se lleva a sus últimos términos, esta misma argumentación serviría para toda reforma en materia de pensiones, que siempre podría crear distorsiones, al ser siempre un tema sensible.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es bastante tolerante, lo que puede ayudar a comprender mejor lo que ha permitido la aceptación y convalidación de este uso abusivo del recurso al Decreto-Ley. En efecto, la posición del Tribunal Constitucional en esta materia se caracteriza por su laxitud, al interpretar que la posibilidad de dictar Decretos-leyes no se circunscribe a situaciones de absoluta excepcionalidad, “*sino para objetivos normales de gobernabilidad que no puedan ser satisfechos sin la utilización de ese instrumento, a causa de la urgencia de la situación que se trata de regular*”<sup>20</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado el requisito del carácter extraordinario, como la dificultad de prever situaciones concretas, y el requisito de urgencia como la exigencia de una regulación más inmediata “*en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes*” (STC 1983/6, de 4 de febrero, BOE de 9 de marzo FJ. 5º, y en el famoso caso Rumasa, STC 111/1983, de 2 de diciembre, BOE de 14 de diciembre, FJ. 6º)<sup>21</sup>. En cuanto a los requisitos de orden material, se ha entendido que

<sup>17</sup> Vid., en este sentido, por ejemplo, MUÑOZ MACHADO, S.: “Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional”, en su obra *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 181 y ss. HIERRO, L. L.: “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, 1996, núm. 19, pp. 287-308. CIRIANO VELA, C. D.: *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000.

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “Principio de legalidad (Derecho Constitucional)”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 5078 y ss.

<sup>19</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, p. 13. La abusiva utilización del Decreto-ley también fue un lugar común entre los comentaristas de la reforma, que no encontraron en ningún caso, las pretendidas razones de urgencia. En este sentido, puede verse ALARCÓN CARACUEL, M.C.: “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, p. 40.

<sup>20</sup> LÓPEZ GARRIDO, D.: “Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto Ley 1/1992, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo”, *REDC*, núm. 38, 1993, p. 30.

<sup>21</sup> Y, con anterioridad, STC 29/1982, de 31 de mayo, un comentario de este pronunciamiento puede verse en SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El lugar del Decreto-Ley en el cuadro de fuentes jurídico-laborales (Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 238/1981”, *RPS*, núm. 135, pp. 239 y ss.

no toda regulación que afecte a las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, y al resto de materias referidas en el art. 86.3 CE, está excluida para el Decreto-ley<sup>22</sup>, sino sólo la que afecta a “*los elementos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones estables básicas, pero no, en cambio, a cualesquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas*” (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ. 4º).

Así que, atendiendo a la línea marcada por la jurisprudencia constitucional, el problema es que, en la práctica, se han relativizado estos requisitos materiales que habilitan el juego del Decreto-ley. Fenómeno que, a mi entender, se ha visto fuertemente favorecido por una interpretación constitucional reacia a entrar a valorar las medidas y las razones aducidas por el Gobierno<sup>23</sup>. Aunque esta autolimitación pudiera ser hasta cierto punto razonable, a la postre, ha conducido a una utilización abusiva por parte del Ejecutivo. En definitiva, se ha hecho un uso contrario de la directriz inicial marcada por el Tribunal Constitucional de que el requisito de extraordinaria y urgente necesidad, no constituya una expresión “*vacía de significado*”.

En este sentido, aunque se ha insistido en que el Decreto-ley no puede dictarse por razones de “*oportunidad política*”, sino por causas de “*necesidad*”<sup>24</sup>, lo cierto es que aprovechando la flexible y laxa doctrina establecida por el Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, el Gobierno parece haberse acostumbrado a la posibilidad de recurrir a esta legislación excepcional frente al sistema de normación general. De esta suerte, paradójicamente, la vía legislativa pasa a convertirse en la práctica en el “*poder normativo de excepción*”.

No debe desconocerse la importancia de esta cuestión, que afecta al mismo pilar del Estado de Derecho con la división de poderes. Concretamente, constituye una manifestación más del protagonismo del Ejecutivo, acentuada por la situación del estado de alarma.

Entonces si no existía una extraordinaria y urgente necesidad, ¿por qué razón el gobierno ha decidido acometer este cambio mediante una legislación de urgencia? Creo que sinceramente responde a que el estado de alarma ha ofrecido la oportunidad de iniciar un cambio en la siempre delicada cuestión de las pensiones de funcionarios públicos aprovechando la multitud de legislación de urgencia aprobada durante la pandemia. La aprobación de reformas laborales y de Seguridad Social mediante esta forma legislativa se había convertido, en algo más que en una vía excepcional, ya antes de la crisis sanitaria, económica y social, acentuándose con ésta.

Y es que conviene apuntar otra razón estratégica que abonaría la conveniencia gubernamental de abordar el cambio de gestión del RCP durante este estado de alarma. Este estado dificulta enormemente a las organizaciones sindicales de funcionarios plantear huelga frente un traspaso de gestión. Téngase en cuenta que la huelga durante el estado de alarma, pese a no producirse formalmente una suspensión del derecho durante el estado de alarma<sup>26</sup>, plantea serios inconvenientes para su articulación, y además, y lo que es más importante, sería percibida seguramente de manera muy negativa por la opinión pública en una situación de crisis económica y altos niveles de desempleo.

<sup>22</sup> Así, se ha entendido que si no se reduciría el papel del RD-L 2 “*a la nada*” pues “*es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I*”, lo que cabe interpretar de esta exclusión es que no se admite que “*por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos y libertades del Título I... (o) se vaya en contra del contenido o de elementos esenciales de alguno de tales derechos*” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, citada, FJ. 8º).

<sup>23</sup> Como señalara la STC 182/1997, de 28 de octubre, BOE de 28 de noviembre, “*el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario*” (FJ. 4º).

<sup>24</sup> LÓPEZ GARRIDO, D.: “*Reflexiones sobre la constitucionalidad...*”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>25</sup> SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ. 5º, 60/1986, de 20 de mayo, FJ. 3º, 29/1986, de 20 de febrero, BOE de 21 de marzo, FJ. 2º, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ. 3º.

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión, me remito a las consideraciones efectuadas en un anterior trabajo. Vid. ITUREN OLIVER, A. y ESTEVE SEGARRA, A., “*El derecho de huelga en tiempos del estado de alarma por el COVID-19*”. *Trabajo y Derecho*, núm. 65, 2020, pp. 1-21.

#### 4. ¿Qué supone este cambio de gestión para los pensionistas y para los funcionarios incluidos en clases pasivas?

El cambio en la gestión del Ministerio de Hacienda hacia la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, no ha afectado directamente a los pensionistas. Es cierto que se han producido una reforma en la normativa que regula las clases pasivas, pero los cambios de articulado, aunque numerosos, son en síntesis, reformas técnicas dirigidas a aclarar el órgano gestor de las prestaciones<sup>27</sup>. Pese a la alarma creada en algunos medios de comunicación entre los pensionistas, no se han modificado pues ninguna de las prestaciones del RCP, ni se han alterado sus requisitos, ni cuantías. Tampoco respecto a los futuros pensionistas se han producido cambios en las modalidades o coberturas de las pensiones del sistema. Ni tampoco en las distintas mutualidades de funcionarios, que tienen una gestión y una regulación separada del RCP.

Se trata pues de un cambio de gestión, que en ningún modo supone la integración del RCP en el RGSS. De manera que se mantiene como régimen a extinguir, traspasándose únicamente su gestión al INSS. Si ello es así, ¿por qué algunos sindicatos en la función pública han mostrado preocupación por estos cambios meramente técnicos<sup>28</sup>? Pues sencillamente porque el hecho de que, siendo el mismo organismo gestor, transitoriamente la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, y posteriormente el INSS, es probable que el cambio abra una vía para cuestionar la autonomía y separación de los RESSFP, debatiéndose si determinadas conquistas o, si se quiere utilizar una connotación negativa, prerrogativas sean más evidentes y, con ello más difíciles de justificar<sup>29</sup>.

#### 5. Singularidades de los regímenes especiales de funcionarios respecto al Régimen General de Seguridad Social

La existencia de especialidades dentro de los regímenes especiales de funcionarios ha sido criticada por algunos de los mejores estudiosos de nuestro sistema de Seguridad Social<sup>30</sup>. Así, se ha aludido a que dentro de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios se encuentra “*la mayor desigualdad, la insolidaridad máxima*” y que son un síntoma de “*descomposición de un sistema pretendidamente unificado*” con “*privilegios ancestrales o castas en el sector público carentes de justificación en la actualidad*”. Desde luego, la opinión es negativa y vendría a refrendar una mirada a la protección social ofrecida por estos regímenes como una situación de prerrogativas para determinados funcionarios (los integrados en el RCP), respecto a otros funcionarios y trabajadores integrados en el RGSS.

<sup>27</sup> El Real Decreto Ley 15/2015, de 21 de abril modificaría en la disposición final primera los arts. 8.2, 11, 12, 13, 14.2, 16.1, art. 34, 37 quarter, 47 y disposiciones adicionales 2ª, 15ª y 18ª del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Clases Pasivas. Además, introduciría otros cambios técnicos en la DA 5ª a 7ª y en la DT 2ª del Real Decreto Ley. En síntesis, estos cambios se limitarían a sustituir las referencias a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda o a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, sustituyéndolas por las nuevas entidades que se ocuparán de la gestión, es decir, el Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia que hará dicha gestión de las mismas prestaciones vigentes (transitoriamente a la Dirección General de Ordenación de la SS).

<sup>28</sup> Vid. por ejemplo, reseñas en diferentes webs de sindicatos. <https://ste-clm.com/cambios-en-la-gestion-de-las-pensiones-del-regimen-de-clases-pasivas/>, O en la prensa: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/23/economia/1587654087\\_716021.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/23/economia/1587654087_716021.html)

<sup>29</sup> Sobre la confrontación entre el RGSS y los RESSFP, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “Los derechos de Seguridad Social de los funcionarios públicos: convergencias y divergencias con el Régimen General”. Recuperable: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/44007/Los%20derechos%20de%20seguridad%20social>

<sup>30</sup> Vid. VIDA SORIA, J.: “Sobre la inactualidad del Régimen de Clases pasivas”, *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963. También, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988.

Es verdad que en el ámbito de los regímenes especiales de funcionarios se han producido un acercamiento con el RGSS en algunos aspectos, en particular con tratamiento de las pensiones públicas en cuanto a los topes, las revalorizaciones y las cuantías máximas y mínimas. Sin embargo, se mantienen otras especialidades que interesa abrir al debate.

### *5.1. La asistencia sanitaria privada para funcionarios públicos*

Los Regímenes Especiales de funcionarios ofrecen peculiaridades importantes en cuanto a la forma particular de provisión de la asistencia sanitaria con posibilidad de acudir a los servicios públicos de salud o a entidades de seguro privadas. Este es uno de los aspectos más llamativos y singulares de la protección social de los funcionarios públicos que están integrados en los RESSF, que pese a ser funcionarios públicos pueden recibir la asistencia sanitaria a través de entidades de seguro privadas. Ello introduce una diferencia con cualquier otro régimen de Seguridad Social donde procede la adscripción obligatoria de los afiliados a los servicios públicos de salud. De este modo, corresponde al mutualista beneficiario optar en el mes de enero por recibir la asistencia sanitaria por el sistema de sanidad pública o privada, y de preferirse por el sistema privado (opción en la práctica claramente mayoritaria<sup>31</sup>), elegir la entidad de seguro privada entre las varias con las que cada mutualidad tiene suscrito el correspondiente concierto<sup>32</sup>. En el ámbito castrense, además, está la posibilidad complementaria de acudir a la Sanidad militar<sup>33</sup>.

Hay que tener en cuenta que ello es muy importante, pues del catálogo de la acción protectora de las mutualidades de funcionarios, la prestación más importante es la de asistencia sanitaria y determinadas prestaciones en especie.

### *5.2. Un régimen de prestaciones sanitarias complementarias y de asistencia social más beneficioso.*

En los Regímenes Especiales de Funcionarios se mantienen prestaciones sociales y de asistencia social por encima de otros regímenes. Además de la particularidad antes reseñada de la forma de recibir la asistencia sanitaria, existen otras, por ejemplo, en el pago de los medicamentos. Por ejemplo, se mantiene alguna diferencia sustancial en el pago de los medicamentos (inclusive para los funcionarios públicos ya jubilados), que es de un 30 por 100 del precio frente al 10% de aportación farmacéutica de los jubilados de pensiones contributivas<sup>34</sup>. Sin embargo, en contrapartida las mutualidades de funcionarios prevén algunas ayudas adicionales de carácter sociosanitario sin parangón en otros Regímenes (ayudas económicas para prestaciones dentarias, oftalmológicas, prestaciones ortoprotésicas, para gastos por desplazamiento para recibir asistencia sanitaria, para gastos de internamiento de enfermos psiquiátricos, etc.) y, además, como peculiaridad los titulares y los beneficiarios son depositarios de los talonarios de recetas. Muchas prestaciones de asistencia social, al no reconocerse como un derecho subjetivo, están sujetas a disponibilidad presupuestaria y han sufrido recortes.

<sup>31</sup> Vid. Memorias Anuales de MUFACE, MUGEJU e ISFAS, en las correspondientes webs de estas entidades donde se hacen constar los datos anuales de la modalidad de cobertura elegida.

<sup>32</sup> Sobre este sistema de conciertos, vid. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La protección sanitaria en los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Bomarzo, 2017, Albacete.

<sup>33</sup> Regulada por la Orden 17/12, de 15 de marzo.

<sup>34</sup> Vid. art. 94.9. bis de la Ley 29/2006, del Medicamento. Este mismo porcentaje se fija como aportación del usuario en cuanto a la prestación ortoprotésica, salvo para determinados productos de aportación reducida, donde el porcentaje a sufragar por el usuario será del 10% (art. 9.5 RD 1506/2012) o la gratuidad en casos de hospitalización o tratamientos derivados de contingencias profesionales. En lo demás, la prestación farmacéutica es similar a la del RGSS, incluyendo y excluyendo similares documentos y productos.

La asistencia sanitaria se dispensará a los mutualistas, a los jubilados mutualistas, así como a los beneficiarios a su cargo. En este sentido, otra singularidad es que a los RESSFP no les resulta aplicable la normativa que regula en sentido restrictivo la condición de asegurado y beneficiario en punto a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, y mantienen el régimen específico de cada Mutualidad<sup>35</sup>.

### 5.3. *Un sistema más ventajoso de prestaciones por muerte y supervivencia*

Existen otras diferencias en el RCP, por lo que se refiere a las prestaciones por muerte y supervivencia, que son más favorables en tres aspectos.

En primer lugar, no se exige período de carencia, lo cual resulta en una obvia ventaja respecto al RGSS. A diferencia del RGSS, donde se exigen 500 días dentro de los cinco años anteriores, si el fallecimiento deriva de enfermedad común (salvo para las pensiones de orfandad, si al fallecer el causante, éste se encuentra en situación de alta asimilada).

En segundo lugar, la cuantía es más beneficiosa, en general, porque las pensiones de viudedad, orfandad y a favor de padres se obtienen aplicando los porcentajes al haber regulador teórico que hubiera correspondido al causante al cumplir la edad de jubilación similar. Es decir, se toma para calcular la base reguladora, lo que habría correspondido al causante, como si hubiera prestado servicios efectivos todos los años que faltaran al interesado para cumplir la edad de jubilación forzosa<sup>36</sup>. Además, en la pensión de viudedad, la cuantía en el RCP se obtiene aplicando a un porcentaje del 50 por cien sobre la pensión ordinaria o haber regulador teórico que hubiera correspondido al causante al cumplir la edad de jubilación forzosa<sup>37</sup>.

En tercer lugar, existen las pensiones extraordinarias de jubilación y de muerte y supervivencia, cuando el retiro o la muerte se produce por un accidente o enfermedad en acto de servicio o se causan como consecuencia del mismo<sup>38</sup>. Se les otorga un tratamiento privilegiado a estas pensiones que se manifiesta concediendo una cuantía superior (el doble) a la que se concede en pensiones de jubilación o de muerte y supervivencia derivada de enfermedad o accidente común. Para la determinación de la cuantía, se debe calcular la pensión de jubilación que teóricamente correspondería al fallecido, con la ficción de computar los años efectivos de servicios más los años completos que le faltaran para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso (que se consideran como si se hubieran prestado efectivamente en su puesto). La base reguladora es del 200 por 100 de esta cantidad (art.

<sup>35</sup> DA 7ª del RD 1192/2012. Para el régimen de cada mutualidad: en MUFACE, art. 15 TRSSFCE y arts. 67 a 69 RGMA; en MUGEJU, art. 15 TRLSSAJ, y arts. 63 y 64 RMJ; y en ISFAS, art. 12.1 TRLSSFA.

<sup>36</sup> La base reguladora de las pensiones se calcula de forma parcialmente distinta si ya era pensionista de jubilación en el momento del fallecimiento, pues la base reguladora es la pensión ordinaria de jubilación o retiro que efectivamente se hubiera señalado al causante, debidamente actualizada en su caso. Si el pensionista de jubilación o retiro por IP para el servicio no tuviera acreditados como mínimo 20 años de servicios efectivos al Estado, la base reguladora será la pensión de jubilación o retiro en la cuantía inicialmente reconocida del 75 por ciento. Por otra parte, si el causante fallece en situación de excedencia voluntaria, de suspensión firme, separado del servicio o en situación militar legalmente asimilable, es la pensión de jubilación que le hubiera correspondido al causante, pero considerando solamente por los servicios prestados hasta el momento de su pase a tales situaciones.

<sup>37</sup> La base reguladora de las pensiones se calcula de forma parcialmente distinta si ya era pensionista de jubilación en el momento del fallecimiento, pues la base reguladora es la pensión ordinaria de jubilación o retiro que efectivamente se hubiera señalado al causante, debidamente actualizada en su caso. Si el pensionista de jubilación o retiro por IP para el servicio, no tuviera acreditados como mínimo 20 años de servicios efectivos al Estado, la base reguladora será la pensión de jubilación o retiro en la cuantía inicialmente reconocida del 75 por ciento. Por otra parte, si el causante fallece en situación de excedencia voluntaria, de suspensión firme, separado del servicio o en situación militar legalmente asimilable, es la pensión de jubilación que le hubiera correspondido al causante, pero considerando solamente por los servicios prestados hasta el momento de su pase a tales situaciones.

<sup>38</sup> Sobre las mismas, vid. SÁNCHEZ PERIS, V.: *Los derechos pasivos de los funcionarios públicos: noción genérica de la Seguridad social*. Recuperable en: <http://www.valentinsanchezperis.com/LOSDERECHOS.pdf>, pp. 37 y ss.

49.2 TRLCPE). Ello, no obstante, se aplica el tope máximo de pensiones públicas, lo que ha recortado la ventaja comparativa que estas pensiones representaban respecto a las causadas por contingencias profesionales en el RGSS<sup>39</sup>. Ahora bien, en el caso de pensiones extraordinarias derivadas de actos de terrorismo no están sujetas a los límites de la pensión máxima de la LPGE.

#### *5.4. Crisis económica y presupuestos al margen de la Seguridad Social.*

Los RESSFP están incluidos en los presupuestos generales del estado y no en los propios de la Seguridad Social. Tanto las Mutualidades de funcionarios públicos como el RCP tienen un patrimonio y tesorería propios, por lo que sus fondos no integran el presupuesto de la Seguridad Social ni forman parte de la caja única del sistema. Con el traspaso de gestión establecido en el RD-L 15/2020, se prevé que el Estado realizará la correspondiente aportación económica (DA 7<sup>a</sup>). Además, el RCP tiene normas específicas de cotización. Las especialidades en el régimen de cotización se plasman en dos elementos. En primer lugar, los tipos de cotización de los funcionarios integrados en los RESSFP son diferentes de los de los trabajadores y funcionarios integrados en el RGSS. Así el empleador (el Estado) aporta el 18,3% frente al 23,6% del empresario del RGSS, y el funcionario del RCP aporta el 3,86% en lugar del 4,7% de los asalariados y funcionarios integrados en el RGSS.

En segundo lugar, esos tipos de cotización se aplican a los llamados haberes reguladores y no a los salarios reales. Los haberes reguladores son bases tarifadas en las que se clasifican los funcionarios a efectos de derechos pasivos para cada año en los PGE<sup>40</sup>, siendo iguales las de todos los funcionarios pertenecientes a un mismo grupo con independencia de sus retribuciones reales. Los diferentes tipos de cotización y su aplicación a los haberes reguladores y no a los salarios reales, arrojan en general, una cotización más baja que los funcionarios incluidos en el RGSS. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros regímenes del sistema de seguridad social, las bases de cotización están objetivadas y no son los salarios reales percibidos por el funcionario (como, por ejemplo, ocurre para los funcionarios incluidos en el RGSS). Esta objetivación provoca que exista una muy alta tasa de reposición entre el sueldo en activo de los funcionarios en RCP y su pensión de jubilación, pues su haber regulador coincide con la última base de cotización, dando lugar a que sea el Régimen con la tasa de sustitución más elevada.

Los regímenes se nutren además de las aportaciones estatales. Respecto a éstas en el RCP el Estado no contribuye con una cuota fija, sino que la diferencia estatal viene dada por la diferencia entre lo recaudado por las cuotas de derechos pasivos de los funcionarios y el importe de las obligaciones a su cargo por pensiones, lo que ha permitido compensar el déficit creciente de este régimen derivado entre otros factores de que desde el 2011 no entran nuevos funcionarios en el RCP, sino en el RGSS, y estos cotizan como todos.

#### *5.5. Las peculiaridades en la jubilación*

En punto a la jubilación de los funcionarios, hay una cierta ambivalencia. Existen aspectos donde el legislador ha optado por equipararlos con los trabajadores y otros donde se mantienen diferencias sustanciales. En cuanto a lo primero, el período mínimo de cotización está igualado con

<sup>39</sup> LÓPEZ LORENZO, A., *La protección social de los Funcionarios públicos*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2007, p. 795

<sup>40</sup> La clasificación sería la clásica de: A1, titulados superiores; A2, titulados medios, C1 administrativos; C2 auxiliares administrativos y E, resto.

el exigido en el RGSS. Sin embargo, hay un matiz importante, en los casos de jubilación por incapacidad permanente existe una particularidad en los funcionarios integrados en el RCP. A estos se le computan como años de servicio cotizados no sólo los efectuados, sino los que el funcionario hubiera podido cumplir hasta llegar a la edad de jubilación. Se trata de un claro privilegio. En cambio, se ha producido una equiparación en la llamada jubilación flexible (introducida por el RD-L 5/2013).

Sin embargo, se mantienen otras especialidades notables en tres tipos de jubilaciones: la forzosa, la voluntaria y la derivada de incapacidad permanente.

### 5.5.1. La jubilación forzosa

La primera peculiaridad es que en el ámbito funcional la jubilación forzosa rige plenamente, a diferencia de para los trabajadores donde es voluntaria. Generalmente, la jubilación forzosa se produce a los 65 años, aunque hay algunos colectivos que se jubilan forzosamente más tarde (profesores de universidad a los 70<sup>41</sup> o a la finalización del curso académico en que los cumplan, magistrados, jueces, fiscales y secretarios, a los 70<sup>42</sup>) y otros colectivos como los militares que pueden pasar antes del retiro por jubilación a la situación de reserva. En todo caso, el que la edad de jubilación forzosa se sitúe en los 65 años como regla general no deja de ser llamativo, por el retraso progresivo de la edad de jubilación de los trabajadores (Ley 27/2011) y de los funcionarios integrados en el RGSS. ¿Por qué esta diferencia? Exceptuando los casos anteriores, es llamativo también que la edad de jubilación para los funcionarios públicos, incluidos los integrados en el RGSS<sup>43</sup>, sea en general, de 65 años en contraste con el retraso progresivo de la edad de jubilación de los trabajadores. Esta diferencia se interpretaría no tanto por una búsqueda de un rejuvenecimiento de plantillas por el progresivo envejecimiento del colectivo funcional, sino como una vía de amortización del empleo público facilitando su jubilación.

Existe un segundo tema polémico al hilo de la jubilación de los funcionarios. Aunque la jubilación forzosa por edad sea la regla en los funcionarios públicos, en determinados casos se puede prolongar la situación de activo hasta los setenta años. Coexisten diferentes supuestos de prolongación que serían esencialmente dos: por falta de las cotizaciones necesarias en el momento de alcanzar la jubilación y por la solicitud de prórroga en el servicio activo.

Esta última posibilidad ha generado cierta conflictividad política y jurídica en los últimos años, en particular, en relación con algunos funcionarios de sanidad, al serles denegada esta prolongación<sup>44</sup>. Esto puede ser llamativo, pero lo cierto es que las protestas funcionariales se han producido generalmente con mayor intensidad cuando se les ha adelantado la edad de jubilación que tenían prevista. En 1984 se rebajó la edad de jubilación de los funcionarios a los 65 años y esta rebaja no fue interpretada como un avance social, en particular en los niveles más altos de la Administración, sino como una merma de ingresos que se producía al cesar en su vida activa por las diferencias entre el salario en activo y los haberes pasivos. No es intrascendente poner de manifiesto que diversas sentencias del Tribunal Constitucional han reconocido que no existe un derecho adquirido de los funcionarios a

<sup>41</sup> Pudiendo optar por jubilarse a la finalización del curso académico en que hubieran cumplido dicha edad (regulada en la Ley 27/1994).

<sup>42</sup> Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales se jubilan forzosamente a los 70 años, si bien pueden jubilarse a partir de los 65 años (arts. 386 y 445 LOPJ). En algunos cargos no está previsto una edad de jubilación forzosa, es el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional o los Consejeros Permanentes del Estado.

<sup>43</sup> Para éstos también se fija la jubilación a la edad ordinaria de sesenta y cinco años, sin coeficiente reductor, en el art. 11 del RD-L 20/2012.

<sup>44</sup> Sobre el caso polémico de los médicos de la sanidad madrileña durante los años 2012 y 20013, vid. [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/02/actualidad/1367523764\\_491859.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/02/actualidad/1367523764_491859.html).

jubilarse a una edad de jubilación determinada (la del momento de su ingreso a la función pública), sino que el régimen funcionarial puede ser alterado por la potestad del legislador, pudiendo causar en algunos casos unos perjuicios compensables económicamente<sup>45</sup>. El Tribunal Supremo, no sin ciertas vacilaciones, acabaría por rechazar la posible responsabilidad patrimonial del Estado por la anticipación de la edad legal de jubilación respecto a la regulación anteriormente prevista en esencia, al no tratarse de un derecho patrimonializado del funcionario ni una medida expropiatoria de derechos<sup>46</sup>.

En la actualidad, el tema ha vuelto a ser polémico desde otra perspectiva. Esta posibilidad se condiciona en el art. 67.3 EBEP a que se pida, debiendo resolver de forma motivada la Administración. Alguna sentencia del Tribunal Supremo del 2012, ya ha rechazado la denegación por la Administración de la solicitud de permanencia en el servicio si no estaba suficientemente motivada y se justificaba por alegaciones genéricas. ¿Por qué se habrían producido el conflicto? La Administración alegaría que algunos colectivos prolongaban automáticamente su jubilación, y no siempre era necesario, así como la necesidad de un rejuvenecimiento de plantillas (por ejemplo, nuevos médicos jóvenes) en un colectivo envejecido (se calcula que la medida de edad de los funcionarios está en los 50 años). Los afectados respondieron que con ello no se había buscado un rejuvenecimiento de la plantilla para mejorar el servicio, sino ahorrar, luchar contra el déficit y amortizar empleo público facilitando su jubilación. Lo cierto es que el paso a la jubilación en el caso de los altos empleados puede provocar una merma de sus ingresos por las diferencias entre el salario activo y los haberes pasivos, de ahí las peticiones de prolongación de la vida activa, en particular en los niveles altos de funcionarios de la Administración.

Con carácter particular ha de hacerse mención del personal militar, que previamente a la situación de retiro conforme al RCP, pasa a la llamada situación de “reserva”, a la que accede en función del empleo y la categoría conforme a un sistema complejo, y donde pueden ocupar eventualmente destinos, y donde la retribución se produce no según la legislación de clases pasivas, sino de acuerdo con el sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas.

### 5.5.2. La jubilación voluntaria

Junto a la jubilación forzosa se mantiene una vía diferente, la de la jubilación voluntaria, que exige como regla general, que el interesado tenga cumplidos sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado (art. 28.2.b) TRLCPE), o bien que exista una disposición legal específica que lo permita con carácter general o para un colectivo de funcionarios. Un buen ejemplo, por ser el supuesto más utilizado es la llamada jubilación LOGSE (Ley 2/2006), para los funcionarios docentes. En cuanto a otras disposiciones legales que permiten una jubilación anticipada voluntaria, cabe mencionar diversas situaciones: el Personal de las Cortes Generales, podrá jubilarse voluntariamente cuando cumpla 60 años de edad o tenga reconocidos 35 años de servicios efectivos a las Cortes Generales o a cualquier otro ente público<sup>47</sup>. Asimismo, los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios podrán jubilarse voluntariamente al cumplir 65 años<sup>48</sup>. Los Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales también al cumplir dicha edad, pero si lo solicitan con 6 meses de antelación de su órgano de jubilación (arts. 386 y 445 LOPJ).

El régimen de jubilación voluntaria previsto con carácter general para los funcionarios de clases pasivas mejora el RGSS, pues puede no existir una minoración del importe de la pensión

<sup>45</sup> Entre muchas otras, STC 70/1988, de 19 de abril.

<sup>46</sup> SSTs, Sala C-A de 30-11-92 y de 18-1-00, Rec. 692/94.

<sup>47</sup> Art. 17.3 Acuerdo de 27-3-06.

<sup>48</sup> Ley 27/1994.

anticipada<sup>49</sup> (cfr. art. 161.bis LGSS, que sí se aplica a los funcionarios integrados en el RGSS) y contrasta con la opción de política de derecho de dificultar las jubilaciones anticipadas. Así, se ha excluido a los funcionarios del RCP de la aplicación del régimen previsto para los trabajadores y los funcionarios integrados en el RGSS en el art. 215 TRLGSS y en la DT 4ª TRLGSS. En efecto, los funcionarios sujetos al RGSS pueden acogerse a la jubilación anticipada prevista en la TRLGSS, si bien, en estos casos se establece una reducción de la prestación que recibirá el jubilado anticipado en función de los años que le falten para aquella edad. Además, los funcionarios del RGSS podrán acogerse a otras jubilaciones anticipadas que puedan estar previstas eventualmente en la regulación administrativa de su relación de servicios.

Como quiera que la regulación del RCP ha sido más beneficiosa que la del RGSS, se producían traspasos de solicitudes de jubilación anticipada en este Régimen, de modo que se introdujo alguna limitación. En concreto, en punto al requisito de treinta años, a partir del 1-1-2011, se exige que los últimos cinco años de servicios estén cubiertos en el RCP, cuando para completar los treinta años de servicios exigidos hubieran de computarse períodos de cotización a otros regímenes, por aplicación de las normas sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social (las especificidades se regulan en la DA 16ª TRLCPE).

Por último, es importante resaltar que no es posible la jubilación parcial para los funcionarios. Ello supone un detrimento respecto al colectivo de trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, en cuanto a la jubilación anticipada, se ha excluido a los funcionarios del RCP de la aplicación del régimen previsto para los trabajadores y los funcionarios integrados en el RGSS en el art. 215 TRLGSS y en la DT 4ª TRLGSS. En efecto, los funcionarios sujetos al RGSS pueden acogerse a la jubilación anticipada prevista en la TRLGSS, si bien, en estos casos se establece una reducción de la prestación que recibirá el jubilado anticipado en función de los años que le falten para aquella edad. Además, los funcionarios del RGSS podrán acogerse a otras jubilaciones anticipadas que puedan estar previstas eventualmente en la regulación administrativa de su relación de servicios.

### 5.5.3. La jubilación por incapacidad permanente

En el RCP la IP se configura como una causa de jubilación, y no como una prestación autónoma. Además, como singularidad, no existe una distinción por grados, de IP total, absoluta, y gran invalidez. Sin embargo, lo cierto es que, por el impacto de alguna sentencia del Tribunal Constitucional, como la 134/96, de 22 de julio, dictada sobre el trato fiscal de las pensiones por IP en el RCP respecto a las pensiones de IP del sistema de Seguridad Social, ha motivado que generalmente en la resolución de jubilación por IP del funcionario se haga constar el grado a efectos de la exención del IRPF para las pensiones de IP absoluta o gran invalidez. Además, también ha de matizarse que a través de las mutualidades de funcionarios se puede obtener un complemento de la pensión diferente según el grado de IP.

Por otra parte, en el caso de la jubilación por IP se ha establecido una regla específica para situaciones equivalentes a una IP total, esto es cuando la inutilidad impida continuar desempeñando el puesto de funcionario, pero no inhabilite para toda profesión u oficio y acredite menos de 20 años de servicios efectivos<sup>50</sup>. En este caso, se producirá una minoración de un 5% sobre la cuantía íntegra (aunque exceda del importe de la pensión máxima) por cada año que falte para cumplir los 20 años de servicios efectivos. El máximo es una reducción del 25% para quienes acrediten 15 años o menos

<sup>49</sup> El coeficiente reductor se aplica por cada año de servicio anterior a los 35, de manera que si un funcionario cuenta con 35 años de servicio no sufre minoración en su pensión.

<sup>50</sup> DA 13ª de la Ley 2/2008, desarrollada por el RD 710/2009, de 17 de abril.

de servicios efectivos<sup>51</sup>. Esta reducción en la cuantía puede eliminarse si con anterioridad se produce una agravación que impida desempeñar toda profesión u oficio, percibiendo en ese caso el 100 por 100 de lo que le hubiera correspondido<sup>52</sup>. Tampoco se aplica esta reducción a las pensiones extraordinarias. Además, a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia que pudiera causar el beneficiario de esas pensiones reducidas respecto a sus familiares, la base reguladora del causante ascenderá a la pensión íntegra de jubilación o retiro, sin reducción, salvo que el funcionario fallecido hubiera realizado una actividad con posterioridad a su jubilación o retiro encuadrada en algún régimen de la seguridad social, en cuyo caso la base reguladora será del 75% del importe de la pensión reconocida.

Para determinados funcionarios del cuerpo nacional de policía, personal de las fuerzas armadas y guardia civil, pueden existir situaciones donde no obstante producirse una disminución de las funciones propias de su puesto de trabajo, no se acuerda necesariamente la jubilación o retiro por IP para el servicio, si no situaciones de “segunda actividad”<sup>53</sup> o limitaciones para ocupar determinados destinos o el cambio de especialidad.

Además, el RD 1186/2001, de 2 de noviembre, establece una regulación particular de la protección del RCP para determinados militares cuando se produzca un accidente, lesión o enfermedad determinantes de la insuficiencia de condiciones psicofísicas<sup>54</sup>.

## 6. Conclusiones

En el Real Decreto 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, se contiene una disposición que, en teoría, no reviste ninguna conexión con los paquetes de medidas laborales y fiscales aprobados para paliar los efectos de la crisis económica derivada de la pandemia. Se trata del traspaso de competencia de la gestión de las pensiones de los funcionarios integrados en el RCP al Ministerio de Seguridad Social. El cambio de gestión del régimen de clases pasivas al INSS es lógico y contribuye a la integración del sistema, aunque sólo constituye una pequeña transformación por dos razones. En primer lugar, el cambio de gestión de una de las cuatro patas de los Regímenes Especiales de Funcionarios como es el RCP, mantiene la estructura de estos regímenes y sus singularidades. En segundo lugar, el cambio en la gestión del Ministerio de Hacienda hacia la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, no ha afectado directamente a los pensionistas. Es cierto que se han producido una reforma en la normativa que regula las clases pasivas, pero los cambios de articulado, aunque numerosos son, en síntesis, reformas técnicas dirigidas a aclarar el órgano gestor de las prestaciones. Pese a la alarma creada en algunos medios de comunicación entre los pensionistas, no se han modificado ninguna de las prestaciones del RCP, ni se han alterado sus requisitos, ni cuantías. Tampoco respecto a los futuros pensionistas se han

---

<sup>51</sup> El cómputo de los años de servicio incluye también los períodos de cotización en otros regímenes de Seguridad Social, siempre que se haya procedido a la aplicación de las reglas de cómputo recíproco (art. 1.2 RD 710/2009).

<sup>52</sup> No obstante, este incremento de cuantía es incompatible con una pensión que se pudiera reconocer computando los períodos de ejercicio de una actividad propia o ajena que motive la inclusión en un régimen público de Seguridad social.

<sup>53</sup> Se trata de una situación para funcionarios del cuerpo nacional de policía donde el funcionario es apartado del servicio activo, percibiendo unas retribuciones especiales, si bien puede acceder a determinados puestos de gestión, asesoramiento o similares, percibiendo en ese caso, las retribuciones correspondientes al ejercicio de esas funciones como si estuviera en activo.

<sup>54</sup> En concreto, se aplica a los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios profesionales no permanente, así como para determinados alumnos de formación militar, de cuerpos a extinguir como el personal de escalas de complementos y reserva naval y ciertos reservistas que pasen a la situación de activo. Para ello habrá de tramitarse el pertinente expediente de valoración de las condiciones psicofísicas dentro de la Sanidad Militar, pero la determinación del grado de minusvalía no tomará en cuenta las normas específicas del ámbito militar, sino el baremo previsto en una norma general como es el RD 1971/1999.

producido cambios en las modalidades o coberturas de las pensiones del sistema. Ni tampoco en las distintas mutualidades de funcionarios, que tienen una gestión y una regulación separada del RCP.

De manera que se mantiene como régimen a extinguir, traspasándose únicamente su gestión al INSS. Si ello es así, ¿por qué algunos sindicatos en la función pública han mostrado preocupación por estos cambios meramente técnicos y se han mostrado preocupados? Pues sencillamente porque el hecho de que, siendo el mismo organismo gestor, transitoriamente la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, y posteriormente el INSS, es probable que el cambio abra una vía para cuestionar la autonomía y separación de los RESSFP, debatiéndose si determinadas conquistas o, si se quiere utilizar una connotación negativa, privilegios sean más evidentes y, con ello más difíciles de justificar.

El origen del cambio de gestión en el RCP no parece responder a una agenda oculta. De hecho, el arranque se situaría en el art. 22 del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuraron en dicho año los departamentos ministeriales aludiendo a las clases pasivas como competencia del Ministerio de Seguridad Social. Ello, no se contenía en otros reales decretos anteriores de reorganización de los departamentos ministeriales, que se suelen aprobar al principio de cada legislatura. En todo caso, parece claro que el gobierno pretendía llevar la gestión de Clases Pasivas al Ministerio encargado de la gestión de Seguridad Social ya antes de la declaración del estado de alarma.

En la exposición de motivos del Real Decreto-ley 15/2020 se justifica la urgencia y necesidad del cambio de gestión del RCP señalando esencialmente que como la tramitación parlamentaria de los cambios normativos para operar el traspaso en la vía ordinaria retrasaría la organización del Ministerio de Seguridad Social, se generaría incertidumbre en la gestión de la delicada cuestión de las pensiones. A primera vista, no parece que existiera una situación perentoria que implicase la necesidad de encajar en una norma dedicada a medidas económicas y de empleo por la crisis del COVID-19, un cambio en la gestión de la gestión de pensiones de Clases Pasivas, que no guardan ninguna relación con otras medidas vinculadas a la crisis sanitaria. Pero ello no implica necesariamente que la vía empleada sea ilegal por la flexible interpretación del tribunal constitucional sobre el uso de esta norma.

Justamente, en este último sentido, el uso del Decreto-ley para aprobar una reforma como la operada en la gestión del RCP, plantea la cuestión de si está justificada su utilización tanto por la materia que es objeto de Decreto-ley, como por el requisito de la urgencia y extraordinaria necesidad en su aprobación. El Real Decreto Ley se ha apoyado en una motivación típica de este tipo de norma. Así, se hace hincapié en que el Decreto-ley, por su mayor rapidez, evitaría distorsiones al producirse la reestructuración del ministerio de Seguridad social con mayor rapidez. Si se lleva a sus últimos términos, esta misma argumentación serviría para toda reforma en materia de pensiones, que siempre podría crear distorsiones, al ser siempre un tema sensible.

Entonces si no existía una extraordinaria y urgente necesidad, ¿por qué razón el gobierno ha decidido acometer este cambio mediante una legislación de urgencia? Creo que sinceramente responde a que el estado de alarma ha ofrecido la oportunidad de iniciar un cambio en la siempre delicada cuestión de las pensiones de funcionarios públicos aprovechando la multitud de legislación de urgencia aprobada durante la pandemia. La aprobación de reformas laborales y de Seguridad Social mediante esta forma legislativa se había convertido, en algo más que en una vía excepcional, ya antes de la crisis sanitaria, económica y social, acentuándose con ésta.

## Bibliografía

ALARCÓN CARACUEL, M.C.: “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pp. 35-72.

- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988.
- ALFONSO MELLADO, C.L., “La jubilación anticipada y la prejubilación de los funcionarios públicos”, en AA.VV. (coord. LÓPEZ CUMBRE), *Tratado de jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: *La gestión de la Seguridad Social: entidades gestoras, servicios comunes, mutuas colaboradoras con la seguridad social, empresas colaboradoras con la seguridad social y mutualidades de funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de Seguridad Social de los Funcionarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CALVO RAMÍREZ, C.: “Régimen de Clases Pasivas de los funcionarios del Estado”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 37, 1988.
- CIRIANO VELA, C. D.: *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000.
- DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de seguridad social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Ibidem, Madrid, 1997.
- GONZALO GONZÁLEZ, B.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Instituto de Estudios Fiscales, 1997, Madrid.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La protección sanitaria en los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- HIERRO, L. L.: “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa*, 1996, núm. 19, pp. 287-308.
- ITUREN OLIVER, A. y ESTEVE SEGARRA, A.: “El derecho de huelga en tiempos del estado de alarma por el COVID-19”. *Trabajo y Derecho*, núm. 65, 2020, pp. 1-21.
- JORNADA DE POZAS, L.: “Tendencias modernas sobre el Régimen de Clases Pasivas”, en *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo, INP, Madrid, 1961.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: “Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto Ley 1/1992, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, pp. 13-48.
- LÓPEZ LORENZO, A.: *La protección social de los Funcionarios públicos*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2007.
- MONERO PÉREZ, J.L.: “Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos útiles”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pp. 91-132.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional”, en su obra *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 181 y ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pp. 9-34.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- *La seguridad social de los militares en activo: el mutualismo militar*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2008, Madrid.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Capítulo 9. Régimen especial de funcionarios civiles del estado”, *Tratado de Derecho de la Seguridad Social II*, Laborum, Murcia, 2017.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “Los derechos de Seguridad Social de los funcionarios públicos: convergencias y divergencias con el Régimen General”. Recuperable: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/44007/Los%20derechos%20de%20seguridad%20social>

- SÁNCHEZ PERIS, V.: *Los derechos pasivos de los funcionarios públicos: noción genérica de la Seguridad social*. Recuperable en: <http://www.valentinsanchezperis.com/LOSDERECHOS.pdf>
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “Principio de legalidad (Derecho Constitucional)”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 5078-5081.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El lugar del Decreto-Ley en el cuadro de fuentes jurídico-laborales (Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 238/1981)”, *Revista de Política Social*, núm. 135, pp. 239-251.
- TORRES DÍEZ-MADROÑERO, P.: “La integración en el régimen general de la seguridad social de los funcionarios públicos a partir de 1 de enero de 2011: diferencias destacables con el régimen especial de clases pasivas del Estado”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013.
- VIDA SORIA, J.: “Sobre la inactualidad del Régimen de Clases pasivas”, *Documentación Administrativa*, núm. 71, 1963.

# Panorama de la protección de los derechos de las trabajadoras en España y México

## Overview of the women workers' rights protection in Spain and México

Augusto Fernando Carrillo Salgado\*  
*Universidad Nacional Autónoma de México*  
ORCID ID: 0000-0001-6107-4917

Recibido: 04/03/2020  
Aceptado: 19/04/2020  
doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5773>

*Resumen:* La finalidad de este documento consiste en describir los aspectos básicos a través de los cuales son protegidos los derechos de las trabajadoras en los sistemas normativos español y mexicano. En otras palabras, introducir al lector a la forma en que son tuteladas las prerrogativas de las trabajadoras en ambos países. El estudio de los elementos protectores de los derechos de las trabajadoras en los sistemas normativos referidos se efectúa desde tres ángulos: externo (derecho internacional), interno (derecho nacional) y judicial (actividad de sus tribunales constitucionales). Los métodos empleados en la elaboración de este documento son el deductivo, derecho comparado, histórico y analítico.

*Palabras clave:* Derechos de las trabajadoras, Derecho comparado, Derecho español, Derecho mexicano.

*Abstract:* The purpose of this document is to describe the basic elements which protect women workers' rights in the Spanish and Mexican normative systems. In other words, to introduce the reader to the way in which women workers' rights are protected in both countries. The study of the women workers' protective elements in the normative systems referred is made from three perspectives: external (international law), internal (national law) and judicial (activity of their Constitutional Courts). The methods used to elaborate this document are deductive, comparative law, historical and analytical.

*Keywords:* women workers' rights, Comparative law, Spanish law, Mexican law.

---

\* Dedico este documento a mi padre Don Jesús Carrillo de la Cruz, licenciado en Derecho por la UNAM.  
augustofernandocs@gmail.com

## 1. Introducción

La protección jurídica de los derechos de las trabajadoras se ha convertido en un tema prioritario ya que, a pesar de los esfuerzos realizados por el gobierno español, no ha sido posible poner un punto final a la desigualdad que existe entre mujeres y hombres.<sup>1</sup> En efecto, Magdalena Lorenzo Rodríguez Armas identifica el espacio de trabajo como uno de los ámbitos en donde se producen mayores discriminaciones contra las mujeres españolas.<sup>2</sup> Por su parte, Cecilia Mondragón Herrada afirma que, en México, las mayores afectaciones contra ellas han tenido lugar en la esfera de sus derechos laborales.<sup>3</sup> A pesar de lo anterior, deben ser reconocidos algunos progresos jurídicos acaecidos en el seno de los sistemas normativos de los países referidos.

En este documento son descritos los elementos básicos a través de los cuales se protegen los derechos de las trabajadoras en los sistemas normativos español y mexicano. Ambos sistemas fueron elegidos con base en los siguientes criterios: 1) el vínculo histórico entre ambas naciones, 2) la identidad en el lenguaje, 3) la similitud entre sus economías y 4) la exigencia social progresiva por proteger los derechos de las trabajadoras en las últimas décadas. Para la elaboración de este artículo fueron analizados diversos documentos que conforman al derecho español y mexicano. Dichos documentos fueron seleccionados a partir de las siguientes directrices: 1) pertenecer o vincularse de manera estrecha al ámbito del derecho del trabajo, 2) contener una institución protectora de los derechos de las trabajadoras y 3) exhibir alguna evolución en la protección de las prerrogativas de las empleadas de México y España.

La segunda parte de este trabajo se integra por tres subapartados a través de los cuales son descritas, *grosso modo*, algunas instituciones del sistema normativo español que protegen los derechos de las trabajadoras. La composición de esta sección se hace a partir del análisis de diferentes artículos del Tratado de la Unión Europea (TUE) y su Tratado de Funcionamiento (TFUE), tres directivas del Consejo de la Unión Europea, ciertos artículos de la Constitución Española (CE) y la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET); así como cinco sentencias del Tribunal Constitucional de España (TC).

Al igual que en el apartado anterior, la tercera sección se compone por tres párrafos en donde son descritas de manera general algunas instituciones jurídicas del sistema normativo mexicano que protegen los derechos de las trabajadoras a través del análisis de diferentes artículos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y siete observaciones finales de su comité, determinados numerales de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como *convención Belém do Pará*), diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), distintos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (mejor conocida como *Pacto de San José Costa Rica*), distintas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y su norma secundaria la Ley Federal del Trabajo (LFT); así como dos criterios jurisprudenciales sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Por último, en la cuarta parte, se exponen tres características del sistema normativo español y tres elementos del sistema normativo mexicano a fin de subrayar la forma en que se han tutelado los derechos de las trabajadoras en ambos países.

<sup>1</sup> Véase, PARDO GARCÍA, María del Carmen, "Working Time and Family Responsibilities in Spanish Labour Law: an Overview on the Current Situation", en *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, Vol. 5, No. 1-2-, octubre 2016, pp. 57-71.

<sup>2</sup> Véase, RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo, "La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL (2007), p. 192.

<sup>3</sup> Cfr; MONDRAGÓN HERRADA, Cecilia, "El avance de los derechos de las mujeres en México", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Rosa María y Moreno Bonett, Margarita (coordinadoras), *El Estado laico y los derechos humanos en México*, México, UNAM, tomo II, 2012, pp. 197-208.

## 2. La protección jurídica de la trabajadora en el sistema normativo español

Los derechos que protegen a las trabajadoras españolas emanan de tres fuentes. En primer lugar, se encuentran el TUE y su TFUE, las directivas del Consejo de la Unión Europea y las sentencias que dicta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea;<sup>4</sup> estos componentes son directrices de carácter externo porque no son producidas por el poder legislativo de España. En segundo lugar, se encuentra la CE de 1978 (en cuya redacción influyó en forma decisiva el egregio maestro Don Gregorio Peces-Barba Martínez)<sup>5</sup> la cual alberga en su texto principios que permean al resto del ordenamiento español y sirven como directivas axiológicas en la producción del derecho; las disposiciones en materia del trabajo contenidas en la CE son desarrolladas por la LET. Las dos piezas anteriores constituyen el ingrediente interno del derecho español (derecho nacional). Por último, se encuentran las sentencias del TC, estas resoluciones son el elemento judicial dentro del sistema protector de los derechos de las trabajadoras en España. A continuación, son descritos someramente los elementos que constituyen estas tres perspectivas.

### 2.1. Elemento externo

El TUE consagra en sus artículos 2, 3.3. párrafo segundo y 9, el respecto a la dignidad humana, el combate de la exclusión social y discriminación, así como la igualdad entre mujeres y hombres.<sup>6</sup> En el TFUE también se encuentran disposiciones en favor de las mujeres; tal es el caso de los artículos 8 y 19, por medio de los cuales se establecen como directrices para la Unión Europea (UE) la eliminación de la discriminación por cualquier motivo y la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, el artículo 153.1, i) prescribe la obligación de promover la igualdad de oportunidades y trato en el trabajo; de acuerdo con el artículo 157, cada Estado está obligado a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres para un mismo trabajo o para uno de igual valor.<sup>7</sup>

Las directivas del Consejo de la Unión Europea constituyen otra fuente externa para la protección de los derechos de las trabajadoras. En la directiva 76/207/CEE se establece por primera vez el principio de igualdad de trato en el trabajo entre mujeres y hombres, dicho principio consiste en la eliminación de toda discriminación por razón de sexo en el acceso, promoción y formación profesional entre mujeres y hombres. Es importante destacar que este principio posee una dimensión tanto formal como material; en otras palabras, no basta adecuar el marco normativo para asegurar la tutela de dicho principio, sino que es necesario volcar todos los esfuerzos a su consecución material.<sup>8</sup>

A través de la directiva 2000/78/CE de 27 noviembre de 2000 se introducen en forma expresa los conceptos de discriminación directa e indirecta, se precisa que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido un acto u omisión de discriminación corresponde a los órganos judiciales de cada país; así mismo, se instituye la reversión de la carga de

<sup>4</sup> Véase, SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE", *Femeris*, Vol. 4, No. 2, 2019, pp. 50-69. La consulta de este artículo se recomienda por dos motivos. En primer lugar, por el alto rigor metodológico de la autora. En segundo término, porque el análisis, en este artículo, de algunas sentencias del TJUE no abonaría nada a la discusión ya que sería opacado por la profundidad del trabajo de SÁNCHEZ TRIGUEROS.

<sup>5</sup> Véase, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "La Constitución española de 1978: balance de sus 25 años", en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, No. 2., 2004, pp. 7-15.

<sup>6</sup> Véase, Tratado de la Unión Europea

<sup>7</sup> Véase, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

<sup>8</sup> Véase, Directiva 76/207/CEE

la prueba para que recaiga en la parte demandada cuando estos casos se presenten ante los tribunales de un país. Esta directiva es un marco mínimo de derechos en favor de la trabajadora porque estos pueden ser ampliados de acuerdo con las necesidades del país.<sup>9</sup>

La última directiva a que se hará referencia es la 2006/54/CE; dicho documento es una consolidación de otras directivas dictadas con anterioridad (incluyendo las directivas 76/207/CEE y 2000/78/CE). Este documento amplía el espectro de las directivas analizadas porque prescribe que las medidas de protección establecidas en favor de las mujeres, deben aplicarse por igual a todas aquellas discriminaciones que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo de una persona. Finalmente, otra aportación sobresaliente de esta directiva consiste en reconocer de manera expresa como acto discriminatorio el trato desfavorable a una mujer con motivo de embarazo o maternidad.<sup>10</sup>

## 2.2. Elemento interno

Por su parte, la CE de 1978 en sus artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14, 40 y 53.2, instituye como valores superiores de su ordenamiento jurídico el derecho a la libertad, igualdad, el reconocimiento de la dignidad de la persona, no discriminación, pleno empleo, formación profesional y acceso al recurso de Amparo.<sup>11</sup> Estas disposiciones se interpretan armónicamente, se encuentran interrelacionadas y se aplican a todas las ramas del derecho, en particular a la del trabajo. Tal y como se precisó anteriormente, debido a que en años recientes la protección de los derechos humanos de las trabajadoras ha adquirido mayor relevancia, las disposiciones constitucionales referidas han cobrado un nuevo significado inclinando su vocación hacia la perspectiva de género.

La LET<sup>12</sup> es la norma sustantiva que prescribe los derechos y deberes de las trabajadoras, dicho ordenamiento no puede contradecir las disposiciones constitucionales referidas (y ninguna otra del texto constitucional). Las disposiciones de la LET son un marco mínimo de derechos en favor de las trabajadoras que puede ser ampliado por otros documentos como, por ejemplo, los convenios colectivos de trabajo. Cabe destacar que la protección brindada a las mujeres por la LET reproduce<sup>13</sup> muchas de las disposiciones establecidas en el TUE, TFUE y las directivas de la UE; los artículos más significativos de la LET son el 17, 28 y 55.<sup>14</sup> A través de aquél se desarrolla el principio de no discriminación en las relaciones laborales; en este, se establece la obligación de igualdad de remuneración por razón de sexo y en el tercero se prescribe como nulo el despido de una mujer embarazada.

Como se mencionó en líneas anteriores, doctrinariamente se han identificado cuando menos dos tipos de discriminación contra las trabajadoras, a saber: directa e indirecta. Aquella consiste en una diferenciación expresa que sitúa o perpetua a las mujeres en una posición de inferioridad; la discriminación indirecta, por su parte, entraña una diferenciación tácita resultante de la aplicación de una norma o práctica que en apariencia es neutra.<sup>15</sup> Además del cúmulo de disposiciones (tanto internacionales como nacionales) referidas en líneas superiores, el TC ha dictado una serie de sen-

<sup>9</sup> Véase, Directiva 2000/78/CE

<sup>10</sup> Véase, Directiva 2006/54/CE

<sup>11</sup> Véase, Constitución Española

<sup>12</sup> Véase, Ley del Estatuto de los Trabajadores

<sup>13</sup> Véase, MERCADER UGUINA, Jesús, "La disolución del concepto de fuente del Derecho: deformaciones y deformidades de la función legislativa en material laboral." en Ramos Quintana, Margarita Isabel y otra (coords.), *Transformaciones del Estado social y Derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2014.

<sup>14</sup> Véase, MERCADER UGUINA, Jesús R. (coord.) y otros, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4a., España, Lex Nova, 2016, pp. 261-283.

<sup>15</sup> Véase, ZOCO ZABALA, Cristina, "Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de constitución española", en *UNED. Revista de Derecho Político*, No. 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 211-256.

tencias en el decurso de las últimas décadas cuya finalidad ha consistido en disminuir y erradicar este y otro tipo de discriminaciones.

### 2.3. Elemento judicial

De acuerdo con Cristina Zoco Zabala la explosión de la actividad protectora del TCE comenzó en la década de los años 90.<sup>16</sup> Si bien es cierto la actividad más fecunda del TC puede localizarse a partir de 1990, no debe pasar inadvertido que la tutela de los derechos de las trabajadoras comenzó 7 años atrás en la sentencia (STC) 7/1983. En ella, el TC reconoce el derecho de las trabajadoras a no ser discriminadas (a través de la aplicación del art. 107 c) de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la CTNE publicada en noviembre de 1958) por la Compañía Telefónica Nacional de España al despedir a cinco trabajadoras por haber contraído matrimonio.<sup>17</sup>

Por otra parte, en la STC 145/1991 de 1º de julio el TC reconoce el derecho de las recurrentes a no ser discriminadas en su salario por razón de sexo y anula la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Central de Trabajo (SPTCT) de 18 de noviembre de 1988. Los hechos son los siguientes. El 27 de enero de 1989, 138 trabajadoras impugnaron una sentencia de la SPTCT que revocaba la resolución dictada por la Magistratura de Trabajo que declaraba como discriminatorio el pago de un salario inferior para las mujeres de limpieza en relación con el percibido por los Peones establecido en el Convenio Colectivo aplicable al Hospital Gregorio Marañón. El TC estimó contrario al artículo 14 de la CE el convenio colectivo referido en donde se fijaba el pago de un salario inferior ya que, a pesar de la diferente denominación de ambas categorías, materialmente las funciones eran las mismas.<sup>18</sup>

En la STC 229/1992 de 14 de diciembre el TC reconoció a Concepción Rodríguez Valencia su derecho a no ser discriminada y a ocupar la plaza de ayudante minero en Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA). Los hechos se desarrollaron de la manera siguiente: la recurrente cumplimenta una solicitud y supera todas las pruebas de ingreso para ocupar una de las 900 plazas ofertadas por la empresa referida; sin embargo, no le es permitido ocupar ningún puesto. En tal virtud interpone una demanda la cual es desestimada por la aquella entonces Magistratura de Trabajo, posteriormente promueve recurso de suplicación el cual sigue la suerte de la primera sentencia. En ambas resoluciones se aduce la vigencia y aplicaciones de diversos preceptos nacionales e internacionales que prohíben el trabajo de las mujeres al interior de una mina; el TC decide, empero, reconocer los derechos de la impetrante al considerar que tales disposiciones carecen de una base científico-objetiva.<sup>19</sup>

Un criterio similar al plasmado en la STC 145/1991 fue adoptado en la STC 286/1994 (empero, refinado y ampliado). En la segunda sentencia, el TC reconoció a las trabajadoras adscritas al departamento de empaquetado de la empresa Galletas Fontaneda, S.A., que esporádicamente trabajaban en el departamento de producción, el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo en materia salarial y declaró la nulidad parcial de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social de Palencia (22 de octubre de 1992) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (21 de diciembre de 1992).<sup>20</sup> En la empresa referida habían dos departamentos: producción y envasado. Aquel se encuentra compuesto fundamentalmente por hombres y este por

<sup>16</sup> *ibidem*, p. 223.

<sup>17</sup> Véase STC 7/1983, de 14 de febrero

<sup>18</sup> Véase STC 145/1991, de 1 de julio

<sup>19</sup> Véase STC 229/1992, de 14 de diciembre

<sup>20</sup> Véase STC 286/1994, de 28 de noviembre

mujeres; el salario de la categoría de producción era superior al de envasado. El problema radicaba en que, cuando los hombres trabajan en el departamento de envasado estos percibían un salario de producción, pero no ocurría lo mismo a *contrario sensu*.

La empresa demandada contestó las imputaciones aduciendo que las labores de los trabajadores eran más amplias y, además, su jornada era nocturna. Empero, el TC precisa que, aun cuando no existe una discriminación formal y que la jornada nocturna es un elemento objetivo, existe una preconcepción anacrónica e infundada a través de la cual se pretende justificar el pago de un salario inferior a las mujeres que eventualmente trabajan en el departamento de producción.

En la STC 92/2008 de 21 de julio, el TC reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo de María Jesús Pérez Ledo, la anulación de las sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz (24 de marzo de 2004) y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (17 de enero de 2005); así como la nulidad del despido de la impetrante por motivo de embarazo.<sup>21</sup> La demandante de amparo fue despedida el 12 de enero de 2004 por la Asociación Provincial del Metal de Badajoz quien argumentó la imposibilidad de mantener sus servicios por el encarecimiento de la nómina e *innecesariedad* de su puesto. La trabajadora presenta una demanda en donde solicita la nulidad del despido por discriminatorio; de acuerdo con ella su estado de gravidez, el cual ya era perceptible durante el festejo de la empresa celebrado en diciembre de 2003, motivó el despido e, inclusive, a pesar de la *innecesariedad* de su puesto, este fue cubierto inmediatamente por un empleado varón tras su salida.

Tanto el Juzgado como la Sala desestiman su demanda esgrimiendo que la trabajadora no acreditó que su patrón tuviera conocimiento de su embarazo. Sin embargo, la característica decisiva de ambas resoluciones es su escueta fundamentación jurídica. El TC estima el despido nulo y discriminatorio pues la LET en su artículo 55.5 clasifica como tal el de las trabajadoras embarazadas; si bien es cierto la actora no probó la relación causa efecto entre el embarazo y el despido, las disposiciones españolas ya contemplaban ese supuesto y, al no fundamentar sus resoluciones, las sentencias de ambas instancias debían ser revocadas.

### 3. La protección de los derechos de las trabajadoras en el sistema normativo mexicano.

En la república mexicana la violencia contra la mujer persiste en todos los ámbitos; en particular en el trabajo. Sería imposible enunciar de manera casuística todos los actos de violencia que se ejercen en contra de las trabajadoras; quizá el ejemplo más significativo de esta situación sea el de las trabajadoras de las maquiladoras de Ciudad Juárez (Chihuahua, al norte del país) quienes se encuentran constreñidas a desempeñar jornadas extenuantes de trabajo en las condiciones más inhumanas que puedan imaginarse debido a que esta es la principal actividad en la entidad federativa (la cual se caracteriza por la pobreza y analfabetismo).

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, la protección jurídica de la trabajadora se limitaba a la raquítica regulación establecida en el texto de la CPEUM de 1917 y su ley secundaria, la LFT. La reforma aludida fue un cambio de paradigma para el sistema normativo mexicano por dos razones. En primer lugar, gracias a esta reforma se reconoció a la dignidad humana en el artículo 1º de la CPEUM como el eje rector de todas las disposiciones normativas y actuaciones de las autoridades. En segundo lugar, el artículo 133 de la Constitución adquirió mayor relevancia pues por medio de él se determinó que la propia

<sup>21</sup> Véase STC 92/2008, de 21 de julio

CPEUM, los tratados internacionales en materia de DDHH y las leyes federales serían las leyes supremas del derecho mexicano. Estos tres elementos son conocidos en su conjunto como *bloque de constitucionalidad*.<sup>22</sup>

Como puede observarse, mientras que la CE de 1978 ya reconocía la dignidad humana como la directriz de las leyes, actuaciones de las autoridades y resoluciones del TC; este cambio de paradigma ocurrió 33 años más tarde (junio de 2011) en México. Esta tardía modificación en la forma de concebir al derecho aproximó al sistema normativo mexicano al modelo español. En otras palabras, mientras que en España desde 1978 el sistema de fuentes del derecho era más amplio y complejo; en México, hasta antes de 2011, las fuentes supremas del derecho eran la Constitución y la Ley.

De esta manera, el actual sistema normativo mexicano (al igual que el sistema normativo español) protege los derechos de las trabajadoras desde tres ángulos: externo (derecho internacional), interno (derecho nacional) y judicial (actividad de la SCJN y su jurisprudencia). El primer ángulo se integra de manera esencial por la convención CEDAW y las observaciones finales de su comité, la *convención Belém do Pará*, los convenios de la OIT y el *Pacto de San José Costa Rica*. El segundo ángulo se compone por algunos artículos de la CPEUM de 1917 (en especial el apartado A del artículo 123) y la LFT.<sup>23</sup> Finalmente, la tercera perspectiva es de carácter jurisdiccional y se encuentra representada por la jurisprudencia y sentencias de la SCJN; sobre este tercer elemento es importante realizar tres acotaciones.

Primero, si bien es cierto la SCJN ha sido desde 1917 el tribunal supremo del país, su vocación en tanto tribunal constitucional no sería delineada sino hasta la reforma constitucional de diciembre de 1994 al delegar muchas de sus funciones en otros órganos del poder judicial de la federación para conocer de aquellas controversias de naturaleza constitucional a través del Juicio de Amparo (principalmente).<sup>24</sup> En otras palabras, anteriormente la SCJN era un simple tribunal de legalidad.<sup>25</sup> Es importante destacar que la SCJN comenzaría a actuar como auténtico tribunal constitucional 16 años más tarde (diciembre de 1994), en comparación con el TC.

Segundo, la SCJN puede funcionar en pleno (11 ministros) o en salas (penal, civil, administrativa y del trabajo).<sup>26</sup> Tanto el pleno como las salas de la SCJN pueden formular algunos criterios conocidos como *jurisprudencia*. Además de la ley, la costumbre y la doctrina; la jurisprudencia es una fuente formal del derecho mexicano.<sup>27</sup> La jurisprudencia creada por la SCJN puede cumplir tres funciones: confirmar el texto de la ley, interpretarlo o colmar las lagunas del derecho nacional.<sup>28</sup> La jurisprudencia que dicta el pleno de la SCJN obliga a todos los órganos judiciales de menor jerarquía. En efecto, constriñe a las propias salas de la SCJN, tribunales colegiados y unitarios de

<sup>22</sup> Véase, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 39-95. En esta obra el autor explica con detalle las causas que motivaron la reforma constitucional en materia de DDHH de junio de 2011 la cual puede traducirse como la modificación normativa más significativa para México en la última década.

<sup>23</sup> Véase, DÁVALOS MORALES, José, *Derecho Individual del Trabajo*, 25ª ed., México, Porrúa, 2020, pp. 49-61 y 441-451.

<sup>24</sup> Véase, BARRERA GARZA, Oscar, *Compendio de Amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 2017, 15-23 y 44-60 y Cfr. CHAIRES ZARAGOZA, Jorge, "La independencia del Poder Judicial", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, número 110, mayo - agosto de 2004, pp. 523-545 y GÓMEZ MARINERO, Carlos Martín, "Algunas reflexiones en torno al Consejo de la Judicatura Federal en México", en *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, Volumen 4, Número 6, julio - diciembre de 2011, pp. 175-206.

<sup>25</sup> Véase, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40ª ed., México, Porrúa, 2019, 477-480 y 491-506 y Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 20ª ed., México, Porrúa, 2010, 882-895

<sup>26</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, 43ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 819 y ss.

<sup>27</sup> Véase, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 65ª ed., México, Porrúa, 2019, p. 51 y ss.

<sup>28</sup> Véase, ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *La jurisprudencia del poder judicial de la federación. Manual para su consulta y aplicación*, 5ª ed., México, Porrúa, 2017, pp. 3-4. Se recomienda la consulta de este libro porque la creación de la jurisprudencia en México es mucho más compleja de lo que se expone en este artículo.

circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, juzgados de las entidades federativas y tribunales del trabajo (tanto federales como locales).<sup>29</sup>

A un lado de la jurisprudencia que dictan el pleno o las salas de la SCJN se encuentran las tesis aisladas. Una tesis aislada presenta las mismas características y cumple con las mismas funciones que la jurisprudencia; sin embargo, no es un criterio vinculante.<sup>30</sup> En otras palabras, una tesis aislada es un simple precedente. Las tesis aisladas son soluciones temporales que pueden adquirir la naturaleza de jurisprudencia mediante un proceso especial; o ser superadas por una tesis posterior. Estas nacen como respuestas temporales partiendo de las circunstancias político-sociales de una época determinada.<sup>31</sup>

Tercero, las sentencias que dicta la SCJN son diametralmente opuestas a las resoluciones del TC de España; sus características son: 1) extensión amplia, 2) utilización de un lenguaje técnico y 3) incluyen transcripciones innecesarias de jurisprudencias, tesis aisladas o artículos de alguna ley. En efecto, las sentencias de la SCJN han llegado a comprender más de 100 hojas; esta característica (además de hacer fatigosa la lectura) complica la comprensión de un problema, así como el entendimiento de la solución planteada. Por si fuera poco, la utilización de un lenguaje técnico mina la vocación democrática de la Corte pues es necesario emplear un vocabulario fácilmente comprensible por todas las personas tal y como lo hace el TC. Por último, sin duda alguna, un tribunal constitucional se legitima de manera permanente a través de los argumentos democráticos de sus resoluciones y no por transcribir criterios y leyes en sus sentencias.

Hechas las precisiones anteriores, en los siguientes tres apartados son explicados los elementos esenciales que protegen los derechos de las trabajadoras en México desde tres ángulos: externo, interno y judicial.

### 3.1. Elemento externo

México guarda una estrecha y cordial relación con la ONU;<sup>32</sup> dicha situación puede ser explicada a partir de dos factores. En primer término, la cercanía geográfica entre la república mexicana y la sede la ONU (San Francisco, EEUU). En segundo lugar, la apertura mexicana a la política internacional (la cual se agudizó a partir de la década de 1980). En aras de salvaguardar la integridad de las mujeres, la Asamblea General de la ONU adoptó la *CEDAW* y creó un comité especializado para vigilar el cumplimiento de las disposiciones de dicha convención en 1971.

Las disposiciones de la *CEDAW* han vinculado a México desde el 23 de marzo de 1981 (fecha en que el tratado fue ratificado por el Senado). Con la finalidad de incentivar la inversión extranjera en el país, el gobierno mexicano ha realizado un esfuerzo significativo (aunque insuficiente) por cumplir con lo prescrito por la *CEDAW*; así como las observaciones finales del comité. Es por ello que esta convención y las observaciones finales han permeado todas las ramas del derecho mexicano (en particular la del trabajo) y condicionado una gran parte de las políticas públicas del país.

Son cinco los artículos más importantes de la *CEDAW*. El artículo 2 establece los compromisos de los Estados signatarios, el 4 la obligación de adoptar medidas temporales para acelerar la igualdad de facto entre mujeres y hombres, el 11 prescribe la obligación de asumir todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en el empleo y el 15 obliga a los signatarios a reconocer legalmente en un plano de igualdad a las mujeres y hombres. Los artículos anteriores

<sup>29</sup> Véase, SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 11ª ed., México, Porrúa, 2007, pp.529-530.

<sup>30</sup> Véase, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio ...*, op. cit., p. 819 y ss.

<sup>31</sup> Véase, ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, op. cit., p. 46 y ss.

<sup>32</sup> SEARA VAZQUEZ, Modesto, *Política exterior de México*, 3ª ed., México, UNAM, p. 171 y ss.

son de carácter sustantivo; en tanto que la naturaleza de los numerales 17 y 18<sup>33</sup> es adjetiva porque contemplan el establecimiento de un comité de vigilancia de las disposiciones de la convención por parte de los Estados miembros, el cual se encuentra facultado para proponer medidas *ad hoc* las cuales son llamadas *observaciones finales*.

Hasta el momento se han formulado 7 observaciones a México. La primera fue la A/39/45 y se basa en el reporte inicial proporcionado por México en agosto de 1983.<sup>34</sup> En la observación se precisa que el Estado mexicano, a pesar del incremento de trabajadoras ocurrido entre 1970 y 1979, no contaba: con ninguna base constitucional o legal para prevenir o erradicar su discriminación, con información estadística que brindara al Comité una panorámica clara sobre su situación en México ni con alguna institución que las asistiera en el ejercicio de sus derechos.<sup>35</sup> De acuerdo con el informe del Estado mexicano, el medio más eficaz que se tenía para proteger sus derechos era el Juicio de Amparo.

En la observación A/45/38, México comunica un avance significativo pues por primera vez ofrece datos estadísticos (1990) limitados al sector formal de trabajadoras.<sup>36</sup> En la observación A/53/38/Rev.1, México informa que la CPEUM garantiza (formalmente) la igualdad de derechos entre mujeres y hombres en diferentes ámbitos, incluyendo el laboral. El Comité subraya que las trabajadoras mexicanas hacen frente tanto a las responsabilidades laborales como a las familiares en un contexto de salarios bajos. Además, identifica como sector vulnerable a las empleadas domésticas. Por primera vez detecta que en algunas fábricas del norte del país se piden pruebas de embarazo como requisito para obtener un puesto. Así, determina que la atención debe centrarse en la eliminación de estereotipos de género entre la población los cuales impiden un reparto equitativo de las labores del hogar, redoblar los esfuerzos en lograr una igualdad material real entre mujeres y hombres y adoptar la Convención Belém do Pará.<sup>37</sup>

En la observación A/57/38 el Comité subraya la ausencia de una compilación de criterios judiciales respecto a la protección de las trabajadoras, reitera su preocupación sobre el hecho de que la mayor parte de los empleos de las mujeres son informales y subraya que la demanda de pruebas de embarazo subsiste.<sup>38</sup> En la observación CEDAW/C/MEX/CO/6 el Comité reconoce como aspectos positivos la adopción de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, la creación del Instituto Nacional de las Mujeres; no obstante, subraya la ausencia de armonización de la legislación mexicana con la convención dada la persistencia de leyes discriminatorias y enfatiza su preocupación sobre la discriminación hacia la mujer tanto en el norte como en el sur. A pesar de los años transcurridos, persiste la demanda de pruebas de embarazo y sugiere el fortalecimiento del mecanismo de inspección del trabajo para erradicar esta situación.<sup>39</sup>

Por otra parte, en la observación final CEDAW/C/MEX/CO/7-8 el comité aplaude la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, la adopción en 2009 de la Norma Mexicana para la Igualdad Laboral entre Hombres y Mujeres (instrumento que certifica a las organizaciones públicas y privadas que incluyan perspectiva de género en sus prácticas laborales). Empero, señala que a pesar de los avances aún persiste la demanda de pruebas de embarazo para ocupar o mantener algún puesto de trabajo; por si fuera poco, indica que 3 de cada 10 mujeres han tenido alguna experiencia de violencia en el trabajo, incluyendo acoso y abuso sexual. Así mismo, precisa que el 56.6 % de las mujeres trabajan en condiciones de informalidad y que el 99% de las

<sup>33</sup> Véase, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

<sup>34</sup> Véase, Observación A/39/45, pp. 12 y ss.

<sup>35</sup> *Idem*, pp. 12-14.

<sup>36</sup> Véase, Observación A/45/38, p. 66.

<sup>37</sup> Véase, Observación A/53/38/Rev.1, pp. 32-36.

<sup>38</sup> Véase, Observación A/57/38, pp. 205-212.

<sup>39</sup> Véase, Observación CEDAW/C/MEX/CO/6, pp. 1-8.

empleadas domésticas siguen siendo mujeres. En tal virtud, recomienda la aplicación de medidas afirmativas hasta erradicar dicha situación. Pero no solo eso, sugiere el fortalecimiento de los mecanismos de inspección del trabajo y conmina al Estado mexicano a ratificar el convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares; así como el 189 concerniente al trabajo decente para los empleados domésticos.<sup>40</sup>

Finalmente, la observación CEDAW/C/MEX/CO/9, reconoce los avances del Estado mexicano en su marco legal, así como la implementación de diversos programas estatales creados y desarrollados para prevenir y erradicar la discriminación contra la mujer. En materia laboral, aplaude las reformas a la LFT encaminadas a lograr la igualdad entre mujer y hombres; sin embargo, expresa la preocupación del Comité sobre la persistente brecha salarial entre ambos géneros, la distribución inequitativa de las labores domésticas, los cortos periodos de maternidad, la precaria situación de las trabajadoras domésticas (quienes ganan en promedio menos de un salario mínimo al día) y el limitado acceso para las migrantes, indígenas y mujeres afrodescendientes a empleos formales. Por ello, constriñe a las autoridades mexicanas a incrementar las posibilidades de acceso a empleos formales; reforzar el principio de pago igual con la finalidad de disminuir y erradicar la brecha salarial entre mujeres y hombres.<sup>41</sup>

El segundo elemento del ángulo externo para la protección de los derechos de las trabajadoras en México es la *Convención Belem do Pará*; la cual fue suscrita y ratificada por el Estado mexicano en la década de los años 90.<sup>42</sup> El tratado fue confeccionado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todo ámbito incluyendo, por supuesto, el laboral. Para los efectos de este documento se han seleccionado cuatro artículos de dicha convención. El artículo 4, inciso g, establece la obligación del Estado mexicano de suministrar a las mujeres un recurso sencillo y rápido ante los tribunales que las ampare contra todo tipo de acto violento.

El numeral 5 es un artículo de textura abierta porque permite interconectar la convención con otros tratados de la materia aun cuando el Estado mexicano no sea parte. El artículo 133 de la CPEUM determina que los tratados internacionales de los cuales *México sea parte* constituyen su bloque de constitucionalidad, en tanto que esta disposición reconoce lisa y llanamente que la mujer *contará con la total protección de sus derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*. Luego entonces, de acuerdo con esta cláusula, un tratado internacional del cual México no sea parte puede ser invocado en calidad de criterio rector no vinculante. Lo anterior amplía los alcances del artículo 133 de la CPEUM en beneficio de las mujeres y trabajadoras de México.

No debe perderse de vista que este documento es de carácter regional, razón por la cual en el artículo 10 se establece la obligación a cargo del Estado mexicano de informar periódicamente a la Comisión Interamericana de Mujeres sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer. En otras palabras, el Estado mexicano está obligado a informar respecto de los avances relacionados con la protección de las mujeres, tanto al Comité CEDAW como a la Comisión interamericana de Mujeres. Finalmente, en el artículo 11 se faculta a México para solicitar opiniones consultivas respecto de este instrumento a la comisión referida.

El tercer elemento del ángulo externo para la protección de los derechos de las trabajadoras en México son *los convenios de la OIT*. México se adhirió a la OIT en la década de los años 30 del siglo XX; a través de los años ha suscrito y ratificado varios convenios entre los que destacan el 100, 111 y 45. Los artículos más importantes del primer convenio son el 1 y 2.<sup>43</sup> En el primer artículo se precisa que, por remuneración, debe entenderse el salario ordinario, básico o mínimo y todos sus emolumen-

<sup>40</sup> Véase, Observación CEDAW/C/MEX/CO/7-8, pp. 1-14.

<sup>41</sup> Véase, Observación CEDAW/C/MEX/CO/9, pp. 1-18.

<sup>42</sup> Véase, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

<sup>43</sup> Véase, C100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.

tos adicionales pagables en dinero o especie. De acuerdo con este numeral, cualquier remuneración debe ser cubierta libre de discriminación basada en el sexo de la persona. Dicho en otras palabras, reafirma el principio de *trabajo y salario iguales*. A diferencia de algunas disposiciones aplicables en España, la palabra *sexo* hace referencia a una condición biológica y no una concepción cultural, razón por la cual no sería aplicable el convenio a aquellas personas que hayan estado sujetas a una cirugía de reasignación sexual o se identifiquen expresamente con el género femenino. En el artículo segundo se precisan los alcances de dicho instrumento el cual permea las disposiciones internacionales, nacionales; así como los convenios colectivos y reglamentos interiores de trabajo de los Estados parte.

Los artículos más importantes del convenio 111 son el 1 y 3. En el primero se esclarece lo que debe entenderse por discriminación; el margen protector de este convenio se extiende a la capacitación, acceso al empleo y promoción en los puestos. Empero, a diferencia de algunas disposiciones aplicables al territorio español, no determina los tipos de discriminación que pueden existir. Por su parte, el artículo tres establece como directrices la búsqueda de la cooperación entre empleados y trabajadores para erradicar toda discriminación, armonizar la legislación para tal efecto, promover programas educativos a fin de erradicar con toda práctica institucional que perpetúe modelos discriminatorios.<sup>44</sup>

Por último, los numerales de mayor relevancia del convenio 45 son el 2 y 3. En términos generales, este convenio tiene por propósito evitar la explotación física de las mujeres en las minas sin excluir su participación en dicho sector en otro tipo de puesto.<sup>45</sup> Este tratado debe ser abordado con precaución dado el contenido de categorías sospechosas contenidas en él y puestas de manifiesto en la STC 229/1992 de 14 de diciembre, dictada por el TC español y comentada en párrafos superiores.

El cuarto y último elemento del ángulo externo del marco protector de los derechos de las trabajadoras en México es el *Pacto de San José Costa Rica*. Este tratado internacional fue ratificado por el Estado mexicano el 02 de marzo de 1981; los efectos de la ratificación fueron, por una parte, la asimilación de su contenido y, por la otra, la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDDH). La CIDDDH es un organismo internacional encargado de dirimir las controversias entre los Estados parte de la convención y los particulares cuando existe una lesión grave a los DDHH de las personas; como regla general, para entablar una demanda en contra del Estado mexicano es necesario agotar de manera previa todos los recursos internos.

Cabe resaltar que, hasta antes de la reforma constitucional en materia de DDHH de 2011, el contenido y la competencia de la CIDDDH eran despreciadas por el Estado mexicano. La reforma aludida y la sentencia dictada por la CIDDDH en el expediente varios 912/2010 en el Caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estado mexicano permitieron redescubrir la importancia de la convención y la COIDDDH.<sup>46</sup> Ambos elementos han adquirido un nuevo significado y relevancia en la protección de los derechos de las trabajadoras porque las disposiciones de la convención sirven de directrices axiológicas a todo el sistema normativo del país, en tanto que la CIDDDH salvaguarda su cumplimiento.

Los artículos más importantes del Pacto de San José son el 24, 26, 34, 41, 44 y 52. El primero de ellos prescribe la igualdad de las personas ante la ley; el segundo, instituye la obligación del desarrollo progresivo de los derechos del pacto; el tercero corresponde a las directrices de constitución y funcionamiento de la Comisión de la Corte Interamericana de DDHH; el cuarto sus funciones. El artículo 44, faculta a toda persona a presentar peticiones que contengan denuncias al pacto y, finalmente, el artículo 52 marca las pautas de constitución y funcionamiento de la CIDDDH.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Véase, C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.

<sup>45</sup> Véase, C045 Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935 (núm. 45)

<sup>46</sup> Véase, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011), 3ª ed., Porrúa, UNAM, México, 2013.

<sup>47</sup> Véase, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### 3.2. Elemento interno

Por otro lado, los artículos de la CPEUM que protegen los derechos de las trabajadoras son el 1, 4, 5, 17, 94, 103 y 107, 123 apartado A y 133. El primero de ellos sitúa a la dignidad humana como el eje de las disposiciones normativas mexicanas. El 4 instituye la igualdad entre mujeres y hombres, el 5 la libertad de empleo, el 17 el acceso a un recurso efectivo, el 94 el ámbito competencial de los tribunales federales; el 103 y 107 sientan las bases del Juicio de Amparo, el 123 apartado A es la base del derecho del trabajo en México y, finalmente, el 133 precisa las normas que constituyen el *bloque de constitucionalidad*.<sup>48</sup>

En febrero de 2017 fue reformado el artículo 123, apartado A de la CPEUM. Esta modificación impactó en la LFT, fueron sustituidas las Juntas de Conciliación por Tribunales del Trabajo (federales como locales); se creó el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral que registrará todos los contratos colectivos de trabajo del país y se instituyó la conciliación como requisito previo al ejercicio de la acción. Estas novedades fueron acompañadas de una ampliación de la protección de los derechos de las trabajadoras.<sup>49</sup> Los artículos más importantes son el 3, 86, 164-172, 331-343 y 685 Ter. Estos artículos prescriben la igualdad entre mujeres y hombres, la garantía de un ambiente libre de violencia, igualdad en el salario, la protección al embarazo y maternidad, la protección de las personas que trabajan en el hogar y la excepción de agotar el proceso conciliatorio cuando se despida a una mujer embarazada.

### 3.3. Elemento judicial

En años recientes la protección judicial de los derechos de las mujeres y, en particular de las trabajadoras, ha adquirido mayor relevancia debido a su continua transgresión (tanto por autoridades como por particulares). A pesar de lo anterior, en realidad, son pocos los criterios que han adquirido la calidad de jurisprudencia ya que, tanto el pleno como las salas de la SCJN, a pesar de la enorme presión social ejercida, se han comportado en forma tímida. En otras palabras, a diferencia de la extensa labor realizada desde la década de los años 80 del siglo XX por el TC de España, la actividad de la SCJN es reciente y limitada. En efecto, en México no existe una tradición tan amplia en cuanto a protección judicial de los derechos de las trabajadoras como sí ocurre en España. Bajo esta óptica serán analizados dos criterios de la SCJN, una jurisprudencia y una tesis aislada.

El rubro del primer criterio es *Acceso a la Justicia en Condiciones de Igualdad. Elementos para Juzgar con Perspectiva de Género*.<sup>50</sup> Esta jurisprudencia dictada por la primera sala de la SCJN (sala civil, por cierto) es un método aplicable a cualquier controversia en donde se identifique una relación de desequilibrio entre las partes relacionada con un tema de género. Cabe destacar que este criterio puede ser aplicado por cualquier autoridad judicial de manera oficiosa o a petición de parte.

El método comprende seis pasos: 1) identificar si existe una situación de poder que por cuestiones de género entrañen un desequilibrio, 2) cuestionar los hechos y valorar las pruebas eliminando estereotipos, 3) ordenar la práctica de toda prueba necesaria para visibilizar tales cuestiones, 4) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto de la posible solución propuesta, 5) aplicar los estándares de derechos humanos y 6) evitar el uso de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios.

<sup>48</sup> Véase, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

<sup>49</sup> Véase, *Nueva Ley Federal del Trabajo*, 8ª ed., México, Gallardo Ediciones, 2020, 533 pp. Cfr. con MARQUET GUERRERO, Porfirio, *Ley Federal del Trabajo. Comentada y correlacionada*, México, Gallardo Ediciones, 2016, 524 pp.

<sup>50</sup> Cfr. Tesis: 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, abril de 2016, p. 836.

¿Este criterio representa realmente un avance en la protección de los derechos de las trabajadoras? Por un lado, se impone el deber a todo órgano jurisdiccional de impartir justicia desde una perspectiva de género. Más adelante, se constriñe al juzgador a identificar situaciones de poder que por cuestiones de género puedan producir un desequilibrio entre las partes. ¿Quién se encuentra obligado a seguir la metodología de género, el órgano jurisdiccional o el juzgador?

Un órgano jurisdiccional es un concepto que comprende tribunales, juzgados y autoridades administrativas. Éste se encuentra integrado por diversas personas: en la cúspide se hayan los magistrados o jueces, debajo de ellos el personal administrativo. Es humanamente imposible que un solo ser humano (juzgador) se encuentre al tanto de todos los asuntos que se ventilan en su juzgado o tribunal; razón por la cual el titular de un órgano jurisdiccional debe contar con un equipo de trabajo que le informe de las controversias que ameriten una protección especial. Por tanto, quien debe aplicar el método referido debe ser el órgano jurisdiccional en su conjunto, ello implica la capacitación constante del personal de los órganos jurisdiccionales. Empero, ¿el Estado mexicano cuenta con los recursos humanos y materiales para realizar dicha tarea?

Por si fuera poco, el texto de la jurisprudencia que se analiza es omiso en precisar en qué momento procesal debe aplicarse el método de la perspectiva de género. ¿Debe emplearse al presentarse la demanda o es posible invocar su utilización en todo momento? ¿Precluye el derecho para solicitar la aplicación del método de la perspectiva de género? Por otra parte, ¿cuál es el límite de la subjetividad del juzgador al cuestionar los hechos? ¿Qué sucederá cuando un juzgador, de la lectura de los hechos del escrito inicial de demanda, crea advertir una situación de desequilibrio entre las partes por cuestiones de género, pero en realidad ésta no exista? ¿La práctica de diligencias sobre situaciones inexistentes no constituiría un derroche innecesario de recursos humanos y materiales que impedirían sustanciar con celeridad los procedimientos?

Si bien es cierto esta jurisprudencia representa un avance significativo en la búsqueda por proteger los derechos de las mujeres y trabajadoras; en realidad su eficacia es cuestionable. La falta de claridad en su redacción y la ausencia de capacitación del personal que integra un órgano judicial podría limitar la eficacia del criterio referido a un simple *buen deseo*. Dicho en otras palabras, este criterio es una reacción débil frente a la fuerte exigencia social consistente una protección efectiva de los derechos de las trabajadoras.

El segundo criterio que será analizado, lleva por rubro *Ofrecimiento de Trabajo. Aun cuando se considere de buena fe, no debe tomarse en cuenta para la distribución de las cargas probatorias cuando el despido se da durante el periodo de embarazo de la trabajadora, al constituir un tema que obliga a juzgar con perspectiva de género*<sup>51</sup>. De acuerdo con este criterio, en México, la reversión de la carga de la prueba en favor de la trabajadora en estado de gravidez es limitada pues solo resulta aplicable en la defensa conocida como *ofrecimiento del empleo*. De tal suerte que no aplica como presunción en todo despido que involucre a una mujer embarazada.

En los conflictos individuales suscitados con motivo de un aparente despido injustificado los patrones mexicanos pueden oponer como excepciones principales: 1) la negativa lisa y llana de la relación de trabajo, 2) la existencia de una relación diversa a la laboral entre las partes, 3) la renuncia escrita o verbal del actor, 4) el abandono del empleo y 5) el ofrecimiento del empleo. La primera de ellas se hace valer cuando no se configura formalmente el vínculo de trabajo entre las partes, la segunda cuando se tienen documentos a través de los cuales pueda acreditarse un vínculo diverso al laboral entre las partes (defensa muy arriesgada, por cierto), la tercera cuando se tiene una renuncia escrita o trata de acreditarse con testigos, la cuarta se configura al ausentarse el trabajador más de tres ocasiones en el mismo mes y la quinta cuando se pone a disposición del actor su empleo en las

<sup>51</sup> Cfr. Tesis: 2ª./J.66/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, p. 1159.

mismas condiciones en las que se desempeñaba. Todas estas defensas tienen como objetivo principal revertir la carga de la prueba hacia el trabajador ya que todo despido (afirmación positiva) entraña por ley la presunción de ser cierto.

El segundo criterio referido subraya la tímida actuación de la SCJN pues limita su margen protector cuando se esgrime como defensa el *ofrecimiento del empleo*. En otras palabras, existe un abanico amplio de posibilidades en donde las trabajadoras que son despedidas con motivo de su estado de gravidez no son protegidas por el criterio referido el cual, además, no es obligatorio pues tan solo se trata de una tesis aislada. Si bien es cierto, todo despido entraña la presunción de ser cierto, esta debería verse reforzada para el caso de que la parte actora fuera una mujer en estado de embarazo.

#### 4. A manera de conclusión

Tanto en el derecho español como en el mexicano, la protección contemporánea de los derechos de las trabajadoras es compleja; esta comprende tres ángulos: externo (derecho internacional), interno (derecho nacional) y judicial (actividad de sus tribunales constitucionales). En ambos casos, la protección de los derechos de las trabajadoras se ha enriquecido gracias a las disposiciones jurídicas provenientes del derecho internacional; así como la actividad de sus tribunales constitucionales. En ambos sistemas normativos se observa un mayor progreso desde el plano externo y judicial que desde el ángulo interno.

En el caso de España, primero, las directivas del Consejo de Europa han tenido un impacto significativo en su legislación interna; así como en la actividad de su máximo Tribunal. Segundo, el TC ha desempeñado un papel central en la protección de los derechos de las trabajadoras desde las postrimerías de la década de los años 80 del siglo XX pues ha dictado sentencias progresistas cuyos temas esenciales son el derecho a la no discriminación, igualdad salarial y protección de las mujeres despedidas por motivo de embarazo. Tercero, si bien es cierto la CE y la LET constituyen la piedra angular del derecho del trabajo español, tan solo son un piso mínimo de derechos porque las prerrogativas de las trabajadoras se enriquecen con mayor abundancia desde otras vías.

En el caso de México, en primer lugar, debe reconocerse que la protección de los derechos de las trabajadoras se vio enriquecida gracias a la reforma constitucional en materia de DDHH de junio de 2011. En la actualidad no solo se tutelan sus prerrogativas a partir del texto de la CPEUM y LFT; por el contrario, las disposiciones de los tratados internacionales poseen fuerza jurídica de ley. En segundo término, antes de la reforma constitucional referida y desde los estertores de la década de los años 70 del siglo XX, en la República mexicana los progresos legislativos respecto a la protección de los derechos de las trabajadoras se encontraban determinados por las observaciones finales del comité CEDAW. Por último, en contraste con la actividad del TC, las actuaciones de la SCJN han sido tímidas pues tan solo existe una jurisprudencia (criterio obligatorio) y un par de tesis aisladas (directrices no vinculantes). Es decir, la protección de los derechos de las trabajadoras en sede judicial ha sido mayor en España que en México.

Como ejemplo de lo anterior se haya la figura jurídica de la *reversión de la carga de la prueba* en favor de las trabajadoras despedidas con motivo de su estado de gravidez; la cual fue desarrollada por el TC. Mientras que esta opera en España en todos los casos y a favor de cualquier mujer que es despedida debido a su estado de gravidez; esta característica no se replica en la jurisprudencia mexicana ya que resulta aplicable únicamente cuando la parte demandada esgrime como defensa el *ofrecimiento de trabajo*.

# Medidas especiales en tiempos de Covid-19: la situación laboral de los empleados de hogar

## Special measures Covid-19: the employment situation of domestic workers

María Germana Aparicio Ruiz\*

*Doctora en Derecho Laboral*

*Universidad de Zaragoza*

*Asesora laboral*

Recibido: 02/02/2020

Aceptado: 07/06/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5774>

*Resumen:* La reciente pandemia COVID19 ha tenido unas consecuencias a nivel sanitario, pero también económico y laboral. En este estudio, queremos destacar las consecuencias producidas en los empleados del hogar. Un sector laboral especialmente vulnerable en España, y de gran demanda para atender a familias en su conciliación familiar-laboral, y a personas mayores, afectadas en particular en esta situación de emergencia.

La especialidad del contrato de empleo doméstico en España, la facultad de desistimiento, la falta de subsidio de desempleo ha promovido una especial atención en este periodo, con el recurso a medidas económicas extraordinarias, que pueden ser punto de inflexión para revisar las carencias del contrato, así como el cuestionamiento de la ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT.

*Palabras clave:* Covid-19, empleada hogar, medidas de protección laboral, OIT.

*Abstract:* The recent COVID19 pandemic has had consequences at the health level, but also at the economic and employment level. In this study, we would like to highlight the consequences produced on household employees. This is an especially vulnerable sector in Spain, and there is a great demand to attend to families in their work-family reconciliation, and to elderly people, who are particularly affected in this emergency situation.

The speciality of the domestic employment contract in Spain has promoted special attention in this period, with the use of extraordinary economic measures, which can be a turning point in reviewing the shortcomings of the contract, as well as questioning the ratification of ILO Convention No. 189.

*Keywords:* Covid-19, domestic worker, labour protection measures, ILO.

---

\*mgaparicio@gmail.com

## 1. Peculiaridades del contrato de empleados del hogar familiar, como causa de protección en momentos de excepción

Los acontecimientos acaecidos como consecuencia del COVID-19, han tenido repercusiones a nivel social –con la pérdida de tantas personas-, a nivel económico y laboral, con el parón forzoso o limitado para evitar mayores contagios, etc.

Indudablemente esta situación ha tenido efectos negativos y devastadores, pero también algunas consecuencias y reflexiones que considero favorables: la solidaridad de tantas personas y la actitud de servicio de tantos profesionales, la conciencia de dependencia de unas personas y profesiones con otras, etc. También desde el punto de vista laboral, ha supuesto un avance positivo para un sector profesional cada vez más necesario: los empleados de hogar. Y a la vez, se ha evidenciado además, la necesidad de avanzar en una mejora normativa en esta profesión.

### *1.1. Un contrato especial: los empleados y empleadas del hogar.*

Bajo la protección del Real Decreto 1620/2011 se regula el Régimen Especial de empleados de hogar que supuso un gran avance respecto a la normativa anterior de 1985, si bien, hay que seguir teniendo presente su especialidad, por el tipo de relación entre empleado y empleador.

Precisamente en el caso del servicio del hogar familiar, si partimos de las notas jurídicas reguladas en el supuesto de hecho del RD 1620/2011 nos encontramos rasgos comunes al tipo general del contrato –ajenidad, dependencia, remuneración- y otros específicos que determinan la singularidad del mismo. Se pueden destacar principalmente tres, como son el lugar de prestación de los servicios, el hogar familiar; el empleador doméstico o titular del hogar familiar y el objeto del contrato, los servicios domésticos.

Tomando como base la propia Exposición de motivos del RD 1620/2011, una de las condiciones particulares de las personas que trabajan en el servicio doméstico es “*el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales*”<sup>1</sup>. Por tanto, una de las especialidades de la relación se basa precisamente en el lugar donde se desarrolla el trabajo, el hogar familiar.

En este sentido, puede detectarse que la regulación del RD 1620/2011 tiene presente como una de las especialidades de la relación, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza. Al tiempo que resalta como novedad, en el ingreso al trabajo, la garantía y ausencia de discriminación en el acceso al empleo, conforme ya señala el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En segundo lugar, la figura del contratante constituye uno de los rasgos específicos del tipo especial del servicio del hogar familiar. Esta nota característica se encuentra recogida en el art. 1.2 y 1.3 RD 1620/2011, y de modo negativo en el art. 2.1, a) excluyendo a las personas jurídicas como titulares del hogar familiar.

Resáltese que una de las especialidades estructurales de la relación laboral del servicio del hogar familiar consiste precisamente en la condición y finalidad del empleador doméstico. Quien contrata lo hace con el objetivo de cubrir una serie de necesidades básicas y vitales, como es el cuidado del hogar, de la propia persona o de la familia, hasta el punto de que esta condición es la que

<sup>1</sup> Exposición de motivos del RD 1620/11, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE núm. 277 de 17-11-2011).

ha justificado también una regulación jurídica de especial protección a un empleador que no es empresario, siempre que no vaya en detrimento del amparo del trabajador. Esta protección específica se puede garantizar no tanto dejándola a la libre autonomía de las voluntades<sup>2</sup>, sino estableciendo unas condiciones claras de contratación.

Teniendo presente la evolución de la sociedad, cada vez más se recurre a medidas jurídicas, económicas y fiscales que apoyen a la familia, como titular de contratación de estos servicios, al tiempo que se garantizan las condiciones de contratación del empleado. Y es precisamente en este ámbito donde se ha visto afectado el trabajo de los empleados domésticos, al producirse por la pandemia del COVID-19, procesos de confinamiento y aislamiento que han dificultado la continuidad en el trabajo de estos trabajadores.

En tercer y último lugar, el objeto, como sucede en el tipo común del contrato de trabajo, constituye uno de los elementos configuradores del contrato y se basa en el intercambio de servicios y el precio. Así, la expresión que utiliza el art. 1.1 ET y art. 1.2 RD 1620/2011 es la misma: “servicios retribuidos”. Los servicios domésticos, en la regulación positiva, se prestan en un marco bastante amplio de “actividades”. Por cuanto la domesticidad aparece ligada a la circunstancia de que los servicios sean prestados “para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas”. Es decir, que se trata de un marco muy amplio de actividades referentes al cuidado del hogar familiar, y de las personas que en ella habitan, y por tanto de una importancia relevante, para el desarrollo de las personas.

Una vez situado el contexto de la especialidad de la relación laboral, a la que se acogen un elevado porcentaje de la sociedad, y de la que se benefician un importante número de personas y familias, con repercusión en la economía del país. Nos adentraremos en la especialidad del fin de contrato, como una de las causas de su protección particular en estos meses de pandemia.

### *1.2. Las causas de extinción del contrato.*

En el marco de la especialidad, nos encontramos también las causas de extinción del contrato, en la que se excluyen algunas generales, y se incluye una tan específica como el desistimiento que permite la extinción en cualquier momento.

Como es bien sabido, desde el punto de vista laboral, el art. 11 RD 1620/2011 regula la extinción del contrato de trabajo del empleado doméstico, que introdujo modificaciones considerables respecto a la normativa anterior, tendentes a reforzar los derechos del trabajador.

Entre las causas de extinción del contrato laboral de los empleados del hogar, se sigue, a grandes rasgos, la normativa general. De hecho, el art. 11.1 RD 1620/2011 remite a lo previsto en el art. 49 ET<sup>3</sup>, con excepción de las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1, que no resultan compatibles –según el legislador– con la naturaleza de la relación<sup>4</sup>.

Debido al frecuente recurso a la contratación del empleado doméstico para el cuidado de personas mayores, dentro de dichos supuestos, requiere mención especial la muerte del empleador, dado que provoca automáticamente la extinción de la relación laboral doméstica, como así se sigue

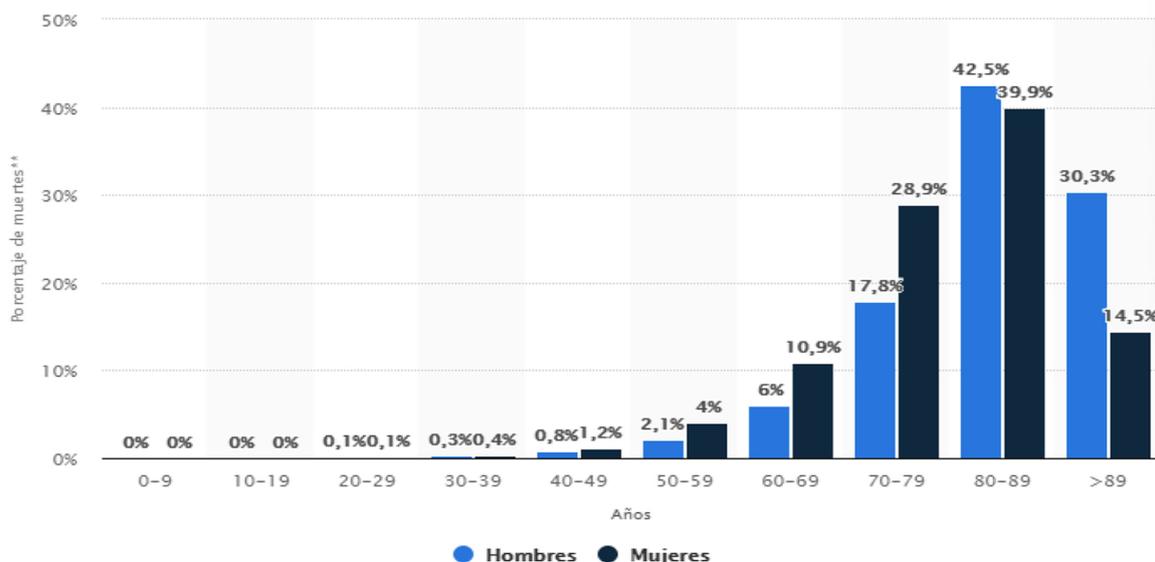
<sup>2</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete: Bomarzo, 2008. p. 96.

<sup>3</sup> La extinción del contrato se regula en el capítulo III, sección 4ª del ET, en los art. 49 a 57.

<sup>4</sup> Respecto a la exclusión que hace la norma, se ha planteado su cuestionabilidad al tratarse de causas compatibles con esta relación especial, dado que las circunstancias habilitantes de todas ellas pueden presentarse en el contrato de los empleados de hogar. vid. RUIZ CALDERÓN, J.A. “Puntos críticos de la nueva regulación de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar: régimen de extinción del contrato y desprotección por desempleo”. AA.VV. *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Feliciano González Pérez*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 382.

en la normativa general y se ha establecido en la doctrina judicial<sup>5</sup>. Además, por aplicación del art. 49.1 g) ET, el trabajador tendría derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

Esta situación se actualiza de modo particular en este periodo en el que, como consecuencia del COVID-19 han fallecido un mayor número de personas mayores, especialmente vulnerables, como muestra el siguiente estudio estadístico<sup>6</sup>:



Como señala el estudio, esta estadística presenta una distribución porcentual por género y edad de las personas fallecidas por COVID-19 en España a fecha de 18 de mayo de 2020. Esta enfermedad ha resultado en mayor medida letal entre la población de edades avanzadas. No por menos, más de un 80% de las muertes por COVID-19 registradas en el país hasta ese momento, correspondían a personas mayores de 70 años, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres.

Si a esta realidad añadimos que la contratación de empleados del hogar suele ir ligada en buena parte a personas mayores, nos encontramos con un escenario en que se han incrementado el número de extinciones de este tipo de contrato, por muerte del empleador debido al coronavirus, y que se encuentran en una situación no cubierta por el subsidio extraordinario para empleadas del hogar (art. 30 RDL 11/20).

La pérdida de empleo por fallecimiento ha afectado a trabajadoras internas y también a externas que cuidan por horas y, aunque el subsidio extraordinario ha pretendido “cuidar a las que cuidan”, se deja sin empleo y fuera de esta cobertura a un número amplio de personas vulnerables.

### I.3. La facultad de desistimiento del empleador ¿necesaria?

Además de los supuestos previamente señalados, la facultad de libre desistimiento del empleador constituye quizá la peculiaridad más destacable del régimen jurídico de extinción del contrato regulada en el art. 11.3 RD 1620/2011, que introduce dos grandes modificaciones respecto a la norma-

<sup>5</sup> STCT de 8 de octubre de 1986 (AS 9133).

<sup>6</sup> <https://es.statista.com/estadisticas/1125974/covid-19-porcentaje-de-fallecimientos-por-edad-y-genero-en-espana/> COVID-19: porcentaje de fallecimientos por edad y género en España en mayo de 2020.

tiva de 1985. Por un lado, la exigencia de comunicación por escrito de la decisión del empleador de desistir de la relación laboral<sup>7</sup>, con manifestación clara e inequívoca de que la causa de extinción del contrato es el desistimiento y no otra. Por otro lado, se aumenta la indemnización de este supuesto, pasando de siete a doce días por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Sigue llamando la atención la pervivencia del desistimiento cuando ha dejado de existir hace tiempo en la relación laboral ordinaria regulada en art. 49 ET, mientras que solo se encuentra presente en la relación laboral de carácter especial de alta dirección y en el servicio del hogar familiar.

En la mayoría de los estudios, se busca cuál es la raíz de esta facultad<sup>8</sup> y, en gran parte, se ha encontrado en la especialidad de la relación y en la necesidad de la mutua confianza para mantener dicha relación<sup>9</sup>.

De todos modos, al tratar de que estos motivos son los que realmente afectan a la relación y que permanecen unidos a la especialidad de la misma, habrá que precisar y tasar cuándo se alteran estas circunstancias para evitar que haya arbitrariedad por parte del empleador y que efectivamente exista una causa que motive el despido, para no dejar en una situación de indefensión al trabajador, y para crear una barrera protectora del trabajador individual frente a conductas que pueden ser fácilmente abusivas. Por tanto, interesa revisar la figura del desistimiento para que todo despido sea causal aunque la causa, por la especialidad de la materia, radique en razones como el desamparo del derecho a la intimidad, la pérdida de confianza mutua, etc.

Adviértase por tanto, que la comunicación escrita del desistimiento del empleador (art. 9.3 RD 1620/2011) es un paso adelante en garantía jurídica, sin embargo, la indeterminación de la causa que lo motiva mantiene en inseguridad al empleador.

En este sentido, la reciente STS 591/2020<sup>10</sup> referida al desistimiento del empleador según el art. 11.3 RD 1620/11, y conectado con la noticia del embarazo de la empleada doméstica, declara que se trata de un despido nulo, basado en el embarazo de la empleada del hogar, y por tanto no procede el desistimiento por causa de desconfianza.

Es relevante que se determina el pago de la indemnización como despido improcedente de una relación laboral común (33 días de salario por años de servicio), en lugar de aplicar el previsto en art. 11.2 RD 1620/11 de la relación laboral especial del servicio del hogar (20 días de salario por año de servicio), así como el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del desistimiento empresarial hasta la de la notificación de la sentencia de suplicación. Este recurso de casación para la unificación de doctrina<sup>11</sup>, sienta las bases de un posible cambio normativo respecto a que cualquier

<sup>7</sup> En este sentido, también resulta novedosa la remisión a la facultad de desistimiento regulada en el art. 11.3 RD 1620/2011, cuando se modifiquen determinados elementos del contrato por cambio de empleador o por traslado del hogar familiar (art. 10 RD).

<sup>8</sup> CUEVA PUENTE, C. *La relación laboral especial de los empleados de hogar*. Valladolid: Lex Nova, 2005. pp. 404 y ss. Hace un buen estudio doctrinal del posible fundamento del desistimiento del empleador.

<sup>9</sup> SALA FRANCO, T. "La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico". *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1986 pp. 35-36; QUESADA SEGURA, R. *El contrato de servicio doméstico*. cit. pp. 76-80; CARDENAL CARRO, M. "A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta.". *Aranzadi Social*, 2000, V, p. 177.

<sup>10</sup> STS 591/2020, Sala de lo Social, del 29/01/2020. N° de Recurso: 2401/2017.

<sup>11</sup> Ya con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI), la situación cambia en determinados supuestos, como es la cuestión relativa al despido de una empleada doméstica por razón de embarazo o maternidad. Puesto que, si se realiza, el art. 8 LOI señala que constituye una discriminación directa por razón de sexo, todo trato desfavorable a las mujeres relacionadas con el embarazo o la maternidad. En cuanto al efecto, según el art. 10 LOI determina claramente que los actos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Por tanto, en aplicación de esta norma, puede haber tribunales que consideren el despido como nulo y dejen sin efecto la decisión empresarial, condenando al pago de unas determinadas indemnizaciones.

<sup>11</sup> Este es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008 (AS 664), que ya supuso un cambio de especial trascendencia al aplicar el mecanismo protector que instituye la Ley de igualdad a una relación como es la de empleados de hogar, cuya regulación específica es escasamente protectora.

despido sea causal, y en el caso de los empleados del hogar sea también justificado el desistimiento del empleador, provocando si no un despido improcedente o nulo.

La facultad de desistimiento en el periodo de confinamiento y de COVID-19 ha podido ser una fuente de reducción de empleos ya que, por la convivencia más estrecha en el hogar familiar propia de esta profesión, y la necesaria protección personal y familiar en periodo COVID, se ha generado la disyuntiva de prescindir de este empleo o bien, proceder al régimen de empleado interno, que en muchos caso no es posible.

## 2. El Sistema Especial de los empleados del hogar en materia de Seguridad Social

El R.D. Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, incluye en el art. 250 y 251 el Sistema especial para empleados de hogar.

Como es lógico, la equiparación de derechos tiene como contrapartida el aumento progresivo de las cotizaciones<sup>12</sup>, de manera que se permita cubrir la protección de los empleados del hogar.

En este sentido, se siguen planteando dudas de si se trata de una auténtica integración o más bien es una ambigüedad, por las excepciones y peculiaridades que seguirán existiendo debidas a la especialidad de la relación laboral<sup>13</sup>.

En primer término, el art. 251 TRSS recoge la acción protectora de los empleados del hogar, que tendrán derecho a las mismas prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social con algunas peculiaridades.

Hay que tener en cuenta que, en relación a las prestaciones<sup>14</sup> en la normativa anterior a la Ley 27/2011, se ha conseguido, salvo las peculiaridades expresamente recogidas, la equiparación de derechos y obligaciones en materia de cobertura social de los empleados de hogar como cualquier otro trabajador por cuenta ajena:

- Como se recoge en el art. 251, a) TRSS la percepción de subsidio por incapacidad temporal, en supuestos de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, disponiendo la reforma además que este abono estará a cargo del empleador “*desde los días cuarto al octavo ambos inclusive*”. Esto supone un gran avance respecto a la normativa anterior<sup>15</sup> ya que el subsidio por incapacidad temporal no se percibía hasta el vigésimo noveno día.

Este subsidio, como expresaremos posteriormente, es incompatible con el subsidio extraordinario concedido con motivo del COVID-19, según se recoge en el art. 32 del RDL 11/20 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a esta pandemia.

Sin embargo, hay que replantearse que esta enfermedad “poco común” ha llegado a extenderse con una facilidad y unos efectos que han provocado bajas por enfermedad en muchas profesiones.

<sup>12</sup> En el caso de los empleados del hogar, nos encontramos con unas reglas de cotización, con 10 tramos según el número de horas trabajadas y el salario euros/mes. También tiene como particularidad la posibilidad de que el empleado asuma esta obligación en caso de prestar servicios para varios empleadores, menos de 60 h al mes para cada uno de ellos. Interesa resaltarlo en estos momentos porque si la empleada no cumple con el alta y cotización, las medidas específicas de protección en la crisis sanitaria no le alcanzarán.

<sup>13</sup> SELMA PENALVA, A., “Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados del Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas”. *Actualidad Laboral*, núm. 2, I-2012. pp. 145-148.

<sup>14</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. - TOSCANI JIMÉNEZ, D. *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*. Madrid: Bomarzo, 2012. pp. 89-94.

<sup>15</sup> MIÑARRO YANINI, M. “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (II)”. *Relaciones Laborales*, núm. 5, Sección Legislación, Año 28, tomo 1, Editorial La Ley, III-2012. pp. 81-82.

Sería lógico, que no fuera incompatible con el subsidio extraordinario por COVID-19, en un sector tan vulnerable y castigado profesionalmente.

- Por otro lado, el art. 251, d) TRSS señala que la acción protectora del sistema especial de empleadas de hogar no comprende la prestación por desempleo. En el caso de que se contrate una empleada de hogar a través de una empresa dedicada a esta actividad, será la empresa quien se encargue de la cotización. En esta línea, es uno de los deberes que el RD 1620/2011 atribuye a un grupo de expertos: la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo para el colectivo de personas afectadas por la norma, que se adapte a “las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar”. La preocupación por el coste que la medida puede tener, ya se constató también en las propuestas de reforma del Pacto de Toledo y así se planteó en la reforma de la Ley 27/2011, que lleva a la norma a efectuar una manifestación expresa de que dicha medida debía garantizar “*los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*”.

### 2.1. Ausencia de prestación por desempleo

Los empleados del hogar están excluidos de la prestación por desempleo (art. 251, d) TRSS), con el alto riesgo que tienen del mismo, a través de la facultad de desistimiento del empleador. Esta exclusión pudo tener cierta justificación en 1969 cuando se reguló el REEH porque no eran sujetos de una relación laboral<sup>16</sup>, sin embargo, actualmente carece de toda justificación<sup>17</sup> ya que se trata de una relación laboral que debería acogerse a lo establecido para los demás trabajadores. Si bien es cierto que puede generar situaciones especialmente propicias al fraude, por la dificultad de someter la relación a mecanismos de control<sup>18</sup>. Aun así, el empleado doméstico debe inscribirse en el SEPE, no solo para recibir oferta de empleo sino también para participar en cursos de formación.

Lo cierto es que el trabajo en el hogar familiar representa la actividad que ocupa a un mayor contingente de personas y lleva inherente ciertos riesgos profesionales particulares. Por tanto, las acciones de protección deberían revestir unas formas y contenidos específicos donde se concilie el domicilio privado con una serie de medidas de seguridad e higiene que garanticen el trabajo del empleado del hogar<sup>19</sup>, sin que lo conviertan en un centro donde la Inspección de trabajo pueda entrar en cualquier momento.

La ausencia de la protección por desempleo -ya contenida en el Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH), antes de ser integrado en el RGSS- choca ahora, sin embargo, con la progresiva extensión de la protección por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que han estado o están aún hoy insertos en regímenes especiales y que antes carecían de esta previsión<sup>20</sup>. Esta falta de cobertura implica un grave perjuicio para las empleadas de hogar que, por el momento, permanece tal cual sin que parezca próxima su inclusión.

<sup>16</sup> ESPUNY TOMÁS, M.J. “El servicio doméstico: la historia de una exclusión jurídica continuada”. *Relaciones laborales y empleados de hogar. Reflexiones jurídicas*. Dikynson, 2014. pp. 27-60.

<sup>17</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. “*El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*”. Aranzadi Social. p. 88.

<sup>18</sup> SELMA PENALVA, A., Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados del Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas. *Actualidad Laboral*, núm. 2, Sección Estudios, T. 1, La Ley, I-2012. p. 160.

<sup>19</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V; GARCÍA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M. *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*. Madrid: Civitas, 2001. pp. 71-72.

<sup>20</sup> SANZ SAEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Espacial: análisis actual y de futuro*. Albacete. Bomarzo, 2017.

La falta de protección por desempleo representa una merma de considerable repercusión en el marco protector del trabajo doméstico y se encuentran en el epicentro de todos los problemas de ratificación del Convenio de la OIT. Y ello pese a que, no podemos dejar de señalar, en este sentido, que hasta la Unión Europea ha instado a los Estados miembros de la Unión a que procedan a su ratificación<sup>21</sup>.

### 3. Medidas en favor de los empleados y empleadas de hogar, en momentos de excepcionalidad

La importancia de esta profesión para las personas, familias y la sociedad, su creciente protección jurídica, todavía llena de excepcionalidades, provoca que en situaciones de emergencia como la actual se quiera proteger a un sector vulnerable también desde el punto de vista laboral.

La crisis sanitaria que estamos padeciendo como consecuencia del COVID-19 está teniendo un impacto directo en la economía y en la sociedad, y en el día a día de los ciudadanos. Aunque las medidas tienen un denominador común de protección del empleo, la ayuda a los más vulnerables y el mantenimiento del tejido productivo, se amplían y complementan con las contenidas en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo<sup>22</sup> por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, con el objetivo de implementar medidas de carácter social dirigidas al apoyo de trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables.

Será el art. 30, 31 y 32, así como la DT 3ª del RDL 11/20 quien regule estas medidas específicas en el sector en estudio de los empleados de hogar. En primer lugar, resaltaremos su contenido, para posteriormente analizar sus carencias.

En el art. 30 se recogen los beneficiarios del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleo de Hogar del Régimen General de la SS. Como bien puede apreciarse se trata de un subsidio extraordinario y se aplica “por falta de actividad”.

Los requisitos exigen una regularidad previa del contrato, como es lógico: estar dados de alta en la Seguridad Social<sup>23</sup>, y que se den alguna de las siguientes causas:

- a) Dejar de prestar servicios total o parcialmente: hecho que en parte es cierto por tratarse de un empleo altamente parcial y por horas, que en circunstancias de emergencia se ha visto conveniente prescindir de él en muchos hogares para evitar contagios mayores, si bien, también ha provocado en muchos empleados de una atención continuada en régimen de internado.

La manera de acreditar este hecho causante es a través de una declaración responsable, firmada por la persona empleadora o personas empleadoras, respecto de las cuales se haya producido la disminución total o parcial de servicios (art. 30.2).

- b) O bien, que se produzca una extinción del contrato por despido del trabajador (art. 49, 1 k TRSS) o por facultad de desistimiento (art. 11.3 RD 1620/11).

<sup>21</sup> GRAU PINEDA, C. “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” *Lex Social*, 2019. Vol. 9, núm 2/19.

<sup>22</sup> BOE de 1 de abril y corrección de errores BOE de 9 de abril de 2020. Bien es cierto que para el resto de trabajadores se fueron aprobando medidas desde el 17 de marzo de 2020, pero el colectivo de trabajadoras domésticas hubo de esperar hasta el 1 de abril de 2020, día en el que por primera vez una norma se refiere a la necesidad de protección frente a la inactividad, y hasta el 30 de abril (BOE 2 de mayo) para que se aprobara el procedimiento para la tramitación de esta protección vinculada al COVID-19. GARCÍA TESTAL, E. “Trabajo doméstico y COVID-19”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. núm.12 bis, mayo 2020. pp. 712-723.

<sup>23</sup> GARCÍA TESTAL, E. “Trabajo doméstico y COVID-19”. Op. Cit. Como se señala en este artículo, las medidas del RD, dejan sin protección a más de un tercio de personas que trabajan en este sector en una situación de informalidad.

Estos supuestos podrán acreditarse por medio de carta de despido, comunicación del desistimiento de la empleadora o empleador, o documentación acreditativa de la baja en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social (art. 30. 2 in fine).

Nuevamente, por la peculiaridad del contrato, y la confianza exigida en este ámbito, se reafirma el recurso a la facultad de desistimiento como una causa habitual de finalizar un contrato.

En el art. 31 se especifica la cuantía del subsidio. Si bien, el cálculo lo realizará la Seguridad Social. En todo caso, la norma parte de que las empleadas domésticas (puesto que la inmensa mayoría son mujeres) pueden estar trabajando en una o varias casas, distinguiendo entre uno y otro supuesto. También diferencia según que haya cesado totalmente la actividad o que se mantenga aunque de forma reducida. En los dos casos se cobra la ayuda.

Como señala el RDL 11/20, los supuestos para percibir el subsidio serán:

- a) La pérdida total de un único trabajo. La base reguladora diaria de la prestación estará constituida por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior del día en que se ha suspendido o cesado en la prestación de servicios domésticos dividida entre 30, que es el número medio de días del mes.  
La cuantía obtenida está limitada, no pudiendo ser superior al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.
- b) La pérdida parcial de un único trabajo: la cuantía del subsidio indicada se percibirá en proporción directa al porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora.
- c) La pérdida total de varios trabajos: se calculará la base reguladora correspondiente a cada uno de los distintos trabajos y se aplicará a cada una de las distintas bases el porcentaje del 70%. La cuantía total que resulte tendrá el límite señalado.
- d) La pérdida parcial en todos o alguno de los trabajos: se aplicará a cada una de las cantidades obtenidas el porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora en la actividad correspondiente; si la cuantía total del subsidio, previamente a la aplicación de dichos porcentajes, alcanzara el importe del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, se prorrateará dicho importe entre todos los trabajos desempeñados atendiendo a la cuantía de las bases de cotización durante el mes anterior al hecho causante de cada uno de ellos, aplicándose a las cantidades así obtenidas el porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora en la actividad correspondiente.

El pago de dicho subsidio se hará por periodos mensuales, desde la fecha del nacimiento del derecho.

Por otro lado, el art. 32 señala las compatibilidades e incompatibilidades de este subsidio. Es compatible con las retribuciones que se sigan percibiendo ya sea cuando se trabaja por cuenta ajena (para un solo empleador normalmente) o por cuenta propia (para varias empleadoras). El único requisito es que la suma total de ingresos, los de la ayuda y el sueldo o las horas que se pagan no sea superior al Salario Mínimo Interprofesional, es decir, a 950 euros.

La incompatibilidad se da con el subsidio por incapacidad temporal (es decir, con una baja) y con el permiso retribuido recuperable que también está previsto para estas situaciones regulado en el Real Decreto-Ley 10/2020 (en adelante, RDL 10/2020)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> CEF LABORAL SOCIAL. "Publicadas y en vigor nuevas medidas complementarias en el ámbito sociolaboral para paliar

La D Transitoria 3ª señala que dicho subsidio excepcional tendrá aplicación con carácter retroactivo, a los hechos causantes definidos aun cuando se hayan producido con anterioridad a su entrada en vigor. Corresponde al Servicio Público de empleo estatal habilitar los procedimientos y mecanismos adecuados para hacerlo para lo que dispone de un mes desde el 1 de abril.

La Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

La documentación necesaria se desglosa en la web del SEPE<sup>25</sup>, con el modelo de solicitud, la declaración responsable de la persona empleadora de personas trabajadoras del Sistema Especial para Empleados de Hogar, así como las instrucciones y documentación para cumplimentarlo adecuadamente.

Estas medidas extienden su vigencia desde el 2 de abril hasta un mes después del fin del estado de alarma, sin perjuicio de que pueda acordarse su prórroga y de que se hayan de respetar los plazos determinados que en su caso se establezcan para medidas concretas.

### *3.1. Carencias de las medidas en favor de los empleados y empleadas del hogar*

Junto con el subsidio extraordinario a los empleados del hogar, afectados por el COVID19, cabe reflexionar sobre las carencias que estas medidas provocan en este sector, respecto al resto de profesiones.

1. En cuanto a las características de esta protección, lo primero que hay que resaltar es que no se está aprobando una extensión de la protección por desempleo vigente para el resto de trabajadores, con el mismo contenido, requisitos y formalidades. No puede afirmarse que se haya introducido la protección por desempleo en el trabajo doméstico, sino exclusivamente que se ha aprobado una medida extraordinaria de atención a los períodos de inactividad, puntual y vinculada a la actual crisis sanitaria<sup>26</sup>.

El acceso al subsidio extraordinario en caso de extinción o por facultad de desistimiento no se trata de una suspensión o cese temporal, sino que el empleador le ha despedido por cualquier causa (por ejemplo, no necesitar ya sus servicios a consecuencia de la crisis sanitaria, o por cuidar de personas mayores que hayan fallecido) o el empleado de hogar se ha despedido (ha desistido del contrato) para evitar contagios, cuidar de su familia o cualquier otra causa.

Esta medida choca con la regulación previa del RDL 9/2020, de 27 de marzo, en el que en sus artículos 2º y 5º se prohíben los despidos durante el estado de alarma. El Gobierno establece que el despido alegando la crisis del COVID-19 es improcedente. Es decir, desde el 27 de marzo, automáticamente se considera “no justificada” la alegación empresarial de despido por la situación económica u organizativa por el COVID-19. La consecuencia será la condena al pago de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año trabajado, con un máximo del sueldo de 2

---

los efectos derivados del COVID-19”. 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.laboral-social.com/COVID-19-RDL-11-2020-medidas-complementarias-subsidio-empleadas-hogar-desempleo-contratos-temporales-IT-confinamiento-total-cuotas-autonomos-moratoria-aplazamiento.html>

<sup>25</sup> Publicado en: <http://www.sepe.es/HomeSepe/COVID-19/subsidio-extraordinario-personas-empleadas-hogar.html>

<sup>26</sup> GARCÍA TESTAL, E. “Trabajo doméstico y COVID-19”. Op. Cit. p. 717.

años. Esta medida no se aplica en el caso de los empleados del hogar, que podrán ser despedidos, y como tal, solicitar un subsidio extraordinario, pero al dar por válido el despido, dificulta la vuelta al empleado del hogar, en las mismas condiciones anteriores, y además sin subsidio de desempleo. Realmente nos encontramos con una mejora de su situación pero no comparable con las ventajas del resto de profesiones por cuenta ajena.

2. La forma de establecer el porcentaje en el subsidio extraordinario para empleadas del hogar es más perjudicial para este sector que para el resto de empleos. De la lectura del art 31 RD 11/20 podemos indicar que, como la mayoría de los subsidios de la Seguridad Social, la forma de determinarlo será aplicando un porcentaje o tipo a una base reguladora. En este sentido, este “subsidio extraordinario” se despega del subsidio por desempleo<sup>27</sup> y se asemeja más a la determinación de la prestación contributiva, porque no usa el indicador público de renta de efectos múltiples, sino una base reguladora que tiene en cuenta la cotización anterior del empleado del hogar y por tanto con perjuicio para los empleados.
3. Por otro lado, el subsidio extraordinario se considera incompatible con el de incapacidad temporal. Llama la atención que así se imponga en las circunstancias de pandemia actual. Si el empleado o empleada está enfermo por el coronavirus o se encuentra en situación de aislamiento, se puede tramitar su parte de baja médica. En este caso se pagará el 75 % de la base de cotización durante toda la baja. Sin embargo no podrá percibir el subsidio extraordinario por incompatibilidad. A mi juicio, podría ser compatible en las condiciones y cuantía que se señala para el resto de retribuciones, por el carácter de enfermedad común en este periodo extraordinario de COVID-19.

A esto se suma el hecho de que el empleado de hogar no podrá ausentarse si un familiar enferma y necesita cuidados. Solo será remunerado con un máximo de dos días. Y lo que ha sido más frecuente: con el cierre de los centros educativos, si la empleada tiene hijos a cargo, en el caso de que no se logre un acuerdo con su empleador o empleadores, su ausencia no es retribuida. Resulta difícil gestionar esta realidad tan cotidiana en que se requiere una conciliación familiar y laboral también para el empleado. Por supuesto, podemos cuestionarnos sobre la aplicación a esta profesión del permiso retribuido recuperable aprobado en RDL 10/2020, pero difícilmente se puede aplicar ante la prestación de unos servicios que son necesarios de modo diario (limpieza, comida, cuidado de personas mayores, etc.), y que no se pueden posponer a tiempos mejores.

Además, la persona empleada si –por cualquier motivo- ha podido contactar con gente cercana al COVID, pero no hay garantía de contagio, tampoco podrá ponerse en cuarentena de forma voluntaria, ya que no podrán cobrar el salario de esos días, y no cobrarán tampoco ninguna prestación del sistema, ya que está únicamente prevista para los casos de aislamiento y de contagio.

Como conclusión, nos encontramos con medidas que favorecen a los empleados del hogar, pero que ponen en evidencia las carencias y falta de equiparación con otras profesiones. Y en este sentido, surge de nuevo la necesidad de solicitar una mejora normativa en el futuro, al margen de situaciones pandémicas.

---

<sup>27</sup> GARCÍA TESTAL, E. “Trabajo doméstico y COVID-19”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. núm.12 bis, mayo 2020. pp. 712-723. Como se ha indicado, no puede afirmarse que se haya introducido la protección por desempleo en el trabajo doméstico, sino exclusivamente que se ha aprobado una medida extraordinaria de atención a los períodos de inactividad, puntual y vinculada a la actual crisis sanitaria.

#### 4. Repercusiones laborales en el futuro

En un periodo generalizado de crisis sanitaria, social y económica, se ha puesto en evidencia los sectores laborales más vulnerables, y a la vez, los más necesarios en la atención de personas.

En situaciones como la presente se ha tenido que recurrir a medidas extraordinarias como la actual para los empleados del hogar, que encuadrarían en un marco ordinario, si esta situación diera lugar al estudio de las siguientes medidas:

- a) El estudio de las condiciones más objetivas para la facultad de desistimiento
- b) La conveniente prestación por desempleo a los empleados del hogar.
- c) La ratificación del Convenio núm 189 de la OIT, y prever como marco en el ámbito doméstico los objetivos de desarrollo sostenible<sup>28</sup>.

##### 4.1. Objetivación de la facultad de desistimiento.

Respecto a la facultad de desistimiento del empleador doméstico, convendría estudiar, como se ha dicho anteriormente, precisar y tasar cuándo se alteran las circunstancias que motivan el despido para no dejar en una situación de indefensión al trabajador y para crear una barrera protectora frente a conductas que pueden ser fácilmente abusivas. Por tanto, interesa revisar la figura del desistimiento para que todo despido sea causal aunque la causa, por la especialidad de la materia, radique en razones como el desamparo del derecho a la intimidad, la pérdida de confianza mutua, o bien haya causas económicas y objetivas, organizativas o de conveniencia del empleador que requieran extinguir el contrato. Y es que, el supuesto de desistimiento por pérdida de confianza, sin justificar causa, se considera que en realidad oculta un despido<sup>29</sup>. Lo cual viene a reforzarse con lo establecido en el Convenio n. 158 de la OIT que exige alegar causa para la terminación de un contrato<sup>30</sup>.

Además, la necesidad de una causa que ampare el despido se refuerza con la existencia de unos límites al desistimiento, como la presencia de una causa lícita –no contraria a las leyes, moral u orden público-, el respeto a los derechos fundamentales (raza, sexo, religión, etc.) y las libertades públicas del trabajador (libertad sindical, ideológica, religiosa, etc.), salvo que exista una concate-nación entre estos derechos y la confianza necesaria en la idoneidad del trabajador para satisfacer la finalidad que el empleador persigue al contratar. De manera que, en este ámbito juega un papel importante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en donde se debe conjugar la protección de la confianza necesaria en la relación con evitar cualquier discriminación del trabajador, según establece el título IV que recoge el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades. Así lo avala la jurisprudencia reciente generando en determinadas situaciones a la nulidad del mismo despido, amparado en un desistimiento (STS 591/2020)<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> QUINTERO LIMA, G. “El trabajo de servicio doméstico como una realidad jurídica inevitable”. *Lex Social*, vol 9, núm 2 (2019), pp. 2-6. El presente estudio introduce el volumen monográfico de artículos doctrinales dedicados al trabajo del servicio doméstico. Como introducción, da una proyección sobre lo que ha constituido un Seminario Permanente sobre Trabajo Doméstico desde 2017, con aportaciones valiosas de cara al futuro, para afrontar una “realidad inevitable” como es la importancia del cuidado en el hogar. En torno a la idea del Trabajo Decente (Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS en adelante) 8 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas), el fin de la pobreza (ODS 1) y la igualdad de género (ODS 5); algo todo que se alimenta del Convenio 189 de la OIT de 2011, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

<sup>29</sup> RUANO ALBERTOS, S. “Declaración de nulidad del despido de una empleada de hogar (Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008)”. *Aranzadi Social*, 2008, p. 45.

<sup>30</sup> Convenio nº 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del Empleador (ratificación en BOE de 29 de junio de 1985).

<sup>31</sup> STS 591/2020, Sala de lo Social, del 29/01/2020. Nº de Recurso: 2401/2017.

A su vez, como señala un estudio reciente, hay que hacer hincapié en que nuestro Estado de bienestar está construido sobre cuatro pilares clásicos: la educación, la sanidad, la protección por desempleo y las pensiones públicas, a los que hace unos años se añadió el de las llamadas “políticas de dependencia”<sup>32</sup>. Es cierto que se han tomado medidas que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral, pero en este contexto queda un largo recorrido para proteger la contratación o conservación del empleo de trabajadores con responsabilidades familiares.

#### 4.2. La prestación por desempleo

Con motivo del RDL 11/20 se ha intentado proteger a este sector mediante un subsidio, pero no se aprueba una protección por desempleo vigente en el resto de profesiones. Se trata más bien de una medida extraordinaria de atención a los períodos de inactividad específica unida a la actual pandemia, como ya se ha comentado.

Esta situación de especialidad choca respecto a la progresiva acogida de la prestación de desempleo para otros trabajadores por cuenta ajena que han estado o continúan en Regímenes especiales (sistema agrario, ferroviario, minería del carbón, artistas) y que antes carecían de esta previsión<sup>33</sup>.

La prestación por desempleo se encuadraría en el marco de la Seguridad Social, y concretamente del Sistema especial de empleo doméstico, cuyo estudio está abierto como ya se propuso en RD 1620/2011 para que un grupo de expertos considere la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo para el colectivo de personas afectadas por la norma, que se adapte a “las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar”. Sin embargo, pesan más los motivos económicos particulares que la justificación laboral y de necesidad de protección social en un Estado de Derecho social y bienestar. El apoyo a este sector vulnerable pasa por el reconocimiento de un derecho aplicable a todas las profesiones (la prestación por desempleo) y la búsqueda de mecanismos acordes para que pueda mantenerse económicamente no solo por parte del empleador particular, sino también con medidas económicas supletorias.

#### 4.3. Ratificación del Convenio núm. 189 OIT.

Por otro lado, como bien es sabido, el Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación núm. 201<sup>34</sup> de 2011, supuso un avance a nivel internacional de protección<sup>35</sup>. Así, esta normativa internacional aporta primeramente que los empleados domésticos sean reconocidos como trabajadores y obtengan el derecho a una

<sup>32</sup> RODRIGUEZ COPÉ, M.L. “Conciliación y trabajo doméstico: un reto para las políticas socio-laborales del s. XXI. El decisivo papel de los Tribunales de Justicia”. *Lex Social* 2019 Vol. 9 núm 2/19. pp. 212-249.

<sup>33</sup> SANZ SAEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Espacial: análisis actual y de futuro*, Bomarzo, 2017.

<sup>34</sup> El Convenio define qué debe entenderse por trabajo y trabajador doméstico, tratándose en el primer caso del realizado en un hogar u hogares, o para los mismos, y referido el segundo a toda persona “de género femenino o masculino”, que realiza un trabajo doméstico “en el marco de una relación de trabajo”. Adviértase, por lo demás, que el Convenio recoge gran parte de los derechos establecidos en otros Convenios de la OIT y los aplica ahora a los trabajadores domésticos. [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C189](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189)

<sup>35</sup> Impacto del Convenio núm. 189 OIT sobre la igualdad de género, entrevista a Directora del programa sobre las condiciones de trabajo y de empleo de la OIT. [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/mediacentre/articles/WCMS\\_158389/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/mediacentre/articles/WCMS_158389/lang-es/index.htm)

protección mínima, al menos desde el punto de vista legal<sup>36</sup>, pero todavía estamos a la espera de su ratificación por España.

A través de este Convenio, el trabajo decente se ha convertido en un objetivo universal y ha sido integrado en las más importantes declaraciones de derechos humanos, ampliamente reflejadas en la Agenda 2030, para la que el reconocimiento de los derechos al colectivo de empleadas de hogar es uno de los pilares del desarrollo sostenible<sup>37</sup>. En este sentido, es fundamental corregir las desigualdades existentes en el terreno del trabajo doméstico y de cuidados para lograr muchos otros objetivos. En la Agenda 2030<sup>38</sup> se integran los objetivos de desarrollo sostenible (en adelante ODS20), que son aquellas pautas internacionales que le permiten a los Estados alinearse con el fin de que todos tengan una constante de crecimiento y desarrollo.

Pues bien, dentro del ODS núm. 5.4 se encuentra la necesidad de reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país.

La novedad radica ahora en que lo que se propone es, de un lado, poner en valor el cuidado y el trabajo doméstico no remunerado reconociéndolo y conectándolo con la reducción de la carga asociada a éste con el fin de que las mujeres aumenten su productividad y dispongan de más tiempo. Pero también asociándolo a la redistribución del trabajo entre las mujeres y los hombres en el seno de la familia, así como entre ésta y otras instituciones dedicadas a la prestación de cuidados. Una estrategia dirigida a invertir en servicios de cuidados que contribuiría a la creación de nuevos empleos en el sector asistencial y a resolver la falta de oportunidades de empleo respecto de las mujeres que caracteriza a muchos países.

Este marco mundial se presenta en un momento de crisis económica, pero no de crisis de cuidados. El esfuerzo de mejora de las condiciones de vida, puede ser palanca de crecimiento económico. Según el reciente informe de la OIT sobre tendencias del empleo femenino 2018<sup>39</sup> las exigencias abrumadoramente desiguales que pesan sobre las mujeres respecto de las responsabilidades domésticas y de atención continúan manifestándose como desigualdades en el mercado laboral en el tipo de puestos de trabajo disponibles para las mujeres y en los que pueden gozar de empleo duradero. La ratificación del Convenio 189, además de ser una cuestión de justicia social, es importante también en términos económicos y de seguridad social.

La no ratificación del Convenio 189 está funcionando, de facto, como el elemento actual de unidad fundamental del movimiento de defensa de los derechos de las empleadas de hogar que han centrado sus reivindicaciones en la necesidad de incorporar la protección por desempleo, pero también en la necesidad de fomentar, desde las instituciones públicas, el asociacionismo y sindicación de las empleadas de hogar o de promover organizaciones de empleadores e intermediarios con los que poder negociar sus condiciones laborales<sup>40</sup>.

Por último, si una situación de emergencia económica, sanitaria y social como la que ha provocado el COVID19, ha salido al paso de un sector vulnerable como son los empleados del ho-

<sup>36</sup> Entrevista a la Directora del programa sobre las condiciones de trabajo y de empleo de la OIT. [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/media-centre/articles/WCMS\\_158389/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/media-centre/articles/WCMS_158389/lang-es/index.htm)

<sup>37</sup> La Meta 5.4 insta a adoptar un conjunto de políticas para reconocer y valorar el trabajo doméstico y de cuidados no remunerado.

<sup>38</sup> La Agenda para el desarrollo para después de 2015 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y dentro de la misma se incardinan los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas, conexas, de carácter integrado e indivisible que pretenden hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Para ello ambos conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

<sup>39</sup> OIT: Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias del empleo femenino 2018, OIT, 2018, p. 13.

<sup>40</sup> GRAU PINEDA, C. "De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos". *Lex Social*, vol 9, núm 2 (2019).

gar, una profesión de servicio altamente necesaria, nos debe llevar a una reflexión de sobre la conveniencia de revisar las condiciones laborales, de seguridad y de ayuda económica, para impulsar este empleo que facilite la vida familiar, la conciliación familia y trabajo, y por tanto y a su vez, relanzar otras profesiones para el crecimiento económico.

## 5. Bibliografía

- APARICIO RUIZ, M. *La profesionalización de los empleados al servicio del hogar familiar. Desde el contraste comparado de la normativa francesa*. Ed. Eolas. 2014.
- CARDENAL CARRO, M. “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta.”. *Aranzadi Social*,. 2000, V.
- CUEVA PUENTE, C. *La relación laboral especial de los empleados de hogar*. Valladolid: Lex Nova, 2005. pp. 404 y ss.
- ESPUNY TOMÁS, M.J. “El servicio doméstico: la historia de una exclusión jurídica continuada”. *Relaciones laborales y empleados de hogar. Reflexiones jurídicas*. Dikynson, 2014. pp. 27-60.
- FERNÁNDEZ DÍEZ, A. “Extinción de la relación laboral especial del servicio de hogar familiar”. *Lex Nova*. VI-2012.
- GARCÍA TESTAL, E. “Trabajo doméstico y COVID-19”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. Núm.12 bis, mayo 2020. pp. 712-723.
- GRAU PINEDA, C. “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” *Lex Social*, 2019. Vol. 9, núm 2/19.
- MIÑARRO YANINI, M. “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (II)”. *Relaciones Laborales*, núm. 5, Sección Legislación, Año 28, tomo 1, Editorial La Ley, III-2012.
- LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete: Bomarzo, 2008.
- LÓPEZ GANDÍA, J. - TOSCANI JIMÉNEZ, D. *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*. Madrid: Bomarzo, 2012.
- LUJÁN ALCARAZ, J. “*El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*.”. *Aranzadi Social*. p. 88.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. “Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar”. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*. Núm. 119. 2003. pp. 691-710.
- RUIZ CALDERÓN, J.A. “Puntos críticos de la nueva regulación de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar: régimen de extinción del contrato y desprotección por desempleo”. AA.VV. *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Feliciano González Pérez*. Madrid: Dykinson, 2013.
- QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico. *La Ley-Actualidad* 1991.
- QUINTERO LIMA, G. “El trabajo de servicio doméstico como una realidad jurídica inevitable”. *Lex Social*, vol 9, núm 2 (2019), pp. 2-6.
- RODRIGUEZ COPÉ, M.L. “Conciliación y trabajo doméstico: un reto para las políticas socio-laborales del s. XXI. El decisivo papel de los Tribunales de Justicia”. *Lex Social* 2019 Vol. 9 núm 2/19.
- RUANO ALBERTOS, S. “Declaración de nulidad del despido de una empleada de hogar (Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008)”. *Aranzadi Social*,. 2008.

- SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1986.
- SANZ SAEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Espacial: análisis actual y de futuro*. Albacete. Bomarzo, 2017.
- SELMA PENALVA, A., Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados del Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas. *Actualidad Laboral*, núm. 2, Sección Estudios, T. 1, La Ley, I-2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V; GARCÍA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M. *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*. Madrid: Civitas, 2001.

## ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

# Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales

## Paid time off after a period of judicial turbulence

Nora María Martínez Yáñez\*

*Profesora Contratada Doctora (TU acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Vigo*

ORCID ID: 0000-0001-7370-7080

Researcher ID: L-3465-2014

Recibido: 04/06/2020

Aceptado: 03/10/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5775>

*Resumen:* La primera mitad del año 2020 ha sido especialmente prolífica en pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a los permisos retribuidos. Incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en relación con esta institución. La mayor parte de estas resoluciones traen causa de un debate abierto entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en torno a la forma de cómputo de los permisos retribuidos. La contundencia y reiteración del criterio del Tribunal Supremo en varias sentencias dictadas en marzo justifica la necesidad de analizar las líneas jurisprudenciales que han emergido del debate, destacando además otros avances jurisprudenciales en materia de retribución de los permisos.

*Palabras clave:* permisos retribuidos, *dies a quo*, cómputo, retribución.

*Abstract:* The first half of 2020 has been especially prolific in Supreme Court rulings on paid leave. Even the Court of Justice of the European Union has had the opportunity to rule on a preliminary ruling raised by the National Court in relation to this institution. Most of these resolutions have their origin in a debate between the National Court and the Supreme Court regarding the way of calculating the paid leave. The firmness and reiteration of the criterion of the Supreme Court in several judgments issued in March justifies the need to analyze the jurisprudential lines that have emerged from the debate, also highlighting other jurisprudential advances in the matter of remuneration.

*Keywords:* paid leave, *dies a quo*, computation, compensation.

---

\*nora@uvigo.es

## 1. Introducción

Las instituciones que atienden las distintas vicisitudes que impiden temporalmente la ejecución de la prestación laboral tienen una relevancia especial en el contrato de trabajo, dada su configuración como un contrato de tracto sucesivo que puede alcanzar una duración prolongada. De conformidad con el principio de estabilidad en el empleo, la finalidad general de dichas instituciones consiste en preservar el vínculo laboral y atribuir a la persona trabajadora derechos que le permitan volver a prestar servicios en su puesto de trabajo o en otro similar cuando cesen las circunstancias impeditivas.

Aunque la legislación admite que algunas causas relacionadas con la situación de la empresa puedan provocar la suspensión de la relación laboral –por ejemplo, las causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor–, hay un amplio abanico de circunstancias capaces de interrumpir la relación laboral que provienen de la persona trabajadora y por regla general se refieren a situaciones personales o familiares, o bien al cumplimiento de deberes públicos o sindicales, cuya atención resulta incompatible con la ejecución de la prestación de servicios.

Junto con las suspensiones o las excedencias, los permisos retribuidos son una de las instituciones que el ordenamiento jurídico dispone para atender a los fines expuestos<sup>1</sup>. Pero, a diferencia de aquellas, las situaciones que contemplan los permisos retribuidos son de carácter puntual y transitorio, algunas incluso sobrevenidas e imprevisibles, de modo que el cese de la relación laboral solo es preciso durante un breve periodo de tiempo<sup>2</sup>.

En sentido estricto, la interrupción que comportan los permisos no es objetivamente inevitable, como por el contrario sucede en las suspensiones por incapacidad para trabajar derivada de enfermedad, accidente o parto; pero se trata de una exigencia ligada a relevantes derechos y principios del ordenamiento jurídico, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la libertad sindical o la dignidad humana. Por ello se confiere a la persona trabajadora un derecho a hacer uso del permiso si se dan los presupuestos habilitantes, previo aviso al empresario y posterior justificación.

El artículo 37.3 ET expone las causas que pueden dar acceso a los permisos retribuidos y la duración correspondiente a cada uno de ellos<sup>3</sup>. Aunque este precepto contiene el régimen jurídico aplicable a los permisos, resulta bastante parco e inconcreto en muchos de sus aspectos. Así, se habla de retribución, pero no se indica cuál ha de ser esta; tampoco se especifica en la mayor parte de los permisos si los días son naturales, laborables o hábiles; no se precisa el plazo de preaviso ni el tipo de justificación, aunque son cuestiones de indudable trascendencia práctica cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones, incluido el despido; ni se abordan aspectos problemáticos como el solapamiento con otros permisos o con periodos en los que no hay actividad laboral.

Esta falta de detalle es deliberada, pues el artículo 37.3 ET funciona como una garantía mínima que puede ser ampliada, mejorada y desarrollada por la negociación colectiva. La jurisprudencia ha reiterado que esta es una norma imperativa de derecho necesario relativo, según lo dispuesto en el

<sup>1</sup> Sobre la configuración general de los permisos retribuidos, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi, Pamplona (1999) 25-71. También RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete (2013) 13.

<sup>2</sup> SSTs de 3 de diciembre de 2019, rec. 141/2018, de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 2º y de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, f. j. 2º.

<sup>3</sup> En la actualidad las causas legales de los permisos retribuidos son el matrimonio –letra a)–; el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –letra b)–; el traslado del domicilio habitual –letra c)–; el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo –letra d)–; la realización de funciones sindicales o de representación del personal –letra e)–; y, por último, la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, o bien, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad –letra f)–.

artículo 3.3 ET, que “permite su mejora, pero no su empeoramiento –en ambos casos desde el punto de vista del trabajador– vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo”<sup>4</sup>. Ciertamente, por su cercanía a las necesidades personales de los trabajadores y a la gestión empresarial de los tiempos de trabajo, los permisos conforman una materia especialmente idónea para ser desarrollada a través de convenios o acuerdos de naturaleza colectiva. En este sentido, las posibilidades de la negociación colectiva son amplias, y van desde la creación de nuevas causas generadoras del derecho al permiso, hasta la ampliación de los días de disfrute, bien de forma directa –fijando una cantidad mayor– o indirecta –indicando que se trata de días hábiles en vez de naturales–, entre otras alternativas.

No obstante, la articulación entre la ley y el convenio colectivo no siempre resulta sencilla y su interpretación en casos concretos se encuentra en la base de recientes pronunciamientos jurisprudenciales. Buen ejemplo de ello son las controversias motivadas por la desaparición del permiso de dos días por nacimiento de hijo en la nueva redacción del artículo 37.3.b) ET, dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Puesto que muchas disposiciones convencionales todavía recogen el tenor literal del precepto anterior a la reforma e incluso mejoran la duración del citado permiso, cabe preguntarse si deben seguir operando una vez que se produce su desaparición en el plano legal. A este respecto, resulta acertado el criterio de la Audiencia Nacional, que considera que la derogación del permiso legal no afecta a la supervivencia de la norma convencional que lo reproducía, pues lo único que desaparece es el mínimo de Derecho necesario que obligaba a conceder este tipo de permiso, hubiera sido recogido en el convenio o no<sup>5</sup>. Por tanto, mientras las partes legitimadas no modifiquen o eliminen la disposición convencional que enuncia el permiso por nacimiento, este seguirá siendo aplicable<sup>6</sup>. Cosa distinta sucedería si el convenio, en vez de reproducir el tenor literal del artículo 37.3.b) ET, se hubiese limitado a hacer una simple remisión al mismo, pues en este supuesto, la desaparición legal del permiso por nacimiento repercutiría también en el ámbito del convenio colectivo.

En definitiva, a pesar de la aparente simplicidad de esta institución, que cuenta con una amplia tradición en el ordenamiento jurídico, en los últimos años se han sucedido pronunciamientos de diversos órganos judiciales que han abordado de manera novedosa estos y otros aspectos relevantes, como el derecho a la remuneración durante el disfrute de los permisos o el cómputo de los días de permiso y, en particular, la determinación del *dies a quo*.

Esa agitación del panorama judicial justifica la pertinencia del presente análisis. Tras varias sentencias dictadas en los primeros meses del presente año que zanján la polémica abierta entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo y arrojan luz sobre la posición de este último, es hora de revisar la jurisprudencia sobre los permisos, en especial la que se refiere a su cómputo, a fin de comprobar si verdaderamente ha habido tantos cambios como parece, o si, por el contrario, las novedades son más aparentes que reales. En este sentido, hay que destacar que uno de los factores que pueden obstaculizar una clara apreciación de la doctrina jurisprudencial es el intenso casuismo presente en esta materia, que no solo obliga al Tribunal Supremo a interpretar la institución a través de su plasmación en las cláusulas de diversos convenios colectivos, sino que además modula el razonamiento jurídico en función del tipo de permiso que se esté abordando.

Por otro lado, la solución a las cuestiones planteadas en relación con el cómputo de los permisos exige una cabal comprensión de un elemento nuclear en esta institución, como es la causa

<sup>4</sup> Por todas, SSTs de 25 de enero de 2011, rec. 216/2009, f. j. 4º y 5º; de 5 de marzo de 2012, rec. 57/2011, f. j. 3º; de 13 de febrero de 2018, rec. 266/2016, f. j. 2º.

<sup>5</sup> SAN de 29 de noviembre de 2019, rec. 221/2019, f. j. 4º.

<sup>6</sup> Sin embargo, no todos los órganos judiciales sostienen este parecer, como evidencia la STSJ del País Vasco de 16 de julio de 2019, rec. 16/2019, para la cual “no puede aceptarse la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe”.

que motiva la interrupción de la relación laboral, toda vez que el disfrute del permiso debe servir a su satisfacción.

En consecuencia, el presente estudio se estructura en tres partes. En primer lugar, un análisis del derecho a la remuneración en el disfrute de los permisos que pretende examinar pronunciamientos recientes de especial interés sobre esta materia. En segundo lugar, un examen de los elementos esenciales de los permisos retribuidos, que son la exigencia de causalidad y la exoneración del deber de trabajar. Y, en tercer lugar, el estudio de las líneas jurisprudenciales que emergen de diversas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en 2020 acerca del cómputo de los días de permiso y del solapamiento entre estos y otros días de descanso, respectivamente. El previo análisis de los elementos esenciales de la institución permitirá comprender cómo y por qué el Tribunal Supremo alcanza sus conclusiones y sienta doctrina.

## 2. Algunas notas sobre el carácter retribuido de los permisos

Uno de los aspectos distintivos de la interrupción de la actividad laboral provocada por el uso de los permisos es el mantenimiento del derecho a la retribución. Probablemente la breve duración de la mayoría de los permisos y el hecho de que se trate de situaciones puntuales justifica que la ley atribuya su coste al empresario, propiciando una ruptura del carácter sinalagmático del contrato de trabajo que pone de manifiesto la finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo, todavía muy presente en esta institución.

Pese a todo, la referencia del artículo 37.3 ET al “derecho a remuneración” ha planteado numerosas dudas relativas a la inclusión o no en el citado derecho de la percepción de complementos salariales ligados al tiempo de trabajo o a la ejecución efectiva de la prestación laboral, como los complementos de productividad, jornada partida, nocturnidad, horas extras, disponibilidad horaria, transporte o primas de asistencia, entre otros. Las dificultades para dictar jurisprudencia sobre una cuestión extremadamente casuística y por tanto poco proclive a cumplir los requisitos del recurso de casación para la unificación de doctrina han alentado una amplia y variada doctrina judicial al respecto<sup>7</sup>.

Hasta hace poco tiempo la única pauta dada por el Tribunal Supremo se recogía en una sentencia de 1992 que, ante la parquedad del artículo 37.3 ET, afirmaba de forma igualmente escueta que la sola invocación del derecho a remuneración “conduce a sostener que deben incluirse el salario base y los complementos salariales que suman el salario real”. Como consecuencia de ello, en el caso enjuiciado el tribunal fallaba que debía formar parte del salario percibido durante los días de permiso el plus de montaña, mediante el que se compensaban las circunstancias climatológicas y de aislamiento que afectaban a algunos centros de trabajo<sup>8</sup>. Sin embargo, poco después el Alto Tribunal mantenía una vieja doctrina del Tribunal Central de Trabajo a tenor de la cual el complemento salarial de trabajos nocturnos no se abonaba durante los permisos y licencias retribuidos<sup>9</sup>.

En la sentencia de 3 de diciembre de 2019, el Tribunal ha tenido la oportunidad de desarrollar de manera más fundada su doctrina sobre el derecho a remuneración correspondiente a los días de permiso, partiendo de que las alternativas posibles son dos: o bien se sostiene que debe mantenerse exactamente la misma retribución que hubiere percibido el trabajador de haber prestado servicios en los días de permiso, incluyendo la totalidad de complementos que percibe de ordinario; o bien

<sup>7</sup> Como ejemplo del difícil acceso de este tipo de litigios a la casación en unificación de doctrina, véase la STS de 12 de abril de 2012, rcud. 3077/2011 y el auto TS de 28 de enero de 2020, rcud. 1671/2019.

<sup>8</sup> STS de 20 de mayo de 1992, rec. 1634/1991, f. j. 4º.

<sup>9</sup> SSTs de 15 de septiembre de 1995, rec. 1997/1994, f. j. 3º y de 18 de marzo de 2009, rcud. 98/2007, f. j. 3º.

se admite que la propia negociación colectiva que ha creado tales complementos salariales pueda modular y limitar los conceptos retributivos a percibir en los días de permiso.

A juicio del Tribunal, el tenor literal del artículo 37.3 ET no permite deducir con certeza que el derecho a remuneración engloba la totalidad de las percepciones del trabajador, afirmación que parece apartarse de la vieja tesis en favor del “salario real”. Por consiguiente, la clave para determinar el alcance y contenido de la remuneración durante los permisos ha de ser el artículo 26 ET, que deja en manos de la negociación colectiva la estructura salarial. En otras palabras, a falta de regulación legal al respecto, serán los términos del convenio colectivo los que determinen libremente el cálculo de la remuneración que corresponde a los días de permiso. Ahora bien, el tribunal no aclara qué solución ha de aplicarse cuando el convenio colectivo no especifique esta cuestión, lo que probablemente suceda con cierta frecuencia. Puesto que el Tribunal ha aseverado que de la literalidad del precepto no se desprende que el trabajador tenga derecho a la totalidad de las percepciones salariales, el silencio del convenio puede conducir a la exclusión de los complementos que se generan con la efectiva prestación de servicios o la productividad, como sucedía justamente en el supuesto examinado<sup>10</sup>.

En todo caso, la sentencia de 3 de diciembre de 2019 se centra en otro aspecto no menos interesante, como es la interpretación del derecho a remuneración de los permisos desde el punto de vista del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

A este respecto, el Tribunal recuerda que, aunque la negociación colectiva goce de libertad para excluir determinados complementos salariales de la remuneración durante los permisos, dicha facultad no es ilimitada, pues no puede contravenir principios esenciales del ordenamiento, como el de igualdad de mujeres y hombres. Por esa razón, la sentencia analiza el impacto de género que podría tener la supresión del pago de incentivos de productividad en cada uno de los permisos retribuidos del artículo 37.3 ET, a fin de determinar si ello pudiera suponer una merma de la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres.

El análisis efectuado arroja las siguientes conclusiones. Por un lado, los permisos de matrimonio, fallecimiento de pariente, traslado de domicilio habitual, deber inexcusable de carácter público y personal y desempeño de funciones sindicales son neutros desde el punto de vista del género de las personas, pues afectan por igual a mujeres y hombres. Por lo tanto, la exclusión de los complementos de productividad del pago del salario en estos días de permiso no comporta ninguna discriminación o quiebra en el principio de igualdad por razón de sexo.

Ahora bien, en los permisos por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, “sí que es de apreciar la concurrencia de circunstancias de género de las que se deriva una discriminación indirecta que debe ser corregida, en la medida en que las ausencias del puesto de trabajo en el uso de este permiso tienen mayor impacto en el colectivo de mujeres (...) que mayoritariamente son las que se hacen cargo de la atención a los familiares en esas circunstancias sobre un porcentaje menor de hombres”<sup>11</sup>. Para sostener esta tesis, apoyada en el desigual reparto de responsabilidades familiares “manifiestamente notorio y conocido en la realidad social” actual, el tribunal se remite a la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, 2015, publicada por el Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo (INSHT), a tenor de la cual las mujeres trabajadoras realizan en mayor medida que los hombres tareas de cuidados, educación y trabajo doméstico. Sin embargo, el Tribunal reconoce que no hay estadísticas específicas que verifiquen si los permisos por circunstancias familiares a los que se está haciendo referencia son disfrutados en mayor medida por las mujeres trabajadoras. A ello hay que añadir que en pronunciamientos anteriores el

<sup>10</sup> STS de 3 de diciembre de 2019, rec. 141/2018, f. j. 6º.2 y 3. Esta sentencia cita como precedente de su doctrina la STS de 6 de marzo de 2012, rec. 80/2011.

<sup>11</sup> *Ibid.*, f. j. 7º.

Tribunal Supremo ha afirmado que la finalidad de los permisos por accidente, enfermedad grave u hospitalización de un familiar no es necesariamente el cuidado directo del familiar<sup>12</sup>.

Respecto del permiso de asistencia a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, la exclusión del complemento de productividad del cálculo de la remuneración constituye, a juicio del Tribunal Supremo, una “discriminación directa de las mujeres trabajadoras que no precisa de mayores razonamientos en atención a la finalidad de dicho permiso”. El tribunal da por hecho que la titular de estos permisos es la trabajadora embarazada. Sin embargo, desde una perspectiva atenta a la corresponsabilidad de los futuros progenitores en el ámbito familiar, cabe entender que el otro progenitor también es titular de este derecho, tanto cuando se trate de asistencia o acompañamiento a los exámenes prenatales, como cuando la asistencia sea a los cursos de preparación al parto, cuyos destinatarios no son solo las mujeres embarazadas, sino también sus parejas. En todo caso, sí resulta muy probable que, con independencia de la titularidad indistinta que deben tener estos permisos, su uso en la práctica sea mayoritariamente femenino.

Por último, el Tribunal Supremo también considera discriminatoria la exclusión de incentivos de productividad de la remuneración de los permisos relacionados con la tramitación de adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento, dadas las consecuencias negativas que podrían resultar para la corresponsabilidad familiar, como mecanismo de consecución de la igualdad efectiva por razón de sexo. A las razones anteriormente expuestas se añade un nuevo argumento: puesto que la pérdida del incentivo de productividad solo opera cuando la ausencia afecte a la totalidad de la jornada, se verán más perjudicadas las mujeres, al ser más alta la proporción de trabajadoras a tiempo parcial.

En definitiva, el tribunal sostiene que cuando se trate de permisos relacionados con el cuidado de familiares o con la maternidad o paternidad, no cabe excluir los incentivos por productividad del cálculo de la remuneración, so pena de incurrir en una vulneración del principio de igualdad por razón de sexo. Con toda probabilidad el razonamiento es válido para cualquier otro complemento salarial vinculado a la realización efectiva del trabajo.

Desde un punto de vista crítico, cabe indicar que, aunque el resultado alcanzado es muy acertado, deja en la sombra otros principios básicos dignos de tutela que actúan como fundamento de todos los permisos, también de aquellos que el tribunal califica como neutros desde el punto de vista del género. Así, los permisos por matrimonio, fallecimiento de familiar o traslado del domicilio habitual persiguen la conciliación de la vida laboral y familiar, que es un principio esencial del ordenamiento jurídico con relevancia constitucional<sup>13</sup>. Por su parte, el permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal conecta con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos –artículo 23.1 CE– y el permiso para realizar funciones sindicales o de representación de los trabajadores es una manifestación de la libertad sindical –artículo 28 CE–. Si la exclusión de determinados complementos vinculados al trabajo efectivo de la remuneración correspondiente a los días de permiso vulnera el principio de igualdad por razón de sexo, habría que preguntarse si igualmente vulnera los principios y derechos mencionados en los permisos neutros por razón de sexo.

Por otro lado, la sentencia cuenta con un interesante voto particular en el que se aboga por el pago íntegro de las remuneraciones que corresponderían en caso de haber estado trabajando, sin

<sup>12</sup> La STS de 21 de septiembre de 2010, rec. 84/2009, sostiene que “su causa remota tampoco tiene por qué agotarse en el cuidado o atención personal, física y directa al familiar, porque la enfermedad o el ingreso hospitalario de éste puede requerir de aquél otro tipo de dedicación no directamente relacionada con la atención personal, que igualmente pueda justificar la ausencia al trabajo del primero” (f. j. 3º).

<sup>13</sup> Según el Tribunal Constitucional, las medidas orientadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral tienen una dimensión constitucional que se desprende de la lectura conjunta de los artículos 14 y 39 CE. Tal enfoque constitucional del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se enuncia en las SSTC 3/2007, de 15 de enero y 24/2011, de 14 de marzo, entre otras.

hacer distinción entre tipos de permiso, pues “si el ejercicio del derecho (al disfrute del permiso) comporta minoración retributiva se produce cierto desincentivo o desaliento a quienes atraviesen por los supuestos legalmente tipificados como merecedores de la ausencia remunerada”<sup>14</sup>.

En conclusión, pese a tratarse de un pronunciamiento clarificador, no cabe dar por concluido el debate acerca de los elementos salariales que han de incluirse en la remuneración de los permisos, en especial por lo que se refiere a los permisos que el Tribunal Supremo califica como neutros desde un punto de vista de género.

Por otra parte, no hay que soslayar que la incidencia de los permisos sobre la retribución puede ser indirecta, como muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2006, en la que se debate si deben computarse como días trabajados, a efectos de generar el derecho a percibir un complemento salarial de trabajo en festivos, los domingos y festivos en los que, debiendo de prestar servicios, la persona trabajadora no lo ha hecho por disfrutar de un permiso retribuido. El Tribunal Supremo excluye que los días festivos comprendidos en el permiso tengan la consideración de días trabajados a efectos de generar el correspondiente complemento —que en el caso de autos comenzaba a cobrarse a partir del décimo festivo anual trabajado—, añadiendo además que el disfrute voluntario de los permisos corrobora esta conclusión. Por consiguiente, podría darse la circunstancia de que la coincidencia de uno o más permisos con días festivos planificados como de trabajo impida el cobro del complemento salarial previsto en el convenio, lo que supone, obviamente, una consecuencia salarial negativa derivada del uso de los permisos previstos a nivel legal o convencional<sup>15</sup>.

No obstante, el enfoque de género adoptado por la sentencia de 3 de diciembre de 2019 respecto de los permisos retribuidos obliga a modular esta doctrina del Tribunal Supremo. Así lo ha hecho una reciente sentencia de la Audiencia Nacional que considera que determinadas cláusulas convencionales que no cuentan como tiempo trabajado el correspondiente al disfrute de los permisos retribuidos, a efectos de calcular incentivos salariales, son discriminatorias por razón de sexo cuando se trata de permisos ligados al sexo de las personas o a roles de género, sea su origen legal o convencional<sup>16</sup>.

### 3. Elementos esenciales de los permisos retribuidos

Como ya se ha indicado, los permisos retribuidos tienen como finalidad exonerar a la persona trabajadora de la obligación de prestar servicios en un momento dado, al primar el ordenamiento jurídico la atención de otros menesteres de carácter personal, por regla general necesarios y urgentes. Por tanto, los elementos sobre los que pivota esta institución son dos: por un lado, la concurrencia de una causa descrita a nivel legal o convencional y, por otro lado, el efecto que puede desencadenar dicha causa, que es la exoneración del deber de trabajar<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhiere la Magistrada Excmo. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Virolès Piñol, a la sentencia del Pleno dictada en el recurso de casación nº 141/2018.

<sup>15</sup> STS de 24 de febrero de 2006, rec. 119/2004, f. j. 8º.

<sup>16</sup> De hecho, la sentencia no solo se remite a los permisos señalados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de diciembre de 2019, sino que también extiende la tacha de discriminación a la exclusión del cómputo de las horas correspondientes a permisos acuñados por el convenio colectivo aplicable, como el permiso para “acompañar a hijos menores de 15 años a urgencia médica no previsible en horas coincidentes con el horario de trabajo” (SAN de 27 de abril de 2020, proc. 261/2019, f. j. 8º).

En todo caso, como precedente a esta doctrina jurisprudencial recogida ya por la Audiencia Nacional hay que traer a colación la STS de 18 de mayo de 2016, rec. 140/2015, en la que se examina una cláusula convencional que excluía los días de absentismo justificado del tiempo de trabajo computable a efectos de ascender en los niveles de promoción económica. El Supremo, siguiendo el criterio previo de la Audiencia Nacional en el caso de autos, declara válida la exclusión del cómputo de los días de excedencia y permisos retribuidos, salvo cuando la causa del permiso o excedencia tenga relación con el derecho de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar o esté vinculada a otros derechos fundamentales (f. j. 7º).

<sup>17</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, cit., 30.

### 3.1. Adecuación entre la causa y el uso del permiso

La exigencia de causalidad no se agota en la descripción legal o convencional de unas situaciones que justifican el derecho al permiso, sino que además comprende la adecuación de su uso a la causa que lo desencadena. En numerosas sentencias el Tribunal Supremo ha subrayado que los permisos no se conceden para la libre disposición, la holganza o el descanso de las personas trabajadoras, pues el uso de esta institución con dicha finalidad u otra que no tenga relación con la causa descrita en el ordenamiento o en el convenio colectivo constituiría un fraude o abuso de derecho merecedor del correspondiente reproche empresarial<sup>18</sup>. De ahí la exigencia de justificación con posterioridad a su disfrute. La justificación debe versar sobre la concurrencia de la causa desencadenante, sea de origen legal o convencional, pero en algunos casos también comprende el propio uso del permiso por parte de su titular, poniendo así de manifiesto que el vínculo entre la causa y el uso del permiso es más estricto en unos supuestos que en otros. O bien, desde otra perspectiva, que la causa no siempre cuenta con el mismo grado de amplitud y concreción, lo cual incide en la delimitación del uso del permiso.

Así, hay supuestos en los que la causa está vinculada a un uso muy concreto del permiso, hasta el punto de que este puede consistir en la exoneración del trabajo tan solo durante unas horas, las estrictamente necesarias para atender a la causa. Esto sucede, por ejemplo, con los permisos para asistir a exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto, para realizar trámites preceptivos relacionados con la adopción o el acogimiento, o para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Estos permisos tienen una vinculación causal muy intensa y una causa bien delimitada, de modo que se extienden “por el tiempo indispensable”<sup>19</sup>. Además, el artículo 37.3.f) ET especifica que se tendrá derecho al permiso siempre que los exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto o trámites relacionados con la adopción “deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo”. Dado el tenor literal del precepto, la justificación suele exigir la acreditación de que no es posible realizar dichas gestiones fuera del horario de trabajo<sup>20</sup>.

En cambio, en los permisos de accidente, enfermedad grave y hospitalización de familiar, o intervención quirúrgica sin hospitalización, el vínculo entre la causa y el uso del permiso es objeto de una configuración algo más amplia. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que la ley no establece como causa directa del beneficio el cuidado o atención personal que el trabajador haya de prestar al pariente enfermo. En otras palabras, “su causa remota tampoco tiene por qué agotarse en el cuidado o atención personal, física y directa al familiar, porque la enfermedad o el ingreso hospitalario de éste puede requerir de aquel otro tipo de dedicación no directamente relacionada con la atención personal, que igualmente pueda justificar la ausencia al trabajo”<sup>21</sup>. Por eso, en el caso de hospitalización de familiar el alta hospitalaria no determina de forma automática la desaparición de la causa que justifica el permiso y su correspondiente finalización, siendo posible continuar su disfrute aunque el familiar retorne a su domicilio, salvo que haya recibido el alta médica. En consecuencia, solo el alta médica, y no el alta hospitalaria, conduce a la finalización del permiso, pues acredita la conclusión de la situación patológica del familiar, que constituye la razón última del permiso<sup>22</sup>.

Por último, en el extremo opuesto, mostrando una mayor laxitud entre la concurrencia de causa legal y el uso del permiso, se encuentra el permiso por matrimonio, al que el ordenamiento

<sup>18</sup> STS de 21 de septiembre de 2010, rec. 84/2009, f. j. 3º.

<sup>19</sup> Art. 37.3.d) y f) ET.

<sup>20</sup> BLASCO, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2013) 64, 78 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, cit., 33.

<sup>21</sup> STS de 21 de septiembre de 2010, rec. 84/2009, f. j. 3º.

<sup>22</sup> *Ídem*. También SSTS de 13 de junio de 2018, rec. 128/2017, f. j. 2º y de 5 de marzo de 2012, rec. 57/2011, f. j. 4º. Sobre el significado del término “hospitalización”, a fin de concretar la causa del permiso, véase la reciente STS de 15 de julio de 2020, rcud. 11/2019, f. j. 3º.

atribuye una duración de quince días naturales. Su singularidad reside en que, con la salvedad del día en que se celebran las nupcias, no hay en sentido estricto un deber que necesite ser atendido de manera urgente por la persona trabajadora y que, por tanto, genere una incompatibilidad objetiva con el trabajo. Además, el hecho desencadenante, que es la boda, no tiene carácter sobrevenido, sino que su fecha es predeterminada por la persona trabajadora. Todo ello implica un menor nivel de urgencia o necesidad, si se lo compara con el resto de los permisos<sup>23</sup>.

Esta singularidad prácticamente elimina la relación entre la causa y el uso del permiso, que sin embargo resulta tan exigente en otras ocasiones, según se ha visto. Y es que, a pesar de que la realización de un viaje a continuación de las nupcias sigue siendo una práctica frecuente, en realidad no pesa sobre la persona trabajadora ninguna obligación jurídica de dedicar el tiempo del permiso por matrimonio a una actividad concreta, lo que produce la aproximación de este permiso a un tiempo de libre disposición.

Dejando de lado el análisis pormenorizado de cada permiso, conviene destacar que el vínculo entre la causa y el uso del permiso resulta clave para resolver algunos problemas que se pueden dar en la práctica, como la desaparición prematura de la causa antes de que concluyan los días de permiso o el hecho de que esta tenga lugar durante un periodo en el que no hay obligación de prestar servicios, por ejemplo, porque la relación laboral esté suspendida o porque coincida con vacaciones o días festivos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece claro que, si la causa desaparece antes de que se haya agotado la duración legal o convencional del permiso, se pierde el derecho a concluir su disfrute. Esta situación puede darse cuando se suceden los hechos causantes de varios permisos, en cuyo caso la doctrina ha entendido que el nacimiento de un nuevo permiso pone fin al anterior, aunque este no se haya disfrutado íntegramente<sup>24</sup>. Sin embargo, esta respuesta solo es válida cuando la causa del segundo hecho causante –por ejemplo, fallecimiento del familiar frente a su previa enfermedad grave, accidente u hospitalización– provoca la desaparición de la primera<sup>25</sup>. En cambio, si no hay ninguna relación entre la causa de los permisos que se suceden, el permiso posterior no tiene por qué poner fin al primero. Así, si el fallecimiento de un familiar se produce durante el disfrute del permiso por matrimonio, este no se agota, pues su causa no ha desaparecido. Problema distinto es si al finalizar uno de los permisos podrían disfrutarse los días correspondientes al otro, cuestión que se abordará más adelante.

### 3.2. Razonable inmediación

A la vista de todo lo dicho resulta evidente que el permiso solo tiene sentido cuando sirve para atender a la causa que lo genera, de ahí que la jurisprudencia exija una cierta inmediatez temporal entre el hecho causante del permiso y su efectivo disfrute<sup>26</sup>. Este concepto jurídico indeterminado cuenta con una amplia tradición, pues el Tribunal Central de Trabajo ya puso de manifiesto la necesidad de que concurriese una “razonable inmediación” entre el hecho desencadenante y el uso de la licencia, precisamente para preservar la causalidad de la institución<sup>27</sup>.

La expresión “razonable inmediación” evidencia que no es precisa una total coincidencia entre el hecho causante y el disfrute del permiso, sino que basta una proximidad temporal adecuada para

<sup>23</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, cit., 73.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, cit., 16.

<sup>25</sup> Otro ejemplo puede ser el permiso por matrimonio y el permiso por mudanza. Véase BLASCO, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, cit., 55, 56.

<sup>26</sup> SSTs de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, f. j. 2º y de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 2º.

<sup>27</sup> STCT de 29 de agosto de 1983, y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, cit., 52.

que este último pueda cumplir su finalidad. Por lo tanto, una vez acaecido el hecho causante, el permiso debe disfrutarse en un momento suficientemente cercano para que la persona trabajadora pueda atender a las necesidades protegidas por la causa.

Con todo, no siempre es fácil determinar cuándo existe esa “razonable inmediatez”, pues no todos los permisos mantienen una relación igualmente estrecha o inmediata con el hecho causante. Entre los permisos que ofrecen menos dificultades para apreciar la razonable inmediatez se encuentran los de asistencia a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto; asistencia a sesiones de información y preparación para la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; así como fallecimiento o accidente de familiar. En todos ellos se da una situación más o menos sobrevenida que requiere la atención urgente de la persona trabajadora<sup>28</sup>.

Por el contrario, cuando las necesidades generadas por el hecho causante no consisten en un hecho puntual, sino que se extienden en el tiempo, o bien son menos urgentes, la determinación de la razonable inmediatez no surge de modo tan evidente. Como ejemplo de ello se pueden mencionar los permisos por enfermedad grave y hospitalización de familiares. Teniendo en cuenta que ambas situaciones pueden tener una duración más o menos prolongada, se plantea la cuestión de cuándo se puede solicitar dicho permiso. Aunque en ocasiones se ha considerado que el permiso pretende atender al momento en el que la persona trabajadora conoce la gravedad de la patología, lo que excluye su disfrute en un momento posterior<sup>29</sup>, no parece esta una interpretación acorde con la necesaria conciliación de la vida laboral y familiar, cuyas particularidades pueden requerir la presencia de la persona trabajadora al lado del enfermo en momentos posteriores al inicio de su enfermedad, siempre que persistan las condiciones de gravedad y de hospitalización<sup>30</sup>.

Algo similar sucede respecto del permiso por traslado del domicilio, cuyo hecho causante no se identifica con la mudanza en sentido estricto, ni se limita a ella. Por tanto, el permiso podría tener lugar en cualquier momento razonablemente próximo al traslado efectivo en el que hubiese que realizar trámites u otras gestiones relacionadas con el cambio de domicilio habitual<sup>31</sup>.

Por último, también en el caso del permiso por matrimonio la razonable inmediatez puede ser objeto de una interpretación más flexible, a pesar de que el hecho causante tiene carácter puntual, dada la menor urgencia objetiva en el disfrute del permiso, que hace que este pueda comenzar unos días antes o después de la ceremonia nupcial<sup>32</sup>. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido en que la fecha del matrimonio ha de estar incluida dentro de los días de permiso, salvo cuando la celebración tenga lugar en día no laborable<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> El Tribunal Supremo ha manifestado que el permiso de fallecimiento de familiar y el ya desaparecido permiso por nacimiento de hijo “tienen su causa en un acontecimiento que se produce de una sola vez, en un momento determinado. Y si los permisos de que tratamos tienen su causa y razón de ser en esta clase de acontecimientos, es totalmente lógico estimar que el disfrute de estos permisos tiene que hacerse efectivo en el tiempo inmediatamente siguiente a aquél en que tuvo lugar el correspondiente nacimiento o fallecimiento (...) si la licencia se hace realidad uno o varios meses después del nacimiento del hijo (o de la muerte del familiar), difícilmente puede afirmarse que tal licencia se concede por este nacimiento o esta defunción. La razón de ser de estos permisos se debe a la gran importancia, muy especial significado y enorme carga de sentimientos y emociones que los referidos acontecimientos tienen para toda persona; de ahí que el disfrute de los mismos tenga que ser hecho efectivo en el momento en que tales sucesos acontecen, es decir, en el día en que se produjeron y en los inmediatos siguientes” (STS de 17 de enero de 2008, rec. 24/2007, f. j. 2º).

<sup>29</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, cit., 124.

<sup>30</sup> BLASCO, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, cit., 48-50.

<sup>31</sup> STS de 7 de mayo de 1992, rec. 1755/1991, f. j. 3º.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, cit., 85 y BLASCO, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, cit., 25, 26.

<sup>33</sup> SSTS de 12 de mayo de 2009, rec. 4/2008, f. j. 3º y 4º; de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 3º.2 y 4º.2; y de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, f. j. 4º.

No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido que la negociación colectiva pueda optar por una interpretación más generosa de la razonable inmediación, flexibilizando el nexo entre el acaecimiento del hecho causante y el momento de disfrute del derecho, pues ello constituye una mejora del régimen legal de los permisos y, como ya se ha indicado, el artículo 37.3 ET es un precepto imperativo de derecho necesario relativo<sup>34</sup>. Sin embargo, para que este tipo de cláusulas sean válidas es preciso que se cumplan ciertos requisitos. En primer lugar, que no conduzcan a una desnaturalización de los permisos, que se produciría cuando su disfrute retardado ya no respondiese a la causa legal o convencional, sino a otras diferentes, aunque pudieran tener vinculación o conexión con aquélla. En segundo lugar, que el tenor literal de la disposición negociada refleje expresa y claramente la posibilidad de posponer el disfrute del permiso, pues si no se dice nada al respecto no puede admitirse su cumplimiento tardío, ya que ello va en contra de la propia causa y naturaleza del mismo. En tercer y último lugar, el Tribunal Supremo advierte de que solo puede admitirse el cumplimiento tardío de esta clase de permisos si la norma que los regula fija el plazo o límite temporal dentro del cual es posible efectuar ese cumplimiento; es decir, será preciso determinar un período de tiempo durante el que el permiso puede llevarse a efecto, siendo totalmente inaceptable el establecimiento de tal cumplimiento tardío sin límite temporal alguno<sup>35</sup>.

Muestra de este tipo de disposiciones es, por ejemplo, una cláusula de un convenio colectivo que establece que el disfrute de los permisos podrá iniciarse dentro de los diez días naturales siguientes al acaecimiento del hecho causante. La comedida separación entre el hecho causante y el disfrute del permiso, así como la clara acotación del periodo dentro del cual deberá comenzar tal disfrute apoyan la validez de la disposición, que no quiebra la causalidad ni la razonable inmediación propias de esta institución<sup>36</sup>.

### 3.3. La exoneración del deber de trabajar

Junto con la causa, la exoneración del deber de trabajar es el otro elemento esencial de los permisos<sup>37</sup>. La presencia de dicho requisito se desprende de la lógica interna de esta institución, cuya finalidad es precisamente liberar a las personas trabajadoras de la obligación de prestar servicios cuando concurren circunstancias relevantes, casi siempre de orden personal o familiar, cuya atención resulta incompatible con el trabajo.

A partir de esta premisa, el solapamiento entre el trabajo y el hecho desencadenante del permiso parece configurarse como un requisito necesario para su uso. De hecho, como ya se ha destacado, algunos permisos del artículo 37.3 ET referidos a gestiones puntuales y de duración limitada requieren incluso la coincidencia horaria del hecho causante con la jornada de trabajo<sup>38</sup>. Esta exigencia podría afectar de manera negativa a las personas adscritas a horario nocturno, pues difícilmente el hecho causante tendrá lugar dentro de su horario de trabajo, con la consiguiente reducción de sus posibilidades de hacer uso de los citados permisos, debiendo afrontar dichas activi-

<sup>34</sup> STS de 29 de marzo de 2017, rec. 61/2016, f. j. 4º.

<sup>35</sup> STS de 17 de enero de 2008, rec. 24/2007, f. j. 2º.

<sup>36</sup> En el caso de autos, los permisos cuyo inicio podía diferirse eran los de fallecimiento de cónyuge, pareja de hecho o familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; de accidente, enfermedad grave, intervención quirúrgica u hospitalización del de cónyuge, pareja de hecho o familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y el de traslado del domicilio habitual (STS de 29 de marzo de 2017, rec. 61/2016, f. j. 4º).

<sup>37</sup> El Tribunal Supremo subraya esta vertiente llamando la atención sobre el tenor literal del artículo 37.3 ET que, al regular el descanso semanal, las fiestas y los permisos retribuidos dispone que "el trabajador... podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración" (STS de 13 de febrero de 2018, rec. 266/2016, f. j. 2º).

<sup>38</sup> Art. 37.3.d) y f) ET.

dades en su tiempo libre y de descanso. El Tribunal Supremo ha corregido la excesiva rigidez de esta regla respecto de los permisos por razones sindicales del artículo 37.3.e) ET y en general respecto del crédito horario, configurando una excepción a tenor de la cual los representantes sindicales con horario o turno nocturno tendrán derecho al permiso, aunque sus funciones no deban ser desempeñadas dentro de su horario de trabajo, pues de otro modo se dificultaría en extremo y de forma injustificada el ejercicio de la actividad sindical que, como el propio Tribunal subraya, no responde a un interés privado, sino que tiene una relevancia social digna de especial protección<sup>39</sup>.

Pese a todo, no es infrecuente que el hecho causante tenga lugar en un periodo en el que, aunque la relación laboral esté vigente, no haya obligación de trabajar. Esas situaciones plantean numerosas incógnitas respecto del uso de los permisos que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de despejar en los últimos meses.

#### **4. El solapamiento de los permisos con otros tiempos en los que no concurre el deber de prestar servicios**

Como se acaba de indicar, aunque la relación laboral continúe vigente, hay determinados momentos o periodos en los que se interrumpe de forma temporal la obligación de trabajar. Ello puede suceder a causa de los descansos semanales, los días festivos, las vacaciones, otros permisos o licencias, las suspensiones del contrato de trabajo o las excedencias. Pero también hay que tener en cuenta que no todas las personas trabajan cinco o seis días a la semana o todos los días fijados como laborables en el calendario de la empresa. Ello sucede de forma más acusada cuando el trabajo se realiza a tiempo parcial.

Pues bien, si el hecho causante del permiso acaece durante cualquiera de estas interrupciones de la obligación de prestar servicios se pueden plantear dos situaciones que a su vez dan lugar a diversas preguntas.

En primer lugar, si el solapamiento entre el permiso y la previa interrupción de la relación laboral es total, es decir, la interrupción previa es más amplia que la duración del permiso, hay que plantearse si los días de permiso pueden ser disfrutados una vez que haya concluido la interrupción de la relación laboral o si, por el contrario, la institución del permiso no debe operar en estos supuestos, dado que, ciertamente, no se plantea el conflicto entre el trabajo y la atención de deberes extralaborales que constituye su razón de ser.

En segundo lugar, cuando el solapamiento entre el permiso y la previa interrupción de la relación laboral es parcial, las preguntas se refieren a su cómputo. Así, no solo hay que determinar cuándo debe iniciarse el disfrute del permiso, especialmente si el hecho causante sucede cuando no hay obligación de prestar servicios, sino también si los días en que sobreviene el solapamiento computan como días de permiso o no.

##### *4.1. La coincidencia de los permisos con vacaciones y descanso semanal ante el Derecho de la Unión Europea. El asunto Fetico*

La polémica entre el solapamiento de los permisos retribuidos del artículo 37.3 ET y los periodos de vacaciones u otros descansos ha adquirido recientemente una relevancia especial al dar lugar al

<sup>39</sup> STS de 18 de marzo de 1986, f. j. 2º, RJ\1986\1347. En el mismo sentido, STS de 3 de julio de 1989, f. j. 1º, RJ\1989\5423.

planteamiento de una cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 4 de junio de 2020<sup>40</sup>.

La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional contempla el solapamiento entre el hecho causante de los permisos retribuidos y las vacaciones o descansos desde una perspectiva diferente a las anteriormente expuestas, que se centra en la posibilidad real de hacer efectiva la finalidad de ambas instituciones. En efecto, según la Audiencia, “si se produce cualquiera de los acontecimientos previstos por la normativa nacional durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas, se superpondrían dos imperativos diferentes, a saber, el descanso que estos períodos persiguen garantizar a los trabajadores y la necesidad o la obligación de que trae causa el permiso retribuido de que se trate contemplado por dicha normativa. Si, en tal caso, no cupiera la posibilidad de diferir el disfrute del permiso retribuido a un momento distinto de los referidos períodos, estos últimos se vaciarían de contenido, puesto que los trabajadores tendrían que dedicarlos a atender a las necesidades y obligaciones para las que están previstos los permisos retribuidos”<sup>41</sup>. A juicio de la Audiencia Nacional, la imposibilidad de disfrutar de los días de permiso una vez concluido el periodo de descanso podría colisionar con los artículos 5 y 7 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, en los que se regulan el descanso semanal y las vacaciones anuales, respectivamente, al interferir en la consecución de su finalidad, que es la recuperación física y psicológica tras un periodo de trabajo, así como el ocio y el esparcimiento.

Es evidente que la Audiencia Nacional tiene en cuenta la asentada y muy relevante doctrina del Tribunal de Justicia relativa al solapamiento entre las vacaciones y el permiso por maternidad o la incapacidad temporal para comprobar si parte de ese razonamiento puede aplicarse a la situación planteada en la cuestión prejudicial. Pero, aparte de las consideraciones que hace en la sentencia el Tribunal de Justicia, hay que llamar la atención sobre una diferencia fáctica entre tales supuestos, pues mientras el solapamiento entre las vacaciones y las suspensiones por maternidad o por incapacidad temporal produciría como resultado la imposibilidad de disfrutar de las vacaciones, que quedarían subsumidas en las bajas, de no aplicarse la doctrina correctora del Tribunal de Justicia, en el caso de la coincidencia entre las vacaciones y los permisos retribuidos es esta última institución la que queda anulada por la primera, y no al revés. Y es que el disfrute de los días de vacaciones no se ve afectado, al menos formalmente aunque, como plantea la Audiencia Nacional, su finalidad pueda verse menoscabada por la atención de las necesidades relacionadas con los permisos.

En síntesis, la respuesta del Tribunal de Justicia, que descarta una colisión entre el Derecho interno y el Derecho de la Unión Europea, se articula en torno a dos ejes mediante los cuales se pretende destacar las particularidades que impiden aplicar a este supuesto las soluciones arbitradas respecto de las bajas por maternidad, por un lado, y las bajas por incapacidad temporal, por otro.

Así, el Tribunal reconoce que de su reiterada jurisprudencia en torno a la coincidencia del periodo de baja por maternidad con las vacaciones “se desprende que un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho con distinta finalidad que el primero”<sup>42</sup>. Ahora bien, esta doctrina no es aplicable al caso planteado por la Audiencia Nacional porque los permisos retribuidos previstos por la normativa legal y convencional invocada no forman parte del Derecho de la Unión Europea, que no los incluye en la Directiva 2003/88/CE, y por tanto son fruto del ejercicio de las competencias exclusivas de un Estado miembro<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> STJUE (Gran Sala) de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18, Feticio y otros.

<sup>41</sup> *Ibid.*, apartado 22.

<sup>42</sup> *Ibid.*, apartado 40.

<sup>43</sup> *Ibid.*, apartado 31.

Ni siquiera podría aplicarse esta doctrina si se considerase que el permiso por enfermedad o accidente de familiar recogido en la normativa interna está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental –ya derogada, pero aplicable al caso por razones temporales–. Y ello porque el derecho a ausentarse del trabajo por fuerza mayor en caso de enfermedad o accidente de familiar previsto en la cláusula 7.1 del Acuerdo Marco no puede asimilarse a un permiso, en el sentido que le atribuye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>44</sup>.

Pero, el hecho de descartar la aplicación de la jurisprudencia sobre el solapamiento de dos permisos garantizados por el Derecho de la Unión a la cuestión prejudicial planteada no implica la automática resolución de la misma, pues, como recuerda el Tribunal, el ejercicio de las competencias propias por parte de los Estados miembros no puede menoscabar el Derecho de la Unión Europea, concretado en este caso en el disfrute efectivo de los períodos mínimos de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas previstos en los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE<sup>45</sup>. Es decir, el Tribunal pretende comprobar ahora si el argumento utilizado para resolver el solapamiento entre las vacaciones y las bajas por incapacidad temporal –que no son objeto de regulación en el Derecho de la Unión– se puede aplicar a la cuestión planteada por la Audiencia Nacional.

El Tribunal responde negativamente a esta segunda cuestión con base en un elemento constitutivo de los permisos que, como se verá, también ha de ser determinante en la respuesta aportada por el Tribunal Supremo a los conflictos entre el disfrute de los permisos y las vacaciones. Se trata de la exoneración del deber de trabajar como finalidad y efecto principal de esta institución. Así, el Tribunal de Justicia indica que “en la medida en que únicamente tienen por objeto permitir a los trabajadores ausentarse del trabajo para atender a ciertas necesidades u obligaciones determinadas que requieren de su asistencia personal, los permisos retribuidos contemplados en las disposiciones controvertidas en los litigios principales están indisolublemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas”<sup>46</sup>.

Esta característica, además, diferencia a los permisos retribuidos de la baja por incapacidad temporal e impide aplicar la jurisprudencia elaborada en torno al solapamiento de la misma con las vacaciones<sup>47</sup>.

En definitiva, los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE, que regulan los períodos de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas, no “obligan a un Estado miembro cuya normativa nacional contempla el disfrute de permisos retribuidos a concederlos por el mero hecho de que alguno de los acontecimientos contemplados en esta normativa acaezca en alguno de estos períodos, y por lo tanto haciendo caso omiso de los demás requisitos de obtención y concesión establecidos por dicha normativa”<sup>48</sup>.

A la vista de todo lo anterior, el Tribunal concluye que el Derecho de la Unión Europea no es aplicable al supuesto planteado por la Audiencia Nacional. Por tanto, la problemática derivada del solapamiento del hecho causante de los permisos con periodos de descanso ha de ser resuelta a nivel nacional, conforme a las normas legales y convencionales que conforman el ordenamiento jurídico interno.

<sup>44</sup> *Ibid.*, apartado 41.

<sup>45</sup> *Ibid.*, apartados 32 a 34.

<sup>46</sup> *Ibid.*, apartado 36.

<sup>47</sup> *Ibid.*, apartado 36.

<sup>48</sup> *Ibid.*, apartado 38.

#### 4.2. La coincidencia de los permisos con suspensiones y vacaciones: posición de los tribunales internos

La concurrencia de causas de permiso retribuido durante un periodo en el que la relación laboral se encuentra suspendida en virtud del artículo 45 ET no ha sido fuente de una litigiosidad significativa en el ámbito interno. Hay que recordar que durante la suspensión dejan de aplicarse las obligaciones principales del contrato de trabajo –prestar servicios y retribuirlos–, manteniéndose únicamente algunas obligaciones accesorias. Esta configuración legal de la suspensión hace difícil que dentro de ella pueda operar la institución de los permisos. Además, el principio de razonable inmediación obstaculiza la tesis de que pueda retrasarse el disfrute del permiso hasta el momento en que concluya la suspensión si la separación temporal desvirtúa la causa por la que este se concede. A pesar de todo, alguna sentencia dictada en suplicación se ha pronunciado sobre las consecuencias jurídicas de la coincidencia entre el matrimonio –hecho causante del permiso regulado en el artículo 37.3.a) ET– y la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

En efecto, la sentencia del TSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2008 examina el caso de una trabajadora que contrae matrimonio durante su baja por maternidad y que, al reincorporarse a su puesto de trabajo, más de un mes después del hecho causante, solicita los días de permiso correspondientes, petición que es rechazada por la empresa. De forma escueta pero muy contundente el Tribunal señala que “la situación de maternidad, en modo alguno, puede producir un perjuicio para la madre trabajadora, de forma tal que, finalizado el correspondiente periodo de suspensión del contrato por esta causa, tiene derecho a disfrutar del permiso de matrimonio”, invocando en apoyo de esta conclusión el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que establece que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”<sup>49</sup>.

Al centrar su razonamiento en el principio de igualdad y no discriminación el Tribunal no se plantea dos cuestiones que posiblemente hay que tener en cuenta, como son el juego de la causalidad o la razonable inmediación en este tipo de supuestos, por un lado, y si verdaderamente la falta de disfrute del permiso en tales circunstancias constituye un perjuicio para la persona trabajadora, por otro lado.

En todo caso, la reflexión sobre tales cuestiones debe tener en cuenta la singularidad del permiso por matrimonio desde el punto de vista causal, en comparación con el resto de los permisos. Como ya se ha indicado, en el permiso por matrimonio la relación entre la causa y el uso de permiso se diluye pues, aunque su finalidad es facilitar la celebración de la ceremonia y el inicio de la vida conyugal, no hay una exigencia legal de dedicar el tiempo del permiso a una actividad concreta, lo que lo aproxima a unos días de libre disposición o de vacaciones, a pesar de que el Tribunal Supremo ha manifestado de forma insistente que estas instituciones no son identificables pues persiguen finalidades muy diferentes<sup>50</sup>. Además, ese carácter inespecífico del uso del permiso tiende a reducir la urgencia respecto de su disfrute, de modo que, si bien lo habitual y ordinario es que este se produzca a continuación del hecho causante, no parece contrario a la lógica ni al principio de razonable inmediación que el disfrute pueda posponerse unos días o semanas, por voluntad de la persona trabajadora<sup>51</sup>.

Estas consideraciones explican el pronunciamiento del TSJ de Andalucía, que no solo no se plantea la pervivencia de la causa que da lugar al permiso tras mes y medio desde la celebración

<sup>49</sup> STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2008, rec. 4402/2006, f. j. único.

<sup>50</sup> SSTs de 3 de diciembre de 2019, rec. 192/2018, de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 2º y de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, f. j. 2º.

<sup>51</sup> Alguna sentencia dictada en suplicación adopta a este respecto un criterio extraordinariamente amplio que probablemente no se ajuste a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase al respecto la STSJ de La Rioja de 9 de febrero de 2010, rec. 31/2010, f. j. 3º.

de las nupcias, sino que concibe la negativa de la empresa a conceder los días de permiso como un perjuicio para la trabajadora, como si se tratase de días de vacaciones o de libre disposición.

Si bien el razonamiento del órgano judicial puede tener cierto encaje respecto del permiso por matrimonio, es dudoso que pueda mantenerse respecto de otros permisos cuyo hecho causante hubiera acaecido durante la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, como por ejemplo los permisos por fallecimiento o accidente de familiar. Dado el carácter más estricto de la causa en estos últimos permisos, no parece que pudiera defenderse el derecho de la trabajadora a disfrutar de los días correspondientes tras la finalización de la baja por maternidad, considerando que lo contrario comportaría un perjuicio derivado de la situación de maternidad.

Problemas similares se han dado cuando el hecho causante de los permisos sucede mientras la persona trabajadora se encuentra de vacaciones, con la diferencia de que son más numerosas las sentencias que abordan esta cuestión, ya que el hecho de que la relación laboral no esté suspendida permite plantearse con mayor facilidad la pregunta acerca del disfrute de los permisos en estos supuestos. Las sentencias dictadas en suplicación no son unánimes en sus respuestas, que dependen del tipo de permiso del que se trate, de su regulación legal o convencional y del momento en que se produce el hecho causante del permiso. Con todo, como regla general los tribunales han sido estrictos en la consideración del principio de razonable inmediación entre el hecho causante y el momento del disfrute del permiso, lo que les ha llevado a denegar este último cuando, a causa del transcurso de las vacaciones, la separación temporal entre ambos sea amplia<sup>52</sup>. Este criterio se relaja en algunas sentencias en las que el hecho causante tiene lugar en el periodo final de las vacaciones, tratándose de circunstancias familiares urgentes motivadas por fallecimiento, enfermedad grave o accidente<sup>53</sup>.

Aunque hasta ahora el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de terciar en este debate, en varias sentencias recientes ha realizado unas breves consideraciones que, sin embargo, por su firmeza y claridad, zanján esta cuestión. Así, el Tribunal parte de la exoneración de la obligación de prestar servicios, como finalidad prioritaria de los permisos, y del principio de razonable inmediación para concluir que “la “ausencia del trabajo” solo está justificada cuando efectivamente hay obligación de trabajar, que no en los periodos de vacaciones o suspensión del contrato en los que no existe la obligación de acudir al puesto de trabajo”. De esta manera se excluye la posibilidad de intercalar días de permiso en el periodo de disfrute de las vacaciones. Pero, además, añade sin ulteriores explicaciones que por ello “tampoco pueden diferirse para un momento posterior en el que se hubiera reanudado la prestación laboral”, pues durante cada uno de los días de permiso debe subsistir la situación de necesidad que lo justifica<sup>54</sup>. Así pues, el Tribunal opta por una interpretación restrictiva muy apegada a la finalidad de los permisos y a sus exigencias de causalidad.

A pesar de todo, hay que tener presente la capacidad de la negociación colectiva para mejorar este régimen mediante el establecimiento de pautas para la resolución de los conflictos que puedan darse cuando el hecho causante de todos o algunos permisos tenga lugar en periodos de suspensión del contrato de trabajo o de descanso<sup>55</sup>. El único límite impuesto a la libertad negocial consiste en

<sup>52</sup> SSTSJ de Galicia de 30 de mayo de 2008, rec. 1276/2008, f. j. 4º, y de Cataluña de 18 de junio de 2002, rec. 7823/2001, f. j. 2º.

<sup>53</sup> STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2003, rec. 4493/2003, f. j. 2º.

<sup>54</sup> STS de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, f. j. 2º *in fine* y STS de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 2º y 3º. En ambas sentencias el Tribunal Supremo se refiere al permiso por matrimonio, circunscribiendo su doctrina sobre el *dies a quo* a los supuestos en que este “se celebre en un momento en que la relación laboral despliegue plenos efectos y no se encuentre suspendida ni en periodo vacacional”, pues de concurrir una “interrupción significativa del contrato de trabajo” el permiso no se podría ejecutar “y mucho menos diferir ... para un momento posterior en el que se hubiera reanudado la relación laboral”. Así pues, en caso de que el permiso de matrimonio se solape con una suspensión del contrato de trabajo o con las vacaciones, el derecho al permiso no se iniciará, sino que quedará subsumido en el periodo de vacaciones o de suspensión contractual. En todo caso, aunque el Tribunal Supremo no lo advierte, el convenio colectivo podría modificar estos efectos, estableciendo una disposición más favorable.

<sup>55</sup> BLASCO, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, cit., 27.

no desnaturalizar la finalidad de los permisos regulados en el artículo 37.3 ET, como ya se ha señalado<sup>56</sup>. En cuanto a los permisos creados por la propia negociación colectiva, la libertad para regular su momento de disfrute es absoluta.

### 4.3. La coincidencia del permiso con días no laborales

#### 4.3.A. La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el *dies a quo* para el cómputo de los días de permiso

La controversia jurídica que ha acaparado mayor atención en los últimos años es la relativa a la determinación del día inicial del cómputo de los días de permiso.

Es decir, en este caso no se plantea que el disfrute del permiso no resulte posible al quedar subsumido en un periodo de mayor amplitud en el que no concurra la obligación de trabajar, como una suspensión contractual o las vacaciones, tal y como se acaba de examinar. Por el contrario, lo que se plantea es que el hecho causante se produzca durante un periodo corto de no trabajo que no rompa el principio de razonable inmediación, pero que arroja dudas en torno al momento en que debe iniciarse el cómputo de los días de permiso<sup>57</sup>. El supuesto de hecho más evidente consiste en la coincidencia del hecho causante con el descanso semanal o con días festivos o no laborales, aunque el mismo problema podría plantearse cuando el hecho causante tiene lugar los últimos días de un descanso más amplio, como las vacaciones.

Como regla general, cuando el hecho causante sobreviene en un día laborable se toma como *dies a quo* ese mismo día, o bien, dependiendo del caso, el día siguiente<sup>58</sup>. Todo ello dejando a salvo la posibilidad de que el convenio colectivo establezca otras reglas relativas al cómputo que constituyan una mejora del régimen legal del artículo 37.3 ET y que no desnaturalicen la institución, que debe mantener su carácter causal.

Ahora bien, el problema se da cuando el mismo día en que se produce el hecho causante o el día siguiente el trabajador no tiene obligación de prestar servicios. En este supuesto las alternativas para la determinación del *dies a quo* son dos: o bien se aplica la regla general según la cual el cómputo del permiso comienza el día en que tiene lugar el hecho causante o al día siguiente, con independencia de que esos días no haya obligación de prestar servicios; o bien se inicia el cómputo del permiso el primer día laborable tras el hecho causante.

Este debate ha tenido mayor trascendencia práctica que los señalados en los apartados anteriores pues, dada la cadencia con la que se intercalan los días de trabajo con los días de descanso semanal, festivos u otros días no laborables, no resulta infrecuente que los hechos causantes se produzcan en estos últimos. De hecho, en algunos casos lo habitual que es que tengan lugar en ellos, como sucede con el matrimonio, cuya celebración suele coincidir con el descanso semanal. Además,

<sup>56</sup> Precisamente, apoyándose en la citada capacidad de la negociación colectiva y en la interpretación del convenio aplicable, alguna sentencia dictada en suplicación reconoció el derecho a disfrutar del extinto permiso por nacimiento de hijo a pesar de que éste hubiese tenido lugar durante las vacaciones o suspensiones del contrato de trabajo (STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2015, rec. 3684/2015, f. j. 2º). Otras veces los convenios son más claros a la hora de establecer de forma indubitada la posibilidad de acumular vacaciones y permisos. Así sucede con frecuencia con el permiso de matrimonio que, como ya se ha dicho, es el que menos objeciones despierta en cuanto a su disfrute aplazado, dada su similitud con un periodo de libre disposición. Véase, como ejemplo de ello, el artículo 58.a) del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA., BOE núm. 153, de 28 de junio de 2011, que indica que si el permiso por coincide con algún periodo vacacional “se disfrutará seguido de aquél”.

<sup>57</sup> La compatibilidad del principio de razonable inmediación con la posibilidad de posponer el *dies a quo* al siguiente día laborable en caso de coincidencia de la ceremonia con días libres del trabajador ya fue señalada por la STS de 12 de mayo de 2009, rec. 4/2008, f. j. 4º.

<sup>58</sup> STS de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 3º.

el modo de determinar el *dies a quo* tiene consecuencias relevantes tanto para el trabajador como para la empresa. Así, si el cómputo se inicia al día siguiente del hecho causante, incluso cuando este sea festivo, la persona trabajadora dispondrá de menos días de no trabajo, al solaparse el permiso con otros días en los que ya concurría la exoneración de trabajar, y el permiso implicará un menor coste económico para la empresa. Por el contrario, si el *dies a quo* coincide con el primer día laborable, la persona trabajadora disfrutará íntegramente sus días de permiso y sus días no laborables y, por su parte, la empresa afrontará un mayor coste económico al tener que retribuirlos todos.

La trascendencia práctica de este asunto no solo se aprecia en el mayor volumen de litigios planteados en el ámbito judicial, sino también en el debate suscitado entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que han mantenido criterios y argumentaciones parcialmente diferentes, dada la parquedad del artículo 37.3 ET<sup>59</sup>. Incluso la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, con la subsiguiente sentencia Fetico, ya analizada, ha venido impulsada por dicha controversia. En todo caso, de los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo durante los primeros meses de 2020 emerge una línea jurisprudencial clara que pone fin a tales disquisiciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el *dies a quo* de los permisos retribuidos del artículo 37.3 ET se articula en torno a dos vertientes. La primera se refiere a la interpretación del precepto legal y, por extensión, de todos aquellos preceptos convencionales que reproducen sin modificación el tenor del artículo 37 ET. La segunda pretende aclarar lo que puede hacer la negociación colectiva respecto de la determinación del *dies a quo*.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, hay que destacar que la posición firmemente mantenida por el Tribunal en diversas sentencias dictadas en marzo del 2020 ya se aprecia en algunas sentencias anteriores, lo que evidencia que la posición del Tribunal no es tan novedosa como pudiera parecer. Ahora bien, cierto es que los anteriores pronunciamientos, uno del 2009 y el otro de 2018, por su carácter aislado, no conformaban jurisprudencia en sentido estricto y tampoco contenían explicaciones tan exhaustivas como las que proporcionan las recientes sentencias<sup>60</sup>.

Pues bien, tanto en estos precedentes como en las sentencias dictadas en marzo de 2020 el Tribunal Supremo toma como elemento clave para interpretar cuál debe ser el *dies a quo* de los permisos cuyo hecho causante acaece en festivo la exoneración del deber de trabajar, que constituye, como ya se ha indicado, el principal efecto y la finalidad de esta institución.

Partiendo de este elemento, la argumentación es así de simple: los permisos se conceden para ausentarse del trabajo en día laborable, pues en día no laborable no hace falta solicitar un permiso, ya que la ausencia del trabajo solo está justificada cuando efectivamente hay obligación de trabajar. Por consiguiente, si el día en que se produce el hecho causante no es laborable resulta claro que no puede iniciarse el permiso, que solo comenzará a materializarse el primer día laborable que le siga. Además, en apoyo de esta conclusión el Tribunal señala que, de iniciarse el cómputo en día no

<sup>59</sup> Este debate ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina científica. Véase al respecto SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “¿Puede posponerse el disfrute de los permisos por razones familiares al momento en que se debería trabajar? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 13 de febrero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 424 (2018) 135-141; MUÑOZ RUIZ, A. B., “El cómputo de los permisos retribuidos: una revisión de la doctrina judicial y de la reciente cuestión prejudicial”, *Trabajo y Derecho*, nº 53 (2019) 45-56; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “La fecha inicial de disfrute de los permisos retribuidos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 145/2018, de 13 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7 (2018) 129-141 y, del mismo autor, “Permisos retribuidos y reglas aplicativas sobre el cómputo de los días de disfrute”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7 (2019); BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Últimas novedades jurisprudenciales en torno a los permisos retribuidos. El *dies a quo* para el cómputo de los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET y la acumulación del permiso de lactancia para su disfrute en jornadas completas”, *Trabajo y Derecho*, nº 46 (2018) 85-92; PEÑA MONCHO, J., “El inicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a la STS 145/2018 de 13 de febrero y las reacciones generadas en la audiencia nacional”, *IUSLabor*, nº 1 (2019) 342-352.

<sup>60</sup> SSTs de 12 de mayo de 2009, rec. 4/2008, f. j. 4º y de 13 de febrero de 2018, rec. 266/2016, f. j. 2º. Así, por ejemplo, el supuesto analizado en la sentencia de 2009 es muy acotado: el tribunal examina el *dies a quo* de un permiso por matrimonio de carácter convencional, aunque idéntico al previsto en el ET, que coincide con días libres, no planteándose qué sucede cuando se trata de otro permiso y cuando los días de no trabajo son de otra índole (por ejemplo, descanso semanal).

laborable, se privaría de uno o más días de permiso a la persona trabajadora, lo cual es contrario al espíritu del art. 37.3 ET<sup>61</sup>.

El segundo aspecto que aclara el Tribunal Supremo es que, al igual que sucede con el resto de los elementos presentes en el artículo 37.3 ET, la regulación legal constituye un mínimo de derecho necesario relativo, de modo que el convenio puede establecer un régimen distinto respecto del *dies a quo*, siempre que no resulte menos favorable que el legal. En realidad, tampoco se trata de una posición jurisprudencial nueva, pues, como ya se ha visto en diversas ocasiones, el Tribunal Supremo ha convalidado cláusulas convencionales que flexibilizaban el principio de razonable inmediación entre el hecho causante y el disfrute del permiso<sup>62</sup>. Lo único que hace ahora el Tribunal es recoger esa doctrina y aplicarla de manera más explícita a la determinación del *dies a quo*.

El mínimo de derecho necesario que establece el artículo 37.3 ET respecto del *dies a quo* cuando el hecho causante sucede en día no laborable, teniendo la relación laboral plena eficacia, es que el cómputo no se inicia hasta el primer día laborable, pues solo de este modo se logra preservar la duración legal del permiso. En uno de sus recientes pronunciamientos el Supremo convalida una cláusula convencional de la que se desprende que los días de permiso por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica de parientes comenzarán a computarse desde el momento en que se produzca el hecho causante, aunque coincida con un día no laborable. La razón por la cual el Tribunal entiende que en este caso no es obligado situar el *dies a quo* en el siguiente día laborable radica en que la duración convencional de tales permisos era superior a la legal, de modo que el inicio del permiso en día no laborable no implicaba una merma en los derechos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, pues no rebajaba en la práctica la duración del permiso por debajo de la legal<sup>63</sup>.

En definitiva, si la norma convencional regula la duración de los permisos de forma más favorable que el ET, también podrá fijar el *dies a quo* en días no laborables, siempre que el resultado—esto es, los días de permiso disfrutados—no sea inferior al garantizado por el ET<sup>64</sup>.

Del mismo modo, puesto que la doctrina del Supremo sobre el *dies a quo* se circunscribe a los permisos previstos legalmente, cuando el convenio colectivo establezca permisos diferentes a los del artículo 37.3 ET, podrá establecer con total libertad su *dies a quo*, sin quedar vinculado por esta jurisprudencia<sup>65</sup>.

#### 4.3.B. El cómputo de los días de permiso una vez que ya se ha iniciado su disfrute

El artículo 37.3 ET atribuye una duración concreta a cada uno de los permisos retribuidos que enumera y, como se acaba de ver, esta duración constituye un mínimo de Derecho necesario susceptible de mejora por la autonomía colectiva. Sin embargo, del precepto legal no se deduce con claridad

<sup>61</sup> Todos estos argumentos se encuentran ya presentes en la STS de 13 de febrero de 2018, rec. 266/2016, f. j. 2º. Aunque en esta sentencia el Tribunal Supremo interpreta los permisos de matrimonio, nacimiento de hijo, enfermedad, fallecimiento u hospitalización de familiar de un convenio colectivo, estos son idénticos a los del art. 37.3 ET, al que también se refiere. Por lo tanto, la doctrina vertida también sirve para interpretar el alcance del texto legal en esta materia. Recientemente reproducen y amplían esta doctrina las SSTS de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 3º y 4º y de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, que de nuevo aborda la interpretación de una cláusula convencional, pero el Tribunal advierte de que “la redacción del convenio no difiere en esencia de lo dispuesto en el artículo 37.3 ET”, de modo que se aplica la doctrina general sobre el *dies a quo* de los permisos retribuidos. Sobre estos últimos pronunciamientos, véase LAHERA FORTEZA, J., “Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº 448 (2020) 169-174 y RIVAS VALLEJO, P., “El cómputo del *dies a quo* en los permisos retribuidos en la jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 6 (2020).

<sup>62</sup> Véanse las ya citadas SSTS de 17 de enero de 2008, rec. 24/2007 y de 29 de marzo de 2017, rec. 61/2016.

<sup>63</sup> STS de 11 de marzo de 2020, rec. 188/2018, f. j. 9º.4 y 5.

<sup>64</sup> *Ibid.*, f. j. 9º.4.

<sup>65</sup> *Idem.*

cuál es el mínimo imperativo, pues la norma no indica si se refiere a días laborables o días naturales, salvo en el permiso por matrimonio.

En efecto, el permiso de matrimonio es el único que especifica que los días establecidos son naturales. Con independencia de cómo se determine el *dies a quo*, lo que no ofrece duda es que, tratándose de días naturales, los días no laborables comprendidos dentro de los quince días de permiso quedan englobados en su cómputo. Según ha señalado recientemente el Tribunal Supremo, el hecho de que el artículo 37.3.a) ET se refiera a días naturales “solo significa que en el cómputo de tales quince días, una vez iniciado su devengo, no pueden excluirse los que no sean laborables para el trabajador”<sup>66</sup>. Obviamente, todo ello, salvo mejora del convenio colectivo.

Pero la cuestión no está tan clara respecto de los otros permisos del artículo 37.3 ET, en los que el sustantivo “días” no va acompañado de ningún adjetivo, suscitando la duda de si han de computarse solo los días laborables, o bien si, una vez iniciado el disfrute del permiso, este se extiende también a los días no laborables que queden comprendidos dentro de su duración legal, de la misma manera que sucede con el permiso por matrimonio. Se trata de un tema relevante, pues del modo de cómputo depende la duración efectiva del permiso que debe ser respetada en todo caso por la negociación colectiva.

Hasta marzo de 2020 el Tribunal Supremo no había tenido ocasión de manifestarse sobre este extremo. La única referencia al respecto se contenía en la sentencia de 13 de febrero de 2018, en la que el Tribunal, tras razonar que el *dies a quo* de todos los permisos debe situarse en el primer día laborable, pues en día festivo no hace falta, puntualizaba que esta es una “cuestión distinta a la del cómputo de los días del permiso iniciado”, dado así a entender que en ese cómputo ulterior podrían incluirse días no laborables<sup>67</sup>.

Sin embargo, una de las sentencias dictadas el 11 de marzo de 2020 despeja esta cuestión, y además lo hace de forma novedosa y opuesta al criterio tradicional, siguiendo una línea conexas con el razonamiento mantenido por el Tribunal para la determinación del *dies a quo*<sup>68</sup>. En esta sentencia el Tribunal debe decidir cómo ha de llevarse a cabo el cómputo de diversos permisos previstos en un convenio colectivo, algunos de ellos idénticos a los del art. 37.3 ET, tanto en su causa como en su duración. El convenio, al igual que el Estatuto de los Trabajadores, no especificaba si los días de permiso eran naturales o laborables. Pues bien, el Tribunal Supremo reitera que “el permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues –de lo contrario– carecería de sentido que su principal efecto fuese “ausentarse del trabajo”; en consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario”<sup>69</sup>.

De ahí se deduce, en primer lugar, que la duración asignada por el artículo 37.3 ET a todos los permisos, salvo al de matrimonio, debe entenderse fijada en días laborables. Por tanto, si en el curso del disfrute del permiso quedan comprendidos uno o más días no laborables, el cómputo se suspende y se reanuda en el siguiente día laborable<sup>70</sup>. Esta solución no debería ser aplicable a los periodos no laborables más amplios, como las vacaciones o las suspensiones del contrato de trabajo,

<sup>66</sup> STS de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, f. j. 4º.

<sup>67</sup> STS de 13 de febrero de 2018, rec. 266/2016, f. j. 2º.

<sup>68</sup> STS de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018.

<sup>69</sup> STS de 11 de marzo de 2020, rec. 192/2018, f. j. 4º.

<sup>70</sup> De este modo el Tribunal Supremo se aparta de la vieja doctrina del Tribunal Central de Trabajo, que se ha venido aplicando en defecto de jurisprudencia más moderna al respecto. Véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “¿Puede posponerse el disfrute de los permisos por razones familiares al momento en que se debería trabajar? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 13 de febrero”, cit., 136, 137. Probablemente por ello algunos autores toman con prudencia las afirmaciones del Tribunal Supremo a este respecto, entendiendo que la cuestión no puede darse por zanjada y esperando que pueda ser aclarada en futuras sentencias (LAHERA FORTEZA, J., “Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo”, cit., 172-174).

pues en tales casos quebraría el principio de razonable intermediación, aunque el convenio colectivo podría optar por una solución más favorable para las personas trabajadoras.

En segundo lugar, cuando el convenio colectivo regule expresamente los permisos retribuidos, si a la hora de establecer la duración de los permisos no dice nada, el cómputo de los días de permiso se hará teniendo en cuenta días laborables –que es precisamente lo que sucedía en el caso analizado por la sentencia–. Ahora bien, la negociación colectiva puede evitar este efecto indicando expresamente que se trata de días naturales, con la única condición de que el resultado práctico no sea peor al que le correspondería a la persona trabajadora de ser de aplicación el régimen legal del artículo 37.3 ET. Es decir, la opción del convenio colectivo por el cómputo en días naturales no puede dar lugar a permisos más cortos que los que corresponderían si este se hiciese en días laborables.

#### 4.3.C. Algunas dificultades en torno a la identificación de los días laborables y la jornada de trabajo afectados por los permisos

Por último, hay que referirse a una última cuestión que se desprende de la jurisprudencia anterior y que se refiere al concepto de día laborable. Si bien el concepto de día natural no ofrece dudas, pues comprende todos los días del año, el concepto de día laborable en el marco de la relación de trabajo puede tener dos acepciones: puede tratarse de los días señalados como de actividad productiva en términos globales en la empresa o centro de trabajo, con independencia de que no toda la plantilla acuda a trabajar simultáneamente; o bien puede tratarse de los días en que efectivamente ha de prestar servicios la persona trabajadora titular del derecho al permiso retribuido.

Si los permisos han de computarse en días laborables, siempre que una norma legal o convencional no opte por el cómputo en días naturales, es preciso determinar si aquellos son los días laborables para la empresa o para la persona trabajadora, pues las dos acepciones podrían no coincidir. Al margen de que alguna sentencia dictada en el pasado optase por la interpretación de que se trata de los días laborables en la empresa o centro de trabajo<sup>71</sup>, la solución que se desprende de la actual doctrina del Tribunal Supremo en esta materia es que hay que tener en cuenta los días laborables para la persona trabajadora, pues este es el enfoque adopta el Tribunal en las sentencias de marzo de 2020 cuando indica que el permiso solo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar. En consecuencia, si una persona tiene derecho a un permiso de cinco días laborables, por ejemplo, y solo presta servicios tres días a la semana, seguirá haciendo uso del mismo la semana siguiente, aunque la semana laborable en la empresa sea más amplia, siempre que persista la situación de necesidad que lo ha motivado.

La opción del Tribunal Supremo por centrarse en la jornada real de la persona trabajadora, a efectos de determinar sus días de permiso se deduce también de la postura adoptada respecto de los trabajadores sujetos a jornadas irregulares. Sin embargo, en estos casos el Tribunal admite el establecimiento por parte del convenio colectivo de reglas correctoras cuando la distribución irregular no solo alcanza a los días de trabajo mensuales, sino también a las horas de trabajo diarias.

En efecto, a lo largo de 2020 el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de analizar la problemática que presenta el cómputo de horas asignadas a los días de permiso en el sector de empresas de seguridad, donde se ha producido históricamente una fuerte conflictividad en torno a esta cuestión derivada de las particularidades que presenta la determinación de la jornada diaria<sup>72</sup>. En efecto, es práctica habitual en estas empresas la fijación de los horarios de trabajo en función de las necesida-

<sup>71</sup> STS de 12 de julio de 1993, rec. 1000/1992.

<sup>72</sup> STS de 12 de marzo de 2020, rec. 175/2018.

des de los clientes, lo que en muchas ocasiones obliga a elaborar cuadrantes horarios con carácter mensual. Por esta razón, el convenio colectivo sectorial fija la jornada en términos anuales y mensuales, pero no diarios. Puesto que las horas de trabajo diarias también son variables, el convenio sectorial ha optado por aplicar un sistema proporcional, que atribuye a cada día de permiso un número de horas calculadas en función de la jornada mensual, es decir, una jornada promedio. A ello se añaden ciertas garantías para evitar, primero, que el disfrute del permiso implique un déficit de jornada, si las horas de la jornada real no alcanzan la jornada diaria promedio, y segundo, que la retribución sea insuficiente, si la jornada real supera a la jornada diaria promedio.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha apoyado la validez de este sistema convencional, entendiéndose que se trata de una “solución lícita y equilibrada” que no se opone al tenor literal del artículo 37.3 ET, pues este solo se refiere a días o días naturales, sin que en ningún caso “se indique el tiempo que ha de ser computable como jornada en tales días”. Por tanto, cabe deducir que si el convenio colectivo no dice nada, el permiso deberá abarcar la jornada real del trabajador en los días afectados. Ahora bien, “cuando la jornada programada a desarrollar por los empleados es totalmente heterogénea y diversa”, como sucede en el sector de la vigilancia de seguridad, es posible que el convenio establezca un sistema ponderado para calcular las horas asignadas al disfrute del permiso<sup>73</sup>.

El supuesto analizado por el Tribunal Supremo es interesante, pues las jornadas irregulares que comportan apreciables diferencias en la duración de la jornada diaria cada vez son más habituales, y la sentencia convalida una solución convencional que pretende equilibrar los intereses y derechos de empresas y personas trabajadoras. En todo caso, hay que tener en cuenta que el artículo 37.3 ET establece un mínimo de derecho necesario y que, aunque no se refiere al número de horas de trabajo que integran cada día de permiso, la aplicación de promedios por parte de la negociación colectiva no puede comportar para la persona trabajadora el adeudo de horas de trabajo, ni una merma en su retribución.

## 5. Reflexión final

Pese a tratarse de una institución con una amplia tradición en el ordenamiento laboral, el uso de los permisos retribuidos constituye una fuente de notable litigiosidad. Entre los factores que contribuyen a ello destacan las complejidades en la articulación entre la ley y el convenio colectivo, las particularidades de la jornada de trabajo de las personas trabajadoras y la intensa casuística que se da en la práctica en torno al disfrute de los permisos y su combinación con los tiempos de actividad e inactividad.

Las recientes sentencias del Tribunal Supremo han contribuido a modernizar esta institución incluyendo la perspectiva de género en el análisis de la retribución correspondiente a los permisos, pero a su vez mantienen un enfoque fuertemente tuitivo al determinar la necesaria coincidencia de los días de permiso reconocidos en el artículo 37.3 ET con días laborables de la persona trabajadora. No deja de llamar la atención esta sólida defensa de los intereses de las personas trabajadoras, que no repara en el coste económico que los permisos comportan para la empresa, en un contexto en el que muchas instituciones laborales han perdido en buena parte su originario carácter tuitivo y pretenden equilibrar los intereses de trabajadores y empresarios o bien, de manera más directa, favorecer la competitividad empresarial. Estas tendencias no han logrado penetrar en la institución de los permisos retribuidos, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo blinda la concepción de esta institución como un auténtico derecho de las personas trabajadoras en caso de conflicto entre sus obligaciones laborales y su vida personal y familiar, cuyo disfrute ha de ser plenamente garantizado.

<sup>73</sup> STS de 12 de marzo de 2020, rec. 175/2018, f. j. 1º, 2º y 3º.

Pese a todo, las recientes sentencias del Supremo no agotan las cuestiones que pueden plantearse en torno a los permisos retribuidos, por lo que cabe esperar que se sigan produciendo pronunciamientos al respecto. La creciente flexibilidad de las jornadas de trabajo, la irrupción del trabajo a distancia y las intensas necesidades de conciliación desencadenadas por la actual situación de pandemia conforman un escenario muy propicio para una revisión de esta institución que garantice su ajuste al trabajo del siglo XXI sin perder la mirada protectora inherente al Derecho del Trabajo.

**¿Está justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo que realiza a los trabajadores de sociedades mercantiles públicas la STS de 18 de junio de 2020 (Rº. 2811/2018, Sala de los Social)?**

Is it justified the extension of the indefinite non-worker figure to workers of public trading companies done by the Sentence of the Spanish Supreme Court of 18th June 2020 (Appeal number 2811/2018, Labour Chamber)?

Francisco Javier Arrieta Idiákez\*  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Deusto*  
ORCID ID: 0000-0003-4696-6356

Recibido: 04/09/2020

Aceptado: 02/10/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5776>

*Resumen:* El objetivo de este trabajo es comentar la STS de 18 de junio de 2020 (Rº. 2811/2018, Sala de los Social) para criticar la extensión de la figura del indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas. A tal efecto, tras resaltar el interés de la sentencia, se realizará una descripción de los hechos que dan lugar al litigio, se describirá la problemática planteada, se profundizará en la resolución y los Fundamentos de Derecho que la motivan, se centrará la atención en el Voto Particular existente, y, finalmente, se realizará una valoración personal en la que se considerarán aspectos que de haber sido considerados hubieran supuesto la no extensión de la figura del indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas.

*Palabras clave:* sociedades mercantiles públicas, trabajadores fijos, trabajadores indefinidos no fijos, sector público, empleo público.

*Abstract:* The purpose of this paper is to discuss the Sentence of the Spanish Supreme Court of 18th June 2020 (Appeal number 2811/2018, Labour Chamber) in order to criticise the extension of the indefinite non-worker figure to public trading companies. To that end, and after highlighting the interest of the Sentence, we will describe the facts of the dispute, we will describe the conflict, we will delve into the resolution and the legal grounds, we will pay attention to the dissenting vote and, lastly, we will carry out a personal assessment by means of which we will consider some key aspects that would have entailed the non-extension of the indefinite non-worker figure to public trading companies.

*Keywords:* public trading companies, fixed workers, indefinite non-fixed workers, public sector, public employment.

---

\*javier.arrieta@deusto.es

## 1. Interés de la sentencia en cuestión

El interés de la sentencia objeto de estudio radica en que después de muchos vaivenes, se sienta jurisprudencia respecto a la extensión de la figura del indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas, a través de la resolución de un recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por AENA S.A. En cualquier caso, la decisión adoptada por el TS de proceder a dicha extensión resulta polémica, como lo demuestra el Voto Particular con el que cuenta la sentencia, en el que se critica dicha extensión y se aboga por otorgar la naturaleza de trabajadores fijos a quienes han sido previamente contratados en fraude de ley en las sociedades mercantiles públicas. Además, no resulta menos significativo que no se haya tomado en consideración la reciente STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Domingo Sánchez Ruiz y otros), ni lo establecido en la Disposición Adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017<sup>1</sup>.

## 2. Descripción de los hechos

Dos trabajadoras por cuenta ajena que prestan sus servicios para AENA S.A., en el centro de trabajo del aeropuerto de Barcelona-El Prat, con la categoría profesional de IC-17-Apoyo Atención a Pasajeros, Usuarios y Clientes, tienen una antigüedad desde noviembre de 2010. En concreto, desde dicha fecha al 31 de mayo de 2015 trabajaron para AENA S.A. con distintos contratos de interinidad encadenados entre sí. Además, de manera excepcional, una de las trabajadoras prestó sus servicios bajo la modalidad del contrato de relevo entre el 1 de octubre de 2013 y el 31 de agosto de 2014.

Sin embargo, a partir del 31 de mayo de 2015 se da la circunstancia de que ambas trabajadoras son contratadas con un contrato de trabajo de obra o servicio determinado, con efectos a partir del 1 de junio de 2015 y hasta la actualidad.

Del mismo modo, a pesar de que el 8 de enero de 2015 AENA S.A. suscribiera un contrato con la mercantil Ferrosfer Infraestructuras S.A. con el objetivo de proceder al cambio de denominación de puertas de embarque de la terminal T-2, y de que dicho cambio se produjera, las trabajadoras continuaron desarrollando idénticas funciones, a saber, ocuparse indistintamente de las necesidades de atención al público derivadas de dicho cambio de denominación y de las restantes necesidades de los usuarios de la terminal.

Las trabajadoras decidieron, finalmente, demandar a AENA S.A. con el fin de que se reconociera su carácter de trabajadoras fijas de plantilla, después de que el acto de conciliación celebrado el 26 de septiembre de 2016 finalizara con el resultado de “sin efecto”, al entender que sus contratos temporales se habían celebrado en fraude de ley.

Como consecuencia de la mencionada demanda, el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Barcelona dictó sentencia el 28 de septiembre de 2017 (procedimiento nº 696/2016), declarando el carácter fijo de las dos trabajadoras con antigüedad desde noviembre de 2010, es decir, desde que comenzaron a prestar sus servicios para AENA S.A.

AENA S.A. recurrió en suplicación, y la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña dictó sentencia el 5 de abril de 2018 (Rº. 229/2018) confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

Finalmente, AENA S.A. interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta última sentencia.

<sup>1</sup> BOE de 28 de junio de 2017, nº. 153.

### 3. Problemática planteada

El F.D. 1º de la sentencia objeto de estudio expone con claridad la problemática planteada y que constituye el objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por AENA S.A. En concreto, la problemática consiste en “determinar si la celebración de contratos en fraude de ley por una sociedad mercantil, encuadrada en el sector público, comporta que se reconozca a los trabajadores afectados la condición de fijos de plantilla o, por el contrario, solo cabe declararlos indefinidos no fijos”.

Al respecto, veamos, a continuación, las posiciones de la sentencia recurrida y de la sentencia de contraste aportada por AENA S.A., así como la argumentación de AENA S.A. para fundamentar su recurso de casación para la unificación de doctrina.

#### 3.1. Posición de la sentencia recurrida

Ante esa disyuntiva, la sentencia recurrida se decantaba por la primera opción bajo la argumentación de que AENA S.A. no es una Administración Pública, sino una sociedad mercantil pública sometida a las normas de Derecho privado, tanto en su organización como en su actividad, incluida la contratación. Por consiguiente, concluye que no resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP)<sup>2</sup>, ya que el ámbito de aplicación del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas. A la luz de todo ello, en referencia a la figura de los indefinidos no fijos, señala que resulta difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de Derecho privado puedan ser calificados como tales, “al ser esta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad”. Además, trae a colación las palabras del Tribunal Supremo, para matizar que la justificación de la figura del trabajador indefinido no fijo “se halla en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones privadas”.

#### 3.2. Posición de la sentencia de contraste aportada por AENA S.A.

Por su parte, la sentencia de contraste que aporta AENA S.A. para sostener su recurso de casación para la unificación de doctrina, a saber, la STSJ de Cataluña, de 11 de mayo de 2010 (Rº. 6855/2008, Sala de lo Social), aboga por la segunda opción. En efecto, se reconoce el carácter de indefinido no fijo de un trabajador que prestaba servicios para la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España S.A. (RNE S.A.), principalmente, por los siguientes cuatro motivos:

- (a) La consideración de que RNE S.A. presta un servicio público en virtud de lo establecido en la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal<sup>3</sup>, y de lo dictaminado por la STSJ de Cataluña, de 19 de marzo de 2009 (Rº. 7827/2007, Sala de lo Social).

<sup>2</sup> BOE de 31 de octubre de 2015, nº 261.

<sup>3</sup> BOE de 6 de junio de 2006, nº 134.

- (b) El hecho de que conforme a la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)<sup>4</sup>, las sociedades mercantiles estatales no se rijan por el ordenamiento jurídico privado en materia de contratación.
- (c) La obligación de subrogación que impone la Disposición Transitoria 2ª, apartado 2º, de la Ley 17/2006 a la Corporación RTVE y a las sociedades prestadoras del servicio público, respectivamente, para con la posición jurídica que ostentaba el Ente Público RTVE y las sociedades TVE, S.A., y RNE, S.A., en las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de naturaleza laboral, convencional o extraconvencional, y de Seguridad Social de los trabajadores que se incorporen a las nuevas entidades.
- (d) Lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio colectivo aplicable a la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España S.A., en tanto en cuanto regula los procedimientos para adquirir la condición de trabajadores fijos de plantilla: oposición, concurso, concurso-oposición o cualquier otro procedimiento de selección objetiva que se determine.

### *3.3. Argumentación de AENA S.A. para fundamentar su recurso de casación para la unificación de doctrina*

AENA S.A. denuncia como único motivo de casación para la unificación de doctrina la infracción del artículo 18 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, en relación con los artículos 111.1 y 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Disposición Adicional Primera y el artículo 55 del TRLEBEP; y los artículos 23 y 24 del I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA<sup>5</sup>.

De este modo, a los efectos que aquí interesan, hay que tener en cuenta que el artículo 18 de la Ley 3/2017, en su apartado Uno. f), establece que, respecto a los gastos del personal al servicio del sector público, las sociedades mercantiles públicas forman parte del sector público. Es más, define dichas sociedades como “aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades que se enumeran en el mismo precepto sea superior al 50%. Asimismo, dispone que “en el sector público estatal se considerarán como tales las reguladas en el artículo 111.1 de la LRJSP”. En concreto, conforme a esta última disposición:

“Se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal:

- a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.
- b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores<sup>6</sup>, respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes”.

<sup>4</sup> BOE de 15 de abril de 1997, nº. 90. Ley derogada, con efectos desde el 2 de octubre de 2016, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) (BOE de 2 de octubre de 2015, nº. 236), si bien a los efectos aquí señalados se mantiene la excepción relativa a la inaplicación del ordenamiento jurídico privado en materia de contratación (véase el artículo 113, relativo al régimen jurídico).

<sup>5</sup> BOE de 20 de diciembre de 2011, nº. 305.

<sup>6</sup> BOE de 29 de julio de 1988, nº 181. Conforme al artículo 4 de dicha ley, a los efectos de la misma debía estarse a la definición

Por su parte, el artículo 113 de la LRJSP, relativo al régimen jurídico de las sociedades mercantiles estatales, establece lo siguiente:

“Las sociedades mercantiles estatales se registrarán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, [de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)]<sup>7</sup> y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”.

En lo que se refiere a los preceptos del TRLEBEP alegados, por una parte, la Disposición Adicional primera, bajo la rúbrica “Ámbito específico de aplicación”, matiza que:

“Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

Y, por otra parte, en íntima conexión con dicha matización, el artículo 55, que versa sobre los “principios rectores” en el acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, establece lo siguiente:

- “1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.
2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:
  - a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
  - b) Transparencia.
  - c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
  - d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
  - e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
  - f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.”

Por último, respecto al I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA, los artículos 23 y 24 que se alegan como vulnerados se encuadran dentro del Capítulo V del convenio, bajo el título “Provisión de puestos de trabajo, contratación e ingreso y promoción”.

En concreto, el artículo 23 se ubica en la Sección 2ª, relativa a la “Selección externa”, y regula el “Sistema de ingreso”. En lo que aquí interesa, debe destacarse que en el apartado 3 se establece que “en cualquier caso se respetarán los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

Por su parte, el artículo 24 se ubica en la Sección 3ª, relativa a la “Comisión Paritaria de Promoción y Selección y las comisiones de vigilancia y observación (CPPS)”. Del mismo, debe destacarse, para con el litigio objeto de estudio, lo dispuesto en el apartado 1:

---

de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio. Debe tenerse en cuenta que a pesar de que dicha norma fue derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE de 24 de octubre de 2015, nº 255), la misma viene a establecer exactamente lo mismo en su artículo 5, bajo la rúbrica “Grupo de Sociedades”.

<sup>7</sup> BOE de 4 de noviembre de 2003, nº. 264.

“La Comisión Paritaria de Promoción y Selección tiene por objeto garantizar el adecuado control, calidad y homogeneidad de los procesos de selección, para garantizar el cumplimiento de la legislación laboral, del presente Convenio colectivo, así como los principios de igualdad de oportunidades, mérito, capacidad y publicidad”.

#### 4. Resolución y Fundamentos de Derecho que la motivan

Analizada la disyuntiva planteada, el TS considera que concurren los requisitos de contradicción y, tras aceptar el recurso, entra a conocer del fondo del asunto, teniendo en cuenta que AENA S.A. también es una sociedad mercantil pública; que las trabajadoras demandantes, al igual que sucede con el trabajador demandante de la sentencia de contraste aportada por aquellas, son contratadas en fraude de ley, motivo por el que reclaman su condición de trabajadoras fijas; y que pese a tratarse de sociedades mercantiles distintas en ambos casos la normativa aplicable considera a ambas encuadrables en el sector público estatal.

Ante esta controversia, la sentencia objeto de estudio, de cara a posicionarse a favor de una u otra postura, y, en función de ello, resolver el litigio planteado, analiza, en los Fundamentos de Derecho 3º a 8º, diversos aspectos desde la perspectiva tanto legislativa como jurisprudencial, y establece las conclusiones pertinentes. Todo ello puede resumirse como sigue:

- (1) Con apoyo en lo dictaminado por la STC 8/2015, de 22 de enero, se concluye que las sociedades mercantiles estatales forman parte del sector público empresarial.
- (2) Del articulado del TRLEBEP y, más concretamente, conforme a los artículos 90.3 y 85, cabe diferenciar, respectivamente, entre entidades de Derecho público y entidades del sector público.
- (3) El artículo 55 del TRLEBEP no se limita a regular el acceso a la función pública, sino que se refiere al acceso al empleo público, que es un concepto más amplio.
- (4) El artículo 55 del TRLEBEP se aplica a las entidades de Derecho público, en virtud de lo establecido en el artículo 2 de la misma norma. Así, con carácter general, el TRLEBEP no es aplicable a las entidades del sector público estatal que no se mencionan expresamente en el artículo 2. Sin embargo, conforme a la Disposición Adicional primera del TRLEBEP, el referido artículo 55 sí resulta de aplicación a las sociedades mercantiles públicas cuando su normativa específica las encuadre en el sector público estatal.
- (5) El artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria<sup>8</sup>, tras establecer que forman parte del sector público estatal la Administración General del Estado y el sector público institucional estatal, concreta que en este último se integran las sociedades mercantiles estatales.
- (6) De acuerdo con la derogada Disposición Adicional 12ª de la LOFAGE, las sociedades mercantiles estatales no se rigen por el ordenamiento jurídico privado en materia de contratación.
- (7) La LRJSP, aunque no resulte de aplicación por razones temporales, se considera ilustrativa, en la medida en que la misma se aplica al sector público institucional (cfr. artículo 2), y, por tanto, también a las sociedades mercantiles estatales. En ese sentido, se establece que estas sociedades deben regirse por lo previsto en la LPAP, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo, entre otras, en materia de contratación (cfr. artículo 113). En

<sup>8</sup> BOE de 27 de noviembre de 2003, nº. 284.

concreto, en lo que respecta al personal de estas sociedades, debe estarse al Derecho laboral, así como a las normas aplicables en función de su adscripción al sector público estatal (cfr. artículo 117.4).

- (8) La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, también encuadra en el sector público estatal a las sociedades mercantiles públicas, en los términos del artículo 111.1 de la LRJSP.
- (9) El I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA acuerda en sus artículos 23.3, 24.2 (sic.) y 26.1 que el ingreso en las empresas de dicho grupo respetará los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
- (10) En lo que atañe a la propia jurisprudencia del TS acerca de la controversia litigiosa no ha habido pronunciamientos uniformes.

En efecto, conforme a la jurisprudencia, inicialmente se aplicó la condición de trabajador indefinido no fijo a Correos y Telégrafos SAE. Para ello se argumentó que, pese a su condición jurídica de S.A., se trataba de una entidad que pertenecía al sector público estatal, por lo que se regían para la contratación de sus trabajadores por el régimen de contratación de los entes públicos recogidos en los artículos 23 y 103 de la Constitución, es decir, por los criterios de igualdad, mérito y capacidad acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos [SSTS de 22 de febrero de 2007 (Rº. 3353/2005, Sala de lo Social); de 28 de marzo de 2007 (Rº. 5082/2005, Sala de lo Social); de 26 de abril de 2007 (Rº. 229/2006, Sala de los Social); y de 6 de octubre de 2008 (Rº. 3064/2007, Sala de lo Social)].

Otro tanto sucedió para con Televisión Española S.A. o Radio Nacional de España S.A. [SSTS de 24 de julio de 2008 (Rº. 3964/2007, Sala de lo Social), de 9 de octubre de 2008 (Rº4029/2007, Sala de lo Social); de 12 de mayo de 2008 (Rº. 1956/2007, Sala de lo Social); de 3 de noviembre de 2008 (Rº. 4619/2006, Sala de lo Social); de 19 de enero de 2009 (Rº. 1066/2007, Sala de lo Social); y de 3 de abril de 2009 (Rº. 773/2007, Sala de lo Social), entre otras].

No obstante, posteriormente, la STS de 31 de marzo de 2015 (Rº. 102/2014, Sala de lo Social), en relación con la misma sociedad estatal AENA consideró lícita la preferencia en la permanencia reconocida a los trabajadores fijos en caso de movilidad geográfica. Para ello se argumentó que se trata del “específico supuesto del personal laboral que presta servicios en el sector público, en donde la categoría del trabajador fijo presenta un matiz adicional relacionado con el proceso de acceso al empleo y con la vinculación a un determinado puesto que trabajo, que excede de la figura del trabajador con contrato indefinido”.

Del mismo modo, se llegó a la conclusión favorable a la acogida de la figura del personal laboral indefinido no fijo en el marco de la empresa pública en el supuesto de Eusko Irratia S.A, en la STS de 23 de noviembre de 2016 (Rº. 91/2016, Sala de lo Social). Al tratarse de una entidad que forma parte del sector público, y establecer su norma rectora, a saber, la Ley 5/1982, de 10 de mayo<sup>9</sup> (cfr. artículo 47.1) que “la selección del personal para el Ente y sus Sociedades se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo, con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad”, el TS aplicó los artículos 2, 55 y la Disposición Adicional primera del TRLEBEP.

En cambio, la STS de 18 de septiembre de 2014 (Rº. 2320/2013, Sala de lo Social) volvió a defender la condición de trabajador fijo respecto al personal laboral de la sociedad mercantil AENA, al considerar que el mismo queda fuera del ámbito de aplicación del TRLEBEP. Concretamente, se entiende que la justificación de la figura del trabajador indefinido no fijo se halla “en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública;

<sup>9</sup> BOPV de 2 de junio de 1982, nº. 71.

elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados”. A la misma conclusión llegó la STS también de 18 de septiembre de 2014 (Rº. 2323/2013, Sala de lo Social).

En relación con la empresa TRAGSA, la STS de 20 de octubre de 2015 (Rº. 172/2014, Sala de lo Social) señaló que las sociedades mercantiles estatales aunque forman parte del sector público empresarial estatal no son Administraciones públicas, de manera que “se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación”. Pero, poco después, la STS de 6 de julio de 2016 (Rº. 229/2015, Sala de lo Social) matizó que TRAGSA es una sociedad mercantil estatal, no una entidad pública empresarial, y que la contratación que ha de sujetarse a las normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios”. De ahí que concluyera que las normas del TRLEBEP no son aplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública, por lo que no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleados públicos, y afirmara que “la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso “a la función pública”, que es a lo que se contrae el mandato del artículo 103.3 de la Constitución”.

Igualmente, respecto a AENA S.A. los autos del TS de 22 de marzo de 2018 (Rº. 3014/2017, Sala de lo Social); de 10 de abril de 2019 (Rº. 3661/2017, Sala de lo Social); de 19 de abril de 2018 (Rº. 2241/2017, Sala de lo Social); de 5 de septiembre de 2019 (Rº. 4531/2018, Sala de lo Social), entre otros, han inadmitido recursos de casación unificadora en los que se postulaba el acceso a la condición de indefinido no fijo de plantilla por fraude de ley en la contratación temporal en el ámbito de las sociedades estatales como AENA S.A. En concreto, se argumenta la falta de contenido casacional de dicha pretensión invocando la doctrina establecida en las dos sentencias del TS de 18 de septiembre de 2014 anteriormente mencionadas. En efecto, conforme a dicha doctrina “la figura del indefinido no fijo no es aplicable a AENA, aunque pertenezca al sector público, porque se trata de una sociedad mercantil estatal cuyo personal laboral está excluido de la aplicación del TRLEBEP”. Otro tanto sucede en los Autos del TS de 19 de julio de 2018 (Rº. 234/2018, Sala de lo Social); y de 26 de junio de 2018 (Rº. 90/2018, Sala de lo Social).

Por su parte, la STC 8/2015, de 22 de enero, reitera que “las “sociedades mercantiles estatales”, aunque forman parte del sector público empresarial estatal, no son Administraciones públicas (artículo 2.2 LRJAP), de manera que “se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación””.

Una vez analizados todos estos aspectos desde la perspectiva tanto legislativa como jurisprudencial, y de establecer las conclusiones pertinentes, en el F.D. 9º, el TS afirma que “una posterior reflexión nos ha llevado a concluir con carácter general que la condición de trabajador indefinido no fijo sí que es aplicable a las sociedades mercantiles estatales”. Para ello se considera que el contrato indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de Derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional primera, en relación con el artículo 55.1 y el 2 del TRLEBEP. En ese sentido, se señala que en virtud de dichos preceptos se amplía el ámbito de aplicación de tales principios consagrados en el artículo 103 de la Constitución, “a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público de dichas entidades”.

De ahí que se señale por el TS que:

“La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad”.

Finalmente, en el F.D. 10º, el TS resuelve la cuestión litigiosa, estimando el recurso interpuesto por AENA S.A., y, en consecuencia, casando y anulando la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en el sentido de declarar que la relación laboral, que une a las partes, es indefinida no fija.

## V. Voto particular

La STS objeto de estudio cuenta con un Voto Particular, a saber, el formulado por el Magistrado Antonio V. Sempere Navarro, que aboga por que el recurso interpuesto por AENA S.A. debiera haberse desestimado.

El principal argumento esgrimido para ello es que “una entidad pública empresarial posee ontología de Derecho público (artículo 103.1 LRSJP) y una sociedad mercantil, aunque se integre en el sector público, posee naturaleza de Derecho privado”.

Entiende Sempere Navarro que la extensión realizada por ley y al margen de la Constitución de los principios de igualdad, mérito y capacidad a una sociedad mercantil de titularidad pública conlleva la aplicación de consecuencias distintas cuando se vulneran tales principios.

Precisamente, a su entender, en ello descansa la figura del indefinido no fijo, de forma y manera que tan solo procede la misma cuando el bloque normativo que exige la observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad está integrado por preceptos constitucionales (v.gr. artículos 23 y 103 de la Constitución). Por el contrario, cuando el bloque normativo que conlleva la aplicación de tales principios encuentra su amparo en preceptos de rango legal no procede la aplicación de la figura de indefinido no fijo.

Por consiguiente, deduce Sempere Navarro que la extensión de la figura del indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas supone postergar las consecuencias comunes incorporadas al 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 (TRLET)<sup>10</sup>, lo que acaba por afectar al derecho al trabajo (artículo 35 de la Constitución), a la virtualidad del TRLET (artículo 35.2 de la Constitución) y a las exigencias de no discriminación (artículo 14 de la Constitución). La consecuencia es clara para el magistrado discrepante con la resolución adoptada: “La extensión del ámbito subjetivo de la figura del “indefinido no fijo” se hace en perjuicio de quienes trabajan y (...) sin resortes que así lo justifiquen”. Ciertamente, la no aplicación de las normas laborales comunes se realiza, a su entender, “sin una exigencia constitucional o un claro mandato legislativo”. En esa línea, incluso va más allá, al afirmar que, aunque se llegara a la conclusión de que el TRLEBEP y normas concordantes resultaran de aplicación a las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública, y, por tanto, también los principios referidos, la infracción de dichos principios no impediría la conver-

<sup>10</sup> BOE de 24 de octubre de 2015, nº. 255.

sión en fijos de los trabajadores afectados, al faltar “la palanca supralegal que lo justifique”. Es más, deja entrever, aunque de una manera no suficientemente clara, que incluso antes de apostar por la extensión de la figura del indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas cabrían otras soluciones, entre las que destaca las siguientes: “sanción a la empresa, responsabilidad de las personas responsables, solicitud de anulación del contrato (...)”. Lamentablemente, no profundiza en las mismas, y se limita a señalar que “no corresponde a este Voto Particular exponer” tales resortes que el ordenamiento jurídico contempla para dicha situación.

Además del principal argumento que se acaba de exponer, el Voto Particular contiene otros argumentos que, aunque puedan ser considerados menores, apuntan en la misma dirección.

Así, a la luz de las SSTs de 20 de octubre de 2015 (Rº. 172/2014, Sala de lo Social) y de 6 de julio de 2016 (Rº. 229/2015, Sala de lo Social), ambas sobre la empresa TRAGSA, en primer lugar, se concluye que las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales, aunque ambas se integren en el sector público, no son equiparables a los efectos de aplicar el TRLEBEP, dado que esta última norma tan solo se referiría las primeras. Esta afirmación se completa, asimismo, con la STC 8/2015, de 22 de enero, que diferencia dentro del sector público empresarial las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales. En segundo lugar, también se concluye que la “contratación” que ha de sujetarse a normas propias del sector público a la luz de la normativa analizada en la sentencia objeto de estudio no es la del personal asalariado sino la que corresponda a la de obras o servicios.

## VI. Valoración personal

La valoración que merece la sentencia objeto de estudio debe partir del hecho indiscutible de que a las sociedades mercantiles públicas se les deben aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad, no solo porque así se establezca en el correspondiente Convenio colectivo que resulte de aplicación, como sucede en el caso de AENA S.A., sino que también porque, como hace ya un tiempo parte de la doctrina científica advirtió, “las formas instrumentales adoptadas por la propia Administración no pueden permitirle eludir principios que desde la misma Constitución la vinculan”<sup>11</sup>. Ciertamente, lo contrario supondría, como también ha sabido advertir con rotundidad algún autor, crear un campo abonado para la proliferación de las corruptelas y accesos laborales bajo criterios “digitales”, “de hecho”, o de “clientelismo”, y que al amparo de la denominada “huida del Derecho Administrativo” al crear empresas públicas se convierte en el instrumento adecuado para que al amparo de la doctrina de la Jurisdicción Social se evite la utilización de procesos selectivos legales y sometidos a las exigencias constitucionales<sup>12</sup>.

En ese sentido, llama la atención que ni la sentencia objeto de estudio ni el Voto Particular que la misma contiene se refieran a lo preceptuado por la Disposición Adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo y CALVO GALLEGOS, Javier, Las relaciones de trabajo en las empresas públicas. *Relaciones laborales*, tomo 1, 1992, p. 7 (LA LEY 975/2001).

<sup>12</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijo”. *Gabílex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 13, 2018, pp. 37-38. En parecidos términos, por referirse a entrar en la plantilla por la “puerta de atrás” y no utilizando la “puerta principal”, BALLESTER PASTOR, Inmaculada, En torno a la contratación temporal fraudulenta en el ámbito de los Organismos Públicos: el caso particular de trabajadores de CORREOS y TELEGRAFOS S.A., tras perder este Organismo su carácter público. Comentario a las SSTsJ Cataluña 12, 26 y 27 de junio de 2003. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5315, 2003 p. 3 (BIB 2003\1347).

En efecto, dicha disposición, bajo la rúbrica “Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral”, en su apartado UNO establece que:

“Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (...)”.

De este modo, no discutiéndose que las sociedades mercantiles públicas pertenezcan al sector público, el mandato de esta disposición para con el respecto de los principios en cuestión es claro y no merece mayor comentario.

Es verdad que, como se ha señalado *supra*, en el Voto Particular se deja entrever que incluso antes de apostar por la extensión de la figura del indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas cabrían otras soluciones, entre las que se destacan las siguientes: “sanción a la empresa, responsabilidad de las personas responsables, solicitud de anulación del contrato (...)”. Pero sorprendentemente, se entra en un debate estéril, en el sentido de que se rechaza la posibilidad de extender a las sociedades mercantiles públicas la figura del indefinido no fijo por considerar que esta solo procede en el ámbito de las entidades públicas empresariales que poseen ontología de Derecho público y no en las sociedades mercantiles que poseen naturaleza de Derecho privado.

Concretamente, se entiende que dicho debate es estéril porque el apartado DOS de la referida Disposición Adicional 34ª de la Ley 3/2017 establece expresamente que:

“Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la (...) [normativa citada en el apartado UNO], y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo (...)”.

Sin duda, las sociedades mercantiles forman parte del Sector Público Instrumental<sup>13</sup>, sin perjuicio de que se utilice la expresión “entidades”, en sentido amplio, para referirse a una variada gama de realidades que cuentan con distintos regímenes jurídicos, como las propias sociedades mercantiles públicas, los organismos autónomos, las entidades de Derecho público, las fundaciones públicas o los consorcios públicos<sup>14</sup>.

Es más, el taxativo mandato de velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo demuestra que con mucha más razón deba desecharse la posibilidad de que tales irregularidades supongan la conversión de los trabajadores temporales en fijos. Al respecto debe considerarse que al contrario de lo que sucede cuando no operan los principios de igualdad, mérito y capacidad, aquí no cabe hablar de sanción para con la empresa, porque tanto la figura del indefinido no fijo

<sup>13</sup> Algunos autores han preferido hablar de “Entes Instrumentales” formados por Entidades Privadas del Sector Público, entre las que incluyen a las sociedades mercantiles del sector público (Por todos, véase DE NIEVES NIETO, Nuria, El acceso al empleo público. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, p. 51).

<sup>14</sup> Sobre las confusiones existentes en torno a estas entidades véase ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu, Transformación en indefinidos de los contratos de interinidad por vacante celebrados por la Sociedad Mercantil Estatal Correos y Telégrafos. Comentario a Sentencia de la AN de 10 de febrero de 2004. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 3, 2004, p. 18 (BIB 2004\418).

como la del fijo, ante contrataciones irregulares, suponen prolongar en el tiempo una situación que nunca debió producirse, al mantener contratada a una persona que no cumple con los principios mencionados; legalizan una contratación en origen fraudulenta; atentan contra el interés general; y no tienen en cuenta que habrá que echar mano de recursos públicos para hacer frente al pago de la indemnización correspondiente, en caso de amortización<sup>15</sup>.

En coherencia con ello, debe concluirse, además, que la transformación de los trabajadores temporales que han sido contratados de manera abusiva en el marco de una concatenación o sucesión de contratos en indefinidos no fijos, como sucede con las dos trabajadoras de la sentencia objeto de estudio, se opone a la jurisprudencia sentada por la STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Domingo Sánchez Ruiz y otros). Así, por las razones antedichas, y a la luz de dicha sentencia, la transformación en indefinidos no fijos no sería una medida adecuada para prevenir y sancionar la temporalidad en las sociedades mercantiles públicas, en los términos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio<sup>16</sup> <sup>17</sup>. Ciertamente, conforme a lo establecido por la STJUE de 19 de marzo de 2020, *mutatis mutandis*, la transformación de las dos trabajadoras temporales en la sentencia objeto de comentario en este estudio en indefinidas no fijas no permite por sí sola alcanzar la finalidad perseguida por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, pues dicha transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que AENA S.A. amortice las plazas o cese a las dos trabajadoras cuando las plazas se cubran por reingreso de trabajadores que accedan a tales puestos conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Por el contrario, la medida efectiva para prevenir y sancionar dicha temporalidad fraudulenta, en sintonía con lo establecido en el apartado TRES de la Disposición Adicional 34ª de la Ley 3/2017, consistiría en la exigencia de responsabilidades a los órganos de contratación de las sociedades mercantiles públicas. De ese modo, si bien inicialmente la sociedad mercantil debiera responder, abonando la indemnización correspondiente al trabajador contratado irregularmente, que, por analogía con lo que se viene abonando a los indefinidos no fijos cuando se procede a la amortización de sus puestos de trabajo, equivaldría a la cuantía correspondiente a los despidos objetivos<sup>18</sup>, posteriormente cabría repetir contra los responsables de la contratación, sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que estos también pudieran haber incurrido. Se entiende que procedería una aplicación analógica con respecto a los supuestos de amortización de puestos de trabajo porque se considera que las contrataciones serían nulas con efectos *ex nunc* como consecuencia de las modulaciones que en los contratos de trabajo procede realizar en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del TRLET<sup>19</sup>.

Por todo ello, dado que, como se acaba de señalar, existen medidas alternativas y eficaces para evitar que personas que no cumplen con los principios de igualdad, mérito y capacidad sigan trabajando en sociedades mercantiles públicas, debe concluirse que no es justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo a los trabajadores de dichas sociedades. Lo contrario significa simple y llanamente perpetuar una situación ilegal.

<sup>15</sup> En esa línea, véase ARUFE VARELA, Alberto, Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 40, 2015, p. 104.

<sup>16</sup> DOCE de 10 de julio de 1999, L 175.

<sup>17</sup> Al respecto, véase ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier, El empleo temporal en las Administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 42, 2020, pp. 22 y 26.

<sup>18</sup> Así es a partir de la STS de 24 de junio de 2014 (Rº. 217/2013, Sala de lo Social).

<sup>19</sup> Vid. MORENO BRENES, Pedro, Irregularidades en la selección de personal laboral: algunas formas de reacción jurídica en las AA.PP. y en las sociedades públicas. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, tomo 3, 2006, p. 6 (LA LEY 3646/2006).

# La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo

## The guarantee of permanence priority of workers' representatives in collective dismissals

Juan Alberto Tormos Pérez\*

*Profesor Ayudante Doctor*

*Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-8829-192X

Recibido: 08/06/2020

Aceptado: 15/07/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5777>

*Resumen:* En la presente contribución se analiza la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores como límite a la facultad del empresario de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo. Se estudia su conexión con las funciones representativas así como con la libertad sindical, y se detalla su operatividad aplicando la lógica de la sustitución. Si bien la garantía no es esgrimible con carácter absoluto, la inclusión entre los afectados de un titular de la misma requiere que el empresario aporte una justificación expresa. Finalmente, se enumeran los sujetos beneficiarios de la garantía, así como la necesidad de que los representantes tengan el mandato vigente en el momento de aplicarla.

*Palabras clave:* representantes de los trabajadores, garantías, prioridad de permanencia, despidos colectivos.

*Abstract:* This contribution analyses the guarantee of permanence priority of workers' representatives as a limit to the employer's power to select the workers affected by collective dismissals. It studies the connection with representative functions as well as with freedom of business, and it details its functioning applying the logic of substitution. Although the guarantee is not absolute, the inclusion of a guarantee holder among affected workers requires the employer to provide an express justification. Finally, the beneficiaries of the guarantee are listed, as well as the need for the representatives to have the mandate in force at the time of applying it.

*Keywords:* workers' representatives, guarantees, permanence priority, collective dismissals.

### 1. Introducción y caracterización general

A fin de situar el objeto de estudio del presente trabajo, hay que señalar que la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo debe respetar las conocidas como reglas de prioridad de permanencia. Las reglas de prioridad de permanencia implican, como su nombre indica, que

---

\* [juan.tormos@uv.es](mailto:juan.tormos@uv.es)

determinados colectivos tienen preferencia o prioridad para permanecer en la empresa y, por tanto, no verse afectados por el despido colectivo proyectado por el empresario. De hecho, dichas reglas de prioridad de permanencia operan como el principal límite a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados en los despidos colectivos, de modo que el empresario, a la hora de designar a los trabajadores afectados por la medida extintiva, deberá respetar dichas reglas.

Además de las reglas de prioridad de permanencia que para determinados colectivos pueden establecerse vía convencional –es decir, bien en convenio colectivo o bien mediante acuerdo alcanzado en el período de consultas–, el empresario viene obligado a respetar la regla de prioridad de permanencia establecida legalmente para los representantes legales de los trabajadores, que es la segunda garantía que el art. 68 ET les reconoce.<sup>1</sup> De hecho, el art. 68 apartado b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) señala: “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: [...] b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.”<sup>2</sup> Dicha referencia que señala “a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos” se refiere precisamente al hecho de que los convenios colectivos podrán establecer otras garantías para los representantes que vayan más allá de las establecidas legalmente, pero no podrán en ningún caso restringirlas.

Por su parte, la prioridad se aplica con independencia de que en el período de consultas se haya alcanzado acuerdo o no, ya que la norma no distingue al respecto.<sup>3</sup> Por tanto, el acuerdo alcanzado en período de consultas no puede soslayar la garantía de prioridad de permanencia reconocida legalmente.

La garantía de prioridad de permanencia viene también expresamente contemplada para los despidos colectivos en el art. 51.5 ET, cuyo primer inciso señala que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo”. El mismo apartado recoge expresamente la posibilidad de que “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos”, y alude en concreto a colectivos como los trabajadores con cargas familiares, los mayores de determinada edad o las personas con discapacidad. Esta mención, si bien no era necesaria, tiene un claro objetivo promocional de esta garantía para colectivos que pueden tener dificultad para encontrar un nuevo empleo.

No obstante, el presente estudio se centra en la garantía tal y como se reconoce en el Estatuto de los Trabajadores para los representantes legales de los trabajadores. Dicha garantía tiene, además, proyección expresa sobre otros colectivos con funciones representativas. Así, en el plano normativo, debe añadirse también la previsión del art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que amplía la garantía para los delegados sindicales en los casos en que no formen parte del comité de empresa; así como la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos

<sup>1</sup> Sobre las garantías de los representantes en detalle, véase TUDELA CAMBRONERO, Gregorio, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*. Madrid, Tecnos, 1988; GARCÍA MURCIA, Joaquín, Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina, En: AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Madrid, Tecnos, 2015; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Las garantías de los miembros del comité de empresa. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*. España, Civitas, núm. 100, 2, 2000, p. 1317-1340; y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, *Las garantías de los representantes de los trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET)*. Navarra, Aranzadi, 2004.

<sup>2</sup> La referencia a causas “tecnológicas y económicas” ha quedado obsoleta, pues se refiere a redacciones actualmente no vigentes de otros artículos del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, hay que entender que se refiere a las actuales causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, es decir, causas empresariales. Así lo ha señalado expresamente la STSJ de Galicia, de 15 de marzo de 2013 (Rº. 6268/2012), y también CID BABARRO, Carlos, *La representación sindical de la empresa*. Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 227.

<sup>3</sup> Así lo señala la STS de 23 de septiembre de 2008 (Rº. 7678/2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Laborales (LPRL), que extiende la prioridad de permanencia a los delegados de prevención (art. 37.1 LPRL), y también a los “trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención” y miembros del servicio de prevención (art. 30 LPRL). Por motivos metodológicos, el ámbito subjetivo de la garantía se comenta en el epígrafe 5 del presente estudio, una vez analizada la garantía como tal.

Si bien no constituye el objeto de este trabajo, cabe señalar que la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores también se aplica en otros supuestos distintos del despido colectivo. Así, el art. 52 c) ET la contempla expresamente para los despidos objetivos por causas empresariales que no tengan carácter colectivo, es decir, individuales o plurales. En aquellos despidos objetivos en los que el empresario disponga de varias alternativas de selección, la garantía de prioridad de permanencia debe entenderse con el mismo alcance que la garantía contenida en el art. 51.5 ET para los despidos colectivos, tanto en lo relativo a las condiciones para beneficiarse de la misma, su ámbito de aplicación o alcance, así como en lo relativo a los titulares de la misma.

La prioridad de permanencia también es aplicable en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales ex art. 47.1 ET, ya que el art. 68 b) ET se refiere también a los supuestos de “suspensión” del contrato. Del mismo modo, el art. 40.7 ET reconoce a los representantes legales de los trabajadores prioridad de permanencia en su puesto de trabajo en los supuestos de movilidad geográfica, y como no especifica otra cosa, cabe entender que se refiere tanto a los traslados definitivos como a los desplazamientos temporales.

En otras figuras jurídico-laborales, en cambio, no se reconoce ningún derecho a la prioridad de permanencia para los representantes de los trabajadores. Tal es el caso de la sucesión o transmisión de empresa del art. 44 ET. Así lo ha recordado la SAN de 9 de octubre de 2017 (Procedimiento núm. 195/2017), al señalar que “la primera cuestión que hemos de descartar al respecto es que las garantías de permanencia que el art. 68 ET establece para los representantes unitarios de los trabajadores [...] puedan aplicarse a los supuestos de sucesión de empresas por transmisión de unidad productiva autónoma, donde la afectación a la sucesión viene determinada por la adscripción a la unidad que se trasmite, resultando irrelevante sobre este punto que el mandato representativo del trabajador en cuestión se extienda a toda la empresa o a un concreto centro de trabajo.”<sup>4</sup>

No obstante, el presente estudio se centra en la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo del art. 51 ET. En este sentido, cabe señalar que la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, y en particular de los representantes legales, es una cuestión extensamente tratada por la doctrina.<sup>5</sup> La prioridad de permanencia que contempla la ley para los representantes de los trabajadores supone una de las pocas limitaciones expresas a la facultad del empresario para seleccionar a los trabajadores afectados en el despido colectivo, hecho que ha determinado que dicha figura reciba un tratamiento expreso por la doctrina.

En la doctrina clásica, ALBIOL MONTESINOS aborda expresamente la cuestión de la garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.<sup>6</sup> Así, señala que esta garantía, además de en los procedimientos de despido colectivo, se aplica también en los supuestos de extinción o suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, ya que el art. 51.5 ET señala que la

<sup>4</sup> Además, la citada sentencia señala como argumento que el propio art. 44.5 ET regula la situación de los representantes tras la transmisión, señalando que la misma “no extinguirá por sí mismo el mandato” de los representantes.

<sup>5</sup> En este sentido, destacan ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, En: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, Vol. 2, Artículos 49.5 a 9 y 51, Madrid, Edersa, 1989, p. 329-332; TUDELA CAMBRONERO, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, ob. cit.; y RODRÍGUEZ RAMOS, María José, Despido colectivo: procedimiento, En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coord.), *El despido: análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 531-533.

<sup>6</sup> ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *El sindicato en la empresa*. Madrid, Editorial Deusto, 1990, p. 165-166.

garantía se aplica “en los supuestos a que se refiere este artículo”. Por otro lado, también indica que la preferencia no es absoluta, como se abordará en el epígrafe 3, ya que no opera respecto de cualesquiera trabajadores en la empresa, sino que opera respecto de los trabajadores que resulten afectados por el despido, y dentro de los grupos profesionales a los que pertenezcan los representantes de los trabajadores. De hecho, así lo señaló desde un primer momento el Tribunal Supremo, pronunciándose en este sentido la STS de 19 de mayo de 1980 (RJ 1859, Sala de lo Contencioso-Administrativo), en un supuesto de cierre total de la empresa en el que no era posible que operase la garantía.<sup>7</sup>

El presupuesto, por tanto, que permite operar a la garantía de prioridad de permanencia es la existencia de varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta la causa extintiva alegada, de modo que el empresario deba realizar una selección o expresar una preferencia por un trabajador u otro, encontrándose estos en una situación profesional equivalente. En ese supuesto, hay un trabajador que tiene prioridad para permanecer en la empresa: el representante de los trabajadores. De este modo, la prioridad de permanencia excluye de la selección al trabajador que goza de la garantía, determinando que la elección se haga con respecto a otro trabajador que no goza de dicha garantía. La prioridad de permanencia se traduce, pues, en un “sacrificio potencial” para los otros trabajadores incluidos en el ámbito de afectación de la garantía pero que no son titulares de la misma.<sup>8</sup> Dicha garantía, en tanto que limita la posibilidad de elegir a unos trabajadores u otros, constituye, como se ha señalado, un límite a la facultad de selección de que dispone el empresario, el cual, aun dentro de su ámbito discrecional, deberá respetar las reglas relativas a la prioridad de permanencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido delimitando desde los primeros años tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 cuáles son los parámetros de operatividad de dicha garantía. Así, la STS de 27 de julio de 1989 (RJ 5926, Sala de lo Social) señala que el “presupuesto implícito” para que opere la garantía de prioridad de permanencia es que haya dos o más trabajadores respecto de los cuales pueda establecerse algún tipo de prioridad o preferencia, pues de lo contrario no hay prioridad alguna. En dicha sentencia se establece que la prioridad de permanencia lo es en el “puesto de trabajo”, por lo que hay que atender al hecho de si la actividad realizada por el titular de la garantía es individualizada, o en cambio su actividad es indiferenciada o polivalente. Sólo en el caso de que su actividad sea indiferenciada con respecto a las funciones desempeñadas por los trabajadores que ocupan otros puestos, podrá operar la garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores a la hora de amortizar un puesto. En cambio, si la actividad desempeñada es individualizada o no susceptible de intercambiarse con otros puestos, la aplicación de la garantía no sería posible.

Por su parte, a diferencia de la regulación normativa existente antes de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que preveía en múltiples disposiciones reglamentarias una exhaustiva lista de prioridades,<sup>9</sup> llamadas “preferencias”, para permanecer en la empresa y aplicadas a diversos colectivos, la actual regulación de las prioridades de permanencia de origen legal se ciñe, con carácter principal, a la mencionada de los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, ya el Estatuto de los Trabajadores de 1980 dejó virtualmente sin aplicación el antiguo y complejo sistema de “preferencias”, al contemplar la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. En la actualidad, el art. 51.5 ET, en conexión con el art. 68 b) ET, viene

<sup>7</sup> La citada sentencia señala: “[la garantía] otorga un derecho que lógicamente habrá de estar condicionado a aquellos supuestos [...] que hagan posible la preferencia dentro de una relación que subsiste.”

<sup>8</sup> En la doctrina, así lo señalan BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *Los expedientes de regulación de empleo*. València, Tirant lo Blanch, 2009, p. 114; y SAMPER JUAN, Joaquín, *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, En: AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Salamanca, AEDTSS-Universidad de Salamanca, 2006, p. 248.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, cabe citar el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo (BOE 15/11/1972), que en el art. 15 señalaba que las extinciones se llevarían a cabo, como norma general, según el orden inverso al de antigüedad en la empresa.

desarrollado reglamentariamente por el art. 13.1 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo (RPDC) de 2012,<sup>10</sup> que básicamente reitera las previsiones legales al respecto.

## 2. Justificación de la existencia de la prioridad de permanencia para los representantes de los trabajadores y su relevancia constitucional

Que la regulación legal contemple, como principal limitación expresa a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, una regla de prioridad de permanencia, y que dicha regla beneficie expresamente –y sin perjuicio de otros colectivos– a los representantes legales de los trabajadores, significa que el legislador ha querido proporcionar una especial protección a dicho colectivo y proteger su función representativa.

Precisamente, la razón de dicha protección radica en la “protección a las funciones” que desempeñan dichos representantes de los trabajadores, de modo que en caso de despido colectivo puedan permanecer en la empresa y continuar ejerciendo las mismas sin que se vean mermadas o afectadas por una reestructuración empresarial. Con ello, el legislador pretende evitar que los trabajadores queden sin representantes tras una reestructuración.

Pero, además, dicha prioridad pretende también evitar con carácter preventivo las posibles discriminaciones en las que el empresario puede estar tentado de incurrir en caso de seleccionar para su afectación por el despido colectivo a trabajadores en función de su cargo representativo o tareas sindicales.<sup>11</sup> En definitiva, se trata de evitar abusos por parte del poder empresarial, que podría tener un interés en penalizar a los trabajadores que ejercen funciones representativas.

La existencia de la garantía de prioridad de permanencia pone de manifiesto la existencia de distintos intereses en juego en el despido colectivo, y a los que el legislador pretende otorgar un equilibrio. Por un lado, si bien el instituto del despido colectivo presupone un marco discrecional de decisión del empresario en el marco del principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE), no puede olvidarse, por otro lado, que las relaciones laborales están condicionadas por el reconocimiento del principio de Estado social. En consecuencia, la libertad del empresario debe ponderarse con otros intereses legítimos de carácter social, como son el derecho al trabajo (art. 35 CE) y a no ser despedido sin justa causa, y también los derechos de índole representativa y el derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

La garantía de prioridad de permanencia protege, de este modo, a los representantes de los trabajadores frente al despido. El razonamiento radica en la idea según la cual protegiendo las funciones representativas de los representantes legales de los trabajadores se están protegiendo también los intereses de los trabajadores representados, aunque la existencia de la prioridad de los representantes supone un mayor riesgo de afectación potencial para los trabajadores que no lo son. En este sentido, si bien cabría plantear cierto debate en torno a la conceptualización de la garantía de prioridad de permanencia como una prerrogativa o como un privilegio, lo cierto es que la mayoría de la doctrina la entiende como una prerrogativa, con la misma naturaleza que el resto de garantías que prevé el art. 68 ET, y que pretenden garantizar que las funciones representativas puedan ejercerse de manera efectiva.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que en la STC 191/1996 de 26 de noviembre (Rº. 1804/1994 y 483/1995) señala que “al conceder la garantía de la prioridad

<sup>10</sup> Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 30/10/2012).

<sup>11</sup> Así lo expresa CERVERA SOTO, Teresa, CID BABARRO, Carlos, *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*. Valladolid, Lex Nova, 2016, p. 188.

de permanencia la ley no concede un privilegio, sino que se tutela con esa garantía la representación de los trabajadores”.<sup>12</sup>

También en la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en jurisprudencia posterior. Así, la STS de 6 de mayo de 2003 (Rº. 7034/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo); STS de 4 de mayo de 2004 (Rº. 3687/2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo); STS de 3 de febrero de 2009 (Rº. 101/2006, Sala de lo Social); STS de 18 de marzo de 2009 (Rº. 879/2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo); y la STS de 27 de noviembre de 2018 (Rº. 1157/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo), lo expresan señalando que la garantía de prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores tiene un “carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas”.

Ahora bien, además de la protección de la representación en sí misma, dichas funciones representativas y su garantía suponen, en determinados casos, una manifestación del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE, que protege a su vez la composición de los órganos de representación cuando sus integrantes están sindicalizados. Por ello, la garantía supone también un “medio de protección” del representante de los trabajadores frente a decisiones discriminatorias del empresario que pudieran afectar al derecho fundamental de libertad sindical, cuando el representante está afiliado a alguna organización sindical. Se trata de una protección que actúa con carácter previo, excluyendo al representante de la posibilidad de selección, y por tanto de sufrir discriminación.<sup>13</sup>

Por lo tanto, la garantía de prioridad de permanencia tiene un carácter instrumental con respecto al desempeño de las funciones representativas, las cuales pretende garantizar en sí mismas; y además pretende proteger a los representantes sindicalizados frente a decisiones discriminatorias, en tanto que entra en juego el derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE.<sup>14</sup>

En definitiva, se trata de una manera de proteger con carácter previo a los representantes de los trabajadores frente a decisiones empresariales de carácter discriminatorio, en supuestos de representantes sindicalizados, y a su vez proteger a los órganos de representación de alteraciones en su composición.

Por todo ello, la garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores tiene una clara relevancia constitucional. Así, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores está conectada con el derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE, cuando los órganos de representación están sindicalizados. La citada STC 191/1996 de 26 de noviembre, ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, reconociendo expresamente que la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores se integra en el derecho fundamental de libertad sindical.

---

<sup>12</sup> La STS de 11 de junio de 1984 (RJ 3190, Sala de lo Contencioso-Administrativo), en cambio, se expresó en unos términos que podían conducir a confusión, ya que consideró la prioridad de permanencia como un “beneficio” y hablaba de una “privilegiada continuidad” en la empresa que no podía aplicarse cuando la extinción atendía a motivos ajenos a la actividad representativa.

<sup>13</sup> La STSJ de País Vasco, de 17 de junio de 2014 (Rº. 21/2014) señala, con cita a la STC 191/1996, de 26 de noviembre, que la garantía de prioridad de permanencia “provoca que en la selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva, los representantes de los trabajadores sigan teniendo una posición diferenciada y preferente respecto del resto de trabajadores en plantilla, que aun cuando no es un privilegio, sino que tiene un carácter instrumental de protección reforzando garantías de independencia y desempeño de funciones representativas, pretende evitar restricciones, máxime cuando se integra en el derecho de libertad sindical completo.”

<sup>14</sup> En tanto que derecho fundamental, la libertad sindical se ejerce principalmente a través de los órganos de representación en la empresa, y ello es así, especialmente, como señala la citada STC 191/1996, de 26 de noviembre, en el FJ. 5º, cuando la empresa cuenta con un comité “sindicalizado”, es decir, cuando sus miembros están mayoritariamente afiliados a un sindicato y han accedido al comité de empresa a través de la candidatura presentada al efecto por dicho sindicato. La SAN de 12 de junio de 2013 (Procedimiento núm. 143/2013), y la STS de 14 de octubre de 2014 (Rº. 3054/2013, Sala de lo Social), señalan que “la prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores [...] tiene, por otra parte, [...] un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce el artículo 28 de la Constitución.”

El supuesto que se abordaba en dicho caso era el relativo a la inclusión de los representantes de los trabajadores en el listado de afectados que se presentaba en aquel momento a la autoridad laboral para solicitar la autorización para efectuar las extinciones.<sup>15</sup> En aquel contexto, la inclusión de los representantes de los trabajadores se efectuaba con constancia de su condición de tal, y además, en el anexo de la solicitud se señalaba expresamente que la inclusión de los mismos era “a reserva del ejercicio por cada uno de ellos de la garantía de prioridad de permanencia que establece el art. 68 b) ET”, de suerte que si ejercitaban dicha garantía, los representantes serían sustituidos por otros trabajadores no incluidos entre los afectados y que no disfrutaban de la garantía.

Cuando posteriormente la empresa fue autorizada a efectuar las extinciones, los afectados recibieron una carta de despido que señalaba: “en el supuesto de que Vd. ostente la condición de representante de los trabajadores y siempre que decida hacer uso de la garantía otorgada por el art. 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, deberá ponerlo en conocimiento de la Dirección de la Empresa por escrito, en el plazo máximo de cinco días, contados a partir de la recepción de la presente notificación. De no producirse su comunicación en el plazo indicado, se entenderá que no desea hacer uso de aquel derecho. Si, por el contrario hiciese uso de la garantía citada, será sustituido por otro trabajador de la plantilla de la empresa.”

Tras la impugnación por parte de los representantes afectados, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, consideró, en Sentencia de 23 de noviembre de 1993, que la garantía de prioridad de permanencia no era absoluta, y por tanto era renunciable, por lo que no apreció que se vulnerase la libertad sindical de los representantes, destacando que se les dio opción a ejercitar la garantía de la que eran titulares. Consideraciones similares efectuó la STSJ de Asturias, de 29 de abril de 1994 (AS 1552), señalando que los representantes no alegaron la vulneración de sus derechos sindicales en su momento, haciendo una nítida “dejación voluntaria” de sus derechos.

Interpuesto recurso de amparo, los recurrentes alegaban el hecho de que “la actividad sindical también se ejerce en las empresas mediante la participación en los órganos de representación de los trabajadores”, doctrina establecida en la STC 9/1988 de 25 de enero (Rº. 1174/1986), y en la STC 197/1990 de 29 de noviembre (Rº. 738/1988). De hecho, los recurrentes calificaron la actuación empresarial como la “trampa saducea tendida por la empresa”, pues, “la manifestación expresa de los recurrentes en favor de permanecer en la empresa conllevaba la inclusión en el expediente de otros trabajadores, lo que aparecería ante la plantilla como un privilegio abusivo y entrañaba un desprestigio para el Sindicato, y su silencio se toma como pretexto para despedir”.

La primera consideración del TC se refiere al hecho de que se trataba de un comité de empresa sindicalizado, es decir, en el que sus integrantes forman parte de organizaciones sindicales, por lo que estos gozan de una clara protección legal para el ejercicio de sus funciones representativas. De hecho, los representantes recurrentes eran todos afiliados al sindicato CCOO, y accedieron al comité de empresa por la candidatura que dicho sindicato presentó en las elecciones. De hecho, la STC 40/1985 de 13 de marzo (Rº. 397/1984) reconoce que las garantías y facilidades de que gozan los representantes de los trabajadores “se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical”, en particular cuando se está ante un comité de empresa sindicalizado, lo cual es muy habitual en el modelo español de relaciones laborales.

La interpretación realizada por la empresa, según la cual puede incluir a los representantes de los trabajadores entre los afectados por el despido, y exigirles que expresen si desean ejercitar su

<sup>15</sup> Desde la reforma laboral de 2012, ya no existe ninguna autorización administrativa previa al despido colectivo. Sobre la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos, véase PUEBLA PINILLA, Ana de la, Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento crítico*. España, Tirant lo Blanch, núm. 13, 2013, p. 129-156.

garantía, admitiendo el silencio al respecto como una renuncia tácita a la misma, supone interpretar de la manera más restrictiva posible la mencionada garantía. De hecho, para el TC, dicho planteamiento coloca “a los titulares del derecho en la situación límite de: o renunciar al mismo, para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos”.

La STC 191/1996 de 26 de noviembre cuenta, no obstante, con un Voto particular formulado por el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, en el que considera que no ha habido vulneración de la libertad sindical. En este sentido, señala que “la cuestión debe ser siempre reconducida a lo que es su extremo relevante, es decir, si los representantes fueron privados de su derecho a permanecer prioritariamente en la empresa”, y considera que es innegable que los representantes han tenido la opción de ejercitar la garantía de prioridad de permanencia.

En definitiva, el destacado pronunciamiento de la STC 191/1996 de 26 de noviembre precisa el alcance de la prioridad de permanencia, en particular respecto de los representantes legales de los trabajadores que han sido elegidos en tanto que integrantes por una lista presentada por un sindicato. Ello conlleva que la cuestión incida en el derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE. Para el TC, en conclusión, la inclusión de los representantes de los trabajadores en los planes iniciales del empresario vulneraba el derecho fundamental a la libertad sindical y el Convenio de la OIT núm. 135, sobre los representantes de los trabajadores.<sup>16</sup> Por lo tanto, aunque en el asunto discutido se reconocía a los representantes incluidos la posibilidad de “ejercitar” la garantía de prioridad de permanencia, su inclusión en los planes iniciales del empresario implicaba que el ejercicio de dicha garantía supusiese la inclusión en los planes de despido de otro trabajador inicialmente no afectado, que sustituyera al representante de los trabajadores. De dicho modo, se colocaba a los representantes ante una disyuntiva de difícil solución y que ponía en juego su propia inclusión en los planes de despido o la de otros trabajadores cuyos intereses representaban y tenían la obligación de defender. Por lo tanto, la inclusión sin más de dichos representantes miembros de un sindicato, y además sin justificar dicha inclusión, atenta contra la libertad sindical.<sup>17</sup>

Pronunciamientos posteriores han confirmado esta interpretación. En este sentido, la SAN de 12 de junio de 2013 (Procedimiento núm. 143/2013) considera también una vulneración de la libertad sindical que se coloque a los representantes ante una “disyuntiva imposible”, como es la de imponer el despido de trabajadores no inicialmente afectados a cambio de salvar sus puestos de trabajo. Precisamente esta es una cuestión relevante, pues los propios representantes participan en el período de consultas de una reestructuración en la que ellos mismos podrían verse afectados. La garantía pretende que los representantes no estén condicionados por su posible afectación.

Todo ello demuestra que el juego de las reglas de preferencia entre los representantes que disfrutan de esta garantía y los trabajadores concurrentes para verse afectados puede generar tensiones en el seno de la plantilla. De este modo, la inicial inclusión en el listado de afectados de trabajadores que ostenten la condición de representantes de los trabajadores coloca a dichos representantes en la “tesitura” de pedir su exclusión de la lista de afectados para afectar a otro trabajador, o de permanecer en la lista y verse afectado uno mismo. Es decir, el representante debe elegir entre hacer valer su garantía de prioridad de permanencia afectando a otro trabajador, o renunciar a su garantía de permanencia viéndose él mismo afectado por el despido.

<sup>16</sup> Convenio de la OIT núm. 135, sobre los representantes de los trabajadores, de 1971 (C135).

<sup>17</sup> Al respecto, BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 113.

### 3. Ámbito de afectación de la garantía

El ámbito de afectación o alcance de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores tiene una estrecha vinculación con otros conceptos que se van a explicar a continuación, y que no son otros que la lógica de la sustitución, el ámbito de la causa del despido, el ámbito de la representación, y el ámbito funcional del puesto ocupado por el titular de la garantía.

El alcance de la garantía de permanencia en la empresa plantea numerosos interrogantes que la convierten en una cuestión harto compleja sobre la que se han pronunciado los tribunales ante la evidente indefinición del marco normativo. Cabe destacar la SAN de 12 de junio de 2013 (Procedimiento núm. 143/2013), posteriormente confirmada por la STS de 21 de octubre de 2014 (R<sup>o</sup>. 59/2014, Sala de lo Social), que hace un recorrido por toda la doctrina en la materia.

En este sentido, cabe destacar la STSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2013 (R<sup>o</sup>. 6055/2012), con referencia a la STS de 30 de noviembre de 2005 (R<sup>o</sup>. 1439/2004, Sala de lo Social), que define la prioridad de permanencia como el “reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo”, y recuerda que la normativa no fija el ámbito al que dicha garantía se extiende, con la consecuente problemática y casuística generada. Destaca que la garantía es “relativa”, lo que significa que “no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo”. La clave es que la desaparición de todos los puestos de trabajo implica la imposibilidad de efectuar una “alternativa de selección”, es decir, elegir entre qué trabajadores se prefiere. Es por ello que dicha posibilidad de seleccionar de modo alternativo a un trabajador u otro sólo existe cuando hay “varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva”.<sup>18</sup>

En definitiva, la garantía de prioridad de permanencia operará cuando existan varios puestos de trabajo sobre los que realizar una alternativa de selección. A continuación se analizan los distintos parámetros a valorar.

#### 3.1. La lógica de la sustitución y su alcance

La operatividad de la garantía de prioridad de permanencia implica un potencial perjuicio para otros trabajadores que en principio podrían no haber estado afectados por el despido colectivo, en lo que el TS califica como “lógica de la sustitución”.<sup>19</sup> De este modo, un trabajador inicialmente no afectado por el despido puede verse afectado si su puesto resulta asignado al representante de los trabajadores en aplicación de la regla de prioridad de permanencia, lo que, en caso de no existir otra vacante, resultaría finalmente en la afectación del trabajador no priorizado. Ahora bien, es de destacar, y así lo señala el TS, que esta “lógica de la sustitución” es consecuencia de la efectividad de la garantía misma, y que tiene lugar en cualquier caso, ya que una regla de prioridad de permanencia siempre va a implicar, con carácter general, un “sacrificio potencial” para otros trabajadores ocupados dentro del alcance de la garantía pero no beneficiados por la misma.

El no reconocimiento de la lógica de la sustitución en la garantía de permanencia podría poner en riesgo la efectividad de la misma, ya que el empresario podría acudir a sus facultades relativas a la movilidad funcional para soslayarla, por ejemplo asignando a los trabajadores que desee despedir a la unidad productiva afectada por el despido. Es por ello que los tribunales han reconocido la lógica de la sustitución de la regla de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, es decir, que la regla es capaz de producir un perjuicio en otro trabajador.

<sup>18</sup> En estos términos, BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 81.

<sup>19</sup> Véase STS de 30 de noviembre de 2005 (R<sup>o</sup>. 1439/2004, Sala de lo Social).

### 3.1.1. Primeras interpretaciones restrictivas

No obstante, en los primeros años tras la aprobación del ET de 1980, hubo algún pronunciamiento judicial que acogía una interpretación restrictiva del alcance de la garantía de prioridad de permanencia, y que ya en su momento fue rechazado por la doctrina.<sup>20</sup> Así, la STS de 11 de junio de 1984 (RJ 3190, Sala de lo Contencioso-Administrativo) señaló que el “beneficio” de prioridad de permanencia es un derecho que “habrá de venir condicionado por la actividad o acción del trabajador en el ejercicio de su representación”, por lo que, ante causas empresariales que motiven el despido (las entonces llamadas causas económicas o tecnológicas) y que sean “ajenas” a la actividad representativa, “es claro que no tiene razón de subsistencia ni de privilegiada continuidad el mencionado beneficio”.

Dicha interpretación sorprendentemente restrictiva se realiza, a modo de ver del que suscribe, *contra legem*, pues el tenor literal del art. 68 b) ET es (y era) muy claro al establecer una garantía de permanencia en supuestos de despido por causas empresariales, al margen de la actividad representativa. Con dicha interpretación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS confundía la garantía de prioridad de permanencia –la cual opera por ella misma otorgando al representante el “beneficio” de permanecer prioritariamente frente al resto de empleados en supuestos de despidos por causas empresariales– con otra garantía, que es la referida a no ser despedido con motivo del ejercicio de su actividad representativa, contemplada en el art. 68 c) ET. Si por el mero hecho de concurrir causas económicas o empresariales, no vinculadas con las funciones representativas, pudiera afectarse a los representantes legales de los trabajadores en el despido colectivo, la garantía de prioridad de permanencia perdería su contenido y su virtualidad.

En este sentido, dicha interpretación equivale a equiparar la prioridad de permanencia con una mera prohibición de despedir por razón del ejercicio de funciones representativas, lo cual se enmarcaría dentro de la garantía de indemnidad. La prioridad de permanencia, en cambio, implica algo más, pues supone una tutela preventiva, que impide la afectación, en línea de principio, de los representantes de los trabajadores, a fin de proteger el ejercicio de sus funciones, y en su caso, su actividad sindical. Dicha interpretación restrictiva fue pronto rechazada por toda la doctrina y por posteriores pronunciamientos judiciales que asumen plenamente la operatividad de la garantía conforme a la comentada lógica de la sustitución, como ejemplifican, por todas, la STS de 6 de mayo de 2003 (Rº. 7034/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo), y la STS de 3 de febrero de 2009 (Rº. 101/2006, Sala de lo Social), anteriormente citadas.

### 3.1.2. El ámbito de afectación de la causa del despido y el ámbito de la representación

La lógica de la sustitución plantea en qué marco puede realizarse dicha sustitución, es decir, en qué casos podrá verse afectado otro trabajador por aplicación de la prioridad sobre el titular de la misma. Ello conduce a comentar dos aspectos: el ámbito de la causa del despido, y, en conexión con ello, el ámbito de la representación del representante.

En cuanto a la causa del despido, desde un punto de vista lógico, cabría pensar que la garantía de prioridad de permanencia se extiende, exclusivamente, al ámbito de afectación del despido colectivo. En este sentido, si el despido colectivo tiene como ámbito de afectación un determinado departamento, unidad productiva, o centro de trabajo, lo lógico sería que fuera en dicho ámbito en el que se proyectase la garantía; mientras que si el ámbito de afectación del despido fuese la empresa

---

<sup>20</sup> Véase en este sentido, ALBIOL MONTESINOS, Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, ob. cit., p. 330.

en su totalidad –por ejemplo por causas económicas de alcance general–, entonces sería la empresa el ámbito donde operaría la garantía. Ahora bien, dicha interpretación lógica llevaría a dejar desprotegidos a los representantes de los trabajadores en varios supuestos, de modo que la garantía de prioridad de permanencia quedaría vaciada de contenido y sería ineficaz. Así, en los supuestos en que el ámbito de afectación de las causas de despido no alcanzase a toda la empresa, sino al centro, unidad o departamento donde el representante preste servicios, éste podría verse más fácilmente afectado por el despido.

En consecuencia, tanto la doctrina como los tribunales han señalado que la operatividad de la garantía, y por tanto de la lógica de la sustitución, se produce en un marco que puede ser superior al del ámbito de afectación de la causa del despido colectivo. De hecho, no hay ninguna norma que circunscriba el ámbito de operatividad de la garantía al ámbito de afectación de la causa extintiva en el despido colectivo. El art. 68 b) ET únicamente indica que la prioridad de permanencia operará “respecto de los demás trabajadores”, y habría que añadir demás trabajadores “de la empresa”.

En este sentido, hay cierto consenso en que la garantía se extiende “más allá del ámbito de afectación del despido colectivo”,<sup>21</sup> no quedando circunscrita sólo al ámbito de afectación del despido colectivo o del concreto puesto de trabajo que ocupa el representante.

Precisamente, la STS de 30 de noviembre de 2005 (Rº. 1439/2004, Sala de lo Social) aborda la cuestión del alcance de la garantía de prioridad de permanencia, señalando que no hay motivo para pensar que la mencionada garantía deba quedar circunscrita al estricto ámbito de afectación de la causa de despido alegada. De hecho, el propio art. 68 b) ET señala que la garantía opera “en la empresa o centro de trabajo”. El TS señala que dicha referencia a la empresa o centro de trabajo implica una conexión con el siguiente concepto a comentar: el ámbito de representación que ostenta el representante de los trabajadores.<sup>22</sup>

De este modo, el TS considera que si el ámbito de representación del trabajador es el de toda la empresa, la garantía deberá extenderse al ámbito de la empresa en su totalidad; y, del mismo modo, si el ámbito de representación del trabajador se circunscribe al centro de trabajo, la garantía se limitará a dicho ámbito: el centro de trabajo. La mención alternativa del art. 68 b) ET, referida a “la empresa o centro de trabajo”, se refiere pues al ámbito de representación que ostente el representante, que es al cual habrá de ceñirse la garantía,<sup>23</sup> y ello con independencia del ámbito de afectación de la causa del despido.

Así lo señala también la doctrina de los TSJ, como por ejemplo la STSJ de Galicia, de 9 de julio de 2012 (Rº. 2021/2012), al afirmar que “no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva sino que, por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación”.

La operatividad de la garantía de prioridad de permanencia implica, pues, una lógica de la sustitución que va más allá del ámbito de afectación de la causa del despido colectivo y que conecta con el ámbito de la representación del titular de la garantía.

<sup>21</sup> Así, véase por todos, CERVERA SOTO, CID BABARRO, *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*, ob. cit., p. 189.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión, véase ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *Representación y participación de los trabajadores en la empresa: estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*. València, Tirant lo Blanch, 2020, p. 86.

<sup>23</sup> Véase BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, TALÉNS VISCONTI, Eduardo E., *La forma y el procedimiento del despido*. València, Tirant lo Blanch, 2018, p. 180. También, ALBIOL MONTESINOS, Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, ob. cit., p. 331, quien señala que en tanto que el comité de empresa representa los intereses del conjunto de trabajadores de la empresa, y habiendo secciones o departamentos de la empresa que no se vean afectadas por el despido, todos los miembros del comité deben ser excluidos de los despidos.

Para profundizar más en la cuestión del ámbito de representación de los representantes titulares de la garantía, debe señalarse que si el ámbito de representación del representante se extiende a toda la empresa, la prioridad de permanencia opera también dentro de dicho ámbito; mientras que si el ámbito de representación del representante se limita al centro de trabajo, la prioridad de permanencia quedará circunscrita al mismo, tal y como señala la citada STS de 30 de noviembre de 2005.<sup>24</sup> Precisamente en dicha sentencia se aborda el supuesto de un despido objetivo por cierre de un centro de trabajo, en el que el Tribunal apreció que la garantía debía extenderse al ámbito de la empresa en tanto que dicho era el ámbito de representación del titular de la garantía. En este sentido, la sentencia señala que “el problema a decidir se plantea en [...] si afectando la causa extintiva a todos los trabajadores de un ámbito determinado de la empresa –sección o estación de servicio–, la garantía de permanencia queda agotada por esa afectación total en el ámbito, o debe ampliarse a otros ámbitos a los que se extienda la representación de los actores”, a lo que responde afirmativamente.

Por lo tanto, cuando el ámbito de representación del cargo que ostenta el representante se extiende más allá del ámbito de afectación (cerrado) de la causa, por ejemplo porque se extiende a toda la empresa, será éste –el de la empresa– el ámbito en el que opere la garantía de prioridad de permanencia. En los supuestos en que el ámbito de afectación de las causas del despido sea abierto o general, es decir, que afecte a toda la empresa, esta problemática no se plantea, porque es evidente que la garantía tendrá plena operatividad.<sup>25</sup>

Así lo han confirmado varias sentencias en sede de TSJ. La STSJ de Madrid, de 4 de mayo de 2007 (Rº. 819/2007) señala expresamente que si el ámbito de representación se extiende a la empresa, “dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo, tendrá que limitarse a éste”.<sup>26</sup>

Por el contrario, cuando el ámbito de representación del cargo que ostenta el representante se limita al centro de trabajo y coincide –o no– con el ámbito de afectación (cerrado) de la causa, la garantía limita su operatividad a dicho ámbito de representación, es decir, el del centro de trabajo. Ello se traduce en la necesaria afectación del representante de los trabajadores en los supuestos de cierre total del centro de trabajo, cuando su representación se circunscribe a dicho ámbito. Así lo han señalado varias sentencias, como la STSJ de Galicia, de 19 de octubre de 2016 (Rº. 1924/2016), que citando la doctrina de la STS de 30 de noviembre de 2005, señala que “la garantía de permanencia se conecta con el ámbito de representación del trabajador, de modo que si en el caso de autos la representación de la trabajadora se extendía únicamente al centro de trabajo de Lugo, la garantía ha de limitarse a éste”.

### 3.1.3. Ámbito funcional del puesto ocupado por el titular de la garantía

Una vez comentado el alcance de la citada lógica de la sustitución, hay que señalar que la concurrencia de dos puestos de trabajo sobre los que aplicar la garantía de prioridad de permanencia parte del presupuesto de que dichos puestos sean funcionalmente equivalentes, es decir, cuando los trabajadores concurrentes realizan las mismas funciones, o bien cuando realizan funciones homo-

<sup>24</sup> Así lo señala en la doctrina, BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 114. En los mismos términos se pronuncia la SAN de 12 de junio de 2013 (Procedimiento núm. 143/2013), y la STSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2012 (Rº. 823/2012).

<sup>25</sup> Así lo señala expresamente la STS de 30 de noviembre de 2005 (Rº. 1439/2004, Sala de lo Social): “Este problema se presenta en ámbitos de afectación ‘cerrados’, como los que contemplan las sentencias comparadas, pues en los ámbitos ‘abiertos’ la capacidad de selección no queda acotada de esta forma y puede proyectarse en unidades más amplias incluida la empresa en su conjunto.”

<sup>26</sup> También otras, como la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 8 de noviembre de 2012 (Rº. 659/2012); y la STSJ de Cataluña, de 1 de abril de 2011 (Rº. 7089/2010).

géneas. Sólo en esos casos es viable la lógica de la sustitución de la que se viene comentando en este apartado.

Es decir, no tendría ninguna lógica y supondría un perjuicio para la empresa aplicar la prioridad en la afectación respecto de dos trabajadores cuyos puestos o funciones fueran totalmente diferentes. Por ello, la prioridad entra en juego respecto de dos o más trabajadores que desempeñan las mismas funciones o bien funciones equivalentes.

En consecuencia, siempre que exista idoneidad del trabajador para desempeñar las funciones del puesto asignado, la empresa puede acudir también a sus facultades en cuanto a la movilidad funcional a fin de dar aplicación a la garantía de prioridad de permanencia, en tanto que a través de la misma se pretende garantizar el desempeño de las funciones representativas y, también, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical en casos de órganos sindicalizados, el cual debe prevalecer.<sup>27</sup> Además, el incremento del margen de flexibilidad empresarial en torno a la movilidad funcional operado tras la reforma laboral de 2012, con la supresión de las categorías profesionales y dejando el grupo profesional como único parámetro para hacer de la movilidad funcional un mecanismo viable y eficaz, implica un mayor margen de operatividad para la garantía de prioridad de permanencia.

Así, y sintetizando de un modo muy acertado, la STSJ de Galicia, de 9 de julio de 2012 (Rº. 2021/2012) señala que “la preferencia del representante de los trabajadores puede implicar por ello la aplicación de la movilidad funcional con la necesidad de extinguir (o suspender) el contrato de otro trabajador para preservar la permanencia del representante, pues la garantía opera cuando subsiste un puesto equivalente en el que se desempeñen las mismas funciones. Pero se exige que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes.” Precisamente en el asunto tratado en dicha sentencia el Tribunal consideró que no era factible que el representante continuase en la empresa y no pudo operar la regla de prioridad de permanencia, y ello “dada la muy diferente naturaleza y cualificación del puesto” en cuestión.

Con anterioridad a la reforma laboral de 2012, cabía plantearse si la referencia en la documentación inicial al número y “categoría” profesional de los trabajadores afectados hacía referencia a la operatividad de la garantía respecto a los trabajadores de la misma categoría profesional que el representante. Dicha interpretación debe ser rechazada, ya que la garantía no está ni estaba restringida a una categoría profesional concreta (en la actualidad, grupo profesional), sino que opera, tal y como dice el art. 68 b) ET, “respecto de los demás trabajadores”, sin especificar su clasificación profesional ni el ámbito de afectación del despido.<sup>28</sup>

Ahora bien, no cabe ninguna duda de que el alcance de la garantía de prioridad de permanencia está estrechamente ligado con las características funcionales del puesto afectado, y en relación con ello, los tribunales se han referido al concepto de idoneidad profesional. La STSJ de Cantabria, de 29 de febrero de 2000 (Rº. 290/1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo) lo señala afirman-

---

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, véase GOERLICH PESET, José María, Desarrollo y contenido de las consultas, En: AA.VV., *Los períodos de consultas* (Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 104), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014, p. 76-77. De hecho, la SAN de 8 de julio de 2013 (Procedimiento núm. 180/2013) señala que es recomendable simular con los mismos interlocutores la negociación sobre el despido colectivo y otras medidas, fundamentalmente de flexibilidad interna, como las suspensiones de contratos, reducciones de jornada, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etc., ya que con ello se consigue reducir los efectos de la flexibilidad externa.

<sup>28</sup> Véase BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 114. De hecho, y en línea con lo ya comentado, dicho autor señala que no hay ningún precepto que disponga que la prioridad de permanencia deba circunscribirse al estricto ámbito de la causa del despido colectivo, pues de hecho, el art. 68 b) ET reconoce la prioridad de permanencia “respecto de los demás trabajadores”. Por ello, cabe también descartar interpretaciones que circunscriban el ámbito de operatividad de la garantía a la clasificación profesional (grupo, o antiguas categorías) del representante, o a su concreto puesto.

do que la garantía de prioridad de permanencia “implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo que subsiste, siendo inherente a ella la idoneidad profesional para su desempeño”.<sup>29</sup>

El concepto de idoneidad profesional es más amplio que el de grupo profesional, o el de las antiguas categorías profesionales, lo que permite una mayor amplitud a la hora de aplicar la lógica de la sustitución. De hecho, la doctrina ha defendido que la garantía opere o bien con respecto a trabajadores del mismo grupo profesional;<sup>30</sup> o, más recientemente y de modo más acertado, respecto de trabajadores funcionalmente equivalentes, es decir, que realicen funciones o tareas similares, sin que existan límites vinculados a la pertenencia a un grupo profesional.<sup>31</sup>

Como consecuencia de ello, la prioridad de permanencia opera siempre que el representante pueda ser reubicado funcionalmente como consecuencia de su idoneidad profesional para el puesto concreto, por lo que será necesario estudiar qué posibilidades hay en la empresa, más allá del estricto ámbito de afectación del despido colectivo, y siempre que se esté dentro del ámbito de representación del cargo que ostente el representante, pues es ahí donde tiene sentido la garantía.

Ello va a plantear necesariamente situaciones en que trabajadores que inicialmente no se veían afectados por el despido, es decir, que se encuentran fuera de su marco de afectación inmediato, se vean finalmente afectados debido a la reubicación funcional del representante legal de los trabajadores en cumplimiento de la regla de prioridad de permanencia. Se trata del funcionamiento de la propia lógica de la sustitución. Dicha posibilidad genera cierta suspicacia entre los trabajadores y sus representantes, por lo que cabría plantearse si no sería más adecuado que la operatividad de la garantía se limitase al estricto ámbito de afectación de la causa del despido, cuando dicho ámbito no afecte a toda la empresa, lo cual tampoco parece viable, pues se pondría en riesgo el ejercicio de las funciones representativas en el correspondiente ámbito de representación (por ejemplo, el conjunto de la empresa).

La operatividad de la prioridad de permanencia respecto de trabajadores que desempeñen tareas o funciones equivalentes ha sido confirmada por la STS de 22 de abril de 2003 (Rº. 687/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo), señalando que la “pluralidad o concurrencia de trabajadores” en el desempeño de “tareas de idéntica o análoga naturaleza” constituye el “requisito imprescindible” para poder ejercitar la garantía.

Es de destacar, para finalizar, la STSJ de Asturias, de 16 de noviembre de 2012 (Rº. 2065/2012), que remarca que la prioridad de permanencia no obliga a la empresa a crear un nuevo puesto de trabajo acorde con la clasificación profesional del representante, ni tampoco a atribuirle funciones distintas a las propias y que supongan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En el asunto tratado, los únicos puestos a los que podría haber optado el representante pertenecían a un grupo profesional superior con mayor retribución, sin que constase que el representante tuviera capacitación suficiente para el mismo, por lo que no era posible aplicar la prioridad.

En definitiva, la intercambiabilidad funcional de los puestos es necesaria para que opere la garantía de prioridad de permanencia.

<sup>29</sup> La misma sentencia continúa señalando: “Incluso han sido tratados por la jurisprudencia supuestos en los que el ejercicio del derecho de permanencia implicaba una movilidad funcional descendente, lo que ha de llevar a la conclusión de que ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten, son equivalentes, o entre trabajadores que cumplen la misma función.”

<sup>30</sup> En este sentido, BLASCO SEGURA, Benjamín, La extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo. *Actualidad Laboral*. España, Wolters Kluwer, núm. 33, 1992, p. 575-603, en p. 591.

<sup>31</sup> En este sentido, NORES TORRES, Luis Enrique, *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Madrid, CES, 2000, p. 261; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, *Expedientes de regulación de empleo*. Madrid, Trotta, 1993, p. 190-191; y BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 115.

### 3.2. *El carácter relativo de la garantía*

Como corolario de lo anteriormente expuesto, y como se ha anticipado al inicio del epígrafe, existe un cierto consenso entre la doctrina relativo a que la garantía de prioridad de permanencia no opera con carácter absoluto. Ello significa que el representante de los trabajadores no tiene derecho a permanecer en la empresa en cualquier circunstancia, ya que podría suceder que la empresa eliminara todos los puestos de trabajo, o que no existiera un puesto funcionalmente equivalente, por lo que no habría prioridad posible. Por ello, cabe decir que la garantía de prioridad de permanencia tiene un carácter relativo, por lo que debe ponerse en relación con otras circunstancias que pueden darse en el seno de la empresa durante el procedimiento de despido colectivo.

Los tribunales han señalado expresamente que la garantía de prioridad de permanencia no es un derecho “esgrimible con carácter absoluto” *erga omnes*, es decir, frente a todos los trabajadores en cualquier circunstancia, tal y como indica la STS de 22 de abril de 2003 (Rº. 687/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo), y la STS (3ª) de 6 de mayo de 2003 (Rº. 7034/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo), que recuerdan que la prioridad de permanencia es “relativa por su propia esencia”.

Como se ha analizado en el presente epígrafe, existen numerosas manifestaciones del carácter no absoluto, sino relativo, de la garantía. Dichas manifestaciones son, en primer lugar, que la garantía no opera cuando la medida afecta a todos los trabajadores de la empresa (cierre total de la empresa en despidos colectivos, o afectación de todos los trabajadores en supuestos de suspensión de contratos o de movilidad geográfica). Por otro lado, la garantía tampoco opera cuando se procede al cierre total del centro de trabajo en el que presta servicios el representante, si su ámbito de representación se limita al centro de trabajo y no se extiende a la empresa en su conjunto. Finalmente, la garantía de prioridad de permanencia no opera cuando no existen puestos funcionalmente equivalentes, es decir, intercambiables, respecto de los que hacer operar la prioridad.

Se trata de circunstancias que vienen a matizar el alcance de la lógica de la sustitución, ya que ésta no será posible en todos los casos. Precisamente en materia de equivalencia funcional de los puestos, la STSJ de Cataluña, de 24 de julio de 2014 (Rº. 2031/2014) señala que “se trata únicamente de una prioridad, que no de un derecho total y absoluto sobre todos y cada uno de los demás trabajadores de la empresa”. En el mismo sentido, la STSJ de Asturias, de 16 de noviembre de 2012 (Rº. 2065/2012) rechazó la posibilidad de aplicar la regla de prioridad de permanencia, pues no existía en la empresa ningún puesto “funcionalmente equivalente” al del representante, indicando que la garantía no puede exigirse “de un modo absoluto”, pues, de lo contrario, se llegaría al absurdo de mantener al representante con unas funciones inexistentes.

En síntesis, la lógica de la sustitución se aplica dentro del ámbito de representación del titular de la garantía, con independencia del ámbito de afectación de la causa del despido, pero sometida a unos condicionantes, siendo el principal de ellos que los dos puestos sobre los que se realiza la alternativa de selección sean funcionalmente intercambiables.

## **4. La necesaria justificación de la afectación de trabajadores titulares de la garantía de prioridad de permanencia**

La protección de las funciones representativas, así como la necesaria prevalencia del derecho fundamental a la libertad sindical en supuestos de representación sindicalizada, son aspectos que la garantía pretende salvaguardar. Estos aspectos imponen a la empresa durante el procedimiento de despido colectivo la obligación de expresar las razones que justifiquen la inclusión del representante

de los trabajadores en la lista de afectados y la privación para el mismo de la garantía recogida legalmente. En definitiva, la empresa deberá justificar su decisión de incluir al representante legal de los trabajadores entre los afectados, a fin de evitar conflictos ante impugnaciones futuras.

La STSJ de Asturias, de 16 de noviembre de 2012 (Rº. 2065/2012), y la SAN de 21 de noviembre de 2012 (Procedimiento núm. 167/2012), señalan expresamente que el representante legal de los trabajadores tiene prioridad de permanencia sobre el resto de trabajadores “salvo que se acredite objetivamente que es su puesto entre los afectados y no otro –sobre el que pueda ejercerse la preferencia– el que se necesita amortizar”.

Por ello, el empresario deberá acreditar que concurren razones organizativas o productivas de entidad suficiente como para justificar la exclusión de la garantía y la consiguiente inclusión del representante titular de la garantía entre los afectados por el despido.<sup>32</sup> En este sentido, el art. 13.3 RPDC señala expresamente que la empresa “deberá justificar en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el artículo 12, la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa”. De este modo, la inclusión de un representante con prioridad de permanencia es posible, pero debe estar expresamente justificada.

La necesaria justificación de una hipotética afectación de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo se refiere tanto a su afectación final (al concluir el período de consultas), como a su afectación inicial (en el escrito de iniciación del procedimiento). Aunque hay que señalar que la afectación de los representantes, debido al alcance de la garantía de prioridad de permanencia, debe ser un supuesto excepcional que esté debidamente justificado por la imposibilidad de mantener al representante en su puesto. Por ello, resulta aconsejable, en la medida de lo posible, no incluir a los representantes entre los afectados, ya que su inclusión va a generar una discusión jurídica en torno al alcance de la garantía y a su operatividad en el caso concreto, además de condicionar las consultas.

Además, la afectación inicial de los representantes, es decir, su inclusión en la solicitud inicial del procedimiento antes de iniciar la negociación propia del período de consultas, y sobre todo en los casos en que dicha afectación no está justificada o lo está de manera parca, genera numerosos problemas. La doctrina por ello se muestra, en línea de principio, contraria a la afectación inicial de los representantes de los trabajadores.<sup>33</sup>

Ahora bien, todo ello no impide, como se ha visto, que los representantes de los trabajadores, a pesar de la garantía de prioridad de permanencia, puedan verse afectados por el despido colectivo, siempre que se haya aplicado la garantía y concluido su no operatividad, de suerte que la selección de dichos trabajadores sea necesaria y, además, esté debidamente justificada. Por ello, el incumplimiento de las reglas de prioridad de permanencia no implica automáticamente una vulneración de las reglas relativas al período de consultas, sino que habrá que comprobar si “concorre efectivamente una actuación empresarial coactiva”, lo cual no ocurre si la empresa “flexibilizó desde el primer momento su posición y no bloqueó la negociación”, en los términos expresados por la SAN de 21 de noviembre de 2012 (Procedimiento núm. 167/2012).<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión, BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 115.

<sup>33</sup> Véase BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 113. Con anterioridad a la reforma laboral de 2012, señala que la prioridad de permanencia “impide que sean incluidos en la lista de afectados, caso de ser ésta nominativa, o que pudieran serlo”, en el supuesto de que se incluyan número y categoría profesional de los afectados. Ahora bien, el mismo autor señala que dicha imposibilidad no es total ni absoluta, por lo que habrá que delimitarla, pues en determinadas circunstancias, y si el empresario lo justifica adecuadamente, los representantes de los trabajadores beneficiarios de la garantía sí que podrían ser incluidos en el despido colectivo. Por su parte, CERVERA SOTO, CID BABARRO, *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*, ob. cit., p. 147, señala que “los listados iniciales de afectaciones posibles deben respetar la garantía de permanencia” de los representantes legales de los trabajadores.

<sup>34</sup> Véase también SÁEZ LARA, Carmen, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. València, Tirant lo Blanch, 2015, p. 188.

Por su parte, si bien el presente estudio no entra en las cuestiones procesales, debe tenerse en cuenta que la incorrecta inclusión de los representantes de los trabajadores entre los afectados iniciales no conlleva la nulidad del procedimiento en su conjunto, sino que es objeto de impugnación individual por vía del art. 124.13 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).<sup>35</sup>

Por otro lado, y en relación con la necesidad de acreditación empresarial del carácter no discriminatorio de la afectación, además de la justificación de la inclusión entre los afectados de un trabajador titular de la mencionada garantía, no hay que olvidar que en estos casos va a producirse la distribución de la carga de la prueba o desplazamiento del *onus probandi* respecto de las alegaciones que se refieran al carácter discriminatorio o antisindical, y, en suma, vulnerador de los derechos fundamentales del trabajador afectado titular de la garantía.<sup>36</sup>

De este modo, si el trabajador presenta indicios de entidad suficiente como para sospechar de la existencia de una práctica antisindical, discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales, corresponderá a la empresa acreditar las causas que justifiquen la procedente inclusión del trabajador entre los afectados.<sup>37</sup>

La STS de 6 de mayo de 2003 (Rº. 7034/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo), reiterada a su vez por la STS de 18 de marzo de 2009 (Rº. 879/2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo), establece que la justificación facilitada por la empresa para incluir al trabajador titular de la garantía en el listado de afectados debe ser “convinciente y concreta”, señalando las circunstancias y situación particular y organizativa de la empresa que de verdad impidan la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia. Por ello, no bastan argumentaciones apriorísticas o basadas en criterios generales de tipo jurídico o económico que se refieran a la imposibilidad en abstracto de dar virtualidad a la prioridad de permanencia, pues de lo contrario se estaría dejando sin efecto la mencionada garantía.

De hecho, la doctrina constitucional establece los requisitos de la justificación que debe dar la empresa respecto de las alegaciones de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, y que debe entenderse aplicable a la justificación de la inclusión en el despido de trabajadores con garantía de prioridad de permanencia, a fin de evitar la nulidad del despido. En este sentido, la STC 29/2002 de 11 de febrero (Rº. 198/1998); STC 30/2002 de 11 de febrero (Rº. 1481/1998); y la STC 49/2003 de 17 de marzo (Rº. 988/1999), en materia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, señalan que “es exigible una justificación causal de la decisión [de despido] en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada”.

---

<sup>35</sup> En materia de nulidad por vulneración de la garantía de prioridad de permanencia, y su remisión a las impugnaciones individuales ex art. 124.13 LRJS, véase la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 9 de diciembre de 2015 (Rº. 1751/2015); STSJ de País Vasco, de 17 de junio de 2014 (Rº. 21/2014); STSJ de Castilla-La Mancha, de 31 de marzo de 2014 (Rº. 62/2014); y la STSJ de Galicia, de 2 de mayo de 2013 (Rº. 10/2013).

<sup>36</sup> Sobre la doctrina constitucional sobre el desplazamiento del *onus probandi* en supuestos de alegación de discriminación o vulneración de derechos fundamentales en materia laboral, véase la STC 17/2003 de 30 de enero (Rº. 1150/1999), con cita a la STC 90/1997 de 6 de mayo (Rº. 3309/1994); STC 66/2002 de 21 de marzo (Rº. 2331/1998); y la STC 207/2001 de 22 de octubre (Rº. 1515/1998).

<sup>37</sup> En este sentido, la doctrina constitucional contenida en la STC 38/1981 de 23 de noviembre (Rº. 189/1981) señala que “cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate”. En el mismo sentido se pronuncia la STC 49/2003 de 17 de marzo (Rº. 988/1999).

## 5. Ámbito subjetivo de la regla de prioridad de permanencia<sup>38</sup>

Como se ha señalado al comienzo del presente estudio, el objeto de investigación se ha centrado principalmente en la configuración de la garantía de prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores. Ello no obsta a que deba señalarse, también, el ámbito subjetivo de dicha garantía, o lo que es lo mismo, a qué sujetos les resulta aplicable, más allá de la figura de los representantes legales de los trabajadores, y en qué momento temporal concreto. Razones de metodología han aconsejado, pues, dejar esta cuestión para el final.

En primer lugar, y de ello no cabe ninguna duda, la prioridad de permanencia beneficia a los representantes legales de los trabajadores, tal y como señala expresamente el art. 51.5 ET y el art. 68 b) ET, así como el art. 13.1 RPDC. Ahora bien, la noción de representante legal de los trabajadores a los efectos del disfrute de la prioridad de permanencia se entiende en un sentido amplio, de suerte que incluye a otros sujetos que también se beneficiarán de la garantía de prioridad de permanencia.

### 5.1. Representantes legales de los trabajadores: delegados de personal y miembros del comité de empresa<sup>39</sup>

Los beneficiarios originarios de la garantía de prioridad de permanencia son los representantes legales de los trabajadores. Como representantes legales de los trabajadores cabe entender, en primer lugar, y según el art. 62.1 ET, a los delegados de personal elegidos en aquellas empresas o centros de trabajo con menos de 50 trabajadores y más de 10, y también a los delegados de personal en empresas o centros de entre 6 y 10 trabajadores cuando estos hayan decidido contar con dicho delegado.

En segundo lugar, en aquellos centros de trabajo que tengan 50 o más trabajadores, la prioridad de permanencia beneficia a los miembros del comité de empresa que se constituya ex art. 63.1 ET, y también en los casos de comité de empresa conjunto en aquellas empresas con varios centros de trabajo que no alcancen de por sí los 50 trabajadores pero los superen en su conjunto (art. 63.2 ET).

En cuanto al comité intercentros, en aquellos casos en que un convenio colectivo prevea su creación, no hay duda de que sus miembros también son beneficiarios de la prioridad de permanencia, pues sus integrantes, según el art. 63.3 ET, son designados de entre los miembros de los comités de centro.

### 5.2. Delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS

Como consecuencia del modelo dual de representación de los trabajadores, la prioridad de permanencia también alcanza a otro tipo de representantes de los trabajadores más allá de los que forman

<sup>38</sup> Sobre esta cuestión en detalle, véase BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 113; y BLASCO PELLICER, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, ob. cit., p. 81.

<sup>39</sup> Sobre la representación legal de los trabajadores en la empresa, véase CASAS BAAMONDE, María Emilia, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*. España, Civitas, núm. 17, 1984, p. 51-92; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Comités de empresa y delegados de personal*. Bilbao, Deusto, 1992; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. Madrid, La Ley, 2004; SÁEZ LARA, Carmen, La representación colectiva de los trabajadores en la empresa. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. España, Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 58, 2005, p. 315-342; y ÁLVAREZ ALONSO, Diego, La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. España, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 143, 2019, p. 389-430.

parte del esquema principal de representación legal de los trabajadores (delegados de personal y miembros del comité de empresa).<sup>40</sup>

En consecuencia, la prioridad de permanencia también alcanza a los delegados sindicales que no sean miembros del comité de empresa,<sup>41</sup> en virtud de lo establecido en el art. 10.3 LOLS.<sup>42</sup> De hecho, dicho precepto señala expresamente que los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa tendrán las mismas garantías que los miembros del comité de empresa. Además, dicha garantía viene confirmada en el art. 13.1 RPDC.<sup>43</sup>

Por delegados sindicales hay que entender los delegados sindicales “legales”, es decir, los contemplados en el art. 10.1 LOLS, según el cual, en empresas o centros que ocupen más de 250 trabajadores, las secciones sindicales que se constituyan conforme a los estatutos del sindicato correspondiente estarán representadas por delegados sindicales elegidos por y entre los afiliados en la empresa o centro.

Cabe destacar que la garantía también se aplica cuando mediante la negociación colectiva se fije una regulación más ventajosa que la legal para obtener delegados sindicales. Así sucede, por ejemplo, en el art. 78 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad,<sup>44</sup> que permite la existencia de delegados sindicales en empresas a partir de 150 trabajadores,<sup>45</sup> los cuales se beneficiarán de la garantía.

A mayor abundamiento, cuando por convenio colectivo se amplían las garantías de los representantes unitarios, dicha garantía adicional también resulta aplicable a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa.<sup>46</sup>

### 5.3. Delegados de prevención

La garantía de prioridad de permanencia también alcanza a los delegados de prevención del art. 35 LPRL, es decir, “los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo”, como señala el precepto. De hecho, el propio art. 37.1 LPRL les extiende expresamente la aplicación de las garantías del art. 68 ET por su condición de

<sup>40</sup> Sobre la representación de los trabajadores, y en particular la representatividad sindical, véase LAHERA FORTEZA, Jesús, Representación y representatividad sindical: puntos críticos y propuesta de reforma. *Papeles de economía española*. España, Fundación de las Cajas de Ahorro (FUNCAS), núm. 156, 2018, p. 18-27.

<sup>41</sup> Si fueran miembros del comité de empresa, la garantía les alcanza por su propia condición de representantes legales de los trabajadores ex art. 68 b) ET y 51.5 ET.

<sup>42</sup> Así lo han entendido sin ninguna duda en la doctrina: ALBIOL MONTESINOS, Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, ob. cit., p. 330; ROQUETA BUJ, Remedios, *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*. València, Tirant lo Blanch, 2015, p. 72; GOERLICH PESET, José María, Los despidos colectivos. Art. 51 ET y normas concordantes, En: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes* (Tomo II: el despido), Madrid, Edersa, 1994, p. 174; BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., p. 113; y DURÁN LÓPEZ, Federico, Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España. *Documentación Laboral*. España, Cinca, núm. 22, 1987, p. 59-90, en p. 87.

<sup>43</sup> El art. 13.1 RPDC señala: “Conforme a lo establecido en el artículo 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.”

<sup>44</sup> Resolución de la Dirección General de Empleo de 19 de enero de 2018, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (BOE 01/02/2018).

<sup>45</sup> Sobre la mejora de los requisitos para nombrar un delegado sindical en el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, véase la STS de 24 de octubre de 2017 (R.º 100/2016, Sala de lo Social), que declaró que cada sección sindical, con independencia de que se hubiera constituido a nivel de centro de trabajo o a nivel de empresa, tenía derecho a nombrar un delegado sindical si la empresa superaba el umbral de 150 trabajadores.

<sup>46</sup> Así lo subraya PALOMO VÉLEZ, Ricardo, *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*. València, Tirant lo Blanch, 2017, p. 502.

representantes.<sup>47</sup> La finalidad de la extensión de la garantía de prioridad de permanencia a los delegados de prevención en estos casos es precisamente proteger sus funciones en materia preventiva.<sup>48</sup>

#### 5.4. Trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención

Del mismo modo, la garantía del art. 68 b) ET se extiende también a los trabajadores designados por el empresario ex art. 30.1 LPRL para ocuparse de las tareas de prevención, así como a los miembros del servicio de prevención propio creado ex art. 31.1 LPRL.<sup>49</sup> En este sentido, el art. 30.4 LPRL les extiende ciertas garantías del art. 68 ET, entre ellas la prioridad de permanencia del apartado b) del mismo artículo, y señala expresamente que los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio como consecuencia del ejercicio de sus tareas de prevención.

Así, la STSJ de Asturias, de 20 de diciembre de 2013 (Rº. 1868/2013) confirma la nulidad del despido de un trabajador designado por la empresa para ocuparse de la actividad de prevención, ya que ocupaba el puesto de jefe de prevención, y censura la sentencia de instancia, que le negó la garantía “por entender, erróneamente, que sólo los Delegados de Prevención, esto es, los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (art. 35 LPRL), tienen ese derecho”, cuando lo cierto es que el propio art. 30.4 LPRL reconoce expresamente la garantía para los trabajadores designados por la empresa.

El objetivo de dicha garantía es proteger la independencia de estos trabajadores frente al poder empresarial, extendiéndoles garantías propias de los representantes de los trabajadores, precisamente porque no tienen dicha condición.

La misma STSJ de Asturias, de 20 de diciembre de 2013, reiterando la STSJ de Asturias, de 26 de julio de 2013 (Rº. 1058/2013), señala que la extensión de la garantía de prioridad de permanencia ex art. 30.4 LPRL “alcanza a los trabajadores designados por la empresa y a los trabajadores integrantes del servicio de prevención cuando la empresa decida constituirlo, [...] y esos trabajadores gozan de la misma garantía de prioridad de permanencia que los representantes de los trabajadores.”

La consecuencia de despedir a uno de estos trabajadores sin respetar la garantía de prioridad de permanencia es la misma que en los supuestos referidos a representantes legales de los trabajadores: se declara la nulidad del despido ex art. 124.13 LRJS.

Algún pronunciamiento ha exceptuado la prioridad de permanencia de los miembros del servicio de prevención en situaciones específicas. Tal es el caso de la STSJ de la Comunitat Valenciana, de 10 de septiembre de 2013 (Rº. 1481/2013), que señala que dicha prioridad no puede operar en un supuesto en el que la reestructuración se fundamenta, entre otras, en causas organizativas que “afectan de forma específica al servicio de prevención”.

Ahora bien, por su parte, algún pronunciamiento parece haber realizado una interpretación más restrictiva. La STSJ de Illes Balears, de 23 de febrero de 2011 (Rº. 244/2010) niega que la garantía alcance a un trabajador que fue contratado por la empresa como “experto”. También señala otra cuestión discutible, y es la relativa a que “tampoco resulta acreditado en autos que la inclusión del actor en el ERE por parte de la empresa tenga relación alguna con el ejercicio de sus tareas de delegado de prevención”. Se trata de una afirmación discutible, pues la garantía opera por sí misma,

<sup>47</sup> Art. 37.1 LPRL: “Lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los Delegados de Prevención en su condición de representantes de los trabajadores.”

<sup>48</sup> Véase ROQUETA BUJ, *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, ob. cit., p. 72.

<sup>49</sup> Sobre la designación de trabajadores encargados de tareas de prevención y sobre la constitución del servicio de prevención, véanse los arts. 11, 12, 14, y 15 del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (BOE 31/01/1997).

con independencia de que la afectación en el despido colectivo se haya realizado o no con motivo del desempeño de las funciones encomendadas.<sup>50</sup>

Por su parte, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 10 de mayo de 2012 (R.º. 1994/2011) niega la consideración de trabajador designado a estos efectos al denominado “recurso preventivo” del art. 32 bis LPRL.<sup>51</sup> En este caso, la interpretación se ajusta a lo que marca la ley, pues la sentencia se refería a un trabajador que no ostentaba la condición de delegado de prevención, ni de trabajador designado para ocuparse de las tareas de prevención, ni de miembro del servicio de prevención, por lo que, de acuerdo con el tenor literal de la ley —que limita la extensión de la garantía únicamente a los mencionados colectivos—, no le correspondía ninguna prioridad de permanencia por el hecho de ser recurso preventivo.

### 5.5. Miembros de la comisión ad hoc

La normativa guarda silencio sobre una eventual extensión de la garantía de prioridad de permanencia a los miembros de la comisión negociadora nombrada *ad hoc* en ausencia de representantes legales de los trabajadores y de acuerdo con las reglas del art. 41.4 ET. En estos supuestos, si bien hay dudas, la mayoría de la doctrina, o bien no se pronuncia al respecto, o bien se inclina por considerar que la garantía no se extiende a ellos.<sup>52</sup>

Alguna sentencia se pronuncia expresamente, como la STSJ de País Vasco, de 30 de septiembre de 2003 (R.º. 1713/2003), que se refiere a un miembro de comisión *ad hoc* en un despido colectivo, precisamente para negar la aplicación de las garantías “faltando la cualidad de representante en el actor”, lo cual no obsta para que los integrantes de la comisión *ad hoc* se sigan beneficiando de la protección general en materia antidiscriminatoria.<sup>53</sup>

En este sentido, es defendible la consideración de que la garantía no se extiende a los miembros de la comisión *ad hoc*, y ello por varios motivos. En primer lugar, la norma guarda absoluto silencio al respecto, a diferencia de lo que ocurre con otros sujetos, como los delegados sindicales o los delegados de prevención, para quienes la norma sí que prevé la aplicación extensiva de las garantías de los representantes de los trabajadores. En segundo lugar, el argumento más importante tiene que ver con las funciones que intenta proteger la garantía: la garantía de prioridad de permanencia tiene por objeto proteger a los representantes en el ejercicio de sus funciones representativas —y de sus funciones sindicales para los delegados sindicales, y sus funciones preventivas para los delegados de prevención—, lo cual justifica que la ley les proteja frente a situaciones de despido, ya que ello perjudicaría sus funciones y, por tanto, a los trabajadores. Por tanto, la garantía, al contemplar la

<sup>50</sup> En este sentido, la STSJ de Illes Balears, de 23 de febrero de 2011 (R.º. 244/2010) cita la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas), de 30 de enero de 2004 (R.º. 1664/2003), que adopta un interpretación restrictiva señalando que “incluso la doctrina estima que es excesivo igualar a estos trabajadores que tienen una relación laboral común, con los representantes legales y sindicales de los trabajadores, pues estos últimos actúan en representación de quien los ha nombrado y por ello debe garantizarse su independencia respecto al patrono, mientras que los trabajadores que forman parte del Servicio de Prevención realizan las funciones que les encomienda el empresario para cumplir su ineludible obligación de prevención, deber de cuyo cumplimiento sólo el empresario es responsable”.

<sup>51</sup> Art. 32 bis LPRL, ap. 4: “No obstante lo señalado en los apartados anteriores, el empresario podrá asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos a que se refiere el apartado 1 y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico.”

<sup>52</sup> En este sentido, GOÑI SEIN, José Luis, El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012. *Documentación laboral*. España, Cinca, núm. 95-96, 2012, p. 25-56, en p. 47.

<sup>53</sup> En este sentido se pronuncia expresamente NIETO ROJAS, Patricia, Comisiones *ad hoc* y procesos de reorganización productiva empresarial. Una solución legal para empresas sin representación legal de los trabajadores, En: ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (ed.), *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012, p. 78; mostrándose además a favor de extender dichas garantías a los miembros de la comisión *ad hoc*, en la medida necesaria para ejercer su función.

prioridad de permanencia, pretende proteger las funciones representativas del representante con vistas a futuro, es decir, una vez finalizado el procedimiento de despido colectivo, a fin de que pueda continuar desempeñándolas.

Pues bien, en el caso de los miembros de la comisión *ad hoc*, este tipo de funciones no se da, ya que se está ante sujetos que intervienen en las negociaciones del despido colectivo, pero no ejercen ninguna función que la legislación considere que deba proteger con una proyección más allá de la finalización del procedimiento de despido colectivo, pues se tratará de trabajadores comunes, que no ejercen ninguna función representativa por la que merezcan una especial garantía frente al resto de trabajadores. En cualquier caso, si fueran despedidos como consecuencia de su actuación durante el procedimiento de despido colectivo, contarían con la tutela correspondiente en materia de no discriminación y de garantía de indemnidad.

### 5.6. Vigencia del mandato del representante

Los beneficiarios de la garantía de prioridad de permanencia son los representantes de los trabajadores, con las concreciones realizadas en el apartado anterior. Por esa razón, resulta exigible que el mandato del representante se encuentre en vigor para que opere la garantía. Aun así, se han planteado algunos interrogantes respecto al momento de inicio y finalización del mandato.

#### 5.6.1. Candidatos proclamados pero no electos

En primer lugar, por lo que respecta al momento inicial de la vigencia, cabe comentar la figura de los candidatos proclamados pero no electos. Alguna sentencia ha reconocido la extensión de la garantía de prioridad de permanencia a quienes no sean representantes de los trabajadores, pero sí sean candidatos proclamados. Tal es el caso de la STSJ de Galicia, de 21 de julio de 1995 (Rº. 2568/1995), que, a pesar de que la ley no extiende expresamente las garantías de los representantes a los candidatos, considera que se trata de una laguna jurídica que es necesario cubrir. En su argumentación, cita la Recomendación de la OIT núm. 143, sobre los representantes de los trabajadores (1971), que en el apartado 7 alude a la extensión a los candidatos –y a quienes hayan sido presentados como candidatos– de las garantías de que gozan los representantes de los trabajadores.

Dicho argumento es discutible, pues el apartado 7 de la Recomendación se refiere a extender a los candidatos la garantía del apartado 5 de la misma, que es la relativa a la prohibición de despido por razón de su cargo o actividad. La prioridad de “continuación en el empleo” en supuestos de reducción de personal se reconoce, en cambio, en el apartado 6 de la Recomendación, que no hace ninguna referencia a los candidatos.

En cambio, sí que se encuentran pronunciamientos del TS que reconocen las garantías de los apartados a) (apertura de expediente contradictorio) y c) (prohibición de despido) del art. 68 ET a los candidatos, como ejemplifican la STS de 20 de noviembre de 1990 (Rº. 3611/1987, Sala de lo Social), y la STS de 18 de febrero de 1997 (Rº. 1868/1996, Sala de lo Social).

Pero volviendo a la garantía de prioridad de permanencia, es decir, la del apartado b) del art. 68 ET, hay numerosas sentencias dictadas en sede de TSJ que niegan la prioridad de permanencia a los candidatos, no habiendo ningún pronunciamiento expreso del TS.

En este sentido, la STSJ de Cataluña, de 23 de septiembre de 2010 (Rº. 3367/2010) niega la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia a un trabajador precisamente por el hecho de que todavía no era candidato en el momento del despido, ya que la candidatura fue presentada inme-

diatamente después del momento de ser despedido. Con ello parece presuponer que los candidatos proclamados sí que se beneficiarían de la garantía de prioridad de permanencia. Al respecto, la argumentación gira en torno a la STS de 2 de diciembre de 2005 (Rº. 6380/2003, Sala de lo Social), que cita más sentencias como la STS de 20 de junio de 2000 (Rº. 3407/1999, Sala de lo Social) y la STS de 22 de diciembre de 1989 (RJ 9258, Sala de lo Social). Estas reconocen a los candidatos la consideración de representantes de los trabajadores a los efectos de reconocerles el derecho de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada del art. 56.4 ET en casos de despido declarado improcedente.

Dicha garantía relativa al derecho de opción se extiende, además, bajo determinadas condiciones, a saber: que el procedimiento electoral esté iniciado, que la empresa conozca la candidatura del trabajador y, además, que el mismo resulte elegido tras el cese. Dicha doctrina ha sido confirmada por pronunciamientos más recientes, como la STS de 28 de diciembre de 2010 (Rº. 1596/2010, Sala de lo Social) y la STS de 22 de febrero de 2018 (Rº. 823/2016, Sala de lo Social).<sup>54</sup> Esta interpretación referida, como se ha señalado, al derecho de opción en casos de despido declarado improcedente, no es aplicable a la garantía de prioridad de permanencia del art. 68 b) ET.

En este sentido, se encuentran pronunciamientos que con acertado criterio niegan la aplicación de la garantía de prioridad de permanencia a los candidatos (no electos) a elecciones de representantes de los trabajadores. La STSJ de Castilla y León, de 11 de julio de 1995 (Rº. 1382/1995) señala que “es indiferente [...] que determinados trabajadores hayan sido candidatos de un determinado sindicato para las elecciones en la empresa demandada, pues lo único que se protege [...] es a los trabajadores electos y no a los que no lo fueron”. Por ello, deniega la aplicación de la garantía, pues “ninguno de los demandantes reúne la condición de Miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical, ni ha resultado elegido para esos cargos, ni como titular, ni como suplente”.<sup>55</sup>

Numerosos pronunciamientos posteriores han seguido dicha interpretación: la garantía sólo alcanza a los representantes de los trabajadores desde el momento en el que resulten electos, con independencia de que hayan o no tomado posesión y empezado a ejercer su cargo, y no desde el momento en que fueron proclamados candidatos y no han sido todavía elegidos. La garantía de prioridad de permanencia pretende proteger la representatividad misma de los cargos, por lo que no resulta aplicable en el caso de los candidatos. En este sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Granada), de 4 de mayo de 2011 (Rº. 631/2011), que niega la prioridad de permanencia a un candidato no electo; y también la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas), de 18 de diciembre de 2014 (Rº. 416/2014), que en un sentido similar señala que “el actor no es representante unitario de los trabajadores, ni delegado sindical *ad extra* [es decir, ex art. 10.3 LOLS], y tampoco su concurrencia al proceso electoral en el que no fue elegido fue coetánea al despido, de manera que, al mismo no le son aplicables las garantías que para los representantes legales y sindicales de los trabajadores, y *por extensión a los candidatos en el proceso electoral que resultasen electos después de su cese*, contemplan los arts. 68.1 b), 52 c) y 56.4 ET.”

La referencia “y por extensión a los candidatos en el proceso electoral que resultasen electos después de su cese” resulta enigmática, pues introduce la duda de si la garantía de prioridad de permanencia en la empresa sería aplicable a candidatos que resultasen electos tras su cese, lo cual debe descartarse. No parece desprenderse ello del tenor legal de los preceptos correspondientes, además de los pronunciamientos de los tribunales que niegan la garantía a los candidatos en general, pues

<sup>54</sup> Por su parte, la STS de 25 de junio de 2012 (Rº. 2370/2011, Sala de lo Social) deniega la extensión de la garantía de opción entre readmisión e indemnización a un trabajador que presentó su candidatura horas después de ser despedido y sin que la empresa tuviese conocimiento de la intención del trabajador de presentarse.

<sup>55</sup> Precisamente, la STS de 15 de marzo de 1993 (Rº. 2788/1991, Sala de lo Social), y una vez finalizado el proceso electoral, niega la aplicación de la garantía del apartado a) del art. 68 ET (apertura de expediente contradictorio) a un trabajador que figuraba como suplente, por no tener la condición de representante.

todavía no han adquirido la condición de representantes que les hace titulares de la misma. Además, una vez cesados, dichos candidatos ya no serían trabajadores de la empresa y no podrían ser representantes, con lo que la única garantía relevante en estos casos sería la ya señalada al derecho de opción en supuestos de despido declarado improcedente.

Un acertado resumen de estas cuestiones se encuentra en la STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 2012 (R<sup>o</sup>. 2183/2012), que cita la STSJ de Galicia, de 16 de julio de 2012 (R<sup>o</sup>. 1894/2012), que señala que “al candidato formal no le son trasladables de forma automática todas las garantías que el art. 68 del ET reconoce al representante de los trabajadores, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto”. A este respecto, cita la mencionada doctrina del TS relativa al derecho de opción en casos de despido declarado improcedente, y destaca “que tal opción no se le reconoce al candidato de una forma automática, sino que se le reconoce tal garantía cuando fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones, y básicamente para evitar que la conducta empresarial suponga un fraude de ley tendente a evitar el acceso a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas”. Es decir, la extensión a los candidatos de la garantía del derecho de opción en supuestos de despido declarado improcedente, se aplica en supuestos en que se aprecia una posible motivación discriminatoria por parte del empresario o un fraude de ley, a fin de poner al candidato fuera de la empresa antes de que adquiera la condición de representante.

Por lo tanto, los candidatos no se benefician de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa, pero sí que les resulta plenamente aplicable –como no podía ser de otro modo– la tutela antidiscriminatoria por motivo de su actividad sindical. Así lo señaló expresamente la STC 38/1981 de 23 de diciembre (R<sup>o</sup>. 189/1981), en el sentido que “la no inclusión en la literalidad de los preceptos reguladores actualmente de las garantías sindicales de aquellos que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, no es obstáculo a la protección frente a despidos discriminatorios”, lo que confirma la interpretación de que los candidatos no son beneficiarios de la garantía de prioridad de permanencia, pero sí que son objeto de tutela antidiscriminatoria en materia sindical.<sup>56</sup>

Volviendo a la STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 2012 (R<sup>o</sup>. 2183/2012), con cita a la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 17 de marzo de 2000 (R<sup>o</sup>. 4247/1999), señala que la garantía del derecho de opción en supuestos de despido declarado improcedente afecta sólo a dos partes (empresario y trabajador), pero la garantía de prioridad de permanencia afecta peyorativamente a un tercero (el trabajador despedido en vez del priorizado en la empresa, por aplicación de la lógica de la sustitución), por lo que “la preferencia para ser adscrito a otros servicios y mantenerse en el puesto es prioridad que no puede reconocérsele –con trato peyorativo a otro trabajador– salvo mandato expreso de la ley, que sólo existe en los despidos colectivos u objetivos y para los representantes, no para los meros afiliados o candidatos”.

Precisamente, la STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2018 (R<sup>o</sup>. 764/2017), en un supuesto de suspensión colectiva de contratos de trabajo, señala de modo discutible que los candidatos sí que son titulares de la garantía de prioridad de permanencia, pero el razonamiento acto seguido se desliza hacia consideraciones relativas a que “ha existido una voluntad de represaliar a los actores por la actividad sindical que habían desarrollado, [...] por lo que entendemos que efectivamente se han vulnerado los derechos fundamentales de los trabajadores y por ello la medida es nula”. Por ello, lo que en verdad hace la sentencia es declarar la nulidad por conducta antisindical y discriminatoria por parte de la empresa, y no aplicar una prioridad de permanencia propiamente dicha.

<sup>56</sup> La STC 38/1981 de 23 de diciembre (R<sup>o</sup>. 189/1981) señala: “los actos que se denuncian como discriminatorios afectan a los candidatos en curso el proceso electoral y se les imputa propósitos de interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera”.

En definitiva, los candidatos son objeto de protección en materia antidiscriminatoria y de garantía de su derecho fundamental a la libertad sindical, pero no son titulares de la garantía de prioridad de permanencia que establece el art. 68 b) ET, precisamente porque esta garantía pretende preservar la composición de los órganos representativos.

De cualquier modo, la ausencia de reconocimiento legal de la extensión de la garantía del art. 68 b) ET a los candidatos proclamados y no electos, puede paliarse vía negociación colectiva. En este sentido, y atendiendo al tenor literal del art. 68 y art. 51.5 ET, nada obsta a que por convenio colectivo se amplíe la garantía de prioridad de permanencia prevista legalmente, de suerte que dicha garantía tenga un mayor alcance y/o beneficie a otros colectivos. Es decir, cabe pactar en convenio colectivo que los candidatos proclamados y no electos se beneficien también de la garantía de prioridad de permanencia.

La STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2017 (Rº. 1006/2016) aborda precisamente un supuesto en el que por convenio colectivo se habían ampliado las garantías de los representantes al momento de su proclamación como candidatos, y con proyección temporal adicional hasta tres años después de su cese en el cargo. En este sentido, señala: “La tesis [relativa a extender la garantía a los candidatos] no sería asumible desde la exclusiva perspectiva de aplicar el art. 68 b) ET, por cuanto la jurisprudencia ha interpretado que la garantía contenida en este precepto –prioridad de permanencia en casos de suspensión o extinción del contrato de trabajo por causas objetivas–, a diferencia del supuesto del párrafo c), incluye únicamente a los representantes de los trabajadores con mandato en vigor a la sazón de la decisión extintiva o suspensiva de que se trate.”

Por su parte, la STSJ de Madrid, de 21 de septiembre de 2015 (Rº. 310/2015) hacía referencia a un supuesto en el que el convenio colectivo contemplaba una previsión similar que, sin embargo, no fue aplicada por el tribunal. En consecuencia, la sentencia fue anulada por la STC 123/2018 de 12 de noviembre (Rº. 6331/2016), que considera que el TSJ de Madrid ignoró la disposición convencional al respecto, obviando la fuerza vinculante de los convenios colectivos y vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical. En resumen: cabe ampliar vía convenio colectivo la garantía de prioridad de permanencia a los candidatos proclamados, en cuyo caso habrá que aplicar la garantía prevista en la disposición convencional.

### 5.6.2. Cese en el mandato representativo

Por otro lado, otra cuestión que ha generado algún interrogante es la finalización del mandato del representante. En este sentido, la garantía de prioridad de permanencia deja de operar en el momento en que el representante cesa en su cargo, cuando expira su mandato, ya que al dejar de tener la condición de representante ya no se beneficia más de la garantía. Y ello a menos que por disposición convencional se pacte una extensión temporal de la garantía, como sucede en la citada STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2017 (Rº. 1006/2016), que extendía la garantía hasta los tres años siguientes al cese.

Ahora bien, sobre la finalización del mandato cabe añadir una matización, y debe tenerse presente el art. 67 ET, que señala que, una vez transcurridos los 4 años de duración del mandato de representante, “se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias *y de sus garantías* hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones”. Por lo tanto, aun transcurrido el período de mandato efectivo, el representante sigue beneficiándose de la garantía en tanto continúe en funciones, y hasta el momento de celebrarse nuevas elecciones y definitivamente cesar en su cargo de representante.

En consecuencia, la garantía de prioridad de permanencia no se aplica “dentro del año siguiente a la expiración” del mandato. A este respecto, se ha planteado alguna confusión entre la

garantía de prioridad de permanencia del apartado b) del art. 68 ET y la prohibición de despido o sanción con motivo del desempeño de las funciones representativas contenida en el apartado c) del art. 68 ET. Éste último señala que el representante tiene la garantía de “no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones *ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato*, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación”. Pues bien, en algún momento se ha intentado, erróneamente, extender a la garantía de prioridad de permanencia del apartado b) del art. 68 ET dicha previsión referida al año siguiente a la expiración del mandato. A este respecto, cabe señalar que las garantías de los apartados b) y c) del art. 68 ET son garantías distintas, y su extensión temporal también lo es, a tenor de la literalidad del precepto. Así, la garantía de prioridad de permanencia se aplica mientras esté vigente el mandato del representante, acabando la misma cuando el representante cesa en el cargo. En cambio, la prohibición de despido y sanción con motivo del ejercicio de las funciones representativas, sí que se extiende hasta el año siguiente al cese en el cargo.

Así lo ha sentado con toda claridad el Tribunal Supremo en la STS de 16 de septiembre de 2013 (R.º. 1636/2012, Sala de lo Social).<sup>57</sup> El TS señala que el precepto distingue entre las dos garantías, y señala que las diferencias entre las mismas “son evidentes”, al señalar que “la primera da la prioridad de permanencia mientras el representante está en activo, como tal, mientras que la segunda extiende sus efectos a las decisiones empresariales tomadas, incluso, durante el año posterior a su cese en las funciones representativas”.

En este sentido, la prioridad de permanencia se aplica en despidos fundados en causas objetivas, y persigue, como se ha analizado en el epígrafe 2, garantizar que los trabajadores no se vean privados, en todo o en parte, de sus órganos representativos, por lo que la aplicación de la garantía tiene pleno sentido durante la vigencia del mandato, y no antes (candidatos) ni después. En cambio, la prohibición de despido o sanción con motivo del ejercicio de las funciones representativas se aplica en despidos fundados en causas subjetivas, y pretende evitar que la empresa adopte represalias contra el representante, por lo que tiene sentido que la garantía se extienda durante el año posterior al cese en el cargo representativo. Además, el TS destaca que para que opere esta última garantía, la motivación de la decisión de despido debe estar conectada con el ejercicio de las funciones representativas. Pues bien, debido a dichas diferencias entre las garantías y a la evidente distinta regulación y naturaleza de ambas, el TS considera que la garantía de prioridad de permanencia no puede extenderse al año posterior al cese del representante en el cargo.

A pesar de la claridad de los argumentos, es posible encontrar pronunciamientos posteriores en que alguna de las partes procesales reclamaba la extensión de la garantía de prioridad de permanencia al año posterior al cese. Así, cabe citar la STSJ de la Comunitat Valenciana, de 15 de diciembre de 2015 (R.º. 2800/2015), que señala que “no podemos estimar que exista una prioridad de permanencia en el caso de despido objetivo del representante que lo fue, pero ya no lo es en el momento del despido”, con cita a la STS de 16 de septiembre de 2013 (R.º. 1636/2012, Sala de lo Social). Por su parte, la STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2017 (R.º. 1006/2016) recuerda que, “a diferencia del supuesto del párrafo c)” del art. 68 ET, la garantía de prioridad de permanencia “incluye únicamente a los representantes de los trabajadores con mandato en vigor a la sazón de la decisión extintiva o suspensiva de que se trate”.

<sup>57</sup> Citada en BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, Ignasi, 2020. Despido y extinción del contrato: síntesis de criterios jurisprudenciales. En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea]. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido/> [consulta: 18/08/2020].

### 5.6.3. Momento de aplicación de la garantía: la comunicación de la medida extintiva

Una vez sentado que para aplicar la garantía de prioridad de permanencia el representante debe tener en vigor su mandato como tal, cabe comentar cuál es el momento del procedimiento de despido colectivo en el que debe apreciarse si el mandato del representante está en vigor. A este respecto, el momento a tener en cuenta para ver si el representante tenía la condición de tal y puede beneficiarse de la garantía es el momento de efectuar el despido. En consecuencia, los tribunales han admitido que la garantía opere respecto de aquellos representantes que fueron elegidos durante el desarrollo del procedimiento de despido colectivo y que al inicio del mismo no tenían tal condición.

Así lo expresa la STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 7465, Sala de lo Social), al señalar, refiriéndose a la antigua autorización administrativa, que “si en el tiempo transcurrido entre la resolución administrativa autorizante y la decisión empresarial que a su amparo la ejecuta o hace efectiva ocurre que los actores han sido elegidos representantes de los trabajadores, no ofrece duda que en ese segundo momento disfrutaban ya de pleno derecho de las garantías inherentes a tales nombramientos o designaciones, como depositarios de una voluntad colectiva que les ha investido de unas facultades representativas y de las prerrogativas que éstas llevan aneja, voluntad que se vería frustrada si estas últimas no fuesen reconocidas; sin que ello suponga en modo alguno aplicación retroactiva de los preceptos que las establecen, dado que éstos se aplican precisamente en el momento en que se lleva a efecto la extinción o suspensión de la relación laboral.”

En definitiva, la garantía opera si en el momento del despido el trabajador ostenta la condición de representante, como señala también la STS de 13 de septiembre de 1990 (RJ 7004, Sala de lo Social), al recordar que “la preferencia únicamente opera respecto a quien está en la situación garantizada en el momento de acordarse la medida”.<sup>58</sup>

Los tribunales han exigido que el mandato del representante, a fin de que opere la garantía, esté vigente en el momento de comunicarse el despido, que es cuando el empresario adopta la decisión de despedir, y no en el momento de hacerse efectivo el mismo. Así se ha posicionado la STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 2012 (Rº. 2183/2012), y también la STSJ de Galicia, de 16 de julio de 2012 (Rº. 1894/2012), que señala que “ha de estarse al acto de comunicación del despido, y no al momento en el que el mismo es efectivo”.

## 6. Conclusiones

La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores supone un límite específico a la facultad empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados, en particular, por el despido colectivo. Se trata de una regla que excluye de la selección a un determinado trabajador por formar parte, en este caso, de la representación de los trabajadores. Sin perjuicio de incluir otras prioridades de permanencia en convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el período de consultas, dicha protección se extiende legalmente a otros colectivos, como los delegados sindicales y también a los delegados de prevención, lo cual pretende proteger las funciones que desempeñan cada uno de estos colectivos.

El despido colectivo es un instituto en el que entran diversos intereses en juego, por lo que la selección de los afectados no es una cuestión que pueda mantenerse al margen. Si bien el empresario se ampara en el principio de libertad de empresa, las extinciones deben tener presentes otros inte-

<sup>58</sup> Además, es interesante comentar que en el supuesto discutido en la citada STS de 13 de septiembre de 1990, el trabajador había sido objeto de una suspensión del contrato y había adquirido la condición de representante una vez hecha efectiva la decisión suspensiva, por lo que el Tribunal considera que aplicar la prioridad de permanencia en un caso de dichas características sería retroactivo y afectaría a la seguridad jurídica.

reses, como el respeto al derecho al trabajo —especialmente de los colectivos socialmente más vulnerables—, así como la representatividad de los trabajadores en la empresa y el derecho a la libertad sindical de los afiliados a un sindicato. Por ello, la prioridad de permanencia de los representantes pretende ser un elemento de ponderación en el amplio margen discrecional del que dispone el empresario para seleccionar a los afectados.

Para que opere la prioridad de permanencia se requiere, necesariamente, que exista más de un trabajador entre los que realizar la selección, uno de los cuales quedará excluido de dicha selección por acción de la mencionada prioridad para permanecer en la empresa (prioridad de no afectación). Debe rechazarse la conceptualización de dicha regla como “privilegio”, pues la doctrina constitucional la considera un elemento de tutela de la representación de los trabajadores y también de la libertad sindical en supuestos de órganos sindicalizados, ya que pretende evitar, con carácter previo, eventuales afectaciones discriminatorias por motivos sindicales, que la tutela antidiscriminatoria sólo protege con carácter *ex post*.

Cabe destacar que la garantía de prioridad de permanencia tiene un alcance amplio pero relativo. En primer lugar, y por la conocida como lógica de la sustitución, la garantía no se circunscribe al estricto ámbito de afectación de la causa —si éste es parcial—, como podría ser el departamento, centro o unidad productiva donde incide la causa, sino que puede extenderse a toda la empresa. Por ello, la garantía se extiende al ámbito de representación del titular y no se ciñe necesariamente al ámbito de afectación de la causa de despido. Así, el trabajador titular de la garantía, si su ámbito de representación excede el del despido, puede permanecer en la empresa y ser sustituido en su afectación por otro trabajador que no necesariamente se encuentre dentro del ámbito de afectación del despido, sino fuera del mismo. Ahora bien, la garantía no es esgrimible con carácter absoluto, pues hay situaciones en las que no podrá aplicarse. Por supuesto no cabe aplicarla en casos de cierre total de la empresa, ya que no hay elementos de selección alternativos: todos los trabajadores serán seleccionados. Pero en los despidos parciales, también hay alguna limitación, y la misma viene determinada desde el punto de vista funcional: el representante o titular de la garantía sólo podrá permanecer si existe en la empresa un puesto funcionalmente equivalente o con funciones homogéneas que sean intercambiables y para las que el titular sea idóneo profesionalmente. De no ser así, simplemente la operatividad de la regla no sería posible para la empresa.

La existencia de la regla de prioridad de permanencia para los representantes de los trabajadores exige al empresario justificar expresamente la eventual afectación de los trabajadores titulares de la misma. Así, la normativa exige al empresario que justifique la afectación de un trabajador titular de dicha garantía, a fin de acreditar que la misma se produce por motivos ajenos a posibles causas de discriminación, así como justificar la aplicación de los criterios de selección al mismo y la ausencia de puestos equivalentes que pudieran ser desempeñados por el representante.

También es destacable que la garantía de prioridad de permanencia se ha extendido legalmente a otros sujetos más allá de los representantes legales de los trabajadores. La garantía se extiende también a los delegados sindicales ex art. 10.3 LOLS. La normativa en materia de prevención de riesgos laborales extiende la garantía a los delegados de prevención del art. 35 LPRL, y también a los trabajadores designados por el empresario ex art. 30.1 LPRL para ocuparse de las tareas de prevención, así como a los miembros del servicio de prevención propio creado ex art. 31.1 LPRL, no quedando incluidos aquí los denominados “recursos preventivos” del art. 32 bis LPRL.

Por último, los tribunales han dejado claro que un requisito para la operatividad de la garantía es la vigencia del mandato del representante. De este modo, cuando el representante cesa en su cargo, pierde la garantía, no siéndole aplicable la prohibición de despido “dentro del año siguiente a la expiración de su mandato” del art. 68 c) ET, que se refiere a despidos discriminatorios, y no a la prioridad de permanencia del art. 68 b) ET. Del mismo modo, la garantía tampoco se aplica antes

de obtener la condición de representante, por lo que la misma no beneficia a los candidatos proclamados antes de resultar electos, con la salvedad de algún caso concreto en el que se demostró que el despido fue una actuación fraudulenta de la empresa que perseguía que los candidatos no resultasen electos. Aun en esos casos, lo que aplicaban los tribunales era más bien la tutela antidiscriminatoria, y no la regla de prioridad de permanencia como tal.

En definitiva, la prioridad de permanencia es una de las garantías principales con la que cuentan los representantes de los trabajadores para el mejor desempeño de sus funciones, y debe ser respetada a la hora de adoptar medidas de reestructuración empresarial, en particular el despido colectivo, a fin de preservar el ejercicio de las funciones que los representantes llevan inherentes a su cargo, así como para garantizar el respeto del derecho a la libertad sindical en supuestos de órganos sindicalizados.

## Bibliografía

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, En: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, Vol. 2, Artículos 49.5 a 9 y 51, Madrid, Edersa, 1989
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *El sindicato en la empresa*. Madrid, Editorial Deusto, 1990
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Comités de empresa y delegados de personal*. Bilbao, Deusto, 1992
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego, La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. España, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 143, 2019, p. 389-430
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *Representación y participación de los trabajadores en la empresa: estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*. València, Tirant lo Blanch, 2020
- BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *Los expedientes de regulación de empleo*. València, Tirant lo Blanch, 2009
- BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. València, Tirant lo Blanch, 2013
- BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, TALÉNS VISCONTI, Eduardo E., *La forma y el procedimiento del despido*. València, Tirant lo Blanch, 2018
- BLASCO SEGURA, Benjamín, La extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo. *Actualidad Laboral*. España, Wolters Kluwer, núm. 33, 1992, p. 575-603
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*. España, Civitas, núm. 17, 1984, p. 51-92
- CERVERA SOTO, Teresa, CID BABARRO, Carlos, *El despido colectivo: claves prácticas y análisis jurisprudencial*. Valladolid, Lex Nova, 2016
- CID BABARRO, Carlos, *La representación sindical de la empresa*. Valladolid, Lex Nova, 2014
- DURÁN LÓPEZ, Federico, Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España. *Documentación Laboral*. España, Cinca, núm. 22, 1987, p. 59-90
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. Madrid, La Ley, 2004
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, *Expedientes de regulación de empleo*. Madrid, Trotta, 1993
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina, En: AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores*

- en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Madrid, Tecnos, 2015
- GOERLICH PESET, José María, Los despidos colectivos. Art. 51 ET y normas concordantes, En: BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes* (Tomo II: el despido), Madrid, Edersa, 1994
- GOERLICH PESET, José María, Desarrollo y contenido de las consultas, En: AA.VV., *Los periodos de consultas*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 104, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014
- GOÑI SEIN, José Luis, El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012. *Documentación laboral*. España, Cinca, núm. 95-96, 2012, p. 25-56
- LAHERA FORTEZA, Jesús, Representación y representatividad sindical: puntos críticos y propuesta de reforma. *Papeles de economía española*. España, Fundación de las Cajas de Ahorro (FUNCAS), núm. 156, 2018, p. 18-27
- NIETO ROJAS, Patricia, Comisiones *ad hoc* y procesos de reorganización productiva empresarial. Una solución legal para empresas sin representación legal de los trabajadores, En: ESCUDE-RO RODRÍGUEZ, Ricardo (ed.), *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012
- NORES TORRES, Luis Enrique, *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Madrid, CES, 2000
- PALOMO VÉLEZ, Ricardo, *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*. València, Tirant lo Blanch, 2017
- PUEBLA PINILLA, Ana de la, Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento crítico*. España, Tirant lo Blanch, núm. 13, 2013, p. 129-156
- RODRÍGUEZ RAMOS, María José, Despido colectivo: procedimiento, En: GORELLI HER-NÁNDEZ, Juan (coord.), *El despido: análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004
- ROQUETA BUJ, Remedios, *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*. València, Tirant lo Blanch, 2015
- SÁEZ LARA, Carmen, La representación colectiva de los trabajadores en la empresa. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. España, Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 58, 2005, p. 315-342
- SÁEZ LARA, Carmen, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. València, Tirant lo Blanch, 2015
- SAMPER JUAN, Joaquín, Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores, En: AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Salamanca, AEDTSS-Universidad de Salamanca, 2006
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Las garantías de los miembros del comité de empresa. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*. España, Civitas, núm. 100, 2, 2000, p. 1317-1340
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, *Las garantías de los representantes de los trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET)*. Navarra, Aranzadi, 2004
- TUDELA CAMBRONERO, Gregorio, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*. Madrid, Tecnos, 1988

## DEBATES

# El ingreso mínimo vital: la renta garantizada de un Estado del bienestar incompleto

## The minimum vital income: the guaranteed income of a incomplete Welfare State

Carlos Ochando Claramunt\*  
*Departamento de Economía Aplicada*  
*Universidad de Valencia*

Juan Francisco Albert Moreno\*\*  
*IUDESCOOP y Departamento de Economía Aplicada*  
*Universidad de Valencia*  
ORCID ID: 0000-0002-2014-6387

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5778>

### 1. Introducción

España es uno de los países de la UE donde más ha crecido la desigualdad de renta y el porcentaje de población en riesgo de pobreza y de exclusión social en la última década. La explicación de este fenómeno hay que buscarla en diferentes causas estructurales. Señalemos algunas:

- a) un mercado de trabajo extremadamente sensible a los ciclos económicos, y que por tanto, ante una crisis económica el ajuste de la economía española se traduce en una fuerte destrucción de empleo;
- b) la extendida precariedad del mercado de trabajo español (fruto también de las sucesivas reformas laborales);
- c) la instrumentación de políticas de austeridad y de devaluación interna (reducción de los salarios)<sup>1</sup> y
- d) el escaso efecto redistributivo del sistema impositivo y del gasto público social del Estado del bienestar.

Ante estas deficiencias del tejido productivo español, de un mercado de trabajo precario y excesivamente flexible y del insuficiente y poco redistributivo Estado del bienestar español, en un

---

\*carlos.ochando@uv.es

\*\*juan.f.albert@uv.es

<sup>1</sup> Las políticas de austeridad impactaron de manera negativa, especialmente, en los países de la periferia europea (Calero y Maroto, 2013; Del Pozo y Martín, 2013). El caso español es paradigmático en este sentido: la aplicación de duras políticas de ajuste y consolidación fiscal (recortes del gasto público en sanidad, educación, servicios sociales y prestaciones sociales) resultó en un considerable aumento de la desigualdad económica y social.

ciente trabajo dedicado a la economía española, el FMI defiende la reorganización del gasto público social hacia los sectores más vulnerables para reducir los niveles de desigualdad (Vtyurina, 2020)<sup>2</sup>.

Sin duda, y como hemos señalado, una de las principales causas de los niveles elevados de desigualdad es nuestro régimen de Estado del bienestar basado en un fuerte pilar contributivo, que protege relativamente bien las contingencias derivadas del empleo, pero desprotege a los más necesitados o que han quedado desigualmente descolgados de la protección contributiva del sistema público. Esta característica, junto con el débil, insuficiente y cuasi-regresivo sistema fiscal, explica la escasa capacidad redistributiva que muestra nuestro Estado del bienestar.

En este contexto de carencia e insuficiencia de instrumentos contra la pobreza, aparece la necesidad de instrumentalizar un Ingreso Mínimo Vital (IMV) a nivel nacional. El IMV vendría a reforzar el carácter asistencial del sistema de Seguridad Social y, por tanto, tendría decididamente un doble objetivo: a) la reducción de la pobreza estructural y b) reforzar la naturaleza redistributiva de la Seguridad Social. Paralelamente, el IMV tiene otro objetivo que es intensificar lo que desde la ciencia económica se denomina “*estabilizadores automáticos*”, es decir, aquellas transferencias fiscales que tienen efectos contracíclicos y que proporcionan demanda efectiva en situaciones económicas desfavorables.

La estructura del presente artículo es la siguiente. Los apartados 2 y 3 describen los escenarios socioeconómicos (elevada pobreza estructural en la sociedad española) e institucional (escasa capacidad redistributiva del Estado del bienestar) que contextualizan la aprobación del IMV en nuestro país. El apartado 4 repasa los criterios de justicia que fundamentan una medida contra la pobreza como es el IMV. En el apartado 5 se describen las características esenciales que deben tener toda herramienta pública cuyo objetivo es combatir la pobreza. El apartado 6 analiza el diseño concreto del IMV recientemente aprobado en España. En el siguiente apartado 7 se describen dos alternativas al IMV: el Impuesto Negativo sobre la Renta (INR) y la Renta Básica Universal (RBU). El apartado 8 repasa la validez de algunas de las críticas vertidas contra el IMV. Finalmente, el apartado 9 reafirma la necesidad de implantar una medida como el IMV, justificada también por las pesimistas y alarmantes previsiones económicas que nos deja la reciente pandemia de la Covid-19.

## 2. El contexto socioeconómico del IMV: radiografía de la pobreza en España

Los niveles de pobreza y exclusión social en España han sido estructuralmente elevados si los comparamos con los países de nuestro entorno. El Gráfico 1 muestra la evolución de la tasa de pobreza y exclusión social establecida por la Estrategia Europa 2020<sup>3</sup> (también conocida en España como la tasa AROPE), para la media de la Unión Europea, la Eurozona y las cuatro economías de la Eurozona más grandes según el tamaño de su PIB: Alemania, Francia, Italia y España.

<sup>2</sup> El FMI recomienda focalizar el gasto público social entre las familias más pobres y vulnerables, pero no sólo hace esa recomendación. Recomienda, también, fortalecer las políticas educativas y del mercado de trabajo para mejorar la igualdad de oportunidades y tener un mercado de trabajo más inclusivo si queremos, verdaderamente, reducir la acentuada desigualdad que tiene la sociedad española.

<sup>3</sup> De acuerdo con la Estrategia Europa 2020 este indicador corresponde a la suma de personas que están: en riesgo de pobreza, severamente privadas o viviendo en hogares con muy baja intensidad de trabajo. Estas personas solo se contabilizan una vez, incluso si están presentes en varios subindicadores. En riesgo de pobreza están las personas con un ingreso disponible equivalente por debajo del umbral de riesgo de pobreza, que se establece en el 60% del ingreso disponible medio nacional equivalente (después de las transferencias sociales). Las personas con privaciones materiales severas experimentan al menos 4 de los 9 elementos de privación siguientes: dificultades de pago en i) alquiler o las facturas de servicios públicos, ii) mantener el hogar adecuadamente caliente, iii) gastos inesperados, iv) comer carne, pescado o un equivalente de proteína cada dos días, v) una semana de vacaciones fuera de casa, vi) un automóvil, vii) una lavadora, viii) un televisor a color o ix) un teléfono. Las personas que viven en hogares con muy baja intensidad de trabajo son las personas de 0 a 59 años que viven en hogares donde los adultos (de 18 a 59 años) trabajaron el 20% o menos de su potencial de trabajo durante el año pasado.

Se observa en este gráfico que en España la pobreza ha estado varios puntos porcentuales persistentemente por encima de la media de la Unión Europea y los países integrantes de la Eurozona durante todo el periodo considerado. Esta diferencia todavía es mayor si nos comparamos con las economías más grandes en función de su PIB, como son Alemania y Francia, con la excepción de Italia que presenta unos niveles y evolución similar al caso español. Se puede observar como este diferencial se amplía en el inicio de la crisis económica y financiera de 2008, pero no se reduce durante la fase de recuperación económica. Si bien es cierto que los niveles de pobreza en España se han reducido desde el año 2014, reducciones similares han ocurrido también en las áreas y países descritos dando como resultado el mantenimiento de este diferencial. De hecho, España e Italia mantienen hoy niveles de pobreza superiores a los niveles previos a la crisis.

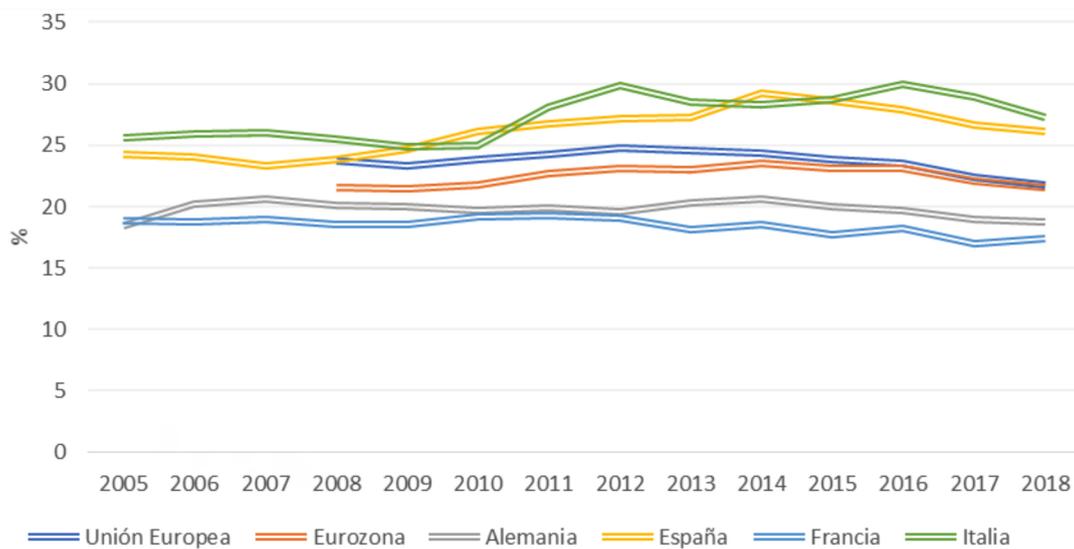


Gráfico 1. **Evolución de la población en riesgo de pobreza y exclusión social (%)**.

Fuente: Eurostat

La privación material severa también muestra una evolución similar en el caso español. Mientras que en el año 2008 la tasa de privación severa se situaba en el 3,6%, en el año 2014 se alcanzaba un pico registrando un 7,1%. En el año 2018 esta tasa se redujo al 5,4%, aunque sigue siendo un 50% superior a la de los años previos a la crisis y 3 puntos porcentuales por encima de la registrada en 2017 (Llano, 2019).

Tomando una foto fija y observando el porcentaje de hogares en riesgo de pobreza y exclusión social para el año 2018, podemos observar en el mapa representado en el Gráfico 2 que España es el séptimo país europeo con mayor índice de riesgo de pobreza, solo por detrás de algunos países de la Europa del Este, Grecia e Italia. Se observa, por otra parte, la gran disparidad entre países en el valor que toma este indicador. Generalmente, los países de norte y del centro de Europa son los que menores niveles de riesgo de pobreza muestran, mientras que algunos países del este y mediterráneos son los que suelen encontrarse con mayores niveles y mayor riesgo de pobreza y exclusión. No obstante, existen notables excepciones, países como Portugal, Eslovenia, Eslovaquia y República Checa presentan los niveles más bajos de toda la Unión Europea.

Asimismo, es importante remarcar que, tal y como señala Llano (2019), la tasa AROPE en España no es homogénea entre la población. En el año 2018 esta tasa se situó 2 puntos por encima para las mujeres con respecto de los hombres (27% y 25,1%, respectivamente). Por edades, los jó-

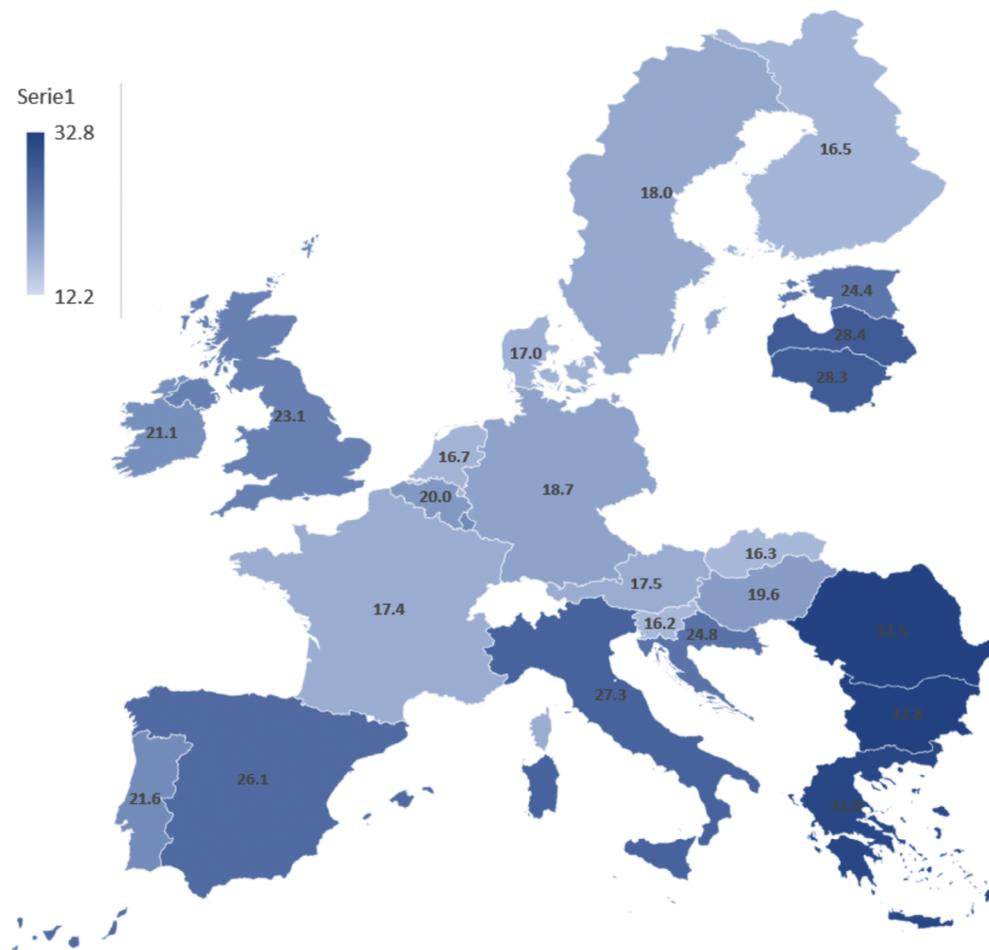


Gráfico 2. **Pobreza y exclusión social Unión Europea (2018).**  
Fuente: Eurostat.

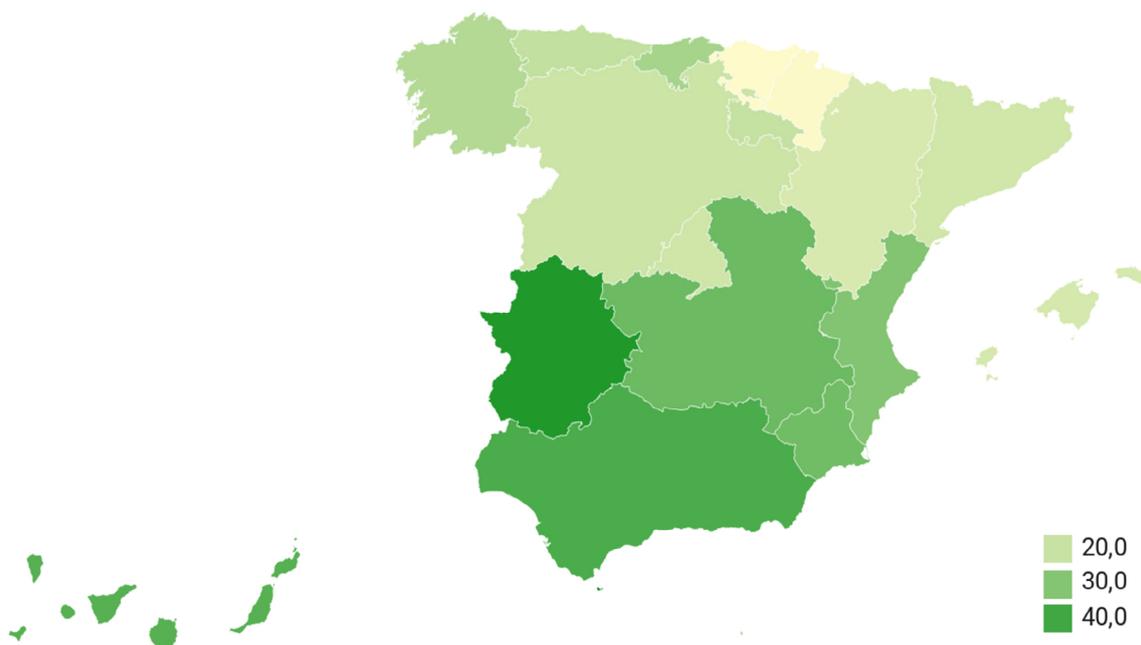


Gráfico 3. **Índice AROPE 2018 por Comunidades Autónomas.**  
Fuente: INE.

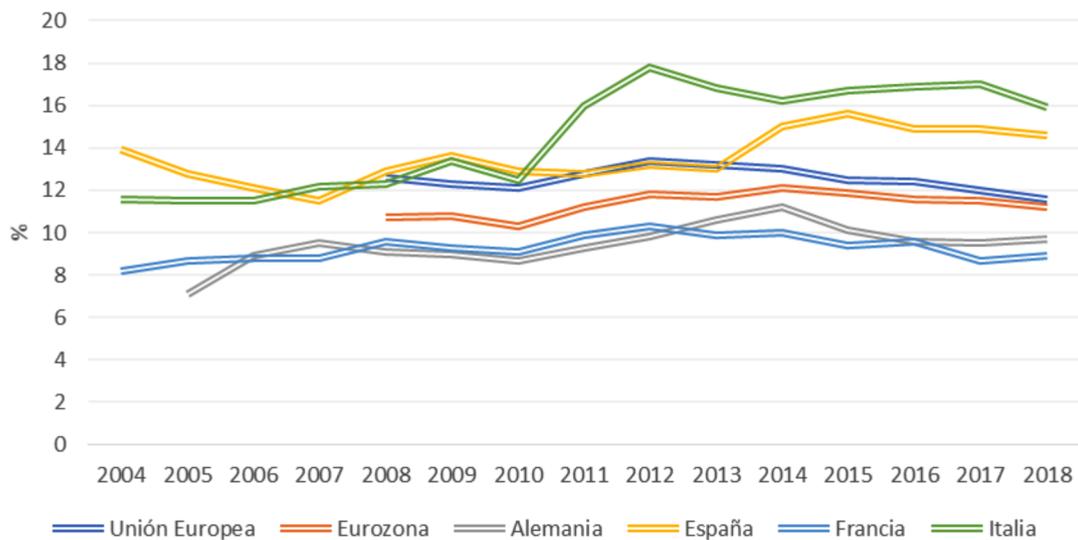


Gráfico 4. Evolución de los trabajadores en riesgo de pobreza y exclusión social.

Fuente: Eurostat.

venes con edad comprendida entre 16 y 29 años son el grupo que más riesgo de pobreza y exclusión presentan (33,8%). Por otra parte, los hogares donde conviven menores adolescentes presentan una mayor probabilidad de encontrarse en situación de pobreza, esto es especialmente cierto para hogares monoparentales que suelen estar sujetos a una elevada vulnerabilidad. Por último, la tasa AROPE no es homogénea entre las Comunidades Autónomas (CC.AA.). En el Gráfico 3 se observa como las CC.AA. situadas en el norte de España presentan niveles inferiores de este índice, mientras la situadas en el sur muestran valores marcadamente superiores. Entre las CC.AA. más vulnerables se encuentran Extremadura, Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia o la Comunidad Valenciana con valores superiores al 30%.

Otros indicadores similares no arrojan una mejor situación en España. El Gráfico 4 mide la evolución del porcentaje de trabajadores en riesgo de pobreza y exclusión social para los países y

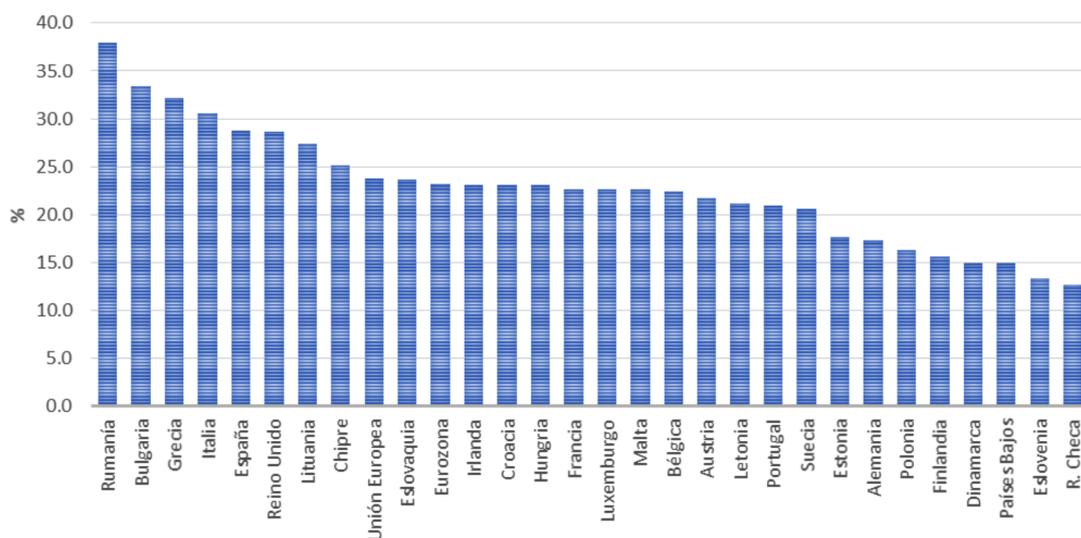


Gráfico 5. Pobreza infantil Unión Europea.

Fuente: Eurostat.

las áreas descritas anteriormente. Se observa como de nuevo Italia y España muestran niveles muy superiores a la media de la Unión Europea y al resto de los países considerados en los últimos años. Se puede observar como la brecha en el caso de Italia se amplía alarmantemente en el año 2010, año de inicio de la crisis de deuda soberana en Europa, mientras que en España la brecha se amplifica bruscamente a partir del año 2012, coincidiendo con la aprobación de la reforma laboral. Llano (2019) apunta a que el desempleo no es la principal causa de la pobreza en España. Una de cada tres personas mayores de 16 años en situación de pobreza en el año 2018 tenía un contrato laboral, lo que indica que tener trabajo no garantiza que se ingrese lo suficiente para cubrir las necesidades materiales básicas (se trata del fenómeno descrito como “*trabajadores pobres*”).

Si analizamos lo que ocurre con la pobreza infantil (menores de 16 años en riesgo de pobreza relativa), la imagen es muy similar. Como se puede observar en el Gráfico 5, España es el quinto país de la Unión Europea con mayores niveles de pobreza infantil solo por detrás de Rumanía, Bulgaria, Grecia e Italia.

### 3. El contexto institucional del IMV: un Estado del bienestar escasamente redistributivo

En aras de estudiar la adecuación del IMV, es conveniente analizar brevemente los sistemas de garantías de ingresos mínimos que han coexistido en España durante los últimos años<sup>4</sup>. De acuerdo con Rodríguez-Cabrero (2009) y Fuenmayor et al., (2020), el sistema de garantía de rentas en España se caracteriza por: (i) distinción entre prestaciones contributivas gestionadas por la Seguridad Social y prestaciones asistenciales; (ii) las prestaciones asistenciales pueden ser gestionadas por el Estado (algunas prestaciones por desempleo), por las CC.AA. (rentas mínimas de inserción) o por ambas instituciones como es el caso de algunas pensiones no contributivas.

Por tanto, en nuestro país ya existen un conjunto de programas de protección social orientados a garantizar unos ingresos mínimos a sus beneficiarios. Estos programas tienen tanto una naturaleza estatal (pensiones no contributivas, complementos a mínimos para pensiones contributivas, rentas activas de inserción, etc.) como autonómica (rentas mínimas de inserción, renta garantizada de ciudadanía, etc.). Especialmente, son las rentas mínimas de inserción autonómicas las que han cumplido la función de “*red de última seguridad económica*”.

En cuanto a la cobertura de los programas de rentas mínimas garantizadas puestas en marcha por las CC.AA., el Gráfico 6 muestra que en el conjunto de España apenas un 8% de personas situadas por debajo del nivel de la pobreza recibe una renta mínima de inserción. No obstante, existen grandes diferencias entre CC.AA. Mientras que en el País Vasco o Navarra la cobertura alcanza en torno a un 70%, en comunidades como Andalucía o Castilla La Mancha la cobertura es de apenas un 2%. Queda, por tanto, evidenciado el margen que existe en España tanto para mejorar la eficacia de los programas, como para mejorar la cobertura de estos y dotarlos de un alcance mayor<sup>5</sup>.

Ayala et al. (2016) señala algunas de las deficiencias del sistema de garantía de ingresos mínimos en España que convendría solucionar para mejorar su eficiencia y los resultados: (i) simplificar y homogeneizar los procedimientos administrativos y los requisitos de acceso para conseguir una mayor cobertura; (ii) reducir las diferencias entre CC.AA. tanto en requisitos de acceso como cuantía recibida o cobertura; (iii) reducir las lagunas del sistema para hacerlas más conocidas y accesibles a toda la población; (iv) acompañarlas con políticas activas de empleo que mejoren la situación

<sup>4</sup> Recientemente, y ante el preocupante avance de la desigualdad en España, han aparecido numerosos estudios sobre las rentas mínimas en España. Buena prueba de ello son los trabajos de Funcas (2019), Airef (2019) y Sevilla (2019).

<sup>5</sup> Se estima que en la actualidad las ayudas autonómicas tienen un coste de 1.500 millones y cubren a unos 300.000 hogares vulnerables.

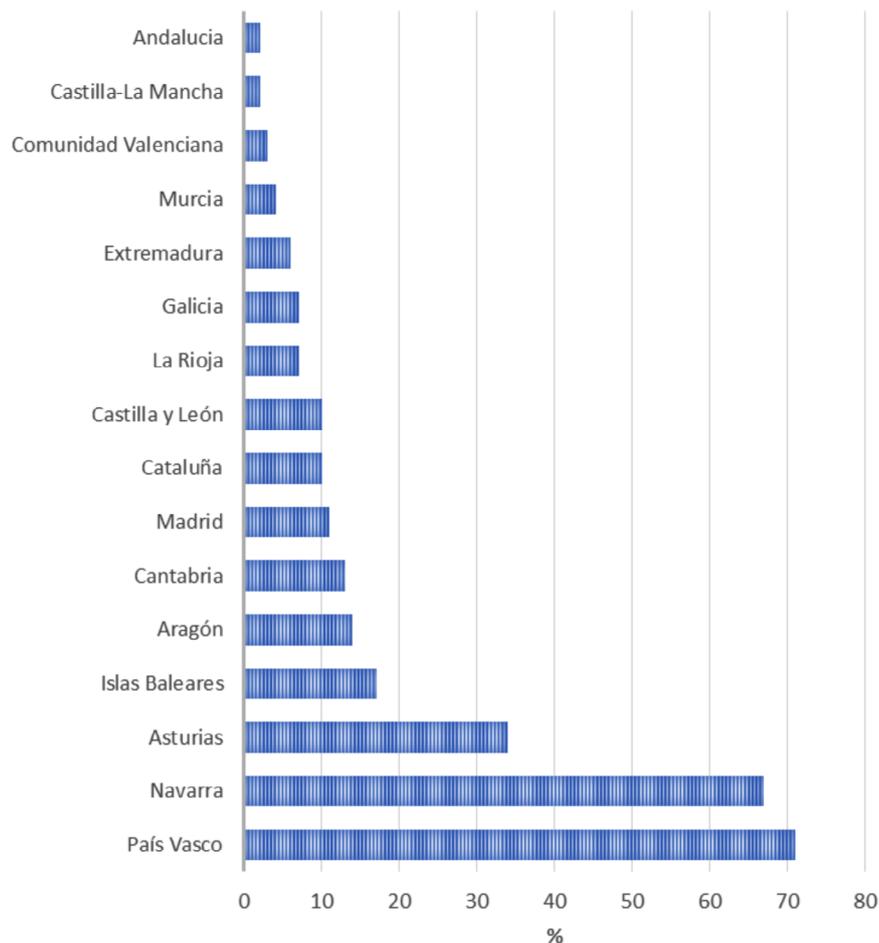


Gráfico 6. % de personas por debajo del umbral de la pobreza que reciben una renta mínima de inserción.

Fuente: Asociación de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales.

laboral de los beneficiarios; (v) incrementar la asignación presupuestaria y la cuantía percibida hasta homologarlas con los niveles medios europeos; (vi) reforzar las prestaciones dirigidas a menores de menor edad y (vii) mejora de los sistemas de información, datos y registros administrativos para una mejor evaluación de los programas.

En definitiva, la “*última red de protección*” de las Comunidades Autónomas ha adolecido en España de muchos problemas, no subsanados a lo largo del tiempo: la elevada heterogeneidad, fragmentación y dispersión; la baja incidencia para reducir la vulnerabilidad socioeconómica de los beneficiarios; la desigualdad en el acceso a las ayudas; la insuficiencia en la cuantía de las ayudas y la deficiencia en la cobertura (Lavia et al., 2014; Rodríguez-Cabrero, 2009; Laparra, 2004; Moreno et al., 2003)<sup>6</sup>.

El Gráfico 7 muestra la reducción en puntos porcentuales de la tasa de pobreza antes y después de aplicar las transferencias sociales en los respectivos países de la Unión Europea. España es el noveno país de la Unión Europea que menos consigue reducir la pobreza a través de las transferencias sociales sean éstas estatales, autonómicas, municipales o mixtas. Concretamente, en España las transferencias sociales sólo consiguen reducir la pobreza 6,4 puntos porcentuales, mientras que

<sup>6</sup> Se estima que solamente el 15% de los hogares españoles en pobreza extrema reciben alguna renta mínima autonómica. Sin embargo, la distribución de la pobreza sigue siendo muy desigual. Se estima una tasa de hogares pobres en Andalucía del 25,5%, mientras que en el País Vasco es de 2,72%.

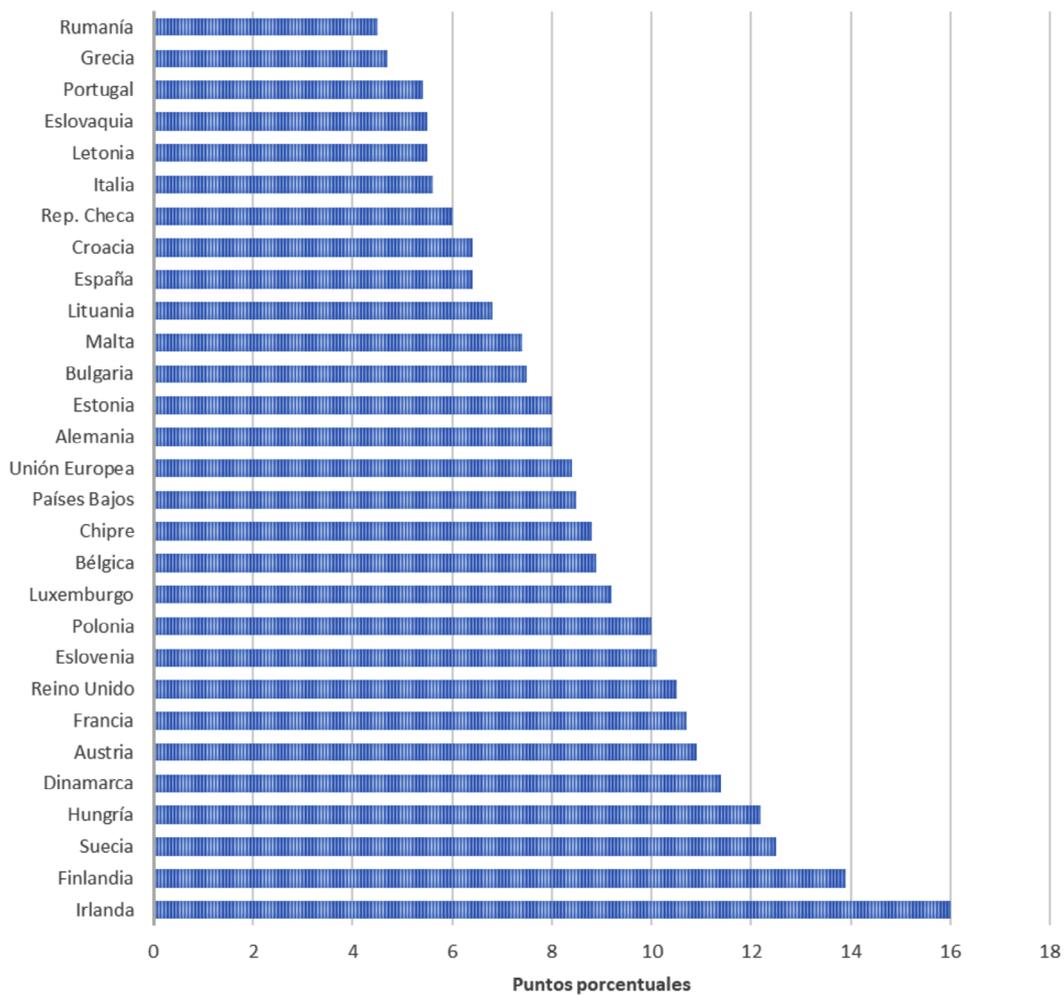


Gráfico 7. Reducción en puntos porcentuales entre la tasa de pobreza antes y después de transferencias sociales (excluidas las pensiones) en los países de la UE (2018).

Fuente Eurostat

en la media de la Unión Europea esta reducción alcanza 8,4 puntos. Países como Suecia, Finlandia o Irlanda consiguen reducir la pobreza con las transferencias sociales 12,5, 13,9 y 16 puntos porcentuales respectivamente, más del doble que en España. La debilidad de los sistemas públicos de protección social en España es todavía más evidente si hablamos de pobreza infantil. De acuerdo con los datos de Eurostat, España es el país de toda la Unión Europea que menos consigue reducir la pobreza infantil con las transferencias sociales.

#### 4. Ingreso Mínimo Vital y criterios de justicia.

Toda política redistributiva se construye –siempre y necesariamente– de juicios de valor, posicionamientos ético-normativos y/o preferencias políticas y colectivas. Se trata, por consiguiente, de una decisión política<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Lo cual no hace la decisión más fácil. Es extremadamente difícil encontrar criterios distributivos ampliamente aceptados. Las “preferencias reveladas” de los individuos, de los políticos o de los científicos sociales en torno al criterio óptimo de redistribución ni son claras ni mucho menos coincidentes. En muchas ocasiones, las políticas redistributivas se convierten en decisiones de “suma

Dos criterios de justicia fundamentan la existencia del Ingreso Mínimo Vital: 1) la equidad categórica y 2) el criterio de justicia “*rawlsiano*”. Seguidamente, desarrollamos brevemente esta idea.

La equidad categórica, que ha justificado buena parte de los programas sociales constitutivos del Estado del bienestar, tiene su fundamentación teórica en la teoría de la ciudadanía. El núcleo de este criterio es que los individuos, en cuanto ciudadanos de una comunidad, tienen derecho al acceso a un nivel mínimo de bienes básicos o preferentes. Es decir, todos los ciudadanos tienen derecho a consumir ciertas cantidades mínimas de bienes (preferentes). El ejercicio de este derecho exige la provisión pública (en metálico o en especie) de este conjunto básico de bienes y servicios.

En un texto clásico Musgrave y Musgrave (1983 : 146) se preguntan “¿debería definirse el problema de la distribución justa, especialmente por lo que se refiere a la seguridad de unos niveles mínimos, en términos de renta (libre de ser utilizada como guste el que la recibe) o en términos de una específica cesta de bienes, tales como elementos esenciales de alimentación, vestido y vivienda? Esta formulación, que se ha denominado ‘equidad categórica’, enlaza el punto de vista de los bienes preferentes con el de la justicia distributiva. Como tal, la equidad categórica implica todas las dificultades inherentes al concepto de bienes preferentes, pero junto con ello ayuda a explicar la preponderancia de las políticas públicas dirigidas a proporcionar una ayuda en especie a las familias de renta baja o a subvencionar los productos comprados por ellas”<sup>8</sup>.

A partir del criterio de equidad categórica el sistema público debería garantizar una vida digna a los ciudadanos –como derecho ciudadano– que no puedan cumplir con los requisitos del nivel contributivo del sistema público de Seguridad Social. Es decir, el sistema público debería incorporar un criterio de justicia y equidad en el que prime el derecho a la seguridad económica, que garantice el acceso a una vida digna. Este derecho se puede garantizar por medio de una prestación como el IMV. En definitiva, una prestación mínima garantizada, no como prestación contributiva, sino fundamentada como un derecho ciudadano universal.

El segundo criterio de justicia que fundamenta la existencia del IMV lo encontramos en los escritos del filósofo norteamericano John Rawls. Rawls (1971) construyó un criterio de justicia basado en dos premisas: 1) la justicia como resultado de la imparcialidad (estar en la “*posición original*” y bajo el “*velo de la ignorancia*”) y 2) la necesidad de alcanzar una teoría de la justicia basada en el consenso o el contrato social. De sus teorías se derivan tres principios que, directa o indirectamente, tienen que ver con el IMV:

- 1) el principio de igualdad de oportunidades,
- 2) el principio de igual libertad (toda persona tiene un derecho igual al esquema más amplio de libertades básicas compatible con un esquema similar de libertades para todos los demás) y
- 3) el principio de diferencia o “*maximin*” (la desigualdad está justificada siempre que beneficie al grupo social menos favorecido o posicionado en la parte baja de la distribución de la renta).

Aunque la teoría de la justicia de Rawls no defiende explícitamente la igualdad, sí que tiene una preocupación central por el bienestar del grupo social más desfavorecido. En este sentido, y en

---

*cero*”, es decir, “*lo que uno gana otro lo pierde*”. Para un análisis de las diferentes opciones o criterios de justicia no igualitaria, véase, por ejemplo, Van Parijs (1996).

<sup>8</sup> Existen autores que justifican esta equidad desde el paternalismo, es decir, que los ciudadanos deben tener un mínimo de consumo “obligatorio” de los bienes preferentes (educación, sanidad, servicios sociales, etc.) por su propio bien y, que si no existiera la obligación del Estado, podrían tomar decisiones “*miopes*” o “*equivocadas*” en relación con lo que más les conviene a medio y largo plazo.

base a ella, se puede justificar la existencia de un IMV que permita el acceso a una cesta de bienes primarios y básicos para los ciudadanos. La garantía estatal de ese mínimo vital se puede alcanzar con diferentes instrumentos (renta básica universal, transferencias, impuesto negativo sobre la renta, etc.), pero, sin duda, un instrumento útil es el IMV.

## 5. El diseño de una herramienta contra la pobreza

Toda prestación no contributiva o subsidio de lucha contra la pobreza requiere dar respuesta, como mínimo, a cuatro preguntas fundamentales<sup>9</sup>:

- a) ¿es una ayuda condicionada o no?;
- b) ¿cuál es el nivel de renta mínima?;
- c) ¿es universal o no? y
- d) ¿quién lo financia?

Sin duda, existen diferentes formas de definir este tipo de prestaciones no contributivas (seguro social, rentas mínimas de inserción, salario ciudadano, renta garantizada, renta básica universal, etc.), pero todas comparten algunas de las siguientes características:

- a) son prestaciones destinadas a paliar la falta o insuficiencia de recursos derivados del trabajo, patrimonio o prestaciones sociales, es decir, tienen como principal objetivo la cobertura de las necesidades básicas o esenciales de manera permanente;
- b) son prestaciones sujetas a la investigación previa de los recursos del beneficiario (“*means-test*”) –exceptuando la renta básica universal–;
- c) son concebidas como una prestación universal, pero focalizada en la población más vulnerable (con independencia de cuál sea la causa por la que carezca de recursos);
- d) se conciben como una ayuda subsidiaria y complementaria (no sustitutiva) de otras existentes;
- e) se conciben como un “derecho ciudadano” (no sujeto a la concesión “graciosa” o “discrecional”)<sup>10</sup> y suele tener una duración limitada en el tiempo;
- f) la finalidad de la prestación suele ser dual (subsistencia y reinserción) ya que suelen ir acompañada de medidas formativas y de reinserción que tratan de evitar la cronificación de situaciones de asistencialismo social<sup>11</sup>;
- g) la cuantía suele ser variable según los recursos totales del perceptor (ingresos procedentes del trabajo, capital, patrimonio, otras prestaciones sociales, etc.) y de las diferentes situaciones familiares y
- h) se financia con fondos fiscales estatales, pero se puede gestionar, descentralizadamente, a nivel territorial.

<sup>9</sup> No hay criterios “*técnico-objetivos*” para dar respuestas a estas preguntas. Será en el ámbito político y de las preferencias colectivas donde se resolverán, en la praxis, estas preguntas. La naturaleza normativa de las respuestas es, por consiguiente, inevitable.

<sup>10</sup> No obstante, los derechos sociales suelen tener la consideración, en la práctica, de “*cuasi derechos*” ya que suelen estar condicionados por las disponibilidades financieras y presupuestarias de la Administración Pública gestora.

<sup>11</sup> Es decir, la universalidad de la prestación suele estar condicionada a que los potenciales beneficiarios cumplan con serie de requisitos y compromisos.

## 6. El diseño español del Ingreso Mínimo Vital

El Ingreso Mínimo Vital, recientemente aprobado por el gobierno español por medio del Real Decreto-Ley 20/2020 de 29 de Mayo (1 de Junio en BOE), constituye una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social. Esta prestación se define como un derecho subjetivo de ciudadanía y se puede recibir siempre que se cumplan los requisitos de acceso, como ocurre con el derecho a la pensión de jubilación o la prestación por desempleo, por ejemplo. El objetivo es garantizar una “*red de seguridad*”, disponible para quien la necesite. Se concibe como un programa permanente y no como coyuntural. Es decir, su principal objetivo no es “*parchear*” la situación de pobreza derivada de la crisis económica post-covid-19, sino combatir la elevada pobreza estructural de la sociedad española.

La cuantía del IMV es variable puesto que se calcula como la diferencia entre la Renta Mínima Garantizada (RMG) y los ingresos por trabajo o actividades económicas. Es decir, la RMG y el IMV son dos conceptos diferentes. La RMG son 461,5 euros al mes para una persona sola y el IMV se calcularía como la diferencia entre la RMG y los ingresos de rentas obtenidos por la persona al mes. Dicha cantidad se incrementa en función de sus componentes (número de personas adultas y menores) hasta un máximo del 220% de esa cuantía inicial (1.015 euros al mes cuando en la familia conviven más de dos hijos)<sup>12</sup>. Es decir, la cuantía inicial de 461,5 euros al mes se incrementará en 139 euros al mes por cada miembro del hogar (adultos y menores) hasta un máximo de 1.015 euros al mes. Para su cálculo no computan las rentas de inserción de las CCAA y otras ayudas sociales. Es decir, la prestación es compatible con las ayudas autonómicas y se actualizará cada año de acuerdo con la actualización de las pensiones no contributivas<sup>13</sup>.

La cifra de 461,5 euros es la de una pensión no contributiva de jubilación (anual dividida entre 12). Esta cantidad se sitúa cerca del umbral de la pobreza severa en equivalencia mensual (493€), es ligeramente superior a la media de las Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas en 2018 y, en concreto, superior a las rentas mínimas de 13 de las 19 comunidades o ciudades autónomas. El problema principal de la mayoría de estas rentas autonómicas, como acabamos de indicar, ha sido su bajo nivel de cobertura (existe un alto porcentaje de población potencialmente beneficiaria que no ha tenido acceso a ellas). Aumentar dicha cobertura de la población en situación de vulnerabilidad económica es uno de los principales objetivos del IMV.

### 6.1. Requisitos y obligaciones de los beneficiarios del IMV.

Como hemos dicho con anterioridad, el Ingreso Mínimo Vital se constituye como una prestación no contributiva de la Seguridad Social que podrán solicitar en todo el territorio nacional aquellas personas cuyos ingresos no superen un importe determinado, que se denomina “*renta garantizada*”. Los beneficiarios pueden ser hogares (unidad de convivencia con varias personas durante un año) y personas individuales que viven solas.

---

<sup>12</sup> Se hace una excepción con los hogares monoparentales o monomarentales que recibirán un complemento del 22% (101,53€ mensuales).

<sup>13</sup> El complemento de la cuantía por parte de las CCAA respondería, en parte, a las diferencias del coste de la vida que existen en las regiones españolas. Por contra, hay que tener en cuenta posibles incompatibilidades del IMV con otras prestaciones sociales. Por ejemplo, el IMV es incompatible con la prestación no contributiva por hijo o menor a cargo, salvo que tenga una discapacidad mayor o igual al 33%.

En principio, las exigencias para ser beneficiario son mínimas:

- a) ser mayor de edad;
- b) estar en búsqueda de empleo (estar inscrito como demandante de empleo);
- c) para las personas solas, la edad mínima es de 23 años habiendo vivido de forma independiente tres años al menos hasta los 30 años. A partir de los 30 años bastará con un año de independencia<sup>14</sup>;
- d) carencia de ingresos;
- e) los extranjeros que residan legalmente se exige como mínimo un año en España;
- f) para las víctimas de trata de seres humanos, violencia de género y explotación sexual se hacen algunas excepciones respecto a los requisitos a cumplir (requisitos de edad y ausencia de unión conyugal);
- g) existen unos límites de patrimonio para ser beneficiario de la prestación<sup>15</sup>: 16.632 euros para las personas solas que reciben 461,5 euros y un máximo de 36.552 euros para los hogares de cuatro o más personas que reciben la cuantía máxima (1.015 euros).

En cuanto a las obligaciones del IMV, el diseño realizado en España establece las siguientes:

- a) acreditar requisitos para percibir la prestación;
- b) inscripción como demandante de empleo (si no está trabajando en el momento de demandar la prestación);
- c) presentar la declaración de la renta;
- d) participar en estrategias de inclusión laboral;
- e) comunicar salidas al extranjero (permitidas por un máximo de 90 días a lo largo de cada año natural) y
- f) comunicar cambios de la situación laboral o económica<sup>16</sup>.

## 6.2. Cobertura del IMV

Uno de los objetivos del IMV es ampliar la escasa cobertura que tienen las rentas mínimas autonómicas. Se estima que puede alcanzar a unos 850.000 hogares en situación de pobreza (600.000 en pobreza extrema). Se tratarían de unos 2,3 millones de personas, de las cuales 1,6 millones estarían en pobreza extrema (aproximadamente, 80% de la pobreza extrema en nuestro país). Especial incidencia se espera que tenga esta medida en dos colectivos: la pobreza infantil y las familias monoparentales, colectivos que, sin duda, están interconectados. Se estima una incidencia positiva del IMV en la pobreza infantil (unos 1,3 millones de beneficiarios menores) y 700.000 beneficiarios monoparentales (el 16% de los hogares beneficiarios en total, de las cuales el 90% son mujeres).

---

<sup>14</sup> Entre los requisitos de los beneficiarios individuales también se encuentran haber estado dado de alta en la Seguridad Social, de forma continuada o no, por lo menos un año, la ausencia de unión conyugal (legal o de hecho) y no formar parte de otra unidad de convivencia.

<sup>15</sup> Se calcula el patrimonio neto, es decir, no se incluye la vivienda habitual y se descuentan las deudas.

<sup>16</sup> El Decreto Ley 20/2020 del 29 de mayo también establece sanciones o penalizaciones por infracciones a la ley que pueden ser leves, graves o muy graves.

### 6.3. Nivel competencial en la gestión

El IMV es una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social. Por tanto, la gestión estará a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social. No obstante, en un Estado descentralizado como el nuestro, un debate paralelo que siempre aparece es el nivel competencial adecuado para gestionar esta prestación no contributiva. Mientras que hay autores que defienden su centralización (gestión estatal dentro del sistema de Seguridad Social público), otros defienden que las prestaciones no contributivas o asistenciales deberían de estar descentralizadas y ser competencia de las Comunidades Autónomas<sup>17</sup>. Entre estos últimos, por ejemplo, en un reciente trabajo, Montes (2020 : 2) defiende que el pilar contributivo (seguro) de la Seguridad Social tiene que estar centralizado, pero el pilar no contributivo no. Propone la creación de una prestación única y de cuantía variable en función de: a) la necesidad del individuo y 2) el coste de vida en cada Comunidad Autónoma. Según el autor, en su propuesta la Administración General del Estado se reservaría la función de legislación de bases (mínimo denominador común) y la labor de coordinación e inspección, pero la gestión estaría en manos de las CC.AA.

## 7. Estado del bienestar y pobreza: las alternativas al IMV

El IMV es una prestación no contributiva de la Seguridad Social que establece una “renta garantizada” a determinadas familias en situación de vulnerabilidad socioeconómica con el objetivo de que puedan superar el umbral de pobreza. El objetivo es transferir a los hogares más pobres una renta para incrementar sus ingresos, reduciendo el “*gap*” de pobreza de esos hogares (la diferencia entre la renta de las familias más pobres y la renta necesaria para vivir por encima de la línea de pobreza). El potencial redistributivo de esta medida es indudable, ya que se trata de una herramienta de lucha contra la pobreza, selectiva y focalizada a los más necesitados.

En el diseño de mecanismos institucionales de lucha contra la pobreza existen alternativas al IMV. Especialmente relevantes son los dos siguientes:

- a) el Impuesto Negativo de la Renta y
- b) la Renta Básica Universal.

### 7.1. El Impuesto Negativo sobre la Renta

El llamado Impuesto Negativo sobre la Renta (INR) no es una prestación o subsidio contra la pobreza, sino que utiliza el impuesto sobre la renta de las personas físicas para complementar las rentas de los ciudadanos más vulnerables<sup>18</sup>. Su funcionamiento sería el siguiente: si el contribuyente tiene un ingreso por debajo de una renta mínima obtiene un subsidio (tramo negativo); si, por el contrario, sus ingresos están por encima del umbral de renta paga el impuesto (tramo positivo). Es decir, todo individuo o unidad familiar cuya renta esté por debajo de un cierto nivel de renta recibe automáticamente un complemento público (impuesto negativo). Es un complemento público de

<sup>17</sup> De hecho, el Gobierno ha considerado ceder la gestión de la nueva prestación a los gobiernos del País Vasco y Navarra. Tampoco cierra la puerta a que, en el futuro no muy lejano, nuevas Comunidades Autónomas se encarguen de la gestión del IMV.

<sup>18</sup> El Impuesto Negativo sobre la Renta es una vieja propuesta aparecida en los años cuarenta del siglo pasado. Firmes defensores del mismo han sido autores como Julieta Rhys Williams, Milton Friedman, James Tobin, Earl R. Rolph, Robert Theobald, entre muchos otros.

carácter general y automático con el objetivo de aumentar las rentas más bajas, que además varía, inversamente, con la renta del beneficiario.

Como también sucede con el IMV, el impacto redistributivo del INR dependerá de la decisión que tomemos sobre tres parámetros básicos<sup>19</sup>:

- a) la renta mínima (impuesto negativo cuando la renta del individuo es cero);
- b) el umbral de renta cuando el impuesto es cero y
- c) la tasa impositiva marginal cuando crece la renta del individuo.

Los efectos redistributivos, los efectos sobre el empleo (eficiencia económica), así como el coste financiero de esta medida dependerá de los niveles establecidos en estos parámetros (Cuadro 1).

Cuadro 1. Efectos del impuesto negativo sobre la renta

	Lucha contra la pobreza	Estímulo al trabajo	Coste financiero
<b>Renta mínima</b>			
Elevada	+	-	-
Débil	-	+	+
<b>Tipo impositivo</b>			
Elevado	-	-	+
Débil	+	+	-

Fuente: Greffe (1993 : 529).

Los defensores del INR destacan las ventajas de esta medida. Por ejemplo, señalan la simplicidad de la medida y su fácil aplicación. La existencia del IRPF permite utilizar este impuesto para, con gastos administrativos muy bajos, luchar contra la pobreza y la desigualdad. Incluso plantean que puede resultar útil para reformar el propio IRPF, haciéndolo más simple y comprensible para los ciudadanos (eliminando gran parte de las desgravaciones y deducciones fiscales que no tienen una clara justificación). Otra de las ventajas que señalan es que se reduce el “*coste de estigmatización*” que tienen otras prestaciones sociales no contributivas selectivas. El ciudadano recibe la transferencia automáticamente, sin el requisito de que alguien decida que es “*necesitado*” de la ayuda. Y, finalmente, consideran que se afectan menos negativamente los incentivos al trabajo, ya que el INR introduce una tasa impositiva marginal inferior al 100%. Es decir, que proporciona a los ciudadanos que trabajan una renta mayor que a los que no trabajan.

No obstante, el INR tiene serios inconvenientes en su aplicación. Señalemos algunos:

- a) no se atacan las causas fundamentales y estructurales de la pobreza (aunque tampoco lo hace el IMV);
- b) es muy oneroso para el Estado, ya que a la subvención automática que concede a las familias de renta baja, hay que sumar los ingresos que deja de percibir por los impuestos que antes recaudaba de esas familias;
- c) la ausencia de condicionalidad a la hora de percibir esa renta, puede convertirse en un inconveniente<sup>20</sup> y

<sup>19</sup> Al igual que sucede con el IMV, no existe una manera “*técnica*” de fijar el valor de esos parámetros. Al final es una cuestión política, sometida, en todo caso, a restricciones presupuestarias, cálculo electoral y/o a elecciones colectivas.

<sup>20</sup> Algunos autores critican que con un INR el beneficiario podría gastar esa renta de forma “*incorrecta*” o “*equivocada*”. Bien es

- d) podría reducir (todavía más) los salarios de los trabajadores, puesto que el INR socializaría una parte de los costes laborales de las empresas<sup>21</sup>.

Sin duda, creemos que el mayor peligro del INR es que su implantación sirva de excusa para el desmantelamiento del Estado del bienestar. Por eso, el liberalismo económico ha defendido esta medida, frente a otras como la Renta Básica Universal o el IMV. Para el liberalismo, la implantación del INR permitiría sustituir y eliminar un buen número de programas sociales públicos, incluso reducir sustancialmente servicios públicos esenciales que, tras la implantación de un INR, podrían externalizarse al mercado privado. Es decir, su existencia se ve como una buena oportunidad para “*remercantilizar*” las vidas de los ciudadanos y para reducir el peso del Estado del bienestar en la economía.

## 7.2. La Renta Básica Universal

El concepto de Renta Básica Universal (RBU) discutido y aceptado en la actualidad fue formulado por Van Parijs (1991) y ha sido redefinido a lo largo de estos años. Van Parijs (1991) define la RBU como una forma de transferencia de ingresos, que corresponde a un subsidio pagado a todos los ciudadanos, independientemente de su posición, ocupación, estado civil y disposición y disponibilidad para trabajar. Según Van Parijs es una herramienta necesaria para construir una sociedad justa. La RBU también ha sido denominada Dividendo Social o Renta Mínima Incondicionada. No obstante, todos estos conceptos tienen dos denominadores comunes que son la universalidad y la incondicionalidad.

De acuerdo con Piachaud (2018), la RBU debe cumplir las siguientes características:

- a) carácter periódico: deben ser transferencias regulares o periódicas (por ejemplo, cada mes), se descarta, por tanto, otro tipo de subvenciones que se realizan en un único o pocos pagos;
- b) pago en unidades monetarias: el pago debe efectuarse en un medio de cambio apropiado, permitiendo aquellos que lo reciben decidir en qué lo gastan. Por tanto, el pago en especie (como alimentos o servicios) o en vales dedicados a un uso específico no sería válido por la dificultad de transformar este tipo de bienes en activos líquidos con validez universal;
- c) transferencia individual: el pago debe tener un carácter personal e individual. No es un pago que pueda realizarse a unidades familiares en su conjunto u otros grupos;
- d) universalidad: las transferencias deben ser universales, es decir, todos los individuos deben ser beneficiarios de este pago, sin excepciones ni exclusiones;
- e) incondicionalidad: estas transferencias públicas deben pagarse sin ningún tipo de condicionalidad<sup>22</sup>.

Teniendo en cuenta de forma conjunta tanto el gasto en transferencias públicas como la estructura impositiva necesaria para financiarla, en la práctica la RBU y el INR tienen implicaciones similares en términos de bienestar, pobreza, sistema de incentivos y eficiencia económica. Sin embargo, como se ha planteado en el punto anterior, mientras que los defensores del liberalismo

---

cierto, que estos términos implican siempre juicios de valor que nos llevan a otra dimensión del debate. Por otro lado, es una crítica también extensible al IMV.

<sup>21</sup> Aunque este efecto no está empíricamente demostrado. También podría producirse lo contrario. Trabajadores con sus necesidades básicas cubiertas por el INR podrían exigir subidas salariales para hacer según qué tipos de trabajos. La clave aquí es que no es necesario disponer de un empleo para recibir la prestación. Es la diferencia entre el INR y un mero complemento salarial, éste último sí que podría tener como consecuencia final una reducción salarial por parte de las empresas.

<sup>22</sup> Por ejemplo, sin necesidad de trabajar o demostrar disposición a trabajar, sin tener que demostrar que se dispone de pocos recursos o sin la necesidad de demostrar que has sido víctima de cualquier tipo de injusticia.

económico plantean implantar un INR a cambio de eliminar el resto de los servicios y prestaciones sociales, la mayor parte de los defensores de la RBU la consideran como un complemento al resto de servicios y ayudas públicas y no una sustitución de éstos.

Al margen de las ventajas comentadas anteriormente en el apartado del INR que son compartidos por la RBU, los defensores de la RBU también aducen una serie de ventajas de tipo normativo. Por un lado, al no exigir condicionalidad y ser universal, la RBU respeta el criterio de neutralidad de libertad de no perseguir ninguna concepción determinada de la “buena vida”. Es decir, no prioriza el esfuerzo o la “ética del trabajo” a cualquier otra concepción o modo de vivir. Tampoco distingue entre trabajo remunerado y otras formas de trabajo no remunerado. La incondicionalidad otorga la libertad al individuo de decidir su propia forma de vida y en que quiere destinar su tiempo.

Por otro lado, la RBU es una herramienta que permite aumentar el poder de negociación de todos los ciudadanos sin excepción. Este hecho es especialmente beneficioso para los ciudadanos o los segmentos de la población que tradicionalmente han sufrido discriminaciones o han estado sujetos a una elevada dependencia. Al garantizar las necesidades materiales básicas de todos los individuos, el poder de negociación de estas personas se incrementa y pueden solicitar intercambios más justos tanto en el mercado laboral como en su ámbito interpersonal. En este sentido, la RBU podría ser una herramienta efectiva para paliar muchas de las discriminaciones e injusticias actuales o históricas como son las desigualdades de género, raciales, laborales, etc. Finalmente, algunos estudios piloto desarrollados hasta la fecha han mostrado que la aplicación de una RBU tiene efectos beneficiosos sobre el nivel de salud de la población, los niveles de educación y capital humano, el grado de emprendimiento, la fertilidad y la natalidad, la conciliación laboral, la motivación laboral, una reducción en el índice de criminalidad y una mayor implicación en los asuntos de la vida pública y el desarrollo de la comunidad (García, 2019). Nótese que todos estos factores no sólo son beneficiosos para el bienestar personal del receptor de la ayuda, también pueden repercutir de forma importante en una mejora de la productividad para el conjunto de la economía

A pesar de los beneficios expuestos, la aplicación de una RBU, en el contexto actual, adolece de algunos problemas:

- a) para algunas concepciones de justicia de la filosofía política es difícilmente justificable que la sociedad subvencione aquellos individuos que no muestran una disposición por trabajar en una actividad remunerada;
- b) ingresar la misma cuantía a todos los ciudadanos sin tener en cuenta su situación, características, necesidades o capacidades, no garantiza una distribución de resultados necesariamente justa;
- c) la puesta en marcha de una RBU con una cuantía suficiente que se sitúe por encima de la línea de la pobreza puede resultar muy onerosa para las cuentas públicas e implica importantes reformas tributarias y gran voluntad de consenso político;
- d) sus efectos tanto por el lado de la oferta (reducción en la disposición a trabajar en ciertas actividades poco gratificantes), como por el lado de la demanda (aumento en el consumo de algunos productos) podrían implicar cambios importantes tanto en los precios relativos, como en el índice de precios absolutos conduciendo, en ocasiones, a episodios inflacionarios.

## 8. ¿Son sólidas las críticas al IMV?

Entre los argumentos en contra del IMV, el argumentario liberal destaca, por un lado, el alto coste de esta medida. En el caso español se estima un coste de unos 3.000 millones de euros que se fi-

nanciarán con una transferencia de los Presupuestos Generales del Estado a la Seguridad Social. Se trata, si comparamos esa cantidad con otras partidas del gasto público, de un coste perfectamente asumible por la Hacienda Pública<sup>23</sup>.

Otro de los argumentos más utilizados por el pensamiento liberal para criticar la implantación del IMV es el desincentivo que introduce a la búsqueda de empleo, los costes de eficiencia y los incentivos a la economía sumergida y el empleo irregular. Esas críticas no tienen suficiente respaldo científico empírico que las avalen y, en todo caso, sí que existe alguna evidencia empírica en su contra.

Además, el IMV español trata de mantener los suficientes incentivos al empleo por tres vías: a) la compatibilidad del IMV con el empleo, b) estableciendo itinerarios de inserción laboral para los beneficiarios y c) sancionando a los beneficiarios que incurran en fraude o no cumplan con los requisitos establecidos.

Respecto al efecto sobre la economía sumergida, la implantación de la medida puede suponer un mayor control y reducción de la misma, puesto que puede regularizar una parte del empleo irregular existente en la actualidad en la economía española.

Desde posiciones ideológicas de izquierda se critica la insuficiente dotación de la prestación y que esta medida no vaya acompañada de una ampliación de los servicios públicos del Estado del bienestar. Por ejemplo, los servicios sociales encaminados a paliar las otras situaciones de necesidad como las guarderías, los servicios sociales, el acceso a la vivienda, etc. Respecto a la primera crítica, es cierto que el IMV no representa un nivel de renta alto que, por sí solo, saque a la persona (o familia) de una situación de pobreza. Como dijimos en el trabajo, decidir el nivel de renta garantizada no es una decisión técnica, sino política (que debería estar sometida a las preferencias colectivas).

Respecto al segundo argumento, no debemos de olvidar que el IMV no es sustitutivo de otros instrumentos de lucha contra la pobreza, sino complementario. Por tanto, reforzar los servicios públicos que caracterizan nuestro Estado del bienestar, es una política coherente con la implantación del IMV y con un compromiso decidido de lucha contra la pobreza y la desigualdad en nuestra sociedad.

## **9. Las consecuencias económicas de la crisis de la covid-19: la justificación definitiva del IMV**

Si la pobreza relativa en España muestra una situación preocupante comparativamente con el resto de los países europeos, la crisis sanitaria y económica derivada de la covid-19 puede agravar severamente la situación.

Como respuesta a la pandemia, los países alrededor del mundo han tenido que tomar medidas de distanciamiento social y de confinamiento. Estas medidas tendrán un efecto económico negativo inevitable todavía difícil de pronosticar. Sin embargo, las consecuencias económicas de la crisis sanitaria no son homogéneas entre individuos ni sectores y es esperable que tengan importantes efectos distributivos adversos (Faureci et al. 2020; Palomino et al. 2020).

Por un lado, los trabajadores que están empleados en actividades esenciales o que pueden teletrabajar tienen menor probabilidad de perder el empleo y son más propicios a mantener sus rentas habituales. Mongey et al. (2020) muestran como en los primeros meses de la crisis sanitaria en Estados Unidos, los sectores donde no es posible el teletrabajo alcanzaban tasas de desempleo muy superiores a otros sectores donde sus empleados pueden teletrabajar. En el caso español, Arce (2020) muestra como los sectores donde más se ha destruido empleo o se han acogido a la figura de

<sup>23</sup> Además, se prevé que su implantación permita la reducción de otras prestaciones no contributivas que dejarían de desempeñar la función redistributiva esperada. Por el contrario, está previsto aumentar un 5% el gasto de personal en las corporaciones locales para la gestión del IMV.

los ERTes han sido la hostelería, actividades artísticas o las actividades inmobiliarias, entre otros. De forma contraria, otros sectores como la agricultura o el suministro de agua experimentaron un repunte en las afiliaciones a la Seguridad Social entre febrero y junio de 2020. Asimismo, este informe muestra como por tipo de contrato, los trabajadores con contrato temporal han visto reducida la tasa de afiliación en más de un 11%, mientras que para los trabajadores con contrato indefinido la reducción ha sido de apenas un 2%. Por colectivos, los jóvenes, las mujeres y los trabajadores con menores niveles educativos muestran más presencia en los sectores más afectados por la pandemia y, por tanto, son más vulnerables a la pérdida de empleo provocada por la pandemia (Anghel et al, 2020). Cabe recordar que precisamente estos colectivos ya fueron los más castigados por la crisis económica y financiera de 2008 y ya eran los colectivos más propicios para encontrarse en una situación de riesgo de pobreza y exclusión social.

Algunos trabajos pioneros en estimar los efectos de la covid-19 en la pobreza y la desigualdad en Europa apuntan a que durante los dos meses de confinamiento más duro la pérdida de ingresos de la población en riesgo de pobreza fue del 10,3% para la media de la Unión Europea. En el caso español esta cifra es superior y alcanza el 11,2% (Palomino et al., 2020). Del mismo modo, estos autores apuntan a que durante estos dos meses de confinamiento el Gini de desigualdad salarial aumentó en la media de la Unión Europea un 2,2% y un 3,7% en España. De forma similar, Furceri et al. (2020), señalan que en ausencia de medidas de protección públicas que protejan a los sectores e individuos más vulnerables, el incremento de la pobreza y de la desigualdad en todas las economías será sustancial. Basándose en otras pandemias que han azotado la humanidad como la gripe de 1918, la del SARS del 2003, la del MERS 2012 o la del Ébola 2014, estos autores estiman que el índice Gini de desigualdad de ingresos ha aumentado en media aproximadamente un 1,25% al cabo de cinco años en las zonas afectadas por las pandemias. Todos estos trabajos advierten de la necesidad de implementar políticas públicas de calado para proteger a los ciudadanos más vulnerables y evitar al máximo posible los costes económicos, personales y humanitarios.

Por otra parte, también es importante tener en cuenta los efectos que puede ocasionar el confinamiento en el largo plazo y que están relacionados con la pérdida de horas de escolarización. Algunos estudios muestran como las reducciones significativas del tiempo escolar conllevan pérdidas notables del rendimiento académico, especialmente en estudiantes con un entorno socioeconómico más desfavorecido (Cooper et al., 1996).

En resumen, si antes de la pandemia de la COVID-19 era imprescindible completar nuestro (incompleto) Estado del bienestar con una renta mínima universal, ahora esta medida, si cabe, está más justificada y es más urgente que nunca. El IMV, aunque no nace con la vocación de paliar los peores efectos económicos de la pandemia sino de reducir la elevada pobreza extrema estructural y crónica de nuestra sociedad, sin duda, también ayudará a sobrellevar la caída de la renta y del empleo que está provocando la recesión económica del llamado “*Gran Confinamiento*” y que España –ya sin ningún género de dudas– va a ser uno de los países europeos más afectados.

## Referencias bibliográficas

- AIREF (2019): *Los programas de rentas mínimas en España*. Estudio. Madrid
- ANGHEL, B., LACUESTA, A y REGIL, A. V. (2020). “Transferibilidad de habilidades de los trabajadores en los sectores potencialmente afectados tras el Covid-19”, *Artículos Analíticos, Boletín Económico*, 2/2020, Banco de España.
- ARCE, O. (2020). “El impacto de la crisis del covid-19 sobre el empleo de los jóvenes y las mujeres”. *Informe El trabajador del futuro: Conectado, Versátil y Seguro*. Banco de España.

- AYALA, L.; ARRANZ, J. M.; GARCÍA, C.; MARTÍNEZ, L. (2016). El sistema de garantía de ingresos en España: tendencias, resultados y necesidades de reforma. Madrid: Informe programa PROGRESS. Disponible en: <http://www.carm.es/ctra/cendoc/haddock/17014.pdf>.
- CALERO, J. y MAROTO, R. (2013): "Los efectos del ajuste fiscal en las economías periféricas de la zona euro (II): Actualización" *Documentos de Debate de la Fundación Ideas* 03/2013.
- COOPER, H., NYE, B., CHARLTON, K., LINDSAY, J., & GREATHHOUSE, S. (1996). "The Effects of Summer Vacation on Achievement Test Scores: A Narrative and Meta-Analytic Review". *Review of Educational Research*, 66(3), 227–268.
- DEL POZO, A. y MARTÍN, J.M. (2013): "Social Cohesion and State in times of Austerity. Country case Study: Spain" Friedrich Ebert Stiftung. Disponible en: <http://library.fes.de/id/10453.pdf>.
- FUENMAYOR, A.; GRANELL, R.; SAVALL, T. (2020). "La renta mínima como instrumento para combatir la pobreza. El caso de la Comunidad Valenciana." *Papers. Revista de Sociologia* 1.1 (2020): 1-22.
- FUNCAS (2019): Pobreza y rentas mínimas. *Panorama Social* nº 29.
- FURCERI, D., LOUNGANI, P., OSTRY, J.D. and PIZZUTO, P. (2020): "Will Covid-19 affect inequality? Evidence from past pandemics", *Covid Economics*, 12, 138-57.
- GARCÍA, L. G. (2019): "Renta básica universal y renta mínima: ¿soluciones para el futuro?", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (911), 93-110.
- GREFFE, X. (1993): *Política Económica. Programas, instrumentos, perspectivas*. Instituto de Estudios Fiscales, 2ª Ed., Madrid.
- LAPARRA, M. (2004). «La travesía del desierto de las rentas mínimas en España». *Documentación Social*, 135, 57-76.
- LAVIA, C.; MORENO, G.; AIERDI, X. (2014). «Diferencias en el uso de los programas de rentas mínimas según nacionalidad. La Renta de Garantía de Ingresos en la Comunidad Autónoma vasca». *Revista Internacional de Sociología*, 72 (3), 633-660.
- LLANO, J. C. (2019). El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2018. EAPN España: Madrid, España.
- MONGEY, S., PILOSSOPH, L. and WEINGERG, A. (2020): "Which workers bear the burden of social distancing policies?", *NBER Working Paper* No. 27085.
- MONTES, A. (2020): "Redibujar el sistema de protección social en la España descentralizada" *ZoomEconómico* 2020/13, Fundación Alternativas.
- MORENO, L.; MATSAGANIS, M.; FERREIRA, M.; CAPUCHA, L. (2003). «¿Existe una malla de seguridad en la Europa del sur? La lucha contra la pobreza y la exclusión en España, Grecia, Italia y Portugal». *Revista Internacional de Sociología*, 61 (36), 7-31.
- MUSGRAVE, R.A. y MUSGRAVE, P. B. (1983): *Hacienda Pública Teórica y aplicada*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- PALOMINO, J. C., RODRÍGUEZ, J. G., & SEBASTIAN, R. (2020). Wage inequality and poverty effects of lockdown and social distancing in Europe. Available at SSRN 3615615.
- PIACHAUD, D. (2018): "Basic income: confusion, claims and choices". *Journal of Poverty and Social Justice*, vol 26, no 3, 299–314.
- RAWLS, J. (1971): *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ-CABRERO, G. (2009). Valoración de los programas de rentas mínimas en España. Bruselas: European Commission – DG Employment, Social Affairs & Inclusion. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9043&langId=es>.
- SEVILLA, J. (Coord. y Dir.) (2019): *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*. Observatorio Social de La Caixa.

- VAN PARIJS, P. (1991): “Why surfers should be fed: the liberal case for an unconditional basic income” *Philosophy & Public Affairs*, pp. 101-131.
- VAN PARIJS, P. (1996): “¿Cuándo son justas las desigualdades?” en *VVAA: Perspectivas teóricas y comparadas de la igualdad*. Fundación Argentaria/Visor, Madrid.
- VTYURINA, S. (2020): “Effectiveness and Equity in Social Spending: the Case of Spain” IMF Working Paper 20/16.

# Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela

## Situation of economic need and Social Security: the Minimum Vital Income as the axis of guardianship

Susana Barcelón Cobedo\*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0003-3040-5079

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5779>

### 1. Consideraciones generales

Aunque oscurecido por la catarata de Reales Decretos Leyes de contenido laboral y de protección social aprobados durante el estado de alarma, el Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital (a los que se hará referencia aquí como RDL 20/20 e IMV, respectivamente) es, sin duda alguna, una norma de particular relevancia en el ámbito de la Seguridad Social. Siquiera sea porque, a diferencia de esos otros Reales Decretos Leyes que introducen reglas excepcionales de vigencia temporal vinculada a la existencia del estado de alarma y de sus secuelas, el RDL 20/20 es una norma con vocación de permanencia en cuanto que el IMV que crea es una prestación que, sin negar que ha recibido un impulso significativo por las especiales circunstancias de crisis social y económica provocadas por la pandemia, tiene la finalidad de afrontar, de manera definitiva, un déficit del ámbito de protección del Sistema español de Seguridad Social que se ha mantenido como tal desde que en el año 1990 se hizo un diseño restrictivo del abanico de las prestaciones no contributivas.

Más concretamente ese déficit consistía en la ausencia de tutela de quienes, careciendo de los recursos mínimos indispensables para subvenir a sus necesidades más elementales, ni eran personas mayores de 65 años, ni discapacitadas en un grado igual o superior al 65 por ciento, ni tampoco eran desempleados, con edades comprendidas entre los 18 y los 65 años, que pudieran acceder a la variada gama de prestaciones por desempleo o asimiladas de naturaleza asistencial. Situaciones que sí están cubiertas por las pensiones no contributivas de invalidez o de jubilación y, de forma temporal y con limitaciones, por alguna de esas prestaciones de desempleo, entendidas en sentido amplio al abarcar desde el subsidio asistencial hasta las prestaciones extraordinarias de desempleo vinculadas a programas de activación pasando por la renta activa de inserción o la renta agraria.

La relevancia, por tanto, del RDL 20/20 consiste en que crea una nueva prestación que se suma a las que ya proporciona el Sistema español de Seguridad Social, tal y como se evidencia en la nueva redacción que se da al art. 42, dedicado a establecer la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

---

\*barcelon@der-pr.uc3m.es

refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en lo sucesivo), incluyendo al IMV en el repertorio de prestaciones. De esta forma, el RDL 20/20 hace finalmente realidad el compromiso establecido en el art. 41 de la Constitución Española (CE) en relación con el ámbito objetivo o material de protección de la Seguridad Social, pudiendo afirmarse que el Sistema de Seguridad Social es ahora verdaderamente universal ya que protege, sea por la vía contributiva como, en particular, por la no contributiva, las situaciones de necesidad económica que pueden afectar a los ciudadanos.

Dada esta finalidad, el RDL 20/20 no es, como se ha dicho, una norma provisional dictada para hacer frente a situaciones excepcionales mediante instrumentos, igualmente singulares y temporales, sino que, por el contrario, se dicta para cerrar definitivamente esa brecha en el Sistema de Seguridad Social constituida por la carencia de una protección económica mínima ofrecida de manera universal a todos los ciudadanos que se encuentren en una situación real de necesidad económica y al margen, pues, de la existencia de una discapacidad o de una edad avanzada. Una fisura que hasta ahora ha obligado a admitir que el Sistema español de Seguridad Social no era plenamente universal y que, por tanto, tampoco se realizaba en su totalidad el mandato del art. 41 CE ya que, según dicho artículo y como es sabido, los poderes públicos están obligados a garantizar una protección suficiente a todos los ciudadanos que se encuentren en una situación de necesidad económica. Lo que sin duda ocurre cuando hay una carencia real, efectiva y probada de ingresos o recursos que impide al sujeto afectado atender las necesidades básicas de subsistencia tanto de sí mismo como de la unidad de convivencia de la que forma parte.

## 2. El IMV no es una Renta Básica

La aprobación del RDL 20/20 ha estado precedida de abundantes debates, no solo en España, sobre la adecuación o conveniencia de la implantación por parte de los poderes públicos de una prestación económica que garantice al ciudadano unos recursos mínimos. Debates en los que se han manejado muchas denominaciones tales como renta básica, renta ciudadana, renta mínima, salario social, renta de inserción, renta de solidaridad, o ingreso mínimo garantizado, entre otras muchas semejantes. Sin embargo, esta selva de denominaciones no puede ocultar una diferencia esencial que separa tales prestaciones en dos grupos claramente diferenciados.

Así, de una parte, cabe agrupar todas las prestaciones establecidas para proporcionar cobertura económica a las personas o a los núcleos de convivencia que carecen, efectiva y realmente, de los recursos mínimos para la subsistencia. Una situación de necesidad a la que se refiere, por ejemplo, el Pilar Europeo de Derechos Sociales (Gotemburgo, 2017) cuando, entre los veinte principios fundamentales que establece, destaca el principio 14 donde se declara que toda persona que “*carezca de recursos suficientes*” tiene derecho a una renta mínima que permita una vida digna. Esto es, una prestación que, con independencia del nombre que se le asigne, se articula para hacer frente a una situación real de necesidad o de pobreza consistente en la incapacidad del sujeto de obtener los ingresos mínimos necesarios para poder subsistir dignamente.

Es evidente que este tipo de prestaciones, que se han venido a calificar como “*prestaciones de garantía de rentas de subsistencia*” (AAVV. Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el Sistema español de Seguridad Social (dir. S. González Ortega, Tirant lo Blanch, 2018), suscitan de inmediato cuestiones, conceptos y categorías complejas y frecuentemente problemáticas como son, entre otras, la noción de carencia de recursos suficientes o, lo que es lo mismo, el propio concepto de pobreza y la forma de establecerla; lo relativo al referente subjetivo para la medida de la pobreza, si individual o grupal y, en este segundo caso, qué personas integran el grupo aspirante a la protección; los ingresos que se computan, caso de tenerlos el solicitante y los miembros de su unidad de

convivencia, y la forma de hacerlo; los medios de prueba de la situación de necesidad; la determinación de la cuantía de la prestación que inevitablemente depende de lo que se considere necesario para una supervivencia mínima y el impacto sobre ella de la naturaleza individual o colectiva del potencial beneficiario; y, en fin, las condiciones para el mantenimiento del derecho a la prestación o, desde el punto de vista contrario, las circunstancias que determinan su pérdida, empezando justamente por el hecho de no encontrarse ya en la situación de necesidad por haber logrado obtener ingresos suficientes para subsistir.

Frente a este grupo de prestaciones de garantía de rentas de subsistencia, se ha hablado de otras cuyos rasgos definitorios las diferencian de las anteriores. Son las que suelen calificarse como renta mínima, renta ciudadana o, más habitualmente, renta básica.

En este segundo grupo se encuentran prestaciones sociales de carácter económico cuya justificación no se encuentra en la pobreza, confirmada y mantenida, del sujeto aspirante a la tutela, sino que se legitiman básicamente por el hecho de la ciudadanía ya que se trata de una prestación que se proporciona a todos los ciudadanos sin distinción y con la sola condición de la nacionalidad. El objetivo central de estas prestaciones es prevenir que la situación de pobreza nunca llegue a materializarse articulándose, en consecuencia, como un mecanismo de prevención de exclusión social. Por eso el derecho a la prestación se califica como un derecho de ciudadanía del que son titulares todos los ciudadanos por el hecho de serlo y con independencia de si trabajan o no y de si reciben o no ingresos por su actividad profesional, así como de si son titulares de algún patrimonio y de las rentabilidades del mismo. Para otorgar la prestación es, por tanto, central, y único requisito, el ser ciudadano del país de que se trate.

No obstante, lo habitual es que a esa exigencia se sume la de estar residiendo, o haber residido un número mínimo de días, meses o años en el país en el que se solicita la prestación como expresión de la pertenencia del sujeto a la comunidad política de la que pide un ejercicio de solidaridad. Una circunstancia tan relevante que incluso puede desplazar a la nacionalidad otorgando la tutela también a ciudadanos de otros países, mucho más si comunitarios, con la sola condición de probar su vinculación con el país de que se trate mediante precisamente una residencia previa mínima y su mantenimiento mientras la prestación se perciba. Como también puede exigirse, sin alterar la esencia de la prestación, una edad mínima habitualmente identificada con la mayoría de edad. En todo caso, se trata de una prestación universal e incondicionada ya que no queda sujeta, como las del anterior grupo, a la condición de recursos o a la existencia de una situación efectiva de necesidad económica. Todo ciudadano o residente, por el hecho de serlo, tendría derecho a dicha renta básica en tanto que la misma no tiene como finalidad directa reparar la contingencia en que se materializa en un sujeto que encuentra en una situación de necesidad real.

Pero no es el momento ni el lugar para introducir el debate, siempre complejo y no exento de dificultades técnicas, acerca de las ventajas e inconvenientes, tantos sociales como económicos o jurídicos e incluso organizativos o de gestión, de la renta básica frente al conjunto de prestaciones de corte asistencial dirigidas a paliar las situaciones marcadas por la carencia de recursos. Baste aquí con subrayar que el IMV, tal y como está diseñado en el RDL 20/20, pertenece al grupo de las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia como lo declara expresamente el art. 1 RDL 20/20 al establecer que su finalidad es crear y regular una prestación que está orientada a “prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social” de quienes “se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas”. No cabe, pues, identificar el IMV con la renta básica que es universal (derecho de ciudadanía) e incondicional (no sometida a prueba de recursos).

Sin duda alguna que los obstáculos, dificultades e incertidumbres de todo tipo, incluso políticas, asociadas al establecimiento de una renta básica ha empujado al legislador a elegir el camino más habitual y menos conflictivo, aun siéndolo en todo caso tal y como se ha puesto de ma-

nifesto en las opiniones descalificadoras de esta iniciativa sostenidas por determinados grupos políticos. Tal camino ha sido el de añadir una prestación más al repertorio de las no contributivas cuyo otorgamiento se funda precisamente en la existencia de una situación real de necesidad económica. Teniendo para ello el apoyo del art. 41 CE y la legitimación que procede de la indiscutible función de lucha contra la pobreza que el IMV cumple de forma directa, sumándose a otras prestaciones de la misma naturaleza que ya existen tanto dentro del Sistema de Seguridad Social (concretamente, las que integran el nivel asistencial de desempleo así como las no contributivas de jubilación e invalidez) como fuera del mismo, como sucede con las prestaciones autonómicas de garantía de rentas con las que el IMV tiene un evidente, cercano y notable parentesco.

### **3. El IMV como prestación de la Seguridad Social: el rescate de un territorio abandonado**

Se acaba de hacer referencia las prestaciones autonómicas de garantía de recursos de subsistencia que, vigentes desde hace más de treinta años, han venido cubriendo el déficit del Sistema estatal de Seguridad Social al que se ha hecho referencia al inicio. De manera que, en la medida en que dicho Sistema no protegía todas las situaciones de necesidad económica real en que pudieran venir a encontrarse los ciudadanos, las Comunidades Autónomas (CCAA) han venido ocupando esos resquicios o fracturas del Sistema ofreciendo, precisamente a quienes no conseguían protección del mismo pese a encontrarse en una situación de necesidad económica, unas prestaciones económicas de garantía de rentas de subsistencia que han venido recibiendo denominaciones muy variadas tales como rentas de solidaridad, de inserción o rentas mínimas. De forma que la universalidad subjetiva de la protección social era el resultado de la suma de la acción de la Seguridad Social, sobre la base del art. 41 y del art. 149.1.17<sup>a</sup> CE, y de la actividad de las CCAA, éstas a partir del fundamento constitucional contenido en el art. 148.1.20<sup>a</sup> CE, relativo a la Asistencia Social.

Pero la diversidad de regulaciones y su ámbito de aplicación, limitado al territorio de cada CA, además de constituir una discutible renuncia del Estado a asumir su tarea de garantizar mediante la Seguridad Social la tutela de una situación de necesidad que indudablemente le correspondía conforme a lo exigido en el art. 41 CE, tampoco garantizaba la igualdad de todos los ciudadanos en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales (algo que han puesto de manifiesto los estudios, obra del grupo de investigación sobre estas cuestiones radicado en la Universidad Carlos III, incluidos en el número monográfico de la Revista Temas Laborales, núm. 143/2018). Lo que reclamaba una acción estatal que, materializando el compromiso del Estado en la garantía de una tutela general de las situaciones de necesidad económica, mucho más si éstas son reales y efectivas, exigido por el art. 41 CE, garantizara la igualdad de todos los españoles. Razón por la que, como lo explicita la disposición final novena del RDL 20/20, la iniciativa estatal estaba requerida igualmente por el art. 149.1.1<sup>a</sup> CE que obliga al Estado a garantizar dicha igualdad en todo el territorio nacional. Todo lo cual pone de manifiesto una de las dimensiones más significativas del RDL 20/20, cual es la de reconstruir el esquema competencial diseñado por la CE, reubicando los roles respectivos de Estado y CCAA.

Ejemplo de ello es la clara y directa reivindicación que el art. 2.2 RDL 20/20 hace de la competencia estatal para afirmar, basándose en los títulos competenciales contenidos en el art. 149.1.1<sup>a</sup> y 149.1.17<sup>a</sup> CE, que es función del Estado, en desarrollo del art. 41 CE, proteger la situación de necesidad que se describe en el art. 1 como de vulnerabilidad económica. Lo que hace mediante la aprobación del IMV y su inclusión en el repertorio de las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social que es, en cuanto a su legislación básica y a su régimen económico, competencia del Estado. Sin que ni siquiera se someta a discusión que la regulación del IMV, en

todos sus rasgos y como se acepta respecto de todas las prestaciones de la Seguridad Social, constituye legislación básica. Lo que lleva a declarar, también en el apartado 2 del art. 2, que el IMV, como prestación estatal de Seguridad Social, es compatible con las ayudas que puedan establecer las CCAA en uso de sus propias competencias en el ámbito de la protección social, que se anclan en el art. 148.1.20ª CE, donde se menciona, en clara contraposición con la Seguridad Social, a la Asistencia Social.

No es éste el lugar para reproducir la interminable y nunca bien resuelta confrontación conceptual entre Seguridad Social y Asistencia Social como títulos de atribución de competencias, sea al Estado sea a las CCAA. Baste señalar ahora que, en la medida en que el RDL 20/20 considera que una prestación como el IMV es de competencia estatal por ser Seguridad Social, está delimitando un territorio en el que las CCAA no pueden penetrar salvo, claro está, por la vía de las ayudas o prestaciones complementarias. De aquí que posiblemente con toda intención, el art. 2.2 hable de *“ayudas que puedan establecer las Comunidades Autónomas”*. Es indudable que ello implica, a su vez, una reivindicación de su competencia por parte del Estado, reubicando así la actividad que las CCAA, aprovechando la pasividad del Estado y su falta de voluntad en completar constitucionalmente el ámbito subjetivo de protección del Sistema de Seguridad Social, han venido desempeñando para atender las situaciones de pobreza.

Varios son los caminos conforme a los cuales puede obtenerse este resultado. Uno, permitiendo expresamente que las CCAA sigan concediendo ayudas que complementen el IMV y sin que de la afirmación del art. 2.2, pueda deducirse un propósito beligerante del Estado en el sentido de aprovechar la creación del IMV para eliminar todas las rentas autonómicas que, con rasgos prácticamente iguales, continúan otorgando las CCAA. Un propósito de momento excluido, entre otras cosas porque podría ser el origen de un interminable conflicto competencial. Otra vía es la de considerar incondicionalmente compatibles con el IMV los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de Asistencia Social concedidas por las CCAA, como expresamente lo dice el art. 7.1, c) del RDL 20/20. Con este tratamiento, lo que el art. 7 hace es señalar una prevalencia del IMV sobre las rentas autonómicas de forma que el INSS, que es la que el art. 22 RDL 20/20 hace la Entidad Gestora típica del IMV, solo ha de preocuparse de la compatibilidad en relación con sus propias prestaciones, siéndole indiferente si el receptor del IMV también consigue de su CA una prestación social similar.

Lo anterior significa que el RDL 20/20 se limita a desplazar la cuestión hacia las CCAA, que deberán valorar si introducen o no en su normativa, conservando la vigencia de sus rentas mínimas, alguna regla que establezca que quienes perciben el IMV ya no podrán acceder a ellas. Algo para lo que posiblemente se verán incentivadas 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 20/20.

Aunque parezca algo relacionado con la mera gestión, no puede olvidarse finalmente que el RDL 20/20 llama a las CCAA, y también a los entes locales, a tener un protagonismo particular en el tratamiento del IMV, reproduciendo respecto de las primeras los acuerdos, más que consolidados, que han acabado atribuyéndoles la gestión plena de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación. Una alternativa que el RDL 20/20 prevé en el art. 22, más allá de las atribuciones directas en esta materia a las CCAA de Navarra y del País Vasco contenidas en la disposición adicional quinta. De manera que, finalmente, será el Estado, a través de la Seguridad Social, quien regule y financie el IMV, pero serán las CCAA, con la ayuda de los entes locales, las que los tramiten y resuelvan. Una razón más para que las CCAA no se consideren particularmente agredidas por esta recuperación normativa de una competencia que ahora, y siempre, ha sido estatal.

#### 4. La ubicación del IMV dentro del Sistema de Seguridad Social

La nueva redacción de los arts. 42.1, c) y 109.3, b) LGSS por obra de la disposición final cuarta del RDL 20/20 incluye al IMV en el repertorio de las prestaciones que integran la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (art. 42) y lo ubica, a efectos de financiación, en el grupo de las prestaciones no contributivas junto a otras prestaciones económicas como las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, el subsidio no contributivo de maternidad, los complementos de mínimos y las prestaciones familiares (art. 109 LGSS).

Se trata de una ubicación natural si se tiene en cuenta que la contingencia protegida es la carencia efectiva de recursos, o el hecho de no obtenerlos por encima de un cierto nivel, sea de pobreza absoluta o relativa; además de que el título legitimador del derecho no es una aportación financiera previa al Sistema de Seguridad Social, que es indiferente si ha existido o no salvo que sirva para generar una prestación contributiva, incompatible, dicho sea de paso, con el IMV, sino la nacionalidad y/o la residencia asociada a esa carencia de ingresos. En consecuencia, y siendo el IMV una expresión de solidaridad general, es igualmente lógico que su financiación corra a cargo de los Presupuestos Generales del Estado donde deberán consignarse anualmente las aportaciones finalistas del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

Pero la ubicación legal del IMV en el nivel no contributivo de prestaciones del Sistema de Seguridad Social no significa simplemente un añadido más a un listado que poco a poco se va haciendo más amplio. Por el contrario, la creación del IMV tiene una trascendencia mayor dentro del Sistema; tanta como que, dadas sus características, el tipo de protección y el universo subjetivo al que se dirige, tiene la potencialidad de convertirse en la prestación central y más relevante de dicho nivel. Un ejemplo inicial de esta funcionalidad se encuentra en el hecho, por ejemplo, de que la aprobación del IMV ha puesto en marcha un proceso de absorción de otras prestaciones, en concreto de la prestación por hijo o menor a cargo no discapacitado que es una prestación familiar estándar no contributiva dirigida a personas con hijos o menores a cargo que no tuvieran ingresos por encima de un cierto nivel de pobreza relativa. Y ello, aunque el proceso de absorción, que se evidencia en la supresión de dicha prestación del repertorio de prestaciones familiares contenido en el art. 351 LGSS por obra de la misma disposición final cuarta RDL 20/20, se haya articulado de una forma un tanto confusa y poco solvente desde el punto de vista técnico como lo manifiestan las disposiciones transitorias primera y séptima del mismo RDL 20/20.

La importancia de esta absorción puede calibrarse teniendo en cuenta que con ella el IMV ha propiciado que las prestaciones familiares, aun siendo no contributivas por estar dirigidas al conjunto de la ciudadanía y sin que el desempeño profesional suponga un filtro de ninguna especie, han perdido su naturaleza de asistenciales, en el sentido de prestaciones dependientes de la existencia de una situación de pobreza del tipo que sea. Por el contrario, se configuran a partir de ahora como derechos de ciudadanía que se reconocen en razón de la condición de discapacitado del hijo a cargo (es decir, son en realidad prestaciones no condicionadas a prueba de recursos dirigidas a tutelar a las personas discapacitadas) o del hecho de un acontecimiento puntual que implica un incremento importante de gastos como sucede con las indemnizaciones por parto en los supuestos de parto múltiple, nacimiento o de adopción en los casos de familias numerosas, madres discapacitadas, o familias monoparentales (tratándose de prestaciones de ayuda, igualmente incondicionadas, para hacer frente a un incremento de la carga familiar, al menos en sus primeros momentos ya que se trata de prestaciones a tanto alzado).

Ahora bien, la depuración que la creación del IMV implica en relación con las prestaciones no contributivas no se queda aquí ya que, presumiblemente, también sucederá con las diversas prestaciones por desempleo asistencial. En efecto, aunque sean indirectamente contributivas ya que en la práctica generalidad de los casos únicamente se puede acceder a ellas si se ha trabajado y cotizado

previamente por desempleo e incluso si se han percibido y agotado las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, sin embargo, también exigen, como sucede con el IMV, que el solicitante carezca de los recursos mínimos para la subsistencia; es decir, tienen naturaleza asistencial cumpliendo una función semejante a la del IMV aunque eso sí, estrechamente vinculada con las medidas de activación y de retorno al mercado de trabajo que, por ahora y a la espera del futuro desarrollo reglamentario, solo están enunciadas en el RDL 20/20.

No obstante, y pese a esa dosis de identidad, lo cierto es que el IMV se presenta como una prestación más abierta en la medida en que solo requiere la carencia de recursos, mientras que el acceso a las prestaciones asistenciales de desempleo está fuertemente condicionado por requisitos muy variados, como así se manifiesta por ejemplo en la disposición adicional vigesimoséptima LGSS respecto del llamado subsidio extraordinario por desempleo. Y ello, aunque su percepción quede finalmente condicionada a exigencias similares a las que se imponen al disfrute tanto del subsidio por desempleo, de la renta activa de inserción o del subsidio extraordinario por desempleo como son la disponibilidad para el trabajo, la obligación de aceptar uno adecuado o el sometimiento a acciones de formación o de recualificación que incrementen la empleabilidad del sujeto.

A esta finalidad depuradora de prestaciones que el IMV puede cumplir ayuda el que ambas prestaciones tienen cuantías muy similares. Esto es así ya que, aunque en el caso de las prestaciones asistenciales por desempleo dicha cuantía sea equivalente al 80 por 100 del Indicador de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM) y el IMV se determine mediante una cuantía fija anual establecida en la Ley de Presupuestos, el resultado final arroja cifras muy parecidas. Una escasa diferencia que no habrá de ser un obstáculo, o de serlo será secundario, para una eventual absorción por parte del IMV de las prestaciones asistenciales de desempleo.

Además de las prestaciones familiares y de las asistenciales por desempleo es claro que el IMV se confronta directamente con las actuales pensiones no contributivas de invalidez y jubilación con las que comparte muchos aspectos de su regulación, empezando, aquí sí, por la cuantía. Esta identificación propiciará, sin duda, movimientos de unificación de forma que las pensiones pueden acabar absorbidas por el IMV, aunque dentro de él conserven algunas peculiaridades en relación, por ejemplo, con las medidas de activación profesional, que no podrán serles lógicamente exigidas dada la imposibilidad representada por la edad y el alto nivel de discapacidad. Pero esta exclusión también podría plantearse desde la perspectiva del IMV respecto de otros colectivos como los desempleados de larga duración, o los desempleados con muy limitadas opciones reales de recolocación debido a la edad, el nivel de conocimientos y de experiencia profesional, su adaptabilidad o a la existencia de limitaciones funcionales correspondientes a niveles de discapacidad relevantes, aunque no sean los más elevados.

De producirse los movimientos descritos, el IMV acabará convirtiéndose en la prestación ordinaria, general o estándar (y puede que única) establecida dentro del Sistema de Seguridad Social para dar cobertura a la carencia de recursos y a la que, existiendo dicha carencia, cualquier ciudadano o residente pueda acceder sin que la edad, la discapacidad o la trayectoria profesional pueda suponer una exigencia cuyo incumplimiento excluya de la protección, aunque sí pueda modularla. Su configuración como derecho subjetivo, que es otra de las aportaciones del RDL 20/20, ayudará sin duda a esta consolidación y centralidad del IMV dentro del nivel no contributivo de prestaciones del Sistema.

## **5. Los rasgos identificatorios del IMV: la centralidad de la unidad de convivencia y la vulnerabilidad económica como nueva contingencia del Sistema de Seguridad Social.**

Tratándose de una nueva prestación es interesante establecer los rasgos que la identifican, muchos de ellos característicos de otras prestaciones anteriores, como sucede con las rentas mínimas auto-

nómicas que, sin lugar a dudas, han servido de inspiración directa para la regulación contenida en el RDL 20/20. De entre esos rasgos hay que destacar la peculiaridad del sujeto protegido que, más allá de la persona individual, es típicamente el conjunto de personas que se agrupan en unidades de convivencia y que comparten domicilio, así como los ingresos y gastos de todos sus miembros.

Esta peculiaridad del sujeto protegido, marcada por la centralidad de la unidad de convivencia, se proyecta sobre todos los elementos de la regulación. Sea sobre la solicitud, que siendo individual debe ir suscrita por los demás miembros mayores de edad integrantes de la unidad de convivencia; sea sobre los ingresos computables para los que igualmente habrá de valorarse los de la unidad de convivencia; sea sobre la cuantía de la prestación que está determinada por la composición concreta de la unidad de convivencia; sea sobre las obligaciones y cargas que se proyectan no solo sobre el solicitante sino sobre el conjunto mayor de edad, incluida la responsabilidad solidaria frente a la reclamación de prestaciones indebidamente percibidas.

De modo que la trascendencia de la unidad de convivencia convierte a los artículos destinados a delimitarla, sin duda, en uno de los más importantes de la norma. Se trata de una regulación que ya se vislumbra compleja desde el propio art. 4 cuando define al sujeto beneficiario de esta prestación diferenciando, por un lado, a los integrantes de una unidad de convivencia; y por otro, a las personas que vivan solas con una edad comprendida entre los 23 años y menor de 65 años, siempre que en este caso reúnan la condición de no estar integradas en otra unidad de convivencia.

Pues bien, la primera idea que surge tras la lectura de la norma es que no es posible hablar de un único tipo de unidad de convivencia. Más concretamente, el art. 6.1 se refiere a ésta como la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo de matrimonio o como pareja de hecho (en los términos previstos en el art. 221.2 LGSS para la pensión de viudedad), o por vínculo de afinidad o consanguinidad hasta el segundo grado, y otras personas con las que conviva en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. La descrita es la que podemos calificar de *unidad de convivencia típica*, en tanto que la razón de la unión es la convivencia en el mismo domicilio de personas con vínculos familiares, sea por matrimonio/pareja de hecho legal, o parentesco hasta el segundo grado. Se trata, en definitiva, de una integración obligatoria en unidades de convivencia por el doble hecho de compartir domicilio y tener entre sí lazos concretos que manifiestan la vinculación de las personas más allá del hecho de compartir el domicilio; que es un requerimiento básico, pero no suficiente. Elementos ambos que expresan que esa unidad de convivencia funciona como una unidad o comunidad patrimonial cuyo estado económico conjunto, y no el de los individuos aislados que la integran, determina la apreciación de que se trata de un hogar aquejado de pobreza y que, como tal hogar o espacio físico que da acogida a una colectividad, debe ser protegido.

Desde esta perspectiva, parece claro que quien comparte domicilio con personas que, a los efectos del IMV son irrelevantes o invisibles por no formar parte del grupo de personas vinculadas por los lazos familiares antes descritos, no pueden unirse al demandante de la solicitud del IMV para constituir una unidad de convivencia. Una expulsión o la producción de miembros invisibles de las unidades de convivencia que obviamente tiene, como contrapartida, que, si tales personas tienen entre sí lazos de los que el art. 6.1 RDL 20/20 considera determinantes para la existencia de una unidad de convivencia, el solicitante no podrá excluirlos de la solicitud por lo que ésta no será ya individual sino forzosamente en nombre de la unidad de convivencia que, a efectos del RDL 20/20, debe necesariamente presentarse como tal ante el INSS.

Pues bien, el RDL 20/20 no es ajeno a la posibilidad de que puedan existir otro tipo unidades de convivencia, y a tal fin, obliga a los solicitantes, ahora ya sin lazos entre sí y que comparten domicilio, a presentarse como colectivo, constituyendo una unidad de convivencia atípica, reconocida como tal en el art. 6.2, c). Lo que significa que dentro de las atípicas quedan comprendidas las unio-

nes por razones de amistad o semejante (tema sin duda complejo que está pendiente de desarrollo reglamentario) pero también las de parentesco por afinidad o consanguinidad de tercer o más grado así como los supuestos de excónyuges o ex parejas de hecho legal o los casos de parejas de hecho que no estén debidamente constituidas en los términos del art. 221.2 LGSS para la pensión de viudedad que exige una convivencia previa acreditada de cinco años e inscripción en el correspondiente registro de dos años como tal pareja de hecho.

La unidad de convivencia se presenta así como un imán que atrae hacia ella a quienes comparten domicilio, sea con motivo de un vínculo familiar u otras razones; pues, existiendo vínculos familiares de los legalmente previstos (matrimonio/pareja de hecho, parentesco hasta el segundo grado), la unidad de convivencia típica siempre absorberá a quien los tuviera y decidiera compartir domicilio con ella. Y de la misma forma, tal absorción habría de suceder con quienes carecen de ellos, pero igualmente quieren compartir domicilio bien sea porque el parentesco es de tercer grado, la pareja de hecho no es legal o simplemente se trata de personas unidas por razones de amistad, entre otras, ya que se trata de un tema pendiente de desarrollo reglamentario.

Junto a la unidad de convivencia, otro elemento propio del IMV, que ahora sí comparte con otras prestaciones asistenciales, es la de la situación de necesidad protegida que es, como se viene repitiendo, de carencia de recursos. Una carencia de recursos que de forma directa y muy expresiva el RDL 20/20 denomina en términos de vulnerabilidad económica y que sintéticamente condensa la situación de necesidad en la carencia o insuficiencia de recursos para hacer frente a las necesidades más elementales de la vida y de la propia subsistencia. Vulnerabilidad económica que no debe identificarse con la situación de pobreza o indigencia absoluta; antes al contrario, lo que se reclama es que la persona no alcance un nivel mínimo de ingresos que le permita vivir dignamente, el habitualmente calificado como umbral de pobreza, por debajo del cual puede decirse que la persona en cuestión se encuentra en una situación de necesidad económica.

Se podría decir que, en este extremo, la norma no aporta ninguna novedad ya que sigue la pauta habitual para este tipo de prestaciones de corte asistencial tal y como sucede con las no contributivas del Sistema; de forma que ese umbral se identifica cuantitativamente con la propia prestación en la idea de que si de lo que se trata es de garantizar un nivel de recursos que sea al menos igual al umbral de pobreza, es claro que la prestación deberá tener como cuantía estándar la que se entienda suficiente para poder afrontar esa situación elevando los recursos del sujeto o de la unidad de convivencia hasta el umbral de referencia. Aunque no deje de sorprender que, pese a las semejanzas con las pensiones no contributivas, el RDL 20/20 no contenga una regla similar de garantía de un mínimo, en el caso de que la diferencia entre el umbral de pobreza y los recursos sea inferior.

Hay, pues, vulnerabilidad económica, tal y como establece el art. 8 RDL 20/20, cuando el promedio mensual de los recursos del individuo (pero, particularmente, de la unidad de convivencia) sean inferiores, al menos en 10 euros, de la cuantía mensual de la propia prestación fijada en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia. De modo que la cuantía básica del IMV habrá de servir para establecer el umbral de pobreza individual, al tiempo que sirve de referencia para todas las modalidades de unidades de convivencia para las que la cuantía de la prestación se incrementará en función de su composición según se trate de mayores o de menores. A tal efecto, el art. 10 RDL 20/20, siendo éste un ejemplo más de la proximidad entre las prestaciones no contributivas y el IMV, toma como referencia la propia cuantía anual de esas pensiones que para el año 2020 es de 5.538 euros; lo que, dividido por las doce mensualidades, arroja una cantidad de 461,5 euros. Una cuantía, sin duda, muy reducida ya que no constituye más que el 41,63 por ciento de la cuantía anual del SMI y que necesariamente se verá incrementada, tal y como recoge el Anexo I de la norma, en función de la modalidad de la unidad de convivencia de que se trate.

Es obvio, pues, que no es igual si se trata de una persona aislada o de una unidad de convivencia, dependiendo además de la configuración de la misma; tanto numérica lo que viene determinado por el número de personas que integran la unidad de convivencia si es que se vive en una de ellas y no de forma independiente, como cualitativa, es decir, si se trata, por ejemplo, de personas adultas o menores de edad y la proporción de unas y otras dentro de la unidad de convivencia ya que las necesidades mínimas de subsistencia varían de unos supuestos a otros. Lo que ya indica que el umbral de pobreza, y con él la cuantía de la prestación, partiendo de un montante o nivel fijo para el caso de una sola persona, debe subir o crecer a medida que aumenta el número de componentes de la unidad de convivencia y cambia la proporción de adultos o menores que se integran en ella. De ahí, como ya se ha dicho, la trascendencia del sujeto protegido en la nueva prestación del Sistema en la medida en que la configuración de la unidad de convivencia, típica o atípica, es determinante.

## **6. El temor a la dependencia del subsidio: el énfasis en las medidas de retorno a la actividad productiva que hagan innecesario el IMV. El alcance matizado de la condicionalidad**

Como el IMV es un derecho de vigencia indefinida mientras subsistan las condiciones en las que fue reconocido, rasgo que comparte con las prestaciones de nivel no contributivo, y, por tanto, no sujeto a limitaciones presupuestarias o decisiones más o menos discrecionales del organismo de gestión, el IMV se presenta como una prestación sólida que atribuye al ciudadano una protección económica del Sistema cuando se encuentra en una situación de carencia de recursos.

Ya se ha dicho, pero conviene insistir, que el IMV forma parte del conjunto de prestaciones de garantía de recursos de subsistencia junto al resto de las prestaciones no contributivas y asistenciales del Sistema (esto es, pensiones de invalidez y jubilación y los variados subsidios asistenciales por desempleo) y de las prestaciones autonómicas de rentas mínimas. Pues bien, tradicionalmente, este tipo de prestaciones, y más concretamente en el caso de las autonómicas y de los diferentes subsidios de desempleo, han sido vistas por parte de muchos como unas prestaciones que tienen el riesgo de materializar la llamada trampa de la pobreza provocada, en gran medida, por la ausencia de estímulos para que el beneficiario de la prestación acepte ocupaciones o trabajos, mucho más si son precarias, a tiempo parcial o con una remuneración muy baja. De forma que se produce lo que se suele llamar como instalación en el subsidio siendo manifestación de la preferencia de los beneficiarios por mantenerse bajo el paraguas de la tutela asistencial antes que integrarse, con un coste de oportunidad muy alto, en el mercado de trabajo.

Pues bien, es evidente que el reconocimiento del IMV ha estado muy presionado por el objetivo de evitar que los perceptores de este tipo de prestaciones se conviertan en dependientes estables de la misma, desincentivando cualquier actividad o movimiento de salida de esa situación de pobreza y exclusión social mediante el desempeño de un trabajo o de una actividad retribuida de la que obtener, desplazando al IMV, los ingresos necesarios para su subsistencia personal y la de su núcleo de convivencia. Como también el riesgo de hacer crecer la economía sumergida si se establecen criterios en exceso rígidos que hagan imposible la compatibilidad legal entre prestación y trabajo, empujando a los perceptores del IMV a aceptar ofertas, que necesariamente han de ser irregulares, para preservar la obtención del IMV, combinando prestación con trabajo sumergido.

Pero no puede olvidarse que el IMV se configura, como lo dice expresamente el art. 3, d) del mismo RDL 20/20, como una red de protección dirigida a cubrir el tránsito desde la situación de exclusión a la de participación social. Lo que necesariamente implica el establecimiento sea de itinerarios que lleven, incluso forzosamente, al sujeto desde la posición de subsidiado a la de activo, sea de reglas que faciliten la compatibilidad del IMV con actividades retribuidas que, o bien sean

de corta duración e inestables, o bien supongan ingresos de escasa cuantía, en el entendimiento de que, siendo rentas que proceden del esfuerzo personal de los beneficiarios por la integración y el retorno al mercado de trabajo y a la actividad, no deben ser penalizadas con la pérdida del subsidio.

De no ser así, la aceptación de las ofertas de trabajo o el desarrollo de una actividad profesional independiente dependerá del coste de oportunidad que estas posibilidades tengan; de forma que, si por un trabajo de corta duración que genera recursos escasos y no permanentes, se puede perder el IMV, es claro que la opción del interesado será rechazar esas ofertas o despreciar esas oportunidades para conservar el derecho al IMV, más interesante por cuantía y permanencia que esas alternativas de ocupación retribuida. Evitar, pues, este tipo de elecciones que frenan los procesos de inclusión social de los perceptores del IMV, y que funcionan como incentivo a la desocupación y a la dependencia del IMV para subsistir, constituye una preocupación del RDL 20/20, previendo medidas de activación profesional y de retorno al mercado de trabajo que pueden tener como consecuencia, si el beneficiario no se somete a ellas, la suspensión o pérdida de la prestación. Así lo prevé el RDL 20/20 en el capítulo dedicado a las obligaciones y sanciones

Sin embargo, hay que decir que el RDL 20/20 persigue estos objetivos de forma débil, estableciéndolos como tales en el texto legal, pero remitiéndose a un futuro desarrollo reglamentario en cuanto a la articulación de las exigencias y medidas concretas, así como de las consecuencias de las mismas en caso de incumplimiento. En todo caso, el RDL 20/20 hace indicaciones a esa normativa reglamentaria hablando, en cuanto a la posible compatibilidad de IMV y trabajo, de la naturaleza de la actividad y de las características del trabajo compatible, y también de límites que seguramente tengan que ver con la duración de la actividad y con los recursos que genera. Es posible imaginar cuál habrá de ser la línea de tendencia que seguirán las normas reglamentarias que se dicten; y que básicamente será la ya trazada por algunas de las normas autonómicas reguladoras de las rentas mínimas para las que razonablemente el objetivo de la activación profesional del beneficiario y el fomento de su empleabilidad queda matizado por aspectos tales como su edad, su cualificación y experiencia, así como por otros condicionantes personales. De forma que no necesariamente el reconocimiento, y sobre todo el mantenimiento del derecho a la prestación, está rígidamente condicionado por el desarrollo intenso de formas de activación profesional.

En cualquier caso, habrá que esperar al desarrollo reglamentario para apreciar en qué medida esta finalidad de retorno al mercado de trabajo y a la actividad profesional es, lo que no parece, el objetivo central del IMV; o si, por el contrario, su finalidad primera es proporcionar protección económica a quien se encuentra en situación de pobreza, siendo una medida protección a la que acompañan otras más relacionadas con las políticas de empleo.

## 7. Conclusión

La creación del IMV y su incorporación al cuadro de protección de nivel no contributivo supone un avance importante en la tutela del riesgo general de la pobreza; un territorio que hasta ahora, como se ha señalado, se encontraba prácticamente en manos de las CCAA. De este modo, la creación del IMV implica reconocer que es competencia del Estado la acción de tutelar la situación de necesidad económica real y efectiva de los ciudadanos. Al tiempo que, en tanto que derecho subjetivo, se consolida la posición jurídica del posible titular o beneficiario que podrá obtener la prestación siempre que reúna las exigencias previstas en la norma, tal y como sucede con el resto de prestaciones que integran el Sistema de Seguridad Social.

No obstante, la creación de este IMV no ha supuesto por sí misma la desaparición o eliminación de los mecanismos de cobertura asistencial desarrollados por las CCAA en el marco de sus

competencias (art. 148.1.20 CE) habiéndose previsto en el RDL 20/20 reglas de compatibilidad al respecto. Aunque, como se ha dicho, es esperable que las CCAA finalmente destinen los recursos económicos de las prestaciones autonómicas de garantía de recursos, que hasta la creación del IMV constituían la última red de seguridad, a mejorar la nueva prestación del Sistema. Consiguiendo que, al menos, quienes se encuentren en situación de necesidad económica real y efectiva reciban la misma protección económica. Aunque siempre quepa la posibilidad de que las CCAA puedan mejorarla determinando que la cobertura final sea de mejor o peor condición en función de cuál sea la CA en que se resida.

La entrada del IMV en la esfera de la tutela pública del Sistema, y dentro de ella en el nivel no contributivo, permite pronosticar una reformulación de las actuales prestaciones de este nivel de protección social, simplificando así el confuso y espeso mundo de las actuales prestaciones de garantía de recursos de subsistencia caracterizadas por el elemento común de proteger la situación de carencia de recursos. No debe olvidarse que el objetivo del IMV no es otro que prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, siempre que se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes que les permita atender sus necesidades básicas. Por tanto, más allá de si además cuenta con un grado de discapacidad elevado, o de una edad avanzada e incluso, de si previamente ha desarrollado una actividad profesional previa como sucede en la protección asistencial de desempleo.

La creación del IMV, por otra parte, cierra de momento cualquier posible debate, por innecesario, acerca de la implantación de cualquier otro mecanismo con el que se pretenda atender la situación de necesidad más esencial del ciudadano cual es la pobreza; función que podría cumplir igualmente una renta básica en el sentido en el que antes se ha expresado. Cuestión distinta es que su regulación precise, por necesaria, además de la revisión y, en según qué casos reformulación del nivel asistencial de tutela pública, los correspondientes ajustes reglamentarios. El IMV, como se ha dicho al inicio de esta reflexión, no es una medida coyuntural, volátil o temporal, vinculada a la crisis sanitaria que se está padeciendo. Por el contrario, se consolida como un derecho subjetivo estructural más dentro de la Seguridad Social y, en consecuencia, con la estabilidad y permanencia que exige la protección frente a la pobreza. Que siempre, y más ahora en el contexto de la crisis económica derivada de la sanitaria, es una situación de necesidad que, en cuanto real y probada, reclama una cobertura sólida, suficiente y estable.

# El IMV: luces, sombras y futuro

## The IMV: lights, Shadows and Future

Juan A. Gimeno\*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5780>

### Una medida necesaria

El Ingreso Mínimo Vital que se ha implantado en España era una medida necesaria y urgente. Podemos agrupar las razones justificativas de tal afirmación en cinco puntos:

1. Porque lo exige la dignidad social
2. Porque los límites tolerables de la pobreza y la desigualdad se han sobrepasado
3. Porque el nuevo escenario económico y tecnológico lo hace imprescindible
4. Porque hay consenso social
5. Porque el sistema vigente de rentas mínimas es ineficaz

#### *1. Porque lo exige la dignidad social*

La Constitución señala como objetivo básico asegurar a todos una digna calidad de vida. Podemos discutir qué se entiende por “dignidad de vida”. Imaginamos un cierto consenso en que debemos asegurar que nadie viva en la pobreza severa: en una sociedad como la nuestra, es intolerable (moral y socialmente) que haya hogares pasando hambre y sin sus necesidades básicas cubiertas.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), fijados por Naciones Unidas con consenso universal, fijan la reducción de la pobreza como primer objetivo, y se concreta en metas como “reducir al menos a la mitad la proporción de hombres, mujeres y niños y niñas de todas las edades que viven en la pobreza en todas sus dimensiones con arreglo a las definiciones nacionales... poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos y lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables” de forma que se garantice que “todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los más vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos, así como acceso a los servicios básicos”.

También el Pilar social europeo es muy claro en esa dirección: “Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene 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 capacitación”.

Como señala la AIREF (2019, p.35), “la construcción de una última malla de seguridad económica para los ciudadanos que han agotado el derecho a otros recursos constituye uno de los rasgos distintivos de los Estados de bienestar europeos. En prácticamente todos los países de la Unión

---

\* [jgimeno@cee.uned.es](mailto:jgimeno@cee.uned.es)

Este trabajo incorpora algunos textos de trabajos anteriores del autor.

Europea existe una última prestación que trata de cubrir el riesgo general de insuficiencia o ausencia de ingresos, ya sea por la falta de acceso a otras prestaciones cuando se carece de un empleo o por haberse agotado el derecho a otros recursos. Aunque el diseño actual de estas prestaciones responde a motivaciones muy diversas, su objetivo básico es rebajar la incidencia de la pobreza a través del mantenimiento de un nivel suficiente de ingresos regulares.”

Figura 1. **Cuantías de algunas rentas mínimas en Europa.**

Alemania	430 a 1.200 €
Austria	Variable a 1.425 €
Dinamarca	476 a 2.035 €
Finlandia	400 a 1.250 €
Francia	550 a 1.050 €
Grecia	250 a 500 €
Italia	500 a 900 €
Luxemburgo	1.000 a 2.000 €
Polonia	200 a 557 €
Reino Unido	¿a 1.176 €
República Checa	220 a 500 €

Una persona adulta a hogar de dos adultos y dos menores.

Fuente: Estimación propia a partir de diversas fuentes.

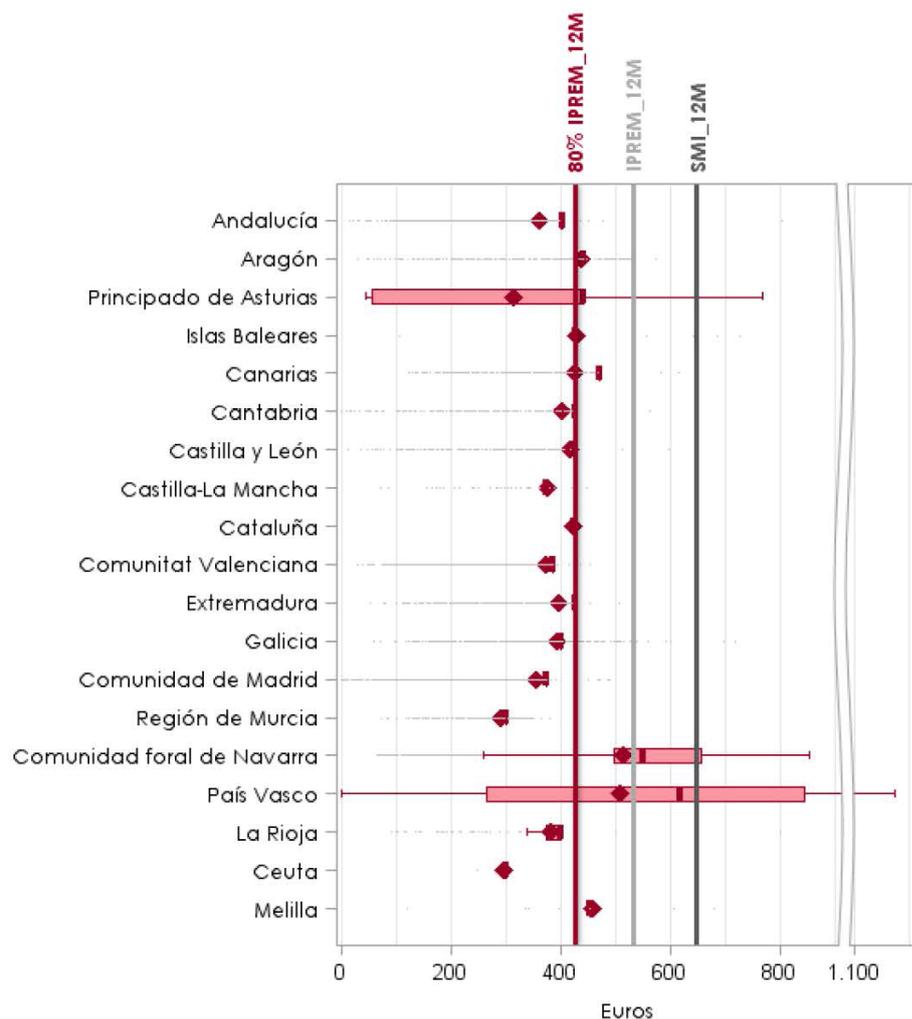


Figura 2. **Cuantías mensuales (2015) observadas de los programas de ingresos mínimos de las ccaa en relación con IPREM y SMI.** Fuente: Airef (2019), p. 16.

Como vemos, el IMV no es ninguna medida novedosa o revolucionaria. Está generalizada en Europa. ¡Y está generalizada desde hace años en España! Todas las Comunidades Autónomas tenían programas de rentas mínimas con denominaciones y características muy diversas. Como veremos, el sistema es manifiestamente mejorable. Pero solo desde la crispación política y la actitud de oposición por sistema pueden entenderse las fuertes descalificaciones que acompañaron el anuncio de la intención gubernamental.

Europa y España entienden que una renta mínima garantizada es un derecho consolidado de ciudadanía, inherente a la dignidad de las personas. Con muchas diferencias, eso sí, en cuantía, características y programas complementarios.

No puede asegurarse que la motivación sea la sensibilidad social, desgraciadamente ausente en tantas políticas española y europeas, de los últimos años. Es posible que muchos decisores políticos hayan actuado más por egoísmo que por solidaridad. Es sabido que la pobreza y la exclusión social provocan graves daños a la cohesión de una sociedad y menor crecimiento y que, tanto más cuanto más graves, son fuente potencial de desórdenes y de mayor delincuencia. Las élites pueden apoyar estas políticas como válvula de seguridad del sistema, para evitar que un exceso de descontento ponga en peligro el sistema mismo.

## *2. Porque los límites tolerables de la pobreza y la desigualdad se han sobrepasado*

Según el Informe AROPE sobre el Estado de la pobreza en España (Llano Ortiz, 2018), en el año 2017, un total de 12.338.187 personas, el 26,6 % de la población residente en España, estaba en Riesgo de Pobreza y/o Exclusión Social. Y el 5,1% (más de 2,3 millones de personas) padecen pobreza severa, es decir, subsistía con menos de 342 euros al mes. Para la población menor de 16 años la tasa AROPE es del 31 %: casi uno de cada tres menores está en riesgo de pobreza y/o exclusión social.

Dos años después, el mismo autor señala que el PIB per cápita en 2018 es de 25.727 €, cifra que supone 1.598 € más que en 2008, con un incremento porcentual del 6,6%. A pesar de ello, la pobreza severa se mantiene todavía en el 9,2% de la población, es decir, unas 800.000 personas más.

España estaba lejos de recuperar los datos previos a la crisis de 2008, y más aún de cumplir el objetivo de reducción de pobreza Europa 2020. Ostentamos posiciones de cabeza en cuanto al mayor crecimiento de desigualdad de la OCDE y en menor protección a las familias.

El 1% de la población española concentra más riqueza que el 70% de las familias con menos recursos y trabajar ya no es garantía de abandonar la pobreza desde hace años.

El Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos en España (Naciones Unidas - 2020) es demoledor: “La economía española, cuarta de la Unión Europea, ha experimentado un crecimiento constante desde la crisis, propiciando una disminución del desempleo y un aumento de los salarios y las exportaciones. Sin embargo, la recuperación ha beneficiado principalmente al estrato más rico de la sociedad y, en gran medida, los poderes públicos han fallado a las personas que viven en la pobreza.

Como consecuencia de ello sigue habiendo situaciones de gran pobreza muy extendidas, una alta tasa de desempleo, una situación de desempleo juvenil crónico, una crisis de vivienda de enormes proporciones, programas de protección social muy insuficientes, un sistema educativo segregado y cada vez más anacrónico, políticas tributarias y de gasto que favorecen mucho más a las clases acomodadas que a las pobres, y una mentalidad burocrática que permite a las autoridades eludir su responsabilidad y valora más el formalismo que el bienestar de las personas. Resulta más que evidente que el sistema de prestación de asistencia social está roto, no se financia adecuadamente, es imposible no perderse en él y no llega a las personas que más lo necesitan”.

El COVID-19, y las restricciones que ha conllevado, han venido a agravar súbitamente la situación. Oxfam - Intermon (2020) estima que esta crisis provocará que el decil más pobre de la población pierda más de ocho veces la renta que pierde el decil con mayores ingresos y un aumento de la desigualdad de la renta. Teniendo en cuenta las estimaciones de caída del PIB y el aumento del desempleo, el número de personas pobres en España puede aumentar en más de 700.000 personas, con casi dos puntos de incremento del porcentaje de población en riesgo de pobreza o exclusión social.

Con estos datos, era necesaria y urgente una medida que intentara paliar esa situación de miles de hogares en gravísima necesidad.

### *3. Porque el nuevo escenario económico y tecnológico lo hace imprescindible*

Este panorama de pobreza y desempleo tiene visos de prolongarse en el tiempo. No estaríamos ante una crisis coyuntural de la que vaya a salirse fácilmente. Aunque superemos la pandemia y ello permita una cierta recuperación de la actividad económica, hay factores estructurales que vienen avisando de una etapa del mercado de trabajo muy complicada, con niveles crecientes de desempleo y dualidad consolidada.

Los cambios tecnológicos están provocando la sustitución creciente de mano de obra por máquinas inteligentes en todos los sectores. Esta revolución parece llamada a provocar el crecimiento del desempleo, de las desigualdades y la pobreza, dificultades para mantener la demanda global, ralentización del crecimiento...

Es cierto que este pesimismo acompañó los inicios de anteriores revoluciones económicas y que, en todos los casos, a medio plazo se produjo el necesario reajuste para recuperar la senda del empleo y el crecimiento. Pero ahora tenemos varios factores que pueden suponer resultados diferentes.

Por un lado, en los ejemplos históricos se destruían empleos de baja cualificación, pero se creaban otros nuevos donde esas personas desplazadas encontraban fácil acomodo. Lo que caracteriza a esta revolución tecnológica es que los nuevos empleos son extremadamente divergentes:

- o requieren capacitaciones radicalmente diferentes de las que vienen a sustituir, por lo que no cabe el trasvase a la “nueva economía” de los expulsados de la “vieja economía”.
- o se crean múltiples empleos de ínfima cualificación, las más de las veces acompañados de contrataciones precarias, cuando no fraudulentas, con grave deterioro de derechos y garantías laborales.

Se consolidan así tendencias que ya venían apareciendo en los últimos años como la *dualización* del mercado de trabajo y la precarización creciente de gran número de empleos. Cada vez es más frecuente la circunstancia de que tener empleo no garantice salir de situaciones de pobreza y exclusión social. La Comisión Europea (2019) subraya que los cambios que la economía digital están provocando en los mercados de trabajo obligan a desligar las políticas tradicionales de subsidios del viejo concepto de empleo estable.

Por otro lado, no podemos ignorar que estamos en una situación de emergencia climática que está obligando a revisar muchos de los fundamentos en los que se basaba el crecimiento. La inevitable transición energética es probable que implique también cambios estructurales que lleven aparejados ajustes en el empleo, tanto cualitativos como cuantitativos.

En todo caso, el pleno empleo tal como lo conocimos es muy posible que tarde décadas en volver y lo hará en formas diferentes. Es previsible que a largo plazo los mercados se reajusten y puedan recuperarse niveles de empleo y condiciones de trabajo aceptables. Pero ese largo plazo puede

ser muy largo y quienes sufran la exclusión durante ese tiempo necesitan una respuesta rápida. Ya se sabe, como decía Keynes, que a largo plazo, todos muertos.

#### *4. Porque hay consenso social*

Ante las situaciones de necesidad, las sociedades más avanzadas han ido consolidado paulatinamente un sistema general de garantía de rentas. Así, se iniciaron los sistemas de pensiones y el subsidio de desempleo. Se piensa en las personas que pierden sus ingresos por dejar de trabajar y se arbitra un sostenimiento de sus rentas.

Después, se observa que, a pesar de esos sistemas, hay personas que pasan necesidad porque no tienen acceso a ellos por no haber cotizado lo suficiente, o que reciben prestaciones ínfimas, o agotan los periodos para los que tienen derecho a prestación... Y se incorporan diversas prestaciones asistenciales para quienes quedaron fuera o para cubrir mínimos o prolongar prestaciones de forma extraordinaria.

También se van aprobando programas para colectivos concretos (viudedad, orfandad, discapacidad ...) que se consideran no cubiertos por los programas anteriores... Toda esa larga lista de medidas, sin embargo, siguen dejando fuera a muchos hogares que continúan en situaciones de pobreza y exclusión social, Surgen así las mencionadas rentas mínimas autonómicas - de diversos nombres, cuantía y eficacia - como última garantía de ingresos.

De alguna forma, tenemos un conjunto de políticas que pretende garantizar a todos los hogares una renta mínima garantizada, con los problemas que ahora veremos. En cualquier caso, esa evolución demuestra que, en sociedades como la nuestra, se considera normal buscar soluciones para quienes tiene problemas de supervivencia.

Ese consenso social se refleja asimismo en las encuestas disponibles. La figura 4 muestra que, de media europea, más de la mitad de la población es favorable a una renta básica. Y el porcentaje crece hasta acercarse al 70% en favor de una renta mínima condicionada a bajos ingresos. En España, los resultados son más diferenciados: casi un ¡90%! apoya la renta mínima, aunque queda levemente por debajo del 50% la posición favorable a la renta básica.

Es obvio que hay que tomarse con cautela estos resultados. Por un lado, porque la experiencia muestra que el apoyo se reduce cuando se coloca al lado el coste fiscal que podría acarrear la figura. Por otro lado, porque es generalizada la confusión terminológica y no todo el mundo diferencia entre rentas mínimas y renta básica de forma adecuada. Obsérvese (figura 5) que, en España, más de la mitad de los favorables a la renta básica se muestran partidarios de que se circunscriba a las rentas más bajas en tanto por ciento superior incluso al observado para la población total. No obstante, esta aparente contradicción puede no serlo tanto.

Curiosamente, no llega al 50% (ni en España ni en la media europea) el porcentaje que apoya que las prestaciones económicas sean solo para las personas con rentas más bajas. Podemos concluir, razonablemente, que parece existir un consenso elevado en favor de un sistema que garantice ingresos mínimos a la población que lo necesite. Pero que ese consenso ya no es tan claro cuando hablamos de implantar una renta básica.

Más concreto y próximo en el tiempo es el sondeo realizado en la primavera de 2020 por el CIS, referido expresamente a la posible implantación del IMV anunciada por el Gobierno a raíz de la crisis del coronavirus: a favor 83,4%; en contra 12,4%. Tan aplastante mayoría favorable explica posiblemente que finalmente el Pleno del Congreso apoyara con 297 votos a favor, 52 abstenciones y ningún voto en contra la convalidación del Real Decreto-Ley que regula esa renta mínima.

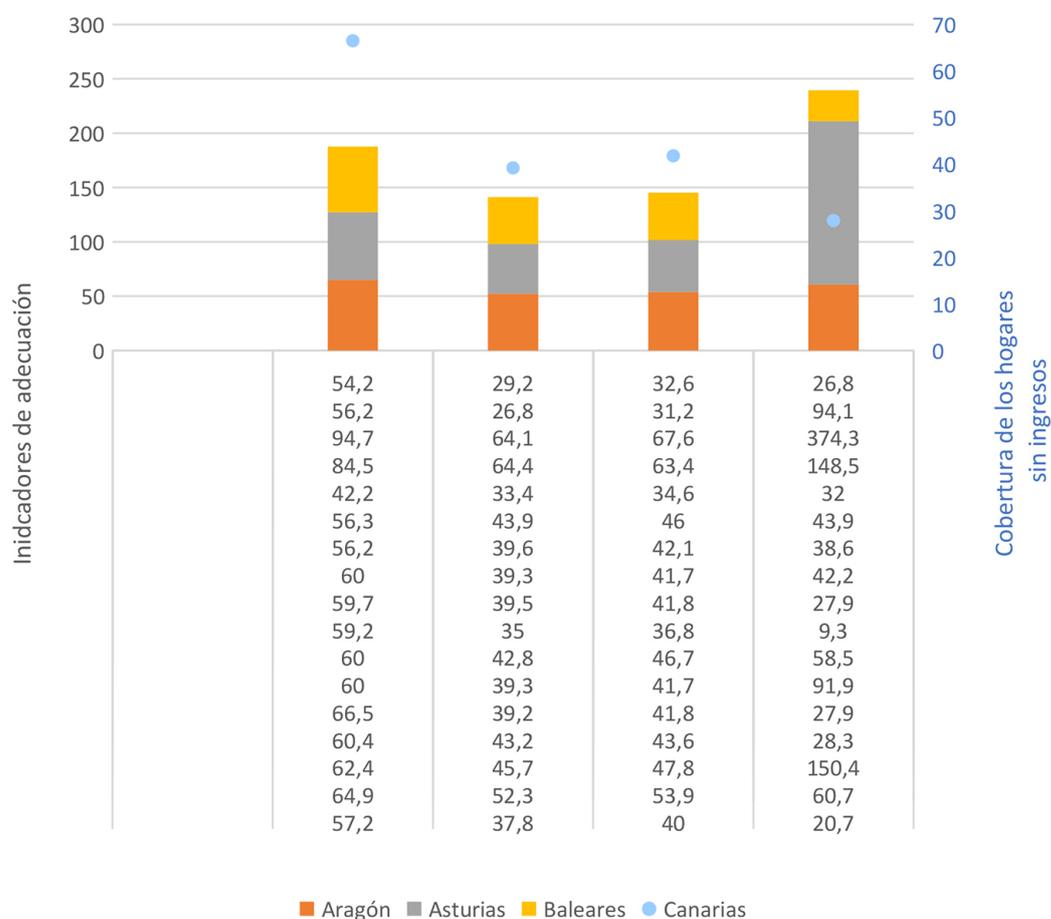


Figura 3. Adecuación y cobertura de los programas de ingresos mínimos de las CCAA. Fuente: Elaboración propia a partir de AIREF (2019).

### 5. Porque el sistema vigente de rentas mínimas es ineficaz

Se supone que el objetivo principal de las rentas mínimas es el de eliminar o reducir la pobreza. Sin embargo, los estudios académicos sobre la efectividad de estos programas (Bollain y Raventós, 2019), muestran el escaso cumplimiento de dicho objetivo,

Tenemos un sistema deslavazado y complejo que, además, no cumple con su misión redistributiva. España se mantiene año tras año como uno de los países con mayor desigualdad en la distribución personal de la renta, sólo superada por Bulgaria, Lituania y Letonia, países con menor nivel de renta y Estados de Bienestar menos desarrollados.

Esta posición se mantiene en el tiempo, lo que invita a pensar en factores estructurales. Uno de ellos, sin duda, es tanto el menor esfuerzo en gasto social como la menor capacidad que tiene éste para reducir la desigualdad. En el caso de las prestaciones monetarias (Figura 6), la capacidad del sistema para reducir la desigualdad de las rentas primarias es muy inferior a la de otros países, incluso varios con una renta per cápita sensiblemente inferior a la española. De nuevo, España se incluye en un grupo de países con los que tiene muy poca afinidad económica, geográfica e institucional. Una parte muy importante, además, de este efecto se debe a las pensiones, siendo mucho más limitado el efecto de otras prestaciones monetarias. Como ahora veremos, los programas de rentas mínimas son especialmente deficientes.

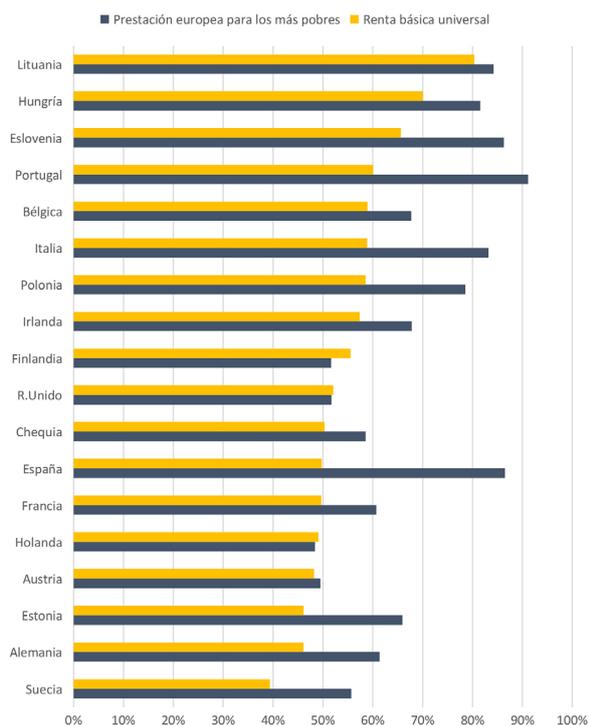


Figura 4. Porcentaje de población en favor de cada opción.

Fuente: European Social Survey (2016).

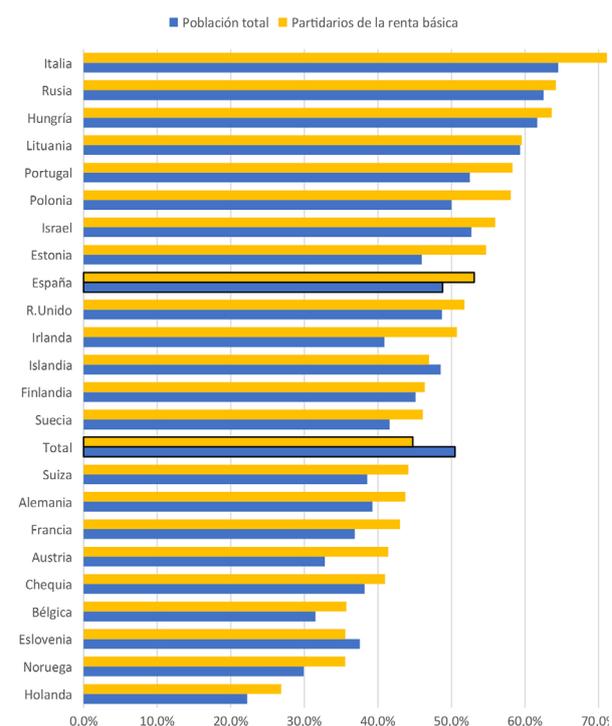


Figura 5. Porcentaje de población que apoya que las prestaciones económicas sean solo para las personas con rentas más bajas.

Fuente: European Social Survey (2016).

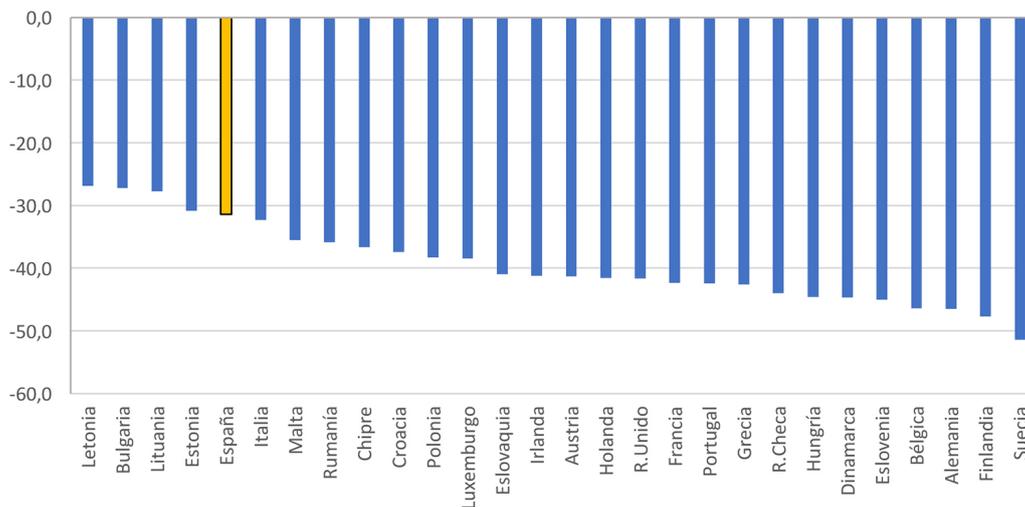


Figura 6. Reducción del índice de Gini por las prestaciones monetarias.

Fuente: EU-SILC (Eurostat).

Por todas las razones que hemos repasado, parece incontestable la necesidad y conveniencia de incorporar a nuestro ordenamiento el IMV, que ha de calificarse como **un avance positivo**. Se reconoce la prestación como derecho subjetivo incorporado al catálogo de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. Se ha consolidado la renta mínima como un derecho, desarbolando a los grupos opuestos y a los políticos timoratos, que tuvieron que rendirse ante la presión social favorable.

Lo que no impide reconocer que este IMV presenta sombras evidentes. Aunque la mayor parte de ellas sean comunes a todas las políticas de rentas mínimas condicionadas.

## Muchas sombras

El primer problema es que el IMV (en general, todo el sistema de rentas mínimas) **deja fuera a demasiadas personas**. Como hemos visto, la parte esencial del sistema de garantía de ingresos mínimos sigue presuponiendo que el pleno empleo es lo normal y que solo hace falta buscar solución para jubilados y desempleados. De entrada, esa presunción perjudica a las mujeres - tradicionalmente excluidas en mayor medida del mercado laboral -, a los niños - en un país como España que se sitúa a la cola en ayudas familiares - y a los jóvenes que no consiguen acceder al mercado de trabajo.

Quedan fuera de protección, también, **los eternos invisibles**, tan excluidos que ni están en las encuestas, ni tienen cuentas, ni, por supuesto, internet. Y muchas situaciones que no cumplen las complejas condiciones fijadas para tener derecho a la prestación, pero están en situación de necesidad. Se han señalado, a modo de ejemplo, hogares que el año anterior llegaban al mínimo, pero que en el contexto de la COVID-19 han generado ingresos bajos o nulos. O los casos de las unidades familiares que tienen un ingreso aparentemente suficiente en términos nominales (y superior a los máximos fijados), pero que poseen un volumen elevado de deudas originadas por el desempleo o la caída de ingresos

Quedarán fuera también todas las personas con ingresos superiores a los marcados como requisito para generar el derecho: los ingresos mensuales máximos deben ser menores a 462 euros en el caso de una persona adulta que viva sola y se incrementan otros 139 euros más al mes por cada persona adicional, adulta o menor, que conviva en la unidad de convivencia hasta un máximo de 1.015 euros al mes.

Puede parecer obvio que hay que fijar alguna frontera, especialmente si queremos que llegue a los realmente necesitados. Pero no es tanto que se caiga una vez más en el **error de salto** habitual en estas prestaciones. Si ganas 463 euros y vives solo te quedas fuera. Y una pareja con tres hijos y una renta de 1.016 euros al mes, también queda fuera. Cualquier sistema justo de prestaciones ha de montarse de forma decreciente, o provocarás resultados absurdos como los descritos.

Dejar fuera a las personas que superan por poco los mínimos que permiten acceder a los subsidios pero que están sufriendo las sucesivas crisis es grave. Se margina a una clase media baja (y no tan baja), que está pasando graves apuros económicos (especialmente en esta situación pandémica) y que tiene la justificada sensación de soportar la mayor parte de la recaudación tributaria, en un sistema fiscal injusto que recae desproporcionadamente sobre el trabajo asalariado. Se está abonando así la desafección de amplias capas de la población respecto al estado de bienestar, la solidaridad social y el propio sistema democrático.<sup>1</sup>

Desde el feminismo siempre se ha criticado el frecuente agrupamiento por hogares de las prestaciones monetarias. También el IMV toma los hogares como unidad de referencia. Es cierto que el cálculo por hogares aporta una mejor aproximación a las necesidades reales. Tanto porque la presencia de menores a cargo o personas dependientes incrementa las necesidades, como porque existen economías de escala. No obstante, es importante que la asignación se reparta de forma individual entre “cabezas de familia”. Sin perjuicio de facilitar la vida independiente de las personas con discapacidad y la emancipación de los jóvenes. Se respeta de esta forma la igualdad, frente al tradicional monopolio del varón en la pareja convencional y otras concepciones paternalistas.

Una pregunta que nos hacíamos ante la introducción el IMV era cómo se armonizaría con los programas de garantía de rentas de las comunidades autónomas. Creo que el artículo 41 de la

---

<sup>1</sup> Es cierto (MARTÍN CARRETERO - 2019) que otras prestaciones, como las pensiones, operan en sentido opuesto – favorecen más a las clases medias que a los más necesitados – pero no sucede así con las rentas mínimas ni otras prestaciones asistenciales. En cualquier caso, no evitan el problema del error de salto ni la percepción subjetiva dominante como la descrita.

Constitución habilita un ingreso mínimo vital a cargo de la Seguridad Social, que garantice un sueldo igual para cualquier persona. Pero es imprescindible que se coordine el sistema con las CCAA, para evitar duplicidades y despilfarros, para ganar eficiencia, para garantizar una efectiva igualdad en contextos con costes de la vida diferentes y la atención a colectivos y necesidades especiales. Ese acuerdo es especialmente relevante en el caso de las Comunidades Forales, País vasco y Navarra, donde más y mejor se han desarrollado los sistemas de rentas mínimas. De hecho, fue de ellas de donde surgió la presión para coordinar la gestión y, hasta el momento, las únicas que habían firmado un protocolo de gestión conjunta. Evidentemente, la urgencia y rapidez de la media puede servir como atenuante, pero la celeridad con que se aceptó esa entrada en la gestión muestra que, probablemente, habría sido fácil alcanzar un acuerdo previo. También los Ayuntamientos están llamados a complementar, además, el acompañamiento hacia el empleo que corresponda. Desgraciadamente, en los primeros meses de aplicación, son muy pocos los que han firmado acuerdos en tal sentido.

Como era previsible, el IMV ha encontrado un obstáculo decisivo: la **burocracia**. Son de sobra conocidos los problemas que está arrastrando la aplicación del IMV, hasta el punto de que lo que era una medida de éxito ya es para algunos un fracaso. Y en parte lo es cuando las personas necesitadas no lo están recibiendo, muchos están quedando fuera de antemano por no poder superar esa barrera y la mayoría de los beneficiarios finales recibirá el subsidio con notable retraso.

Desgraciadamente, ese problema es prácticamente inherente a los programas de rentas condicionadas. El hecho de exigir el cumplimiento de una serie de requisitos implica la necesidad de una solicitud previa, de un acopio de papeles, de un esfuerzo de comprensión... que son barreras infranqueables para muchas personas. En la práctica, quedan fuera de este tipo de prestaciones la mayoría de los potenciales beneficiarios. Es desolador que, en 4 meses, solo el 1% de los potenciales destinatarios se ha beneficiado del programa.

Las trabas burocráticas aparecen, efectivamente, como la principal razón explicativa de que en todas las prestaciones destinadas a personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión queden fuera porcentajes elevadísimos (en algunas estimaciones podría superar hasta el 90%) de los potenciales beneficiarios

Al mismo tiempo, comprobar esos requisitos exige un fuerte aparato burocrático, unos **costes desproporcionados** respecto al propio presupuesto del programa y un grave retraso en la percepción efectiva de la prestación, como estamos comprobando. Un entramado que, además, se sustenta en la profunda desconfianza respecto a los más necesitados. Se gastan probablemente más recursos en perseguir posibles abusos que el gasto que estos pueden suponer. Condenamos a los servicios sociales a dedicar más tiempo a tareas de control que a la atención a las necesidades reales de los colectivos necesitados.

### Una solución más eficiente

El resultado: los sistemas de rentas mínimas condicionadas son ineficaces e ineficientes. No llegan a quienes debería llegar, no corrigen la pobreza ni la desigualdad, cuestan muchos recursos burocráticos y son extremadamente complejos. El IMV, como condicionado que es, aunque introduce algunos avances positivos respecto a las prestaciones vigentes, adolece de los mismos defectos. Solo abandonando la condicionalidad pueden superarse

Por ello la renta básica universal aparece como una solución que supera casi todos esos problemas de forma mucho más eficiente. Frente a las condiciones, una renta incondicionada; frente al proceso de solicitud y aprobación previa, una renta automática; frente a los retrasos, una renta previa a la necesidad; frente a la burocracia, un programa de gestión mínima; frente a los costes para

administración y administrados, mínimos despilfarros; frente a la trampa de la pobreza, una renta compatible con otros ingresos; frente al error de salto, un beneficio progresivo; frente a la estigmatización de la pobreza, una renta de ciudadanía.

Todos los grandes avances sociales de la historia han necesitado un largo periodo de maduración y lucha, bajo el fuego granizado del anuncio de las grandes catástrofes que conllevarían. La renta básica no se libra de esa maldición.

La crítica fundamental es que desincentivaría el empleo: pagaríamos a los vagos con cada vez menos personas dispuestas a trabajar. Ya los programas de rentas mínimas parecen demostrar el escaso fundamento de tal prejuicio: son programas con más dinamismo de lo que se teme. En cualquier caso, podemos prever que ese hipotético efecto será siempre menor que en los programas habituales de rentas condicionadas: al ser compatible con ingresos de trabajo, reduce el efecto “trampa de la pobreza”.

Las **experiencias** disponibles se han extendido por todo el mundo y todo tipo de países, con resultados abrumadoramente positivos. Admitiendo la precaución de que se trata de experimentos, con las evidentes limitaciones que ello implica, coinciden en que no hay efectos significativos sobre búsqueda de empleo y sí un leve aumento del emprendimiento. Cuando se observa alguna leve reducción de tiempo de trabajo, lo es en empleos remunerados, pero con aumento del tiempo dedicado a otros empleos como cuidados, voluntariado o aficiones artísticas. Lo que nos llevaría a otro debate importante: qué entendemos por trabajo socialmente útil y cómo medimos el bienestar.

Una constante en las conclusiones de los experimentos realizados es que se observa, amén del descenso de índices de pobreza, mejoras en salud mental y disminución de depresiones en los participantes, un menor estrés y la reducción de visitas a médicos y hospitales, así como el descenso en absentismo y abandono escolar y en índices de delincuencia.

Resulta especialmente llamativo el reciente **experimento finlandés**, que algunos presentaron como un fracaso porque “no ha servido para impulsar el empleo entre sus beneficiarios”. ¡Recordemos que el pronóstico descalificante es que caerá! Nadie puede presentar la renta básica como impulsora de empleos. Aunque algunos se empeñen en culpar a los parados, dependerá más de la situación del mercado de trabajo que de la voluntad de cada trabajador.

Los resultados finales señalan que la renta básica dio lugar a un pequeño aumento del empleo. Es decir, que lejos de estimular la vagancia, se observa un leve efecto positivo. Es decir, que lejos de estimular la vagancia, se observa un leve efecto positivo, casi neutral.

Pero, además, se dijo al presentar los primeros datos: “Los beneficiarios de la prestación mostraron una **percepción claramente mejor de su bienestar** en comparación con el grupo de control, refiriendo menos problemas de estrés y de salud, así como expresando una mayor confianza respecto de su futuro y oportunidades”. ¿No es esto en sí mismo un enorme efecto positivo, suficiente para defender la renta básica?

Otro argumento habitual es que no puede aceptarse una prestación a cambio de nada, ni que se reconozca a los ricos el mismo derecho que a los pobres. Es un argumento falso porque los derechos básicos están asegurados por la mera condición de ciudadanía. ¿Acaso la educación y la sanidad pública se reconocen solo a los pobres o a cambio de algo? ¿No incluye nuestro IRPF un mínimo personal y familiar a todos los contribuyentes?

Es un argumento falso también porque **no es a cambio de nada**: esas prestaciones se reciben a cambio de nuestros impuestos. El pago de tributos es la garantía de nuestros derechos. La renta básica aparece, así, como un seguro que el Estado reconoce a toda la ciudadanía: usted pague sus impuestos y a cambio, entre todos sus derechos, le garantizamos que recibirá una renta mínima que le ayude a vivir con dignidad cuando lo necesite. La mejor forma de hacerlo es reconocerlo a priori, de forma que si le sobreviene la necesidad por sorpresa el colchón esté colocado de antemano para amortiguar su caída.

Tras el debate del IMV sabemos que una renta mínima garantizada es **un derecho sin marcha atrás**. Su aplicación y la experiencia nos han mostrado que su funcionamiento (como el de cualquier renta condicionada) es deficiente. Parece evidente que hay que dar el salto a la renta básica y que lo que procede ahora ya es el debate del cómo, para que el cuándo sea lo antes posible.

Ya sabemos que no es más que un parche, que no soluciona la mayoría de los problemas, que no hay que abandonar el objetivo del pleno empleo, que es mejor solucionar las causas y no las consecuencias de la pobreza y la desigualdad. Pero mientras se consiguen tan ambiciosos objetivos hay que dar **respuesta urgente y eficaz** a las personas en riesgo de exclusión social.

Ya sabemos que no hay experiencia. **Todos los avances tienen una primera vez** y pocos hay que dispongan de tantos y tan variadas pruebas previas, todas positivas.

Ya sabemos que hay quienes quieren presentarla como carísima e imposible de financiar. Pero eso no es cierto. Aceptemos la cuantía individual del IMV como punto de partida. Solo con las prestaciones existentes que resultan absorbidas y el propio aumento de recaudación que podría generarse por incrementos en el consumo, tendríamos recursos para una renta básica que llegara a casi el 50% de los hogares. Basta, por tanto, con **recuperar de forma progresiva** (evitemos el error de salto) ese 50% a través de retenciones adaptadas en el IRPF. Los hogares de las primeras decilas no devolverían nada (recibirían neto el 100%). Las retenciones progresivamente crecientes dejarían una renta básica decreciente según el nivel de renta y permitirían reducir el coste hasta la cuantía deseable. Sin perjuicio de la necesaria reforma fiscal que busque una financiación global más justa de nuestros servicios públicos.

Tenemos que llegar a soluciones sobre aspectos manifiestamente mejorables del IMV, que la premura de su implantación no ha posibilitado. Entre ellos, sin duda, la **coordinación** con Comunidades Autónomas y las rentas mínimas preexistentes. Y la posible cooperación de ayuntamientos y organizaciones del Tercer Sector. O mejorar el tratamiento de los jóvenes, concibiendo la renta básica como una renta de emancipación, por ejemplo.

Estos debates no son fáciles porque están cargados de **apriorismos**. En ambos extremos del espectro ideológico hay quienes se cierran en banda a cualquier posibilidad para la implantación de la renta básica. Para unos es una propuesta comunista, para otros ultraliberal. Ni una cosa ni la otra. Pero, aunque así fuera, ¿seremos capaces de admitir que hasta nuestros contrarios pueden tener de vez en cuando alguna idea aceptable? Utilicemos argumentos, no adjetivos descalificadores, y avancemos rápidamente hacia una medida que ya resulta imparable. Sin perjuicio de otros muchos debates paralelos (justicia fiscal, pensiones, mercado de trabajo, ...) que son igualmente necesarios.

## Referencias

- AIREF (2019): LOS PROGRAMAS DE RENTAS MÍNIMAS EN ESPAÑA. [https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENDA\\_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf](https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENDA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf)
- BOLLAIN, J. Y RAVENTÓS, D. (2019): “La Renta Básica Incondicional ante las limitaciones de las Rentas Mínimas”. *SIN PERMISO*. 04/01/2019.
- COMISIÓN EUROPA (2019): *The Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets*. Report of the high-level expert group. European Commission. Brussels
- NOGUERA J.A. European Social Survey (2016). *EL PAÍS*: 9/02/2019.
- GIMENO ULLASTRES, J.A. (2015): Aproximación a una renta básica sostenible. En Ayala, L. y Ruiz Huerta, J. (eds.): *Segundo informe sobre la desigualdad en España*. Fundación Alternativas, Madrid, págs. 97-103.
- (2019): “De rentas mínimas a renta básica”. *Revista Diecisiete*. Octubre, págs.59-80.

- (2019): “Modelos de financiación de una renta básica para España”, con Díaz Oyarzábal y Gómez Frías. *Revista Diecisiete*. Octubre, págs.135-160.
- (2019): “Un Estado de bienestar más redistributivo”. En Ayala, Martínez y Loscos (coords.): “*El futuro del Sector Público*”. Estudios de Hacienda Pública Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- LLANO ORTIZ, J. C. (2018): *El estado de la pobreza: seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2017*. (Informe AROPE). EAPN – ES. [https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe\\_AROPE\\_2018.pdf](https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2018.pdf)
- (2020): *El paisaje del abandono: La pobreza severa en España*. EAPN – ES. [https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/noticias/1594898863\\_el-paisaje-del-abandono.-la-pobreza-severa-en-espana-correccion16072020.pdf](https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/noticias/1594898863_el-paisaje-del-abandono.-la-pobreza-severa-en-espana-correccion16072020.pdf)
- MALGESINI, G. (2020): *The impact of COVID-19 on people experiencing poverty and vulnerability*. EAPN Report. [https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2020/07/EAPN-EAPN\\_REPORT\\_IMPACT\\_COVID19-4554.pdf](https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2020/07/EAPN-EAPN_REPORT_IMPACT_COVID19-4554.pdf)
- MARTÍN CARRETERO, J.M. (2019): Nueva desigualdad en España y nuevas políticas para afrontarla. En Sevilla, J. (Coord.): *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*, p. 17. Observatorio Social de la Caixa. [https://observatoriosocialcaixa.org/documents/22890/182418/Informe+renta+basica\\_es.pdf/3642780f-87f5-8141-5993-864af1851e31](https://observatoriosocialcaixa.org/documents/22890/182418/Informe+renta+basica_es.pdf/3642780f-87f5-8141-5993-864af1851e31)
- NACIONES UNIDAS (2020). *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos (Visita a España)*. A/HRC/44/40/Add.2. <https://undocs.org/es/A/HRC/44/40/Add.2>
- OXFAM-INTERMON (2020): *Una reconstrucción justa y necesaria es posible*. <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/informe-pobreza-desigualdad-pandemia-covid-19.pdf>

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

# Derechos sociales y políticas públicas

DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5781>

SAMUEL MOYN. *Not enough, human rights in an unequal world*, Harvard University Press, London 2018. (Hay traducción española en Tirant lo Blanch)

Como ya he advertido en otra ocasión, el libro de Moyn no es en absoluto fácil. Ello sucede quizás, en primer lugar, por la pluralidad de enfoques que utiliza, hablemos de la filosofía del derecho, la economía, el derecho constitucional, así como los planos en que se mueve el autor, sea estatal o internacional, pues fácilmente se pasa del escenario del Estado del bienestar al de la actitud ante los derechos humanos de las Naciones Unidas o el Banco Mundial o en la Organización Mundial del Comercio. Pero quizás lo que resulta más desconcertante del libro es que no utiliza un concepto de los derechos sociales al que nosotros estamos acostumbrados, entendiéndolos primordialmente como pretensiones reconocidas constitucionalmente, esto es, como derechos materialmente fundamentales, aunque su exigencia jurisdiccional no sea la correspondiente a los otros derechos o libertades públicas. Sabiendo que las deficiencias o peculiaridades en su protección no merman su fundamentalidad, ligados como están, incluso para algunos autores especialmente, con la dignidad de la persona. En efecto, Habermas, por ejemplo, ha insistido en la imprescindibilidad de los mismos en razón de su mayor relación con la dignidad de la persona, que impide, como puede pasar con los derechos políticos, que sean negados a los extranjeros. Además, como lo prueban los llamados amparos estructurales, también sobre los derechos sociales, no hay que excluir la actuación jurisdiccional constitucional para su afirmación efectiva.

Este libro renuncia a esta visión de los derechos sociales y los considera exclusivamente desde un punto de vista político, relacionándolos con las políticas públicas que se van afirmando en las distintas etapas históricas, dejando testimonio del argumentario ideológico que las justifica o que, en cualquier caso, resulta útil para su explicación. Los marcos históricos de los derechos sociales que se seleccionan son los del Estado jacobino de la Declaración de la Constitución de 1783, el propio de los Estados del bienestar de la postguerra, con los precedentes de la política social de Bismarck y el New Deal de Roosevelt, el clima de la Declaración de Naciones Unidas de 1948; y el neoliberalismo correspondiente a la política de los derechos humanos que se generaliza, especialmente en América, como ideología predominante tras la caída del comunismo en el Este de Europa.

Moyn niega entidad suficiente independiente al argumento de los derechos sociales y ello a lo largo de toda la historia desde su aparición en el Estado jacobino: ni el movimiento sindical durante el siglo XIX, ni el socialismo marxista, ni el constitucionalismo de entreguerras han atribuido verdadero significado a las declaraciones de derechos sociales. El marxismo no creía que los mismos pudiesen eximirse de su significado ideológico, como nuevos derechos, tan inútiles y retóricos como los demás; el constitucionalismo soviético los reconocía como gesto sin costo de sus credenciales constitucionales, lo que hasta cierto punto sucedía también en el constitucionalismo fascista. En el constitucionalismo de los Estados del bienestar tras la segunda guerra mundial los derechos sociales se van a afirmar, mas que como verdaderas pretensiones indivi-

duales accionables en su caso, como objetivos del poder público. Se trata de exigencias de la solidaridad que la experiencia de la guerra había reforzado. Estos derechos, al establecer objetivos limitados y concretos, aparecen entre el estatismo conservador y la revolución: asociados a intervenciones específicas en la economía, hacían algo, pero no demasiado.

Creo que el interés mayor del libro reside en el estudio de los derechos sociales en la época del neoliberalismo o, si se quiere en términos más claros, en el marco del fundamentalismo del mercado, situación en la que los derechos sociales desempeñan el papel de acompañante menor de los otros derechos, los civiles y políticos, a los que el movimiento de los derechos humanos dedica toda su atención. Pero antes de llegar a ese punto —el último capítulo del libro— Moyn se detiene en algunos hitos interesantes de la historia de los derechos sociales, cuya referencia no puede ser omitida en una reseña del libro.

Así se ocupa, en el capítulo tercero, de la situación de los derechos sociales en la época de Franklin Delano Roosevelt. Aunque Roosevelt pensaba en el reconocimiento de algunos derechos sociales en sintonía con su tiempo y lo establecido en bastantes constituciones, en realidad la tendencia del New Deal queda detenida y eso que la guerra afectó, cabe pensar, a la idea del intervencionismo del Estado en la economía, estimulando sin duda la solidaridad. Pero no hubo una verdadera oportunidad para el Estado social; de otro lado nunca se pensó en admitir la justiciabilidad de los derechos sociales, quizás porque se pensaba atribuían un papel inconveniente a los jueces. En el universo mental americano, incluso durante la época del New Deal, el lenguaje de los derechos funcionaba típicamente para defender los negocios entre particulares de pillajes privados ostensibles y de la interferencia del Estado o los poderes públicos. (Por lo demás Moyn aporta testimonios interesantes sobre el desmantelamiento por el Tribunal Supremo del New Deal, la lucha antitrust y la redacción de algunos informes —en la línea de Beveridge en Gran Bretaña—, señalándose algunos académicos de cobertura).

El cuarto capítulo está dedicado a la internacionalización de los derechos sociales y su cobertura ideológica en relación con la descolo-

nización. La tesis del autor es que la descolonización no tenía propiamente como objetivo la consagración internacional de los derechos, de modo que no se aseguró verdaderamente una protección de este tipo. La aspiración de los nuevos Estados, que expresan diversos líderes, es la consecución en sus países del Estado de bienestar, tal como se conocía en los antiguos imperios, bajo la capa de un cierto socialismo. Pero en el aspecto político lo relevante es la demanda de autodeterminación y por tanto de igualdad política, logro que se consideró más importante que la suficiencia. Moyn llama la atención sobre la alianza en Naciones Unidas de los países del tercer mundo y su afirmación política en el Pacto de los Derechos Sociales, donde no hay grandes novedades sobre la Declaración Universal de los Derechos de 1948, aunque sea interesante la afirmación de la autodeterminación económica entendida como libre disposición de los recursos económicos de cada país; y en la que no se contempla una garantía de la propiedad. Moyn resalta que en el Convenio Europeo elaborado en los tiempos de la Declaración Internacional, no figuren derechos sociales, para no desdibujar su propósito político de enfrentamiento con los países del Este.

En el capítulo cinco, según Moyn, se refleja el movimiento de los años setenta de los derechos, hablemos de Amnistía Internacional o de Human Rights Watch, Solidaridad o la Carta checa, que se concentran en la denuncia de vulneraciones de derechos políticos, aunque en las actuaciones de los países del Este las reclamaciones políticas no olvidan las pretensiones de igualdad o de actuación de los poderes públicos. Si yo no entiendo mal el movimiento de la satisfacción de las necesidades básicas se desentiende de la preocupación por la igualdad y se formula dentro de planteamientos de modernización, cuyo sesgo tecnocrático es evidente.

El capítulo seis está dedicado a estudiar tanto los pronunciamientos internacionales como los académicos, que son protagonizados principalmente por discípulos de Rawls en los años noventa del pasado siglo. Se constata una internacionalización de los planteamientos igualitarios y a la vez una desnacionalización de los mismos. Las necesidades básicas se formulan

como derechos que tienen como destinatarios a los ciudadanos de todo el mundo –las opiniones públicas– que deben atender las solicitudes en términos de humanidad y compasión. No se confía que la autodeterminación pueda llevar a otra cosa que la complacencia de las elites nacionales, sin obligación verdadera de disminuir la desigualdad. Es interesante la formulación de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos (Shue, Beitz, Ward) que conllevan un deber de protección –además de reconocimiento– y de obligación por parte de los poderes públicos. Estamos hablando de derechos universales –dados los obligados por los mismos y sus titulares– a acceder a unas pretensiones mínimas (discurso de la justicia global y derechos de subsistencia): un derecho a ser atendidos en la pobreza y en la necesidad, aunque no exista un horizonte de solución, sino de cura (Albert Camus). Son los intereses de las personas los que son fundamentales y los intereses nacionales tienen relevancia en cuanto justifican principios internacionales y se derivan de las necesidades de las personas.

De modo que, como vemos, hay al tiempo una internacionalización de los derechos, de cuya dependencia nacional se desconfía, y una personalización de los mismos. Como resulta fácil de comprender, este planteamiento de los derechos puede ser fácilmente patrocinado, en concreto lo hará el presidente Carter, preconizando una política norteamericana de los derechos fundamentales, en razón de su vaguedad y de su manifiesta inconcreción.

Como señalaba antes, el capítulo fundamental del libro es el último, antes de las conclusiones, que sitúa a los derechos sociales en el cuadro del neoliberalismo. Obviamente todavía el neoliberalismo –y su correlato el fundamentalismo del mercado– es nuestra circunstancia; y además donde Moyn encuentra la confirmación a su juicio sobre el fracaso de los derechos sociales no ya como concepto, que también, sino como programa político de verdadera consistencia, al descuidar la denuncia de la desigualdad, salvando, equivocadamente, la suficiencia. Así lo primero es relacionar correctamente el movimiento de los derechos con el neoliberalismo económico. Pueden señalarse puntos comunes

como el individualismo, pero al final no puede atribuirse al movimiento de los derechos el papel de estímulo del neoliberalismo, aunque haya de admitirse la coincidencia de la consagración de los derechos como parámetro de la ética de los noventa, tras el hueco dejado por la caída del socialismo comunista, con la posición de liderazgo en la economía del neoliberalismo. La cuestión de la justicia distributiva quedó marginada en el ámbito de el movimiento de los derechos de los disidentes del Este (menos en Polonia) y el personal del movimiento de los derechos pasó a ocupar cargos políticos mayormente, y quienes no lo hicieron dedicaron sus esfuerzos a otros asuntos como la justicia transicional. Aunque no se puede decir que en Europa el neoliberalismo, por lo menos abiertamente, pasase por alto los problemas de la actuación del Estado social. Según Moyn el movimiento a los derechos no molestó al liberalismo ni cuestionó los límites a la política social o de la desigualdad de la globalización. De otro lado Moyn no cree de gran ayuda la intervención judicial en la realización de los derechos sociales proclamados, ni hay testimonio de ello en el libro, fuera de una mención al juego de la cláusula de la dignidad de la persona en la Constitución alemana, a cierto activismo judicial en Sudáfrica, o a la pretensión de Sunstein y otros en América de llevar a efecto el reconocimiento constitucional de la igualdad. Desde luego la cuestión en Europa habría ofrecido alguna posibilidad de tratamiento más serio.

Donde Moyn reconoce un avance del movimiento de los derechos es en su preocupación por la discriminación por motivos de raza y de género. En el caso de la mujer se ha abierto paso la solicitud no solo de una defensa antidiscriminatoria sino de protección, así como persecución, en relación con la violencia, de la trata de blancas, la prostitución etc. Como sostiene Moyn, desde muchas perspectivas, las mujeres se han convertido en las beneficiarias más importantes de la era de los derechos humanos, y ninguna ideología anterior, fuera del mismo feminismo, había de servir mejor a su causa que los derechos humanos.

Por lo que hace al capítulo final de las conclusiones, Moyn atribuye la debilidad del movimiento de los derechos a su insuficiente preocupación

por la valoración que hace de la desigualdad (el “cielo” o tope de la desigualdad, insistiendo solamente en el “suelo” o umbral, esto es, la protección respecto de la miseria). La superación de la desigualdad solo es posible haciéndola un objetivo del Estado o poder público, y eso difícilmente puede esperarse del movimiento de los derechos que desconfió del Estado, la denuncia de cuyos abusos –en el ámbito de las libertades y los derechos políticos– es su tarea exclusiva.

Si los derechos sociales no se han impuesto a los demás derechos humanos ni han ocupado el centro de la política pública en el plano internacional o el nacional, ello no se debe, cree Moyn, a lo que podríamos considerar sus rasgos esenciales o derivados de su propia naturaleza, que se manifestarían, como veíamos antes, en las deficiencias institucionales tocantes a su organización y protección, señaladamente su

nula, o casi, justiciabilidad. El problema de los derechos sociales lo constituye, más bien, su entendimiento equivocado como pretensiones de satisfacción de mínimas necesidades vitales y no como aspiraciones a superar las desigualdades. “Precisamente porque la revolución de los derechos humanos se ha centrado tanto, intencionalmente, en los abusos de poder de los Estados y, como mucho, se ha ofrecido como garantía de suficiencia mínima de las necesidades de los individuos, no ha presentado frente alguno, en realidad ni se ha percibido de la cuestión, ante el descuido del neoliberalismo de la desigualdad siempre creciente por doquier”.

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA  
Catedrático Derecho Constitucional  
UAM  
ORCID ID: 0000-0002-8084-1920

# Normas para autores/-as

## Guidelines for authors

*Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* es una revista científica en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social editada por la Universidad Carlos III de Madrid. Para la publicación de originales, *Labos* utiliza un sistema de revisión externa por pares, siendo los evaluadores científicos expertos en el conocimiento de las materias en las que se investiga y cuyos nombres se irán publicando en la página web de la revista. Se trata de una revista científica que se publica en formato digital de acceso abierto (OA).

### Normas generales

1. *Labos* solo publica trabajos originales, por lo que no admite material previamente publicado, y los autores son responsables de la obtención de los permisos oportunos para la reproducción de otras publicaciones, sitios de internet y de citar correctamente su procedencia.
2. Los trabajos se deben entregar en formato Microsoft Word.
3. Se deben remitir al correo electrónico: revista-labos@uc3m.es
4. Los archivos deben nombrarse con los apellidos del autor seguido del tipo de trabajo que se trata (Estudio doctrinal, Comentario de Sentencia, .....)
5. La extensión de los trabajos que se presenten a la publicación será:
  - Los Estudios Doctrinales, escritos en Times New Roman 12, con una extensión máxima de 6000 palabras (excluyendo resumen, bibliografía, tablas y figuras) a espacio 1,5 para el texto, e interlineado sencillo para las notas a pie.
  - Los Comentarios de Jurisprudencia en Ti-

mes New Roman 12, con una extensión máxima de 3000 palabras (excluyendo resumen y bibliografía), e interlineado sencillo para las notas a pie.

6. En todos los trabajos se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:
  - Un Título/title.
  - Un Resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
  - Un Sumario/Summary que responderá a los epígrafes en los que se divide el trabajo.
  - Unas Palabras Clave/Key words (máximo cinco).
7. Junto con el documento del trabajo, se deben enviar dos archivos más:
  - El mismo trabajo, pero sin los datos referidos al autor, que se utilizará para enviar a los evaluadores: trabajo/estudio ciego
  - Un Documento que contenga un breve CV del autor o autores. No más de 7 líneas de CV. Deberá constar nombre y apellidos del autor, datos académicos y/o profesionales, la Institución donde desempeña sus funciones, el teléfono y el correo electrónico.

### Referencias bibliográficas y citas de Jurisprudencia y Legislación (Conforme a la UNE-ISO 690:2013)

#### Monografías:

APELLIDOS, Nombre autor, *Título del libro en cursiva*. Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Lugar de publicación, Editorial, volumen de la revista, número de la revista, Año de publicación, páginas que abarca el artículo.

Capítulos de libro:

APELLIDOS, Nombre autor del capítulo, Título del capítulo, En: APELLIDOS, Nombre autor del libro, Título del libro en cursiva, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, páginas que abarca el capítulo.

Artículo en WEB/ Post en Blog:

APELLIDOS, Nombre autor del artículo, Año de publicación. Título del artículo/post. En: Título de la web/blog en cursiva [en línea]. Disponible en: URL del recurso [consulta: fecha de consulta].

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional:  
STC 136/2001 de 18 de junio de 2001

Tribunal Supremo:

STS de 28 de noviembre de 2017 (Rº. 2868/2015, Sala de lo Social)

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ de Andalucía, de 22 de marzo de 2018 (Rº. 2362/2017)

Juzgado de lo Social:

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Tortosa de 27 de junio de 2017 (Procedimiento núm. 473/2016)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15, Daouidi)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH de 12 de enero de 2016 (Núm. 61496/08, Caso Barbulescu contra Rumania)