

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

1er Trimestre 2023

nº 6

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- ☉ Los nuevos retos de la protección de las personas dependientes tras las sucesivas reformas: dependencia como derecho social, economía de cuidados de larga duración y Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia

José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- ☉ La indemnidad mental: nueva dimensión del derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras. Hacia el reconocimiento de Neuroderechos como Derechos básicos del ser humano
Olimpia Molina Hermosilla
- ☉ Brechas de Género en los Territorios Rurales
María Belén Fernández Docampo
- ☉ Concepto y formas de trabajo: influencia de los cambios socioeconómicos y tecnológicos
Javier Rodrigo Agulló

Estudios de Doctrina Judicial

- ☉ Ausencia de videograbación o de acta del juicio y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Social] de 10 de enero de 2023)
Jaime de Lamo Rubio
- ☉ Indemnización por Daños Morales ante la Lesión del Derecho Fundamental a la Libertad Sindical en Caso de una Huelga Convocada por un Comité de Empresa. (Comentario a la STSJ Galicia de 12 de enero 2022, núm. recud. 3752/2021)
Consuelo Ferreiro Regueiro

Derecho comparado y Derecho Extranjero

- ☉ El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español
Iván Vizcaino Ramos

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- ☉ ¿Reforma o Nuevo modelo legal de planes de pensiones de empleo en la lógica garantista del Estado Social de Derecho? La Ley 12/2022: Fortalezas y límites en la teoría y en la práctica
José Luis Monereo Pérez y Enrique Martín-Serrano Jiménez

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

1^{er} Trimestre 2023

nº 6

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Contacto Revista:

 www.laborum.es/revreltra
 facebook.com/RevRelTra
 [@ELaborum](https://twitter.com/ELaborum)
 revreltra@laborum.es



Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:

Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:

Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*
María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*
Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*
Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederado de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*
Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*
María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*
María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*
Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*
Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*
José María Gerolich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
M^a Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*
María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*
Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*
Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*
Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*
Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*
Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*
Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*
María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*

Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregas Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:

Alejandro Muros Polo

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:



Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de “recursos humanos”, asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del “Derecho vivo” tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

Índice

EDITORIAL

9

LOS NUEVOS RETOS DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES TRAS LAS SUCESIVAS REFORMAS: DEPENDENCIA COMO DERECHO SOCIAL, ECONOMÍA DE CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN Y SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA..... 11

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. NUEVOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PARA NUEVAS SITUACIONES DE NECESIDAD: LA DEPENDENCIA, SALUD Y CUIDADOS MÁS O MENOS “PROFESIONALIZADOS” 11
2. EL MODELO NORMATIVO VIGENTE DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA 24
3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 29
4. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA SOBRE EL MODELO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA, ATENDIENDO A LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EUROPEOS Y A LOS MODELOS SOCIALES EUROPEOS 48

ESTUDIOS DOCTRINALES

59

LA INDEMNIDAD MENTAL: NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE NEURODERECHOS COMO DERECHOS BÁSICOS DEL SER HUMANO..... 61

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL 61
2. IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS TECNOLÓGICOS EN LOS ENTORNOS LABORALES Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS..... 62
3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO PROTECTOR 66
4. LA NUEVA DIMENSIÓN MENTAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: NUEVAS NECESIDADES DE PROTECCIÓN 68
5. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE NEURODERECHOS COMO NUEVA CATEGORÍA JURÍDICA: ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS SURGIDAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL 70
6. A MODO DE CONCLUSIONES 75
7. BIBLIOGRAFÍA 75

BRECHAS DE GÉNERO EN LOS TERRITORIOS RURALES..... 79

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

1. UNA DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA EXISTENCIA DE PREJUICIOS SOCIALES DE GÉNERO 79
2. DE UNA LEGISLACIÓN LABORAL PROTECCIONISTA A OTRA IGUALITARIA. LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJO POR SU VALOR..... 81
3. BRECHAS DE GÉNERO EN LOS TERRITORIOS RURALES. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL..... 85
4. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN 94
5. BIBLIOGRAFÍA 94

CONCEPTO Y FORMAS DE TRABAJO: INFLUENCIA DE LOS CAMBIOS SOCIOECONÓMICOS Y TECNOLÓGICOS.....97

JAVIER RODRIGO AGULLÓ

1. INTRODUCCIÓN.....	97
2. EVOLUCIÓN DE LA CONCEPCIÓN DEL TRABAJO.....	98
3. EL CONCEPTO DE TRABAJO EN EL SIGLO XXI.....	100
4. UNA APROXIMACIÓN A LAS TIPOLOGÍAS DE TRABAJO Y EMPLEO.....	101
5. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO.....	106
6. PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	114
7. CONCLUSIONES.....	116
8. BIBLIOGRAFÍA.....	117

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 121

AUSENCIA DE VIDEOGRABACIÓN O DE ACTA DEL JUICIO Y NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES (A PROPÓSITO DE LA STS [SOCIAL] DE 10 DE ENERO DE 2023).....123

JAIME DE LAMO RUBIO

1. REFORMAS ORGÁNICAS Y TECNOLÓGICAS Y EL ART. 89 LRJS.....	123
2. LOS DÉFICITS EN EL ACTA DEL JUICIO Y LA NULIDAD DE ACTUACIONES.....	127
3. LOS INICIOS DEL SISTEMA DE GRABACIÓN DE VISTAS Y LA FALTA DE GRABACIÓN.....	128
4. LA STS [SALA 4ª (UD)] DE 10 DE ENERO DE 2023.....	131
5. CONCLUSIONES.....	135
6. BIBLIOGRAFÍA.....	136

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES ANTE LA LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL EN CASO DE UNA HUELGA CONVOCADA POR UN COMITÉ DE EMPRESA. (COMENTARIO A LA STSJ GALICIA DE 12 DE ENERO 2022, NÚM. RCU. 3752/2021)137

CONSUELO FERREIRO REGUEIRO

1. REPARACIÓN ECONÓMICA POR LESIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL A LOS SINDICATOS ACCIONANTES.....	138
2. FIJACIÓN DEL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN EN SUPPLICACIÓN.....	140
3. REFLEXIÓN.....	142
4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....	142

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 143

EL GRADO DE CUMPLIMIENTO POR FRANCIA DEL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, SOBRE UNOS SALARIOS MÍNIMOS ADECUADOS EN LA UNIÓN EUROPEA. UN ESTUDIO COMPARADO CON EL GRADO DE CUMPLIMIENTO ESPAÑOL.....145

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

1. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 Y SU LABORIOSO ENCAJE EN EL APARTADO 5 DEL ARTÍCULO 153 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	146
2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041.....	148
3. EL IMPACTO DEL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 SOBRE LA REGULACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL CONTENIDA EN EL CÓDIGO FRANCÉS DEL TRABAJO.....	150
4. EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES, IMPUESTO POR EL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, POR PARTE DEL CÓDIGO FRANCÉS DEL TRABAJO.....	152

5. LA FALTA DE ESTÁNDARES PARA LA MEDICIÓN DEL CARÁCTER MÍNIMO VITAL DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL, IMPUESTOS POR EL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, EN EL CÓDIGO FRANCÉS DEL TRABAJO	154
6. LA PROBLEMÁTICA ESPAÑOLA DEL CUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES, IMPUESTO POR EL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, INEXISTENTE EN FRANCIA.....	156
7. UNA CONJETURA SOBRE EL POSIBLE RECHAZO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE LOS CRITERIOS DE MEDICIÓN DEL CARÁCTER MÍNIMO VITAL DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL UTILIZADOS POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES	158
8. EPÍLOGO CONCLUSIVO.....	160
9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	161

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL **163**

¿REFORMA O NUEVO MODELO LEGAL DE PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO EN LA LÓGICA GARANTISTA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO? LA LEY 12/2022: FORTALEZAS Y LÍMITES EN LA TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA	165
--	------------

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

ENRIQUE MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ

1. LA LEY 12/2022 INICIA LA TERCERA ETAPA LEGISLATIVA DE RECONFIGURACIÓN DEL MODELO.....	166
2. PRINCIPALES LÍNEAS DE REFORMA DE LA LEY 12/2022 Y SUS PRIMERAS CONCRECIONES PRÁCTICAS.....	173
3. EVALUACIÓN DE RESULTADOS Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN	181
4. REFLEXIONES JURÍDICO-CRÍTICAS Y CONCLUSIONES FINALES: DIAGNÓSTICO DEL MODELO LEGAL Y ENFOQUE PROPOSITIVO	194
5. BIBLIOGRAFÍA	202

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS **205**

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	207
--	------------

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS	207
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL.....	232
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....	238
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.....	239

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO **247**

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO..249	
--	--

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. INTRODUCCIÓN	249
2. INSTRUCCIONES.....	250

Editorial

Labourum

Los nuevos retos de la protección de las personas dependientes tras las sucesivas reformas: dependencia como derecho social, economía de cuidados de larga duración y Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia

The new challenges of the protection of dependent persons after the successive reforms: dependency as a social right, long-term care economy and the System for Autonomy and Care for Dependency

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.*
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
 <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Los nuevos retos de la protección de las personas dependientes tras las sucesivas reformas: dependencia como derecho social, economía de cuidados de larga duración y Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 11-57.

1. NUEVOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PARA NUEVAS SITUACIONES DE NECESIDAD: LA DEPENDENCIA, SALUD Y CUIDADOS MÁS O MENOS “PROFESIONALIZADOS”

“La discordancia, el abismo me atrevo a decir; entre los conceptos jurídicos consagrados y la realidad de la vida jurídica presente se acusa cada vez más profundamente y amenaza con convertirse en trágica [...]. No sólo la construcción sistemática y la utilización racional y consciente de las nuevas formaciones de la vida jurídica se vuelven imposibles por este grave conflicto entre los conceptos tradicionales y la realidad del Derecho, sino incluso el proceso mismo de transformaciones, que casi nadie discute en el presente, se hacen de algún modo incomprensibles”

GEORGES GURVITCH¹.

¹ GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, edición, traducción y estudio preliminar, “La idea del ‘Derecho social’ en la teoría

A lo largo del ciclo vital las personas están expuestas a una amplia y variada gama de riesgos y situaciones de necesidad durante toda su vida. Ello forma parte de la condición humana². El modelo lineal de sucesión de etapas (nacimiento, educación, trabajo, matrimonio o unidad de convivencia, hijos, jubilación y muerte) que ha venido rigiendo la vida de las personas a lo largo de la historia, ya no se ajusta a la realidad social mucho más compleja. Lo que hoy predomina de manera generalizada es que las personas siguen un ciclo de vida menos lineal y estable, de manera que, según las etapas y actividades se van transformando durante el ciclo vida de cada persona y en función de su situación. Y es un hecho que en el presente las etapas de educación, trabajo, familia y ocio se repiten y reorganizarán a lo largo de la vida de las personas. Es lo cierto, por otra parte, que el ciclo de vida se viene alargando y se hace más complejo en la sucesión de cambios y en las biografías individuales. Además, la esperanza de vida también se ha alargado visiblemente y se prevé que continuará alargándose. La constatación es que estamos ante una “sociedad envejecida”, que en el mejor de los calificativos se puede denominar “sociedad longeva”. Hay que añadir inmediatamente que todo esto refleja el éxito de las políticas sociales en su conjunto (salud, reducción de desigualdades, políticas de ingresos durante la vida activa y durante el periodo de vida inactiva y gozando del disfrute de prestaciones públicas sean económicas directas o de servicios sociales de atención y cuidados. Las consecuencias de estos cambios vitales -vinculados a las realidades sociales- son considerables en todos los ámbitos (personal, social, político, jurídico, económico y cultural). De este modo para afrontar la complejidad de lo social se requiere articular programas sociolaborales de trabajo decente (necesarios para la protección social durante todo el ciclo de vida) y de protección social pública tanto a través de técnicas de Seguridad Social (contributivas y no contributivas) como las de carácter asistencia y servicial. Para ello se ha de garantizar la responsabilidad general del Estado (cuyo deber es proteger los derechos sociales prestacionales que son el presupuesto del ejercicio de las libertades³), los principios de solidaridad, inclusividad y la participación democrática de todos los interesados y sus representantes en la gestión de los regímenes de protección social.

La exposición a los riesgos y a las situaciones de necesidad no es la misma para todos los individuos y grupos, pues existen colectivos más vulnerables que deben ser preferentemente atendidos por el sistema de protección social pública. La vulnerabilidad del ser humano está adquiriendo otras dimensiones y preocupa la posible existencia de vacíos de protección y las situaciones objetivas de inseguridad social de colectivos cada vez más amplios. El desarrollo de las técnicas de ayuda dentro (Ingreso Mínimo Vital y otras formas de protección distintas como la asistencia social y servicios sociales) y fuera (la protección jurídica de las situaciones de dependencia en la cuarta edad) del sistema institucional de Seguridad Social, ya ponen por sí mismas de relieve ese fenómeno de mayor complejidad de “lo social” y la configuración de las técnicas sociales de protección social pública.

Resulta harto significativo el Anteproyecto de Ley estatal de Servicios Sociales, que busca diseñar con las comunidades autónomas un catálogo común de prestaciones y servicios que garantice la misma cobertura en estos ámbitos en todo el Estado español. Se trata de establecer unos mínimos comunes en materia de servicios sociales en el conjunto del Estado, reducir las barreras de acceso a la protección social y posibilitar la movilidad territorial. El objetivo general es consolidar en nuestro

general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch” (pp. VII-LV), de MONEREO PÉREZ, J.L., y MÁRQUEZ PRIETO, A., Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, pp. 3-4.

² Para el enfoque de ciclo vital en las políticas de protección social en su conjunto, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Número Extraordinario, 2008.

³ MONEREO PÉREZ, J.L.; “Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y político, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. Y Coords.), Granada, Comares, 2014, pp. 445-514.

ordenamiento jurídico la modernización y racionalización de los servicios sociales como uno de los pilares fundamentales del Estado del Bienestar.

Existe una problema práctico, a saber: los servicios sociales, competencia de las Comunidades Autónomas, se han desarrollado con distinto ritmo, inversiones y características diferentes en cada territorio, generándose importantes desigualdades que limitan el ejercicio en igualdad de los derechos contenidos en el Capítulo III de la Constitución española. Esta ley constituye uno de los compromisos recogidos en el acuerdo de coalición del Gobierno, nace con el objetivo de consolidar el cuarto pilar del Estado del Bienestar en nuestro país y fomentan la igualdad de los ciudadanos, independientemente de dónde vivan o residan. Acompañan a las personas en los momentos más difíciles de sus vidas (como apoyo necesario en todo el ciclo vital). La normativa establecerá un suelo de protección para los servicios sociales, que se articulará a través de una hoja de ruta para que las Comunidades Autónomas acuerden, en el marco del Consejo Territorial, un mínimo común en todo el territorio. Por lo demás, el Consejo Territorial también acordará los estándares mínimos de calidad de esas prestaciones y servicios, incluyendo las ratios de profesionales. Todo ello con la finalidad de fomentar la igualdad en el territorio, respetando siempre las competencias exclusivamente autonómicas.

La Ley de Servicios Sociales pretende reforzar el sistema y la orientación del mismo hacia una atención más personalizada, más integral e inclusiva, reduciendo las barreras de acceso a la protección social. Se trata de sentar las bases de un nuevo modelo de servicios sociales, un camino que algunas legislaciones autonómicas han emprendido, alejado de un enfoque asistencialista y centrado, únicamente en la emergencia. Se tiene la convicción de que es necesario modernizar el sistema de servicios sociales en la línea de establecer un verdadero cuarto pilar del Estado del Bienestar en nuestro país⁴.

La Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOE núm. 299, 15 diciembre 2006) (en adelante, LAAD) pone de manifiesto la magnitud del problema social que se acota con el concepto de Dependencia: “1. La atención a las personas en situación de dependencia constituye uno de los principales *retos* de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. El reconocimiento de los derechos de las personas en situación de dependencia ha sido puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea”.

Por otra parte, dentro de ese marco más amplio propio de los países desarrollados, en España el proceso de envejecimiento y la situación de dependencia en la vejez es especialmente acusado. En efecto, “los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de lo población total) a más de 6,6 millones de 2000 (16,6 por ciento). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado “envejecimiento del envejecimiento”, es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años”. Es la “Cuarta Edad”, que constituye, al propio tiempo, un éxito

⁴ Véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La protección a las personas mayores desde los servicios sociales: reforzando el cuarto pilar del Estado del Bienestar en España”, en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social a las personas para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, PÉREZ QUESADA, S. y VILA TIerno, F. (Dirs.), Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 283-319 y ss., y la bibliografía allí citada.

de las políticas de bienestar (especialmente, del sistema de salud), pero también representa nuevos problemas de protección social de las personas mayores.

Es cierto que “ambas cuestiones conforman una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas (colectivo de población) cada vez más amplio... A esta realidad derivada del envejecimiento debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alternativas congénitas y también por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral”.

Todo ello permite comprender que “la atención a este colectivo de población se convierte, pues, en un reto ineludible para los poderes públicos, que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el “apoyo informal”. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de las mujeres al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan”. Es de realzar ese factor determinante consistente en los cambios que se han venido produciendo en el modelo de familia (artículos 41 y 50 de la C).

En verdad, en la coyuntura actual concurren dos factores estructurales relevantes, cuya confluencia ha determinado la configuración de *una nueva situación de necesidad social*. Por un lado, un *factor biológico y sanitario-institucional*, consistente en el aumento de la esperanza de vida (fenómeno vinculado a la *democratización del envejecimiento*), aumentando las enfermedades que causan dependencia; y un *factor social*: las nuevas estructuras familiares, en las que la mujer deja de ocupar el papel exclusivo de cuidadora y el número de hijos desciende haciendo inviable la atención familiar a los dependientes. Es así que la dependencia como *situación de necesidad específica* se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por su falta de autonomía (o esta está muy mermada), y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales (familiares o institucionales). Esta emergencia de una nueva situación de necesidad diferenciada, determina en sí la insuficiencia y el carácter inadecuado del modelo indiferenciado de protección pública de las situaciones de dependencia, que era el modelo normativo inmediatamente precedente a la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. De manera que el fenómeno social de la dependencia no es, desde luego, enteramente nuevo, pero sí generalizado y más relevante como tal desde el punto de vista de la política jurídica de protección social. Lo que ya se había puesto de manifiesto en el Pacto de Toledo⁵.

Es cierto, que en el Estado social y democrático existe un imperativo de igualdad y autonomía derivada de la que se ha dado en llamar “revolución de la ciudadanía”, que tiende a crear una sociedad de iguales, delimitada de algún modo antropológicamente. Por lo demás, las situaciones de dependencia como nueva situación de necesidad no hacen sino reforzar la condición del ser humano como *ser dependiente, al incrementarse el grado de dependencia de unas personas con respecto a otras*. En una sociedad civilizada debe concederse la posibilidad de compartir lo que se dispone con aquellos que lo necesitan. En realidad, los seres humanos son “racionales y dependientes” para llegar

⁵ El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, CCOO, CEOE CEPYME, en desarrollo del Pacto de Toledo y el mantenimiento futuro de los logros de la Seguridad Social, estableció como medida la “VIII. Dependencia”, considerándose que debería garantizarse la atención a la dependencia en nuestro país, con un papel central del Sistema de Protección Social en su conjunto.

a ser agentes racionales e independientes. La filosofía moral moderna ha puesto un gran énfasis en la autonomía del individuo, en su capacidad para formular elecciones independientes. Pero es preciso añadir que las virtudes de la actuación racional independiente tan sólo se pueden ejercer de modo adecuado si están acompañadas de las virtudes de reconocimiento de la dependencia, situadas en el marco de una concepción democrática del bien común (A. MacIntyre)⁶. La organización de la sociedad debe impedir que el individuo sea cautivo del entorno, garantizando una existencia humana digna. El Estado -sin perjuicio de otras formas de solidaridad- ha de ser capaz de proporcionar a sus súbditos una mínima seguridad frente a las situaciones de necesidad. El Estado social puede proporcionar los medios para eliminar los obstáculos que impiden alcanzar los objetivos humanitarios de realización plena de la autonomía y la independencia del individuo. Las otras instancias de provisión del bienestar social tendrán que hacer su tarea correspondiente, adicional o complementaria, para luchar contra la dependencia y la vulnerabilidad.

Ahora bien, y en otro orden de consideraciones, es pertinente atender a *lo que no dice* la Exposición de Motivos, y que, sin embargo, constituye (y ha constituido de modo subyacente, al menos) un marco de referencia obligado para la elaboración de la política de protección de las situaciones de dependencia. Veámoslo.

1º). En primer lugar, importa señalar que el contexto de la Ley 39/2006 viene presidido por el ya dilatado proceso de reforma del Sistema de Seguridad Social (y en particular de la rama más importante, las pensiones). En él se plantea como cuestión central la de los límites de la redistribución y el nivel de compromiso de los Estados sociales respecto a la protección social de las personas. En la presente coyuntura de globalización las medidas adoptadas por los Estados Europeos -e impulsadas por las instituciones políticas de la Unión Europea-, han estado guiadas por varios principios subyacentes: el principio de racionalización y de contención del gasto público en materia social, el principio de universalización subjetiva (sujetos protegidos) y objetiva (situaciones de necesidad protegidas), reforzamiento del principio de contributividad en el ámbito contributivo y, por último, una marcada tendencia hacia la privatización de ámbitos funcionales de la protección dispensada por el sistema Seguridad Social (el caso más significativo es el de las políticas de fomento y apoyo público a los Planes y Fondos Privados de Pensiones, aunque se advierte una tensión permanente -desde sus orígenes- para ir más allá de su carácter estrictamente complementario como se impone deducir del texto constitucional⁷). Este ha sido, de un modo u otro, el sentido político-jurídico de las reformas emprendidas en la última década.

⁶ MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001.

⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 40 y 41 (1989); MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524. Para el tratamiento jurídico actual, significación y régimen jurídico, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo*, Murcia, Laborum, 2022; y respecto a la protección complementaria de la dependencia, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El espacio privado en la protección de la dependencia (Planes de pensiones y otros instrumentos de provisión privada)”, en VV.AA.: *Comentario a la legislación reguladora de las contingencias comunes de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2008, pp. 737-759; *Ibid.*, *Los planes de pensiones en el sector público*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2008; *Ibid.*, *Los planes y fondos de pensiones; Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

Con todo, no se puede desconocer que se plantea un problema redistributivo: porque si el envejecimiento dispara el sistema de necesidades, a su cobertura no le favorece en absoluto la reducción de las pensiones contributivas; y, además, como luego se indicará, la cobertura privada es un mecanismo no sólo insuficiente, sino también deficiente como técnica de aseguramiento de las situaciones de dependencia de las personas. Es previsible el empobrecimiento o serios problemas de recursos en la población mayor. Por lo demás, la situación realmente existente hoy en España es que muchos jubilados están en situación de pobreza (relativa). En realidad, el problema de la orientación de las políticas de protección social constituye un problema distributivo y no simplemente de eficiencia como suele presentarse. En consecuencia, no es un problema técnico (tecnocrático) sino susceptible de diversas soluciones y alternativas de política social y económica. Respecto a la protección de las personas mayores, de lo que se trata es de delimitar la calidad de protección en servicios y parte de la renta nacional que corresponderá a los ancianos. Es, así, un típico problema distributivo sometido a criterios de política pública. En ello está en juego el límite del papel desmercantilizador de las políticas sociales del Estado Social. Si el Estado Social desea mantener ese compromiso debe garantizar pensiones públicas suficientes y servicios sociales adecuados (arts. 41 y 50 de la CE) para garantizar una vida digna a las personas mayores, los viejos. En este sentido no parecen muy coherentes las políticas públicas que se han venido realizando hasta la fecha, encaminadas a reducir la cuantía de las pensiones como mecanismo de control del déficit público. Las políticas de contención del gasto en las pensiones contributivas, pueden determinar en el futuro inmediato una situación de pobreza relativa de las personas mayores (“pensiones pobres”). Por lo pronto pensar en la “solución privada” de autoprotección individual y colectiva de las situaciones de dependencia es ilusorio y seguramente impracticable si se busca la contención del conflicto social y un mínimo de bienestar legitimador del sistema democrático. Las condiciones de vida digna forman parte del actual nivel civilizatorio alcanzado en la Unión Europea y de los presupuestos objetivos o materiales del régimen democrático de Estado Social de Derecho. Lo que se plantea es el papel del Estado democrático en la organización de la sociedad pluralista. El problema, aquí también, tiene carácter estructural para las políticas públicas, porque, en el Estado democrático-social la realización de las políticas redistributivas y de desmercantilización de las necesidades sociales fundamentales constituye un principio de legitimación material del propio sistema, tal y como es ya percibido por la ciudadanía⁸. No es un dato alentador el hecho de que nuestro país tiene un nivel de gasto social muy inferior a la media de los países de la Unión Europea (8 puntos del PIB menos), siendo así que lo pertinente sería una orientación hacia un nivel de gasto social equivalente a la media europea.

La nueva dinámica del capitalismo desarrollado conduce a lo que podría llamarse un nuevo *ascenso de la inseguridad social* en las sociedades contemporáneas y aquí podría preguntarse si el Estado tiene todavía un rol que cumplir en esta nueva coyuntura o más bien, porque no parece fácil pensar en que no tenga un papel fundamental, preguntarnos qué función debería tratar de cumplir el Estado en ella; cuestión ciertamente muy difícil. Precisamente el Estado social se ha caracterizado por la lucha contra la inseguridad social. La inseguridad *social* es encontrarse a merced del más mínimo inconveniente serio de la existencia. Cuestión distinta es la constatación de que sería actualmente necesario reformular el sistema de protección social que se construyó bajo el capitalismo industrial y para hacerlo en los orígenes frente a la cuestión social obrera, con la formación de un estatuto jurídico-protector del trabajo asalariado. La cuestión se sitúa en el conflicto existente entre el “reformismo liberal” (que defiende la reducción de la protección social pública) y el “reformismo democrático-social”, que trata de renovarse con la propuesta de un forma de Estado social (Estado del bienestar positivo o proactivo, superando la idea de un Estado del Bienestar considerado tan sólo como una máquina de indemnizar o reparar; y actuar preventivamente) y un Estado social que articule una nueva armonización y protección social en el ámbito de la regulación de los mercados de trabajo. Se

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm.19, 1995, pp. 7-46.

ha señalado que un trabajador experimenta a lo largo de su vida activa varios cambios de empleo, con periodos de inactividad que alternan con periodos de actividad laboral. Esta situación supone que el estatuto del empleo no continúe siendo un soporte suficiente como para asegurar la protección del conjunto de los trabajadores, porque con la pérdida del empleo es posible que se desvanezca también esos derechos vinculados al trabajo. Un caso significativo es el de los desempleados de larga duración, que pueden quedar en situación de desprotección social. De ahí que se ha pensado en la forma de transferir las protecciones vinculadas al estatuto del empleo a la persona del trabajador, que conservaría así sus derechos, aunque llegara a perder su empleo o atravesara un período de alternancia entre ellos. Por otra parte esta nueva situación le obligaría a reciclarse para poder volver a tener uno. De esta manera el trabajador podría ser móvil, como se pide, y cambiaría de empleo sin perder sus derechos. En el fondo la idea de esta transferencia de protecciones es asegurar una trayectoria de trabajo aún si está caracterizada por discontinuidades o rupturas en su duración. Por lo tanto, según cierto número de propuestas se desarrollan actualmente, se trataría de darle un estatuto protector al “trabajador móvil” o “flexible”. El problema es si con esta reformulación el Estado lo que hace es reforzar nuevamente su política de apoyo a la reorganización de las empresas, procediendo a exteriorizar parte de los “costes” socio-económicos de las políticas de flexibilidad laboral en un contexto de competitividad empresarial. La misma ley de dependencia podría desvirtuarse si se traduce en un simple instrumento “compensador” y de “amortiguación” de las políticas públicas de reforma liberal tanto del Sistema de Seguridad Social como de la legislación laboral, que conforman el estatuto jurídico protector correspondiente al modelo de “ciudadanía social”. Hay fijar la atención en el hecho de cómo efectivamente se está produciendo un crecimiento exponencial de los mecanismos asistenciales complementarios (internos y externos al Sistema administrativo de la Seguridad Social): pensiones no contributivas, rentas mínimas de inserción (con un modelo autonómico de ingreso de ciudadanía social).

Por lo pronto, admitido el papel desmercantilizador del Estado social⁹ es obvio que en la dialéctica pública (socialización de los riesgos y situaciones de necesidad relevantes) y privada (privatización de los mismos) debería prevalecer la primera opción, y desde este paso construir un Sistema que combine el sistema público y el sistema privado.

2º). En segundo lugar, está el marco de referencia representado por una *reforma estructural* del Sistema de Seguridad Social, en la que se insertaría la Ley de protección de las situaciones de dependencia; y de la liberalización controlada de los mercados de trabajo (desestabilización y vulnerabilidad de la condición salarial). Es decir, una reforma del Sistema público, que sin cuestionar su existencia en sí, va más allá de su consolidación y perfeccionamiento. Se reforma desde dentro (racionalización económico-financiera y gestora; y su traducción en la contención del gasto público y el crecimiento proceso de asistencialización de la Seguridad Social) y desde fuera (ampliación del espacio del mercado de la previsión; potenciación de los instrumentos de previsión privada). La dirección de política del Derecho camina hacia la implantación hacia un modelo normativo de Seguridad Social Asistencial de Mínimos de Cobertura protectora y hacia un incremento de los Instrumentos de Previsión Privada, que tienden a abarcar cada vez más ámbitos de los niveles profesionales de protección social). Sin embargo, no se ha dado el paso hacia una reforma estructural “radical”, que supusiera la plena sustitución del sistema público (señaladamente, en la rama de las pensiones) reparto por el sistema privado de capitalización o el trasvase parcial de parcelas completas de Seguridad Social hacia sistemas de capitalización privada. Lo que se ha consagrado en fase de

⁹ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, pp. 27 y sigs. (la desmercantilización como objetivo de la política social moderna), 45 y ss. (La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado): MONEREO PÉREZ, J. L.: “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 220-294.

transición de ciclo largo es una suerte de Sistema Mixto de Protección Social Global, que comprende un Subsistema público básico (por el momento, el más importante del Sistema) y un Subsistema privado (en evidente expansión, en detrimento del público y comprendiendo nuevos espacios previsores).

El resultado de todo lo anterior (unificando factores sociales y políticas de reforma social) es el incremento de las situaciones de necesidad de los ancianos y el mayor riesgo de pobreza y exclusión social en la vejez, dado el incremento de las expectativas de vida.

Afrontar el problema de la dependencia requiere la articulación de distintas técnicas de protección específica y de una adecuada coordinación de las intervenciones realizadas por la Comunidades Autónomas. Al igual que ha acontecido más recientemente con el Ingreso Mínimo Vital¹⁰, el problema muchas veces reside no tanto en la regulación sustantiva, sino más bien en el problema práctico de contar con los mecanismos adecuados para que se ejercite y se materialice el derecho subjetivo reconocido en ambos sistemas prestacionales como elemento de ciudadanía social¹¹. Por ello hay que atender a la facilitación de los procedimientos y a evitar las largas listas de espera que hacen inoperante el reconocimiento del derecho subjetivo de carácter social.

No obstante, para ello el sistema normativo regulador adolece de déficits importantes, ya detectados originariamente por la doctrina, y que se han ido agravando con el tiempo. Por un lado, la Ley 39/2006, no fue convenientemente desarrollada y eso generó numerosos problemas respecto al régimen jurídico de la protección social pública ante las situaciones de dependencia; y por otro, la experiencia de las Comunidades Autónomas muestra una enorme diversidad en el compromiso con la garantía de la protección social de la dependencia, e incluso en las que ese compromiso es mayor se establece, a menudo, excesivas trabas burocráticas y largas listas de espera, que suponen una forma silenciosa de negar la efectividad del derecho subjetivo a la protección a las personas en situación objetiva de necesidad por dependencia. Por otra parte, tampoco se puede desconocer la influencia que ha tenido el diseño jurídico e institucional del modelo legal de la dependencia que ha rehusado articularlo al margen del Sistema institucional interna de la Seguridad Social NO contributiva (aunque ni la Constitución ni las normas internacional ratificadas por nuestro país impedirían su inclusión en el nivel contributivo como es el caso paradigmático del modelo alemán). No se ha utilizado la vía del artículo 149.1.17ª de la Constitución, lo que ha debilitado, sin duda, las garantías de efectividad de este nuevo derecho social de “desmercantilización”¹². Su desarrollo no hubiera impedido la

¹⁰ Véase Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital; la versión originaria “fundacional” es la del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital (versión consolidada del BOE A 30 de septiembre de 2020; BOE núm. 154, de 1 de julio de 2020). Para un estudio completo desde el texto originariamente aprobado, y sus reformas posteriores, véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital en el Sistema de Protección Social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, 2021. Para los orígenes de esta institución jurídica y sus fundamentos, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la Renta Mínima a la Renta Básica*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 31 y ss., y 57 y ss., Capítulo 3.3. (“La propuesta de *lege ferenda* de crear una renta mínima garantizada a nivel estatal...”), pp. 107-120; *Ibid.*, “El derecho social al ingreso mínimo vital”, en *Revista Temas Laborales*, núm.158 (2021), pp. 45-117.

¹¹ La construcción jurídica para este tipo de prestaciones, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 159 y ss. Más específicamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Modelo de Protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, en *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 276-277, 2006-2007.

¹² Para la configuración técnica de los derechos sociales prestacionales como derechos de desmercantilización, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 159 y ss.; *Ibid.*, “Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración*

competencia funcional de las comunidades autónomas en lo que se refiere a asumir una legislación no básica, desplegada a partir de la legislación básica del Estado. De hecho también en el art. 149.1.1 CE se exige -aunque con menor intensidad- establecer un estándar mínimo de homogeneidad de prestaciones que garanticen efectivamente los principios de igualdad y de solidaridad social en la regulación del derecho de las personas en situación de dependencia en todas las Comunidades Autónomas.

Por el momento, *dependencia y espera* de atención van juntos disfuncionalmente. La Pandemia Covid-19 no hizo sino poner de relieve el “estado de situación” crítica de modelo de regulación y la necesidad, primero de mejorarlo y racionalizarlo, y después seguramente de redefinirlo completamente a través de una implicación cada vez mayor del Estado; una mayor implicación estatal que no sea “expropiatoria” de competencias autonómicas funcionales en la materia. La realidad, es que se han venido produciendo reformas regresivas (a partir de la crisis económica de 2008) con medidas varias y la suspensión en 2012, 2013, 2014 y 2015 de la aplicación de los artículos 7, 8 (letra 2, apartado a), 10 y 32 (apartado 3), la disposición transitoria primera, etcétera, de la Ley 39/2006. Hay que tener en cuenta que a pesar de la utilización del título competencial ex art. 149.1.1ª de nuestra Norma Fundamental no se dictó verdaderamente una legislación básica sobre topes o límites a los gastos de gestión administrativa en los que incurrían las Comunidades Autónomas. Además, son obvias las malas prácticas de algunas Comunidades Autónomas, entre otros factores negativos que ejercen una fuerza disruptiva del modelo¹³.

No es de extrañar que se hable de un “asfijado” sistema de dependencia y que cada partida de ingreso presupuestario del Gobierno se perciba como “una inyección de esperanza”¹⁴.

La situación agravada con la Pandemia del Covid-19 (el desastre del modelo de atención residencial¹⁵, intensamente privatizado en su gestión) determina la aprobación del Plan de Choque

universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y político, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes, MONEREO Atienza, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. Y Coords.), Granada, Comares, 2014, pp. 445-514.

¹³ En este sentido, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, pp. 78-79.

¹⁴ Sería suficiente ver titulares de la prensa como “El asfijado sistema de dependencia recibe una inyección de esperanza”, en Diario *EL País*, Miércoles 16 de enero de 2019.

¹⁵ Véase la Resolución de 28 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, “sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”: <https://www.boe.es/boe/dias/2022/08/11/pdfs/BOE-A-2022-13580.pdf> En el Preámbulo de esta Resolución se indica que La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante «la LAPAD»), en su artículo 34.2, encomienda al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante «el Consejo Territorial») la fijación de criterios comunes sobre acreditación de centros, servicios y entidades. La acreditación de centros, servicios y entidades que actúen en el ámbito de la autonomía personal y de la atención a la dependencia, tiene por finalidad garantizar el derecho de las personas en situación de dependencia a recibir unos servicios de calidad y ello con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan (artículo 4.1). La competencia para acreditar centros, servicios y entidades corresponde a las Comunidades Autónomas en su ámbito competencial, tal y como reconoce el artículo 16 de la LAPAD, si bien se encomienda al Consejo Territorial la fijación de criterios comunes de acreditación (artículo 34.2). En base a esta encomienda, el Consejo Territorial en su reunión del día 27 de noviembre de 2008, acordó unos criterios comunes sobre acreditación para garantizar la calidad del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD), que, entendiéndose como mínimos, han informado hasta ahora la legislación y reglamentación autonómicas. Posteriormente dicho acuerdo ha sufrido diversas modificaciones generalmente dirigidas a lo referido a las cualificaciones profesionales y a los procesos de habilitación. Con fecha 15 de enero de 2021, el pleno del Consejo Territorial aprobó el denominado «Plan de choque», que contiene doce puntos para la mejora del sistema, uno de los cuales iba referido a la necesidad

2021-2023, con la finalidad de impulsar la sostenibilidad y la efectividad del sistema institucional de protección de la dependencia. El estado de situación crítica resultante de la ineficacia y del recorte de los recursos es apreciado en el Informe de Evaluación pertinente¹⁶. Lo cual se hace acompañar a los fines de garantía de efectividad de un procedimiento simplificado que pretende aligerar las trabas burocráticas y reducir drásticamente las listas de espera¹⁷.

Se ha iniciado un proceso de reformas garantistas, una parte realizadas y otras más importantes pendientes aún a través del Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 39/2006, de dependencia (de 2 de septiembre de 2022, a iniciativa del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030).

En el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España (2020), entre las “Diez políticas palanca de reforma estructural para un crecimiento sostenible e inclusivo”, se recoge la número 8 (“*Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo*”), en la que se plantea que “la mejora del funcionamiento del mercado laboral español es un objetivo crucial para el bienestar económico y social. La combinación de alta tasa de paro estructural y la segmentación entre trabajadores temporales e indefinidos y entre empleados a tiempo completo y tiempo parcial involuntario son debilidades estructurales. Asimismo, la tendencia a que los ajustes ante situaciones económicas adversas se hagan reduciendo la plantilla, afectando de manera desproporcionada a los trabajadores menos protegidos, es problemático: no sólo genera precariedad para los afectados, sino que merma, además, la productividad del conjunto de la economía y provoca dinámicas adversas en el mercado laboral que limitan la igualdad de oportunidades y el crecimiento de los salarios”. Seguidamente se hace notar que: “Además, la pandemia ha demostrado la importancia de situar a las personas en el centro y ha supuesto un reconocimiento de tareas imprescindibles para el funcionamiento de la sociedad. En este sentido, se ha demostrado la necesidad de reforzar la economía de los cuidados, desde la atención a las personas dependientes o vulnerables, al cuidado de nuestros mayores, que se han visto expuestos de manera más importante a lo peor del virus. En este contexto, es imprescindible articular un plan específico que vuelva a situar a las personas en el centro de la economía, poniendo en valor lo que puede aportar cada generación al conjunto de la sociedad y asegurando que nadie queda atrás ni al margen de la sociedad, y valorando adecuadamente las tareas de cuidados y los servicios sociales, así como el potencial de generación de empleo que supone. Para ello, este Plan incluye: 22. Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión, para desarrollar en particular nuevas redes de teleasistencia, modernizar los sistemas de atención a personas dependientes y desarrollar nuevas infraestructuras residenciales que faciliten la autonomía de cuidados de larga duración de las personas mayores y dependientes, y la orientación del modelo residencial hacia un modelo más desinstitucionalizado, centrado en la atención a las personas, y mejor conectado con la red de Atención Primaria de Sanidad. La pandemia ha puesto de manifiesto también la necesidad de reforzar y modernizar los servicios sociales, promoviendo la innovación y el uso de nuevas tecnologías. Asimismo, el “Plan España País Accesible” promoverá la accesibilidad universal

de abordar «las modificaciones del Acuerdo de acreditación de centros y servicios del SAAD de 2008 que sean necesarias para reforzar la calidad de los servicios». De esta forma, con fecha de 26 de julio de 2021, el pleno del Consejo Territorial aprobó el Acuerdo de bases y hoja de ruta para la modificación de los criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En el mismo se reconocía la necesidad de revisar y reformular el acuerdo vigente en ese momento desde 2008 hacia un nuevo texto que garantizara la calidad de los centros y servicios.

¹⁶ Véase RODRÍGUEZ CABRERO, G. Y MARBÁN GALLEGU, V. (Coords): *Informe de Evaluación del Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (SAAF)*, Madrid, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2022. Es un Informe excelente de 578 páginas, enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Disponible en https://sid-inico.usal.es/wp-content/uploads/2022/09/estudio_evaluacion_saad.pdf

¹⁷ Véase MALDONADO MOLINA, J.A.: “La simplificación del procedimiento para el reconocimiento del grado y prestaciones por dependencia”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 28, Diciembre de 2022, pp. 27-45.

en todos los ámbitos, y el “Plan España te Protege” extenderá los servicios de atención integral a todas las potenciales víctimas de todas las formas de violencia contra las mujeres”¹⁸.

El *Componente 22* (“*Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión*”) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España contempla un detenido desarrollo de medidas a adoptar¹⁹.

Dicho *Componente 22* incorpora un conjunto de Principales retos y objetivos:

- a) Principales retos abordados por el componente: uno de los elementos estratégicos del Plan de Recuperación y Resiliencia de España ha de ser el reforzamiento de las políticas de cuidados y, en general, de los servicios sociales, promoviendo su modernización. En este marco, el primer reto concreto que se abordará es reforzar las políticas de atención a la dependencia e impulsar el cambio en el modelo de cuidados de larga duración, promoviendo servicios que refuercen una atención más centrada en la persona e impulsando la desinstitucionalización. Reforzar la mejora de la calidad de los servicios sociales, y su adecuación a los perfiles de la población y a la evolución de sus necesidades, requiere una nueva Ley Marco estatal, mejorar la formación especializada de los y las profesionales y la innovación en los sistemas de información, para dar respuestas eficaces a una población con necesidades de respuestas rápidas y globales. Es necesario un cambio de modelo en la forma de provisión de los servicios sociales, que garantice no solo el cumplimiento de los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, sino un fortalecimiento en la forma de entender la protección social desde la inclusión social como derecho de ciudadanía. En este sentido, también será importante el refuerzo de las políticas de garantía de rentas, así como la mejora de la protección de las familias (reconociendo su diversidad) y la inversión en la infancia y en la adolescencia, para romper el ciclo de las desventajas sociales. La atención integral de las personas más vulnerables requiere de un conjunto de políticas que permitan su plena inclusión social y laboral. Este nuevo modelo de inclusión que surge a partir del Ingreso Mínimo Vital permite abordar varios retos, como mejorar el sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado, fomentar la activación laboral de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital y evitar la “trampa de la pobreza”, y fomentar la coordinación y la gobernanza entre los agentes relevantes para la política de inclusión. Igualmente, un principio básico de este enfoque basado en los derechos sociales ha de ser garantizar la igualdad en el acceso a todo tipo de servicios para todas las personas, por lo que una parte de las inversiones se destinarán directamente a reforzar la accesibilidad universal. El reto del «Plan España te protege contra la violencia machista» es extender y hacer accesibles los servicios de atención integral, cumplir con los estándares internacionales y el ordenamiento jurídico actual y prever la resiliencia de los servicios ante futuras crisis. Finalmente, la reforma del sistema de atención humanitaria y acogida para solicitantes y beneficiarios de protección internacional se encuadra en el objetivo de apoyo a largo plazo para desarrollo de capacidades e infraestructuras destinadas a la recepción de recién llegados y procedimientos de asilo contemplados en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo. Los dos retos fundamentales a los que responde son el incremento de la capacidad y flexibilidad del sistema de acogida para ajustarla al tamaño actual de la demanda, así como reforzar la eficiencia del sistema en su dimensión prestacional. Este componente tiene una estrecha relación con otros componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Entre los vínculos más destacados figura la relación de la teleasistencia con las

¹⁸ Presidencia del Gobierno Madrid, octubre de 2020. Disponible en https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf

¹⁹ Desarrollado en 82 páginas. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente22.pdf>

reformas que se llevan a cabo en el componente 18 (Renovación y ampliación de las capacidades del SNS) y en el componente 15 (Conectividad digital, impulso a la ciberseguridad y despliegue del 5G); el vínculo entre los objetivos formativos de este componente y los que figuran en el componente 20 (Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional); la sincronía de los objetivos de mejoras en la eficiencia energética de las infraestructuras residenciales de este componente con los objetivos de rehabilitación de edificios públicos de los componentes 2 (Rehabilitación de vivienda y regeneración urbana) y 6 (Movilidad sostenible, segura y conectada); y la relación entre las reformas relacionadas con las políticas de garantía de rentas, prestaciones no contributivas e inclusión con los componentes 23 (Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo) y 28 (Adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo XXI).

- b) Objetivos Mediante estas reformas e inversiones se alcanzarán los siguientes objetivos: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: 6
1. Mejorar la atención a la dependencia, introduciendo reformas que simplifiquen los procedimientos y reduzcan las listas de espera, refuercen la calidad de los servicios profesionales y las condiciones laborales y aumenten la cobertura de las prestaciones.
 2. En coherencia con las Directrices Comunes Europeas para la transición de la Atención Institucional a la Atención Comunitaria, transformar el modelo de apoyos y cuidados de larga duración, avanzando en un proceso de desinstitucionalización y promoviendo el desarrollo de servicios comunitarios.
 3. Promover la inclusión real de personas mayores, personas con discapacidad y personas dependientes mediante entornos facilitadores, en los que no haya obstáculos a la participación real de las personas.
 4. Facilitar que las personas con dependencia puedan seguir desarrollando su vida en su domicilio, y aumentar los equipamientos compatibles con el modelo de atención centrada a la persona para quienes precisen ser atendidos fuera de él.
 5. Mejorar el marco normativo estatal del sistema de servicios sociales y de la política de protección a las familias, en sus distintas formas.
 6. Innovar en materia de servicios sociales, promoviendo el uso de nuevas tecnologías al servicio de la simplificación de la gestión y el aumento de la calidad de la atención, la mejora de los sistemas de información, la dotación de herramientas que favorezcan la identificación de necesidades de atención y las mejores respuestas, la actualización de los profesionales y la cohesión de servicios en el territorio.
 7. Mejorar los servicios de protección de la infancia y adolescencia, rompiendo los ciclos de desventaja social.
 8. Promover la accesibilidad universal en todos los ámbitos donde existen barreras que impiden la participación plena de todas las personas en condiciones de igualdad.
 9. Extender y hacer accesibles los servicios de atención integral a todas las potenciales víctimas de todas las formas de violencia contra las mujeres.
 10. Garantizar la atención a las mujeres de todo el territorio, con especial atención a las que tienen menos recursos, servicios y acceso. Vertebración territorial para facilitar la cohesión social y la garantía de derechos de todas las ciudadanas.
 11. Mejorar las oportunidades de las mujeres (las víctimas y potenciales víctimas), facilitando la igualdad y contribuyendo al cumplimiento del Pilar Europeo de Derechos Sociales.
 12. Reformar el sistema español de acogida de atención humanitaria y solicitantes y beneficiarios de protección internacional para ajustar su capacidad a las necesidades reales, y maximizar su eficacia y capacidad de inclusión.
 13. Apoyar el crecimiento inclusivo reduciendo la desigualdad de la renta y las tasas de pobreza extrema y moderada, a través del Ingreso Mínimo Vital y la reorganización del sistema de prestaciones no contributivas. Para ello se apoyará el desarrollo de políticas públicas basadas en la evidencia y orientadas a la consecución de resultados, la implantación de un sistema de evaluación permanente de la política pública, y la mejora de la eficiencia y la eficacia de las políticas públicas, así como la concentración de los recursos en las personas en situación de vulnerabilidad.

Por su parte, el plan de choque de 15 de enero de 2021 (conforme a lo previamente acordado el 14 de enero de 2021 en la Mesa de Diálogo social) se ocupa también de la *lista de espera* y el 20 de abril de 2021; el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD, aprobó el Plan de Reducción de la lista de espera en el SAAD²⁰. En dicho plan se deja claro que “esencialmente, el objetivo común es la reducción paulatina del número de expedientes que permanecen en espera de valoración o de percepción de prestaciones y servicios mejorando además los tiempos de tramitación”.

Entre las *medidas concretas* en ocho bloques, considerando que dan respuesta más directa a algunos de los problemas que se han presentado:

- Medidas generales de simplificación procedimental.
- Medidas cuyo objeto es simplificar procedimientos de valoración de grado y reconocimiento de prestaciones y servicios, siempre dentro del marco común y con la finalidad de buscar mayor agilidad. Pueden requerir desarrollos normativos.
- Medidas de integración de procedimientos administrativos y técnicos. Van en la línea de integrar los procesos de valoración y PIA, como ya ha hecho algunas comunidades autónomas, de forma que se reduzcan los pasos de procedimiento administrativo. También pueden requerir desarrollos normativos.
- Medidas dirigidas a sistemas y desarrollos de soportes informáticos. Creación de nuevas funcionalidades informáticas, implementación de fórmulas de interoperabilidad de datos, aplicaciones de gestión integral de expedientes, etcétera.
- Medidas dirigidas al reforzamiento de recursos humanos en los procesos de gestión. Incremento del personal administrativo de las unidades de gestión que articulan los procedimientos y que dan soporte.
- Medidas organizativas dirigidas al reforzamiento de recursos humanos en los procesos de valoración. Incremento y/o reorganización del personal técnico de valoración de grado, elaboración PIA, revisión de expedientes y seguimiento de atenciones.
- Incremento de inversión en recursos técnicos y materiales. Inversión en medios al servicio del personal técnico y administrativo. Pueden ser muy variados, desde equipos informáticos a medios para facilitar las visitas domiciliarias.
- Medidas dirigidas a la ampliación de la disponibilidad real de servicios y prestaciones. Incremento de plazas en servicios deficitarios / necesarios, ampliación de intensidades, etc. que mejoren la capacidad real de atención y permitan la agilización de PIA efectivo.
- Medidas dirigidas a la calidad de datos SISAAD (supresión de duplicados, disminución de incidencias, etc.) Medida desarrollada desde el Imserso mediante un servicio permanente para revisión y depuración de expedientes en SISAAD dirigido a todas las comunidades autónomas que será llevada a cabo por equipos mixtos Imserso-Comunidades²¹.

²⁰ <https://imserso.es/documents/20123/97064/acuerdolistaespera20210430.pdf>

²¹ Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD, aprobó el Plan de Reducción de la lista de espera en el SAAD <https://imserso.es/documents/20123/97064/acuerdolistaespera20210430.pdf>, 63 pp. en particular pp. 9-11- Para las particularidades procedimentales en Andalucía, véase MALDONADO MOLINA, J.A.: “La simplificación del procedimiento para el reconocimiento del grado y prestaciones por dependencia”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 28, 2022, pp. 27-45.

2. EL MODELO NORMATIVO VIGENTE DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA

La dependencia como situación de necesidad específica exige una reflexión sobre los nuevos derechos sociales a ella anudados. La dependencia es un tipo de situación de necesidad (más que de riesgo) muy distinta a los riesgos que atendían los clásicos seguros sociales obligatorios y la Seguridad Social construida sobre sus hombros. Es un fenómeno complejo, que exige una categorización muy perfilada. Atiende a situaciones individualizadas de riesgo; se desvinculan en gran medida del trabajo profesional. Es decir, atienden a una nueva expresión de la cuestión social de nuestro tiempo. De forma simétrica a las transformaciones operadas en los Sistemas de Seguridad Social hacia la asistencialización, se puede decir que existe un desplazamiento de la noción de riesgo social a la de situación de necesidad dentro del sistema público de protección social²². En ese proceso se enmarca la situación específica de dependencia.

En verdad, en la coyuntura actual concurren dos factores estructurales relevantes, cuya confluencia ha determinado la configuración de *una nueva situación de necesidad social*. Por un lado, un *factor biológico*, consistente en el aumento de la esperanza de vida, aumentando las enfermedades que causan dependencia; y un *factor social*: las nuevas estructuras familiares, en las que la mujer deja de ocupar el papel exclusivo de cuidadora y el número de hijos desciende haciendo inviable la atención familiar a los dependientes. Es así que la dependencia como *situación de necesidad específica* se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por su falta de autonomía (o ésta está muy mermada), y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales (familiares o institucionales). Esta emergencia de una nueva situación de necesidad diferenciada, determina en sí la insuficiencia y el carácter inadecuado del modelo indiferenciado de protección pública de las situaciones de dependencia, que era el modelo normativo inmediatamente precedente a la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante, LAAD). De manera que el fenómeno social de la dependencia no es, desde luego, enteramente nuevo, pero sí generalizado y más relevante como tal desde el punto de vista de la política jurídica de protección social.

Es cierto, que en el Estado social y democrático existe un imperativo de igualdad y autonomía derivada de la que se ha dado en llamar «revolución de la ciudadanía», que tiende a crear una sociedad de iguales, delimitada de algún modo antropológicamente. Por lo demás, las situaciones de dependencia como nueva situación de necesidad no hacen sino reforzar la condición del ser humano como ser dependiente, al incrementarse el grado de dependencia de unas personas con respecto a otras. En una sociedad civilizada debe concederse la posibilidad de compartir lo que se dispone con aquellos que lo necesitan. En realidad, los seres humanos son «racionales y dependientes» para llegar a ser agentes racionales e independientes. La filosofía moral moderna ha puesto un gran énfasis en la autonomía del individuo, en su capacidad para formular elecciones independientes. Pero es preciso añadir que las virtudes de la actuación racional independiente tan sólo se pueden ejercer de modo adecuado si están acompañadas de las virtudes de reconocimiento de la dependencia, situadas en el marco de una concepción democrática del bien común. La organización de la sociedad debe impedir que el individuo sea cautivo del entorno, garantizando una existencia humana digna. El Estado -sin perjuicio de otras formas de solidaridad- ha de ser capaz de proporcionar a sus súbditos una mínima seguridad frente a las situaciones de necesidad. El Estado social puede proporcionar los medios para eliminar los obstáculos que impiden alcanzar los objetivos humanitarios de realización plena

²² La redacción del art. 41 CE resulta harto significativa de ese desplazamiento de estados sociales y de categorías jurídicas MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M.N. (Coord.) Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.

de la autonomía y la independencia del individuo. Las otras instancias de provisión del bienestar social tendrán que hacer su tarea correspondiente, adicional o complementaria, para luchar contra la dependencia y la vulnerabilidad.

La cuestión social es una expresión lanzada a fines del siglo XIX que remite a las disfunciones de la sociedad industrial naciente. Los fenómenos actuales de exclusión o de dependencia no remiten a las categorías antiguas de la explotación del trabajador. Así, ha hecho su aparición una nueva cuestión social. El Estado Social se desarrolló históricamente sobre la base de un sistema asegurador en el cual las garantías sociales estaban ligadas a la introducción de seguros obligatorios que cubrían los principales riesgos de la existencia (enfermedad, desocupación, jubilación, invalidez, etcétera). Actualmente se está produciendo un agotamiento de ese sistema clásico. Un cambio en las formas de organización de la solidaridad. Se debe afrontar el problema de hacer concordar el principio de solidaridad (la sociedad tiene una deuda para con sus miembros) con el principio de responsabilidad (cada individuo es dueño de su existencia y debe hacerse cargo de sí mismo). Este paradigma asegurador, sustrato indisociablemente técnico e ideológico del Estado Social, es el que está agotándose actualmente. La fuerza de la idea original de Seguridad Social, tal como había sido formulada y puesta en práctica en países como Alemania, Francia, Italia y España, respondía a una lógica jurídica explícita: permitía concebir de manera coherente un abanico muy amplio de problemas sociales incluyéndolos en la categoría homogénea del riesgo. Incluso la vejez (a pesar de su carácter no aleatorio) era comprendida como un riesgo social, desde el momento en que se la aprehendía a partir de la pérdida de ingresos que ocasionaba. Esta categoría unificadora del riesgo perdió mucho de su pertinencia. Lo social ya no puede aprehenderse únicamente en términos de riesgo, sino ante todo como «situación de necesidad». En realidad, lo que se puso en práctica es una técnica de racionalización y de «ingeniería social» para la gestión de lo social.

Es discutible que la dependencia (nueva dimensión de «lo social») pueda ser concebida como un riesgo en sentido clásico: no estamos, desde luego, ante la simple discapacidad, ni ante la mera enfermedad, pues la dependencia -salvo casos peculiares- no es un fenómeno aleatorio. Esta situación de dependencia pluricausal, encuentra su lógica de protección a través de un modelo de solidaridad nacional general de tipo universalista. La técnica social aseguradora aparece así como poco adaptada al tratamiento de un problema de esta naturaleza. En materia social, el concepto central es hoy día mucho más el de precariedad o vulnerabilidad (que acentúa la inseguridad de la existencia) que el de riesgo. No obstante, la admisibilidad técnica y político-jurídica de modelos como el alemán, que se basan en una típica técnica de previsión social. Es lo cierto que los instrumentos tradicionales de «gestión de lo social» (el seguro social lo fue, y pervive en la lógica del ámbito contributivo del Sistema de Seguridad Social) están al mismo tiempo desfasados. Los países con modelos bismarckianos tienden a vencerse hacia fórmulas universalistas fundadas en la ciudadanía. Todos los modelos europeos se inclinan cada vez más hacia la valoración de la ciudadanía social. Esta evolución tiene una consecuencia insoslayable y que afecta a la estructuración de la financiación: el deslizamiento progresivo hacia el impuesto de una parte de la financiación del Estado Social. La tendencia a sustituir la figura del asegurado social por la del contribuyente. Ruptura de los «modelos corporativos» (en gran medida profesionalistas) de Seguridad Social. Emergiendo un nuevo capítulo del proceso de asistencialización²³.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las situaciones de dependencia desde una perspectiva jurídico-social y crítica” (Capítulo II), en VV.AA.: *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*; MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A. Y RUBIO HERRERA, R. (Dir.), Granada, Comares, 2014; MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N., MALDONADO MOLINA, J.A., Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: *La protección jurídica de las situaciones de Dependencia. Estudio Sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Comares, 2007; MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MALDONADO MOLINA, J.A., Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2014 (1ª ed., 2010); SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) Y CHARRO BAENA, P.

Se ha producido, igualmente, de modo paralelo y simultáneo, la individualización de lo social. En este sentido se transita de las «poblaciones» (relativamente homogéneas) a las situaciones particulares. El Estado Social (y su Sistema de Seguridad Social) estaba bien organizado para tratar los problemas de las poblaciones relativamente homogéneas, de grupos o clases. La noción de «población protegida» ha venido siendo una técnica específica de organización de la protección pública. Sin embargo, aparte de las poblaciones el sistema público tiene que dar cuenta de la protección de individuos singularmente considerados, y en atención a situaciones específicas. Es el caso de las personas dependientes, cuya situación queda marcada por factores no vinculados ni directa ni fundamentalmente a rasgos socioprofesionales. Lo que les aproxima es ese estado permanente en que se encuentran las personas que por distintas razones precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. Es por eso que no constituyen ni una comunidad social ni un grupo estadístico en el sentido de la técnica del seguro; o, acaso, tan sólo eso, precisamente despojada de la idea de «grupo» en sentido estricto. Es ahí donde emerge con relevancia las nociones de precariedad y vulnerabilidad. Sirva como ejemplo de ello, la idea de individualización del tipo y morfología de la prestación y programa individualizado de atención para las personas dependientes. El art. 29 de la Ley 39/2006 establece el «Programa individual de atención» («En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas, del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente»). Por su parte, el art. 26.1 del mismo texto legal, establece los grados de dependencia necesariamente individualizados; además, cada uno de los grados se clasificarán en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere (apartado 2 del art. 26). El art.3.f) de la LAAD establece, significativamente, como uno de los principios inspiradores de la Ley “la personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de disminución o menor igualdad de oportunidades”.

La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez se enmarca en esa reflexión global y de dimensiones más estructurales. En todo caso, la protección específica de la dependencia tiene un entronque constitucional en la solidaridad y equidad como principio básico del constitucionalismo del Estado Social, y con la proyección de ese principio en el campo de los derechos sociales (9.2, y el grupo normativo formado por los artículos 41, 43, 49 y 50 de la CE; y el mismo Sistema de los Tratados de la Unión Europea -tal como resulta de la reforma realizada por el Tratado de Lisboa-, que la contempla expresamente en los artículos 2 y 3.5 como fundamento de la protección social). En el Texto Constitucional el principio constitucional de solidaridad aparece como un elemento de cohesión social que permita una participación efectiva de todas las personas en la vida social y económica. Es una llamada a la idea base de una constitución social cuyo eje se articula en la realización plena de la triada de derechos de ciudadanía.

(Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2008; DURÁN BERNARDINO, M.: *La protección de las personas en situación de dependencia. Balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, Granada, Comares, 2015; VV.AA.: *Protección social de las personas dependientes*, GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y QUINTERO LIMA, M.ª G. (Coords.), Madrid, La Ley, 2004; ROQUETA BUI, R. (Coord.): *La protección de la dependencia. Comentario a la Ley 39/2006, sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017; MARAÑÓN, M.L.: *Dependencia (long Term Care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2017.

En la construcción de los modelos de protección de la dependencia existen dos cosmovisiones ideal-típicas de la dependencia, a saber: bien como nuevo riesgo o bien como nueva situación de necesidad.

A). Los modelos de tradición bismarckiana o de marcada orientación profesional-contributiva, han tendido a captar jurídicamente la situación de dependencia como un nuevo riesgo social. Desde esta perspectiva de la necesidad como riesgo, la satisfacción de la situación de necesidad del sujeto se realiza como derecho social a la indemnización del daño, teniendo en cuenta que el marco de los sistemas evolucionados de Seguridad Social, sólo existe un principio de conmutatividad relativa. La noción de riesgo se residencia en la previsión de un hecho incierto, aleatorio, y tiene por finalidad la compensación del déficit de recursos ocasionado. De ahí que las prestaciones satisfechas tengan una naturaleza eminentemente resarcitoria. Esa concepción de la protección jurídica de la dependencia conduce, desde el punto de vista lógico-jurídico, a un régimen de financiación a través de nuevas cotizaciones sobreañadidas a las clásicas. Entre los países que se sitúan en ese esquema protector cabe destacar a Alemania, Bélgica, Austria y Luxemburgo. De este modo, se protege la situación de dependencia desde los esquemas de la Seguridad Social clásica de tipo continental. Es de señalar, que nuestro país, a pesar de estar encuadrado en esa tradición bismarckiana se ha inclinado por un modelo de protección distinto, como ahora se expondrá.

-Sin embargo, otros países, y no exclusivamente (aunque sí principalmente) los insertos en la tradición cultural beveridgeana, han optado por proteger la dependencia como situación de necesidad específica. Se opta por configurar la necesidad como derecho social universal, aunque sujeto a ciertas condiciones que varían según cada país. En esta lógica se pretende ir más allá, cuando no superar abiertamente, la noción de riesgo (que exige técnicamente la aleatoriedad y que presenta siempre un potencial intrínsecamente excluyente), y desplazarla por el concepto de «situación o estado de necesidad». Para ello Beveridge había propuesto la elaboración de una síntesis virtuosa, consistente en la creación de un sistema de Seguridad Social Asistencial que, sin embargo, no excluía la utilización de la técnica de seguro para la protección de contingencias profesionales, vinculadas a las distintas formas de trabajo profesional (BEVERIDGE, Informes de 1942 y de 1944)²⁴. Se valora el hecho de que la dependencia es una situación objetiva de necesidad independiente del trabajo profesional y que afecta potencialmente la ciudadanía en su conjunto. En este marco se concede una prestación universalista basada en el principio de solidaridad general, no en solidaridades particulares o corporativo-profesionales. La articulación de la protección jurídica de la dependencia a través de un de una prestación universalista configurada como derecho social universal, que debe en cuanto tal recaer en toda la comunidad organizada ha sido la elección realizada por países como el Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Países Bajos y España.

En efecto, el modelo español, de tradición sin embargo continental en la conformación de su Sistema de Seguridad Social, de protección jurídica de la dependencia parece presentar en la regulación de esta materia los rasgos propios y típicos del modelo «Beveridgiano» (todos los titulares de ingresos primarios del trabajo o del capital) renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus ingresos para constituir un fondo que suministrará a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de recursos, ya sea porque no son capaces de atender ese mínimo por sus propios medios (en razón, por ejemplo, de su edad, incapacidad, accidente, enfermedad) o por la imposibilidad de encontrar un empleo cuya remuneración le resulte suficiente), pero también combinándolos con el modelo «paineano» (todos los titulares de ingresos renuncian, obligatoriamente, a una parte de ellos, para constituir un fondo que sirva para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad; la idea

²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015, pp. 279-305. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/62>

de dar a cada miembro de la sociedad un ingreso completamente incondicionado, condujo al ingreso básico o renta de ciudadanía o prestación universal; es la propuesta hecha por Thomas Paine, en la memoria presentada al Directorio «Justicia Agraria» 1796, de gravar la renta de tierras o haciendas, y distribuir el total incondicionalmente bajo la forma de una asignación a destajo atribuida a cada adulto, y una pensión anual uniforme a toda persona que hubiera alcanzado los cincuenta años) de Estado Social²⁵.

Es una mezcla del fundamento ético-valorativo de la solidaridad (Beveridge) y de la equidad (Paine). Pero con la cualidad de que el derecho social universal a la protección por dependencia no es incondicional, pues se «modula» en función de la capacidad económica del sujeto dependiente y de su familia. Pero no se olvide el hecho de que un modelo sea incondicionado no afecta en sí a la existencia jurídica del derecho subjetivo de ciudadanía social. En el modelo alemán (seguro de dependencia contributivo)²⁶, los fundamentos éticos ligan el seguro y la equidad, por intermedio de un tercero, la solidaridad. En el modelo paineano ya no se trata de transferir desde los más afortunados a los desafortunados porque aquéllos podrían un día encontrarse en la misma situación que estos últimos (justificación aseguradora), ni tampoco porque los afortunados hubieran podido encontrarse en la misma situación (justificación en términos de solidaridad o de seguro bajo velo de ignorancia). No, las «transferencias» están aquí requeridas por el simple cuidado de dar a cada uno una parte igual de nuestro patrimonio común en el más amplio sentido (justificación en términos de equidad; equidad: cualidad de tratar con imparcialidad y según un sentido natural de la justicia; cualidad -de una cosa- de ajustarse a la equidad). La prestación universal máxima sostenible no hace sino distribuir tanto como sea posible entre todos, un patrimonio que tiende espontáneamente a ser monopolizado -muy desigualmente- por los que están mejor o más ávidos de aprovecharlo.

La distinción entre los tres modelos institucionales de Estado Social y entre los tres fundamentos normativos que les corresponden, es esencial para comprender el nudo ético de los debates sobre el Estado Social y su futuro, y en este marco para apreciar correctamente en sentido de los cambios que se vienen verificando con la articulación de técnicas protectoras como las Rentas Mínimas de Inserción y ahora la Prestaciones (de servicios y económicas) de protección de la Dependencia. Pero nada se opone -al contrario, todo invita- a que combinemos esos tres modelos institucionales de Estado Social. En todo caso, la equidad del tercer modelo de Estado Social concierne a la *distribución equitativa de los recursos externos*, y una concepción coherente e integrada de la justicia requiere que también sea adecuadamente tenido en cuenta el cuidado de la equiparación de los recursos internos. En otros términos, se trata de maximizar (de manera sostenible) el nivel de la prestación universal, pero sujeto a la restricción de una exigencia de solidaridad (entendida como diversidad no dominada). Esta restricción de solidaridad impone que todos puedan *subsistir* (aunque fuera merced a transferencias condicionadas en forma múltiple) y que al mismo tiempo las personas discapacitadas (o dependientes) se beneficien con *transferencias específicas* (más allá de su prestación universal). Tal formulación tiene como consecuencia, entre otras, que el nivel legítimo de la prestación universal sea nulo en una sociedad que no asegura la subsistencia de todos sus miembros por cualquier medio que sea. Esta

²⁵ Sobre el modelo «paineano», Modelo tributario de la memoria de Thomas Paine titulada *La justicia agraria (1797)*, en *El sentido común y otros escritos*, est., prel., selección y trad., de SORIANO, R. y BOCARDO, E., Madrid, Tecnos, 1990. En este sentido, y en confrontación con otros modelos, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm. 83. Vol. II, 2008, pp. 11-109, en particular 95-101; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la “sociedad del riesgo”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 424-505; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 7 y ss., y 31 y ss.

²⁶ Obra de referencia, al respecto, ARUFE VARELA, A.: *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Barcelona, Atelier, 2019.

derivación indica que con suficiencia el alto grado en que la legitimidad de la emergencia del tercer modelo del Estado del Bienestar depende de la porción del planeta que consideremos.

Hay que reparar en el dato significativo de que actualmente se dispone de *tres nuevas formas de protección social*: a) el ingreso mínimo vital (IMV)²⁷; b) las prestaciones (económicas o en metálico; y en servicio o en especie) de fomento de la autonomía personal y protección de las situaciones de dependencia; c) la renta de ciudadanía (RMI, que, por el momento, en nuestro país se resuelve en un modelo pluralista descentralizado en el Estado Social Autonómico).

3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

3.1. Caracteres fundamentales del grupo normativo regulador

El Sistema Nacional de Dependencia (SND) enlaza con el grupo normativo constitucional formado por los artículos 1, 9.2, 41, 43, 49 y 50 de la CE, en relación necesaria con el art. 10.2 CE, que contempla la apertura constitucional hacia el sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales -entendiendo la expresión en sentido amplio-, incluidos los derechos sociales). Desde el punto de vista conceptual (técnico jurídico o dogmático jurídico) es «Seguridad Social» (integrada por las técnicas de previsión, asistencia social y servicios sociales, que, por cierto, no es una técnica equivalente a la “asistencia social” en *ius strictum*). La opción legislativa reflejada en la Ley 39/2006 parece haber transitado hacia un «Sistema Externo» al formado por el Sistema institucional actual de la Seguridad Social. De este modo nos vemos obligados a servirnos de la noción amplia de «Sistema de Protección Social Pública», donde el Sistema de Seguridad Social actual (nivel contributivo y no contributivo) no sólo está llamado a coexistir con los subsistemas asistencias y de servicios de las CC.AA tradicionales en el proceso de desarrollo de las previsiones constitucionales ex artículos 148 y 149 de nuestra Carta Magna, sino también ahora con el específico SND como un subsistema del Sistema de Protección Social Pública. Es una fase más del proceso de «dilución» de la Seguridad Social como concepto integrador de la distintas técnicas de protección de las necesidades sociales relevantes, en la línea del art. 41 CE (donde ya el texto constitucional fue en cierto sentido inconsecuente porque desmembró la Seguridad Social al escindir la asistencia social y los servicios sociales «externos» creados y organizados por las CCAA).

En el reparto de competencias dentro del Estado autonómico se reclama el art. 149.1.1.^a de la CE²⁸, según el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Lo que dicho precepto permite es la regulación de las condiciones básicas, no la regulación total y homogénea de la materia de que se trate (SSTC 61/1997, de 20 de marzo; 239/2002, de 11 de diciembre). Cuestión distinta a este título de atribución competencial es determinar si estamos ante una Asistencia social Interna al Sistema de Seguridad Social (Seguridad Social Asistencial), ante una Asistencia Social Externa Autonómica o ante una Asistencia Social

²⁷ Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital; la versión originaria “fundacional” es la del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital (versión consolidada del BOE A 30 de septiembre de 2020; BOE NÚM. 154, de 1 de julio de 2020). Para un estudio completo desde el texto originariamente aprobado, véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital en el Sistema de Protección Social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A.R.: “El Ingreso Mínimo Vital, Murcia, 2021. Para los orígenes de esta institución jurídica y sus fundamentos, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la Renta Mínima a la Renta Básica*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 31 y sigs., y 57 y sigs., Capítulo 3.3. (“La propuesta de *lege ferenda* de crear una renta mínima garantizada a nivel estatal...”), pp. 107-120.

²⁸ Y en la Ley 39/2006, no significativamente lo propio con el art. 148. 20 CE (“Asistencia social”).

Externa Independiente, esto es situada, tanto fuera del Sistema de Seguridad Social como al margen de la Asistencia Social Autónoma. Esta tercera opción, intermedia que opera como un «*tertius generus*», parece haber sido la opción de política jurídica adoptada por la Ley de Dependencia: una Seguridad Social *Asistencial Externa* al Sistema Institucional de la Seguridad Social actual. No obstante, lo más adecuado al tipo de situación de necesidad hubiera sido configurarla como una Seguridad Social *Asistencial Interna al Sistema Institucional de la Seguridad Social Actual*, reclamando, por consiguiente, el título competencia ex art. 149.1.17.^a CE. Por el momento, no ha sido esta la elección de política del Derecho corporeizada en la Ley de Dependencia²⁹.

El art. 41 CE configura un modelo abierto de Seguridad Social, dejando un amplio poder al legislador ordinario, en consonancia con la eficacia jurídica que el art. 53.3 CE reconoce. Modelo abierto, pero no neutro. Es precisamente en el carácter amplio con que se formula el ámbito objetivo de protección, es decir, de las situaciones de necesidad a proteger lo que permite fundamentar la protección de una nueva contingencia, la dependencia. El art. 41 CE permite concretar lo que se entiende por Seguridad Social según las exigencias de la comunidad política, de manera que la referencia constitucional a la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, permite en potencia que se incluya dentro de la misma las prestaciones por dependencia como libre elección de política del Derecho. Por su parte, y de forma específica, el art. 50 CE apuesta por una protección integral del colectivo de personas formado por las personas mayores. Respecto al análisis del art. 50 CE, en relación con el sistema de la Seguridad Social, cabe destacar la referencia a pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, en la medida en que estas prestaciones configuran el medio de protección básico de las personas mayores desde este sector del ordenamiento jurídico³⁰. Por su parte, el art.49 CE, establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.

La opción de la Ley de Dependencia ha sido la exclusión de la protección por dependencia del Sistema institucional de la Seguridad Social, sin que a éste le corresponda atender directamente a las situaciones de dependencia. Se crea un sistema autónomo de protección social pública, que deliberadamente no se encuadra ni en la Seguridad Social, ni en la asistencia social autónoma. No sería una contingencia de Seguridad Social, pero tampoco de carácter estrictamente asistencial. Es posible pensar que su configuración jurídico-positiva sea la propia de una materia mixta, «transversal», porque potencialmente existen distintos títulos constitucionales habilitantes, que o bien atribuyen la competencia al Estado (art. 149.1.1.^a y 17.^a CE), o bien legitiman la competencia autonómica (art. 148.1.20.^a CE). Estos títulos podrían ser invocados por el legislador para la organización de la protección pública de las personas en situación de dependencia. Parece que la pretensión de sistema legal (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) es crear «ex novo» un sistema paralelo al Sistema administrativo-institucional de Seguridad Social. En tal sentido resulta significativo que no se modifica el art. 38 LGSS para ampliar la acción protectora del Sistema actual de Seguridad Social. Ahora bien, si esta ha sido la opción de política de protección social, nada impediría que las prestaciones públicas que integran la protección por dependencia pasen a formar parte del Sistema institucional de la Seguridad Social. Hay que tener en cuenta, como se señalara en el Libro Blanco, que el Estado tiene atribuida en la Constitución una función niveladora esencial, es decir, garantizadora

²⁹ El tenor de la Ley 39/2006 es contundente, atendiendo a su Disposición final octava. Fundamento constitucional, conforme a la cual “esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.^a de la Constitución”.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., Y MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1803-1872.

de prestaciones básicas en materias tales como las de los derechos contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (Seguridad Social), 48 (Juventud), 49 (Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (personas mayores; «tercera edad»). Tales preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, imponiendo la obligación a los poderes públicos de instrumentar políticas adecuadas (STC 71/1982; 19/1982). Al Estado, además, le corresponde poner las bases para que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio. La articulación de una red pública básica a la que todos los ciudadanos dependientes tengan derecho, y acceso a sus servicios en función de su grado de dependencia, encuentra su fundamentación principal en los preceptos constitucionales citados, que deben completarse por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Es éste un título competencial con contenido propio, no residual (STC 172/1998), que otorga al Estado central las facultades normativas para determinar y definir las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garanticen los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Dicho art. 149.1.1 CE amplía la función del art. 53 CE, y de lo que se trata es de garantizar la «uniformidad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos» o la «uniformidad en las condiciones de vida» (SSTC 32/1982; 42/82; 113/1982, entre otras).

¿Cambian otros modelos? La respuesta es necesariamente afirmaba atendiendo al marco constitucional, internacional y europeo en particular. Es lo cierto que no habría ningún problema relevante en enmarcar dentro de la Seguridad Social a efectos de distribución competencial en el Estado Social Autonómico a las prestaciones de dependencia, correspondiendo, con arreglo al art. 149.1.17.^a CE, a las CCAA la competencia de desarrollo legislativo (legislación no básica) de una legislación básica de carácter estatal. Ni desde el punto de vista conceptual, ni normativo, ni desde la perspectiva financiera no hubiera existido ninguna razón que impidiera, ni tan siquiera obstaculizara seriamente, enmarcar la cobertura de las situaciones de dependencia, encuadradas plenamente en el artículo 41 CE, a través de los sistemas de provisión del artículo 149.1.17 CE. No ha sido esta la opción elegida.

Con todo, la protección de las situaciones de dependencia (a través de prestaciones de servicios y de prestaciones económicas) acaba siendo una típica materia social de tutela transversal u horizontal que, en calidad de tal, exige operativamente (no se olvide que uno de los principios inspirados del sistema legal es el tratamiento «integral» y «la transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia») todo el conjunto articulado de medidas heterogéneas que requiere una efectiva atención a las personas dependientes.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a la cual el art.6.1 del TUE, en la versión revisada del Tratado de Lisboa, atribuye eficacia jurídica vinculante), garantiza el derecho a la Seguridad Social y Ayuda Social ex art. 34, dispone que «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia* o la vejez, así como en el caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales»³¹. De este modo, la dependencia se inserta dentro del conjunto de las prestaciones de Seguridad Social y Servicios Sociales. Esta disposición enlaza con

³¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV.AA.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C., Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. Y Coords), Granada, Comares, 2012, pp. 893-938.

los artículos 25 (“Derecho de las personas mayores. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”) y 26 (“Integración de las personas discapacitadas. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad”) de la referida Carta de la Unión.

La Ley 39/2006, viene a introducir una protección específica de las situaciones de dependencia, que antes se cubría a través de técnicas jurídicas de protección indiferenciada dentro del sistema público de protección social. Esta Ley cubre un vacío en la protección diferenciada de la dependencia de las personas mayores, pues no existía en nuestro sistema jurídico una protección específica e integral de esta situación de necesidad social. Este problema social se había venido afrontando de modo aislado a través de medidas proporcionadas por el Sistema de Seguridad Social y en un plano más concreto y directo, aunque modo parcial y descoordinado, mediante la técnica asistencial y de servicios sociales de las Comunidades Autónomas al amparo de la previsión constitucional ex art. 148.1.20.

En el Libro Blanco de la Dependencia (que vio luz en 2005), se advierte que podría instrumentarse jurídicamente la protección de las situaciones de dependencia a través de tres modelos paradigmáticos o tipos de sistemas de protección social: a) Modelo de protección universal, b) Modelo de protección a través de la Seguridad Social, y c) Modelo de protección asistencial externo al sistema de Seguridad Social. Estos tres modelos principales de protección social de las situaciones de dependencia se corresponden, en cierta medida, con diversos modelos de Estado Social, formando parte esencial y constitutiva del mismo.

a) El Modelo de *protección universal no integrado en el Sistema de Seguridad Social* (aunque, como es sabido, cabría en hipótesis una protección universal integrada en el sistema a través de prestaciones no contributivas, es decir, Seguridad Social no contributiva o asistencial interna). En este caso la cobertura de la dependencia no sería una extensión de la acción protectora del sistema institucional de Seguridad Social, a través de las prestaciones de servicios sociales y sanitarios existentes. La protección se hace extensiva a todos ciudadanos que presentan una pérdida de autonomía funcional en la realización de las actividades propias de la vida diaria, sin que sea preciso que el sujeto acredite una insuficiencia significativa de recursos económicos para tener acceso a la protección dispensada. Se basan en el principio de ciudadanía social, atribuyendo derechos sociales a las personas en situación de necesidad. Cuestión distinta es que el umbral de rentas pueda considerarse tan sólo a efectos del copago de ciertos servicios satisfechos. En tal sentido el mismo art. 33.2 LAAD, establece que la capacidad económica del beneficiario se tendrá en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas. Por su parte el art. 14.7, dispone que «A los efectos de esta Ley, la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y al patrimonio del solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta y el coste del mismo. En verdad, será el desarrollo reglamentario el que concrete el tipo y coste de servicios donde efectivamente actuará el copago por parte del sujeto beneficiario. El copago suele ser una característica muy frecuente en la experiencia de los países europeos. En verdad, tanto los sistemas universales como los de seguro social son modelos «topados», es decir, prestan servicios o conceden prestaciones monetarias que cubren no la totalidad, sino sólo una parte del coste de los cuidados de larga duración, por lo que el copago es un rasgo común, en mayor o menor medida, en todos los países. En nuestro modelo, la participación del beneficiario es tomada en consideración no tan sólo para la cofinanciación de los servicios, sino también, frente a lo que expresaba el Libro Blanco, para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas. En coherencia, la protección es financiada mediante impuestos generales,

aunque se prevé la participación adicional del beneficiario en el pago de los servicios prestados, pero atendiendo al nivel de renta. Es el modelo típico de los países nórdicos y de Holanda. Francia desde 2001 (Asignación Personalizada de Autonomía) (APA), regulada por la Ley 2001-647, de 20 de julio de 2001) sería un caso paradigmático de opción político-jurídica sobrevenida por este modelo.

Los modelos de protección universal atienden la dependencia como una extensión lógica de la concepción de que el Estado debe cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos por razones de ciudadanía social, de la misma forma que se atiende cualquier otra de las necesidades sanitarias o educativas. Este modelo tiene los siguientes rasgos comunes: a) Se basa en el principio de ciudadanía, de los derechos sociales, que garantiza una asistencia sanitaria y social universal y gratuita, que es financiada mediante ingresos generales. Este principio de ciudadanía se ha ampliado al ámbito de los servicios sociales, de suerte que éstos no tienen una naturaleza asistencial, sino universal, aunque los usuarios contribuyan a la financiación parcialmente, según sus niveles de renta. b) La protección a la dependencia es una extensión de las prestaciones y servicios sociales y sanitarios ya existentes, que se ha ido incorporando progresivamente a partir de los años setenta y ochenta del siglo XX, como consecuencia del envejecimiento de la población, en los países que disfrutan de este sistema. c) La cobertura es universal, de modo que la prueba de recursos no existe, excepto para determinar la participación del beneficiario en el pago de los servicios en función del nivel de renta. d) Es un sistema fundamentalmente de prestación de servicios, ya que la tradición familiar de cuidados informales es menos intensa que en los modelos de los países del sur. e) Se trata de un modelo de servicios que, hasta muy recientemente, ha sido predominantemente público, pero que lentamente ha ido introduciendo también la prestación de servicios de tipo privado. f) La financiación es de carácter impositivo, compartida entre el Estado y las Administraciones Territoriales. g) Se trata de un modelo municipalizado (dimensión «local» de proximidad), en el que los municipios son los responsables de la prestación de servicios. h) Es un modelo de alto coste: de hecho, los países que han implantado este modelo, como son los países nórdicos, dedican a los cuidados de larga duración un porcentaje de gasto entre el 2,6 y 3% del PIB.

b) El Modelo de *protección integrada en la Seguridad Social Clásica*. Se utilizan las técnicas protectoras de aseguramiento general disponibles por el sistema, dilatándolas y adaptándolas. La protección se configura como derecho subjetivo perfecto³², y su financiación se lleva a cabo típicamente mediante cotizaciones en el ámbito contributivo, o alternativamente a través de impuestos, en el ámbito no contributivo. En la protección a través del Sistema de Seguridad Social se facilitan prestaciones que tienen su origen en cotizaciones previas. Es el modelo bismarckiano de los países centroeuropeos, vigente en Alemania, Austria y Luxemburgo. Alemania representa el paradigma, articulando la tutela protectora a través de la técnica del seguro de dependencia integrado en el Sistema de Seguridad Social. El seguro público de dependencia se configura, como da a entender ya su propia denominación, como una prestación de naturaleza contributiva dentro del ámbito contributivo de la Seguridad Social, financiada mediante cotizaciones, aunque en su gestión pueden participar tanto entes públicos como privados. Es una respuesta típica de los sistemas de tradición bismarckiana.

[Pero no se olvide que cabe que la Dependencia se pueda configurar como una prestación no contributiva dentro del Sistema de Seguridad Social (prestación de Seguridad Social no contributiva, con financiación a través de impuestos)].

En este sistema de protección a través de la Seguridad Social Clásica, la protección se gestiona y financia en el marco del Sistema de Seguridad Social. Sus rasgos tipológicos generales

³² MONEREO PÉREZ, J.L.: -“El Modelo de Protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, en *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 276-277, 2006-2007, Monográfico sobre “El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia”.

son los siguientes: a) Todos los países que han optado por este modelo reconocen la naturaleza de derecho subjetivo de la protección por dependencia, independientemente de la situación económica, superando la tradición asistencialista y de responsabilidad de la familia en este ámbito. b) Este modo de aseguramiento público de la dependencia pretende cubrir las necesidades de servicios para la persona que en su momento puedan presentarse. La prestación puede servir para apoyar a la familia cuidadora o para sustituirla. c) Las situaciones de dependencia se evalúan en grados o niveles de gravedad, de los que se derivan prestaciones monetarias de diferente cuantía o servicios de distinta intensidad o duración. d) En general, en estos sistemas se da un amplio margen de elección a la persona dependiente o a su familia, que puede optar entre prestaciones monetarias y servicios. Esta libertad de elección, basada en el respeto a las tradiciones y preferencias familiares y culturales, no obsta para que se tienda a favorecer la prestación de servicios, bien sea duplicando la cuantía de éstos, cuando se recurre a entidades prestadoras en lugar de a la familia (Alemania), bien sea reduciendo la libertad de elección de la persona en situación de dependencia a medida que aumenta la gravedad de la dependencia, lo que pone de manifiesto la importancia que se da a que la atención más especializada sea cubierta por profesionales (Luxemburgo). e) Estos sistemas se financian fundamentalmente con cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores en activo y en algunos países también con las de empresarios y de los propios pensionistas. También suele haber financiación vía impuestos, para cubrir las prestaciones no contributivas y/o equilibrar financieramente el Sistema. f) La gestión de las prestaciones económicas suele ser centralizada, mientras que la de los servicios está descentralizada en las Administraciones territoriales. g) Las prestaciones están topadas, cubren una parte importante del coste, aunque no en su totalidad, lo que obliga al beneficiario a participar en la financiación de los servicios. Ello tiene como finalidad no sólo contribuir a la financiación, sino también introducir un freno o contención del gasto. h) Se contemplan también ayudas al cuidador, tanto en excedencias del trabajo para los cuidadores informales, como en la cobertura de las cotizaciones, así como en el desarrollo de servicios de respiro y de apoyo para períodos de vacaciones o necesidades especiales.

c) El Modelo de protección *asistencial clásica*. Ha sido fundamentalmente el modelo de los países del sur de Europa, y se ha dirigido principalmente a los ciudadanos carentes de recursos económicos. Este modelo asistencial público exige la prueba de necesidad, acreditando la inexistencia de recursos económicos de las personas dependientes, teniendo ello un efecto expulsivo de elevado número de personas dependientes (especialmente de las clases medias situadas por encima de los umbrales de ingresos establecidos). El régimen de financiación sería a través de impuestos. No obstante, conviene apuntar que la asistencia social a los sujetos dependientes podría ser en hipótesis interna (no contributiva y asistencial) o externa (organizada por las CCAA). Nuestro país -como se indicó- ha optado por establecer un Sistema institucional de protección de la Dependencia separado del Sistema institucional de la Seguridad Social.

Este modelo es de cobertura limitada, destinado a satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos en situación de dependencia con insuficiencia de recursos económicos y, por tanto, de alcance y extensión también limitada. Sus características tipológicas básicas son las siguientes: a) Hay un fuerte peso tradicional de las organizaciones no lucrativas (entre ellas las religiosas), y donde el peso de la carga de los cuidados recae aún en la familia (las mujeres son más del 80% de la población cuidadora). Una mezcla de progresivo universalismo protector, familismo y asistencialismo, es la característica común a este grupo de países. b) Los cuidados de larga duración se dirigen a las personas con insuficiencia de recursos. Como consecuencia, existe un importante déficit de servicios, sobre todo de los comunitarios, y notables desequilibrios territoriales. c) Los países con este sistema presentan un importante retraso en comparación con la mayoría de los países con sistemas de protección universal, debido a la menor exigencia de gasto público. d) Este sistema de protección asistencial deja en una desprotección casi total a las clases medias, puesto que, por una parte, los requisitos de acceso sobre renta disponible les impide acceder a los servicios de provisión pública y, por otra, sus ingresos son

insuficientes para pagarse, en el ámbito privado, esos mismos servicios, especialmente los de mayor coste, como son las plazas residenciales. e) Una creciente demanda social caracteriza a estos países, en los que la gestión privada de los servicios prima sobre la pública. Por otra parte, la descentralización de los servicios sociales está dando lugar a un incremento de los desequilibrios territoriales en la extensión y calidad de los mismos. Los cambios sociodemográficos presionan por la superación de la protección asistencial actual a favor de modelos protectores de garantía de derechos. Sin embargo, las políticas de contención del gasto social, y la derivación de la responsabilidad desde el Estado a las CCAA/Regionales y Municipios en materia de servicios sociales, están inhibiendo el desarrollo de políticas de Estado para la protección de las personas dependientes en aquellos países que todavía mantienen este sistema de protección social.

No obstante, cabe destacar que estos modelos no son estáticos, pues están en continuo movimiento de cambio y de adaptación al problema de base que tratan de abordar. No hay modelos puros; la mezcla de técnicas y enfoques domina la realidad en la conformación de los modelos de protección social. Así, la tendencia general dominante en los países de la Unión Europea, respecto a la protección social de la dependencia, se orienta hacia modelos de naturaleza universal de carácter impositivo o de Seguridad Social, si bien son modelos topados, que prestan servicios o conceden prestaciones monetarias que cubren sólo una parte del coste de los cuidados de larga duración. La participación, en mayor o menor medida, de los usuarios en la financiación es una característica común de todos los países. Por otra parte, es innegable que el modelo asistencial estricto está en retroceso a favor de la universalización del derecho social, lo que comporta que el acceso a las prestaciones no depende de los recursos de la persona dependiente, sino de la necesidad sociosanitaria evaluada. La tendencia es hacia la cobertura universal. El asistencialismo clásico en este campo o ámbito de la protección de la dependencia está en retroceso a favor de la universalización del derecho social a la protección de las situaciones diversas, específicas, de dependencia. El criterio para ser beneficiario de la prestación social pública es la necesidad de cuidados. La prestación cubre una parte sustantiva del coste, siendo el beneficiario quien asume el resto.

La Ley 39/2006, se vence por el modelo universalista, de manera que uno de los principios inspiradores de la Ley es “la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en la Ley” [art.3.b)]. Toda persona necesitada en situación de dependencia tiene derecho a acceder a la protección pública dispensada, pero en los términos establecidos en la Ley (incluidas las exigencias de residencia y nacionalidad ex art. 5 LAAD). Se reconoce un derecho social como derecho de ciudadanía, con base a un principio de universalidad que no se ve cuestionado por la exigencia del copago por parte del beneficiario, porque tan sólo se trata de una modulación del derecho, que no tiene fuerza condicionamiento de su reconocimiento. Ese derecho se consagra expresamente en el art.1 de la Ley, a cuyo tenor “la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español” (art.1.1). El derecho subjetivo de ciudadanía a la autonomía es un derecho a las prestaciones que en el fondo presenta una conexión funcional y dinámica con el conjunto de derechos fundamentales de las personas. Según el art. 4.1 de la Ley “las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”. Las personas en situación de dependencia “disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente”, relacionando con carácter abierto y

ejemplificativo los que se consideran más significativos (art. 4.2 LAAD). La preocupación es la de garantizar que las personas en situación de dependencia -que ex art. 1.1 tienen reconocido ya un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección dispensada- no encuentren ninguna merma en el disfrute de los derechos que les corresponden como personas. De este modo, las personas en situación de dependencia “disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente” (art.4.2 LAAD). Incumbe a los poderes públicos una función promocional: adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos de las personas en situación de dependencia, sin más limitaciones en su ejercicio que las directivamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia (art.4.3). Con la LAAD se produce la transición de un modelo de asistencia social a otro modelo de carácter universal, en cuyo marco la protección social se garantiza a todas las personas en situación de dependencia, sin condicionamiento a la inexistencia de recursos económicos. El derecho subjetivo de ciudadanía a la protección se materializa a través de la creación legislativa del “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” (SAAD), con la implicación de las distintas Administraciones Pública y la garantía por parte de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común necesario de derechos para todas las personas en situación de dependencia con independencia del lugar de residencia en Estado español.

La titularidad del derecho subjetivo a la protección por dependencia es universal, lo que no obsta que se encuentre condicionado a que se acredite la situación de dependencia, pues ésta constituye el presupuesto lógico-normativo para que se realice la cobertura que dispensa el derecho a la protección ante la actualización de dichas situaciones. De ahí que en la organización jurídica de la protección sea preciso distinguir dos fases entrelazadas: el reconocimiento de la situación de dependencia (art.28.2 LAAD; Cap. IV de la LAAD) y el reconocimiento en sí del derecho a la protección de la persona dependiente. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la situación de dependencia no supone el acceso inmediato al derecho, como sería lo lógico atendiendo a la existencia de ese derecho subjetivo a la protección garantizado en el art.1.1 LAAD. Ello está motivado por el hecho de que la Comunidad Autónoma de residencia habitual de la persona dependiente realizará el reconocimiento en atención al régimen de cobertura legalmente existente. En tal sentido es relevante el orden de preferencia preordenado en la LAAD. En el año 2007 sólo serán beneficiarios del Sistema de Dependencia las personas que se encuentren en una situación de “gran dependencia” -Grado III, niveles 2 y 1-. En esa aplicación gradual, en los años siguientes se atenderá progresivamente a los demás casos (DF.1ª LAAD, “Aplicación progresiva de la Ley”). En dicha Disp. Final se establece que “la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercerá progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con” el calendario que establece legalmente en la misma. Se arguye que es el alto coste y la gran complejidad de este Sistema de protección social el que ha determinado la vigencia gradual o escalonada. Es así que las personas a las que se les haya reconocida la situación de dependencia no verán satisfecho su derecho hasta la fecha de inicio de su año de implantación correspondiente. En todo caso, se atribuye a la competencia autonómica establecer en atención a la graduación legal los derechos de prestaciones como centro residencial, teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día o de estancia temporal. Por otra parte, interesa recordar que el mismo grado o nivel de dependencia como las prestaciones correspondientes puede ser objeto de modificación o revisión.

Con todo, el art. 1.1 LAAD garantiza un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección por dependencia. Es un derecho de ciudadanía social, y como todos los de esta clase supone un estatus jurídico que se concede a los miembros de pleno derecho de una sociedad, de manera que sus beneficiarios son iguales respecto a los derechos y obligaciones que implica (Marshall). Se confiere un estatus legal de la persona integrado por el derecho subjetivo a la protección. Se trata, como todos los derechos sociales, de un *derecho de desmercantilización* de los modos de satisfacción de ciertas necesidades. El concepto de desmercantilización es la base de la ciudadanía social. El concepto

de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener la garantía de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. Tales derechos comprenden un conjunto de posiciones activas de ventaja y de medidas de política pública que neutraliza las desigualdades generadas por el mercado, que es una instancia provisora del bienestar insuficiente para la satisfacción generalizada de las necesidades humanas fundamentales. El derecho subjetivo a la protección por dependencia se inserta en la ciudadanía social. Esta ciudadanía social adquiere una configuración dual: desde el punto de vista “fórmula”, la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política; desde el punto de vista “sustancial”, la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado. La ciudadanía social está vinculada al principio de igualdad sustancial representando un límite al mercado en aras de la realización de la justicia social.

No es baladí hacer notar que en la fórmula recogida en el art.41 CE parece tener acogida una concepción desarrollista o institucional del bienestar que ha de procurar el sistema de Seguridad Social, abarcando un compromiso institucionalizado de protección encaminado a la efectiva (plena) satisfacción de las necesidades objeto de cobertura pública y a la autorrealización del individuo. Efectivamente, conforme a dicho precepto constitucional “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para *todos* los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...” El precepto constitucional exige la garantía de prestaciones adecuadas que en cuanto tales vayan más allá del mero sostenimiento de una renta de subsistencia. No se olvide que esta norma se inserta dentro del grupo de normas constitucionales que aseguran un estatus jurídico material del ciudadano en el más amplio sentido. El derecho a la Seguridad Social en cuanto derecho de ciudadanía social, comporta, como todos los derechos de este género, una cierta desmercantilización de la posición de los individuos respecto al mercado, en el sentido de que su bienestar no dependa enteramente o de forma principal del mercado. En efecto, la desmercantilización se produce -al menos en términos relativos- cuando el poder público presta un servicio para la satisfacción de necesidades sociales como una cuestión de derecho y cuando una persona tiene garantizada su supervivencia sin depender del mercado. El derecho a la prestación estatal es un tipo de pretensión atribuido al individuo para garantizarle un bien concreto bajo la forma de recursos y oportunidades de actuación. Desde esta perspectiva el requisito de suficiencia de la prestación pública debe conducir a que la Seguridad Social conceda prestaciones económicas que produzcan una desmercantilización importante, en el sentido de que permitan efectivamente liberar sustancialmente a los individuos de su dependencia del mercado³³.

El derecho subjetivo de ciudadanía ex art.1.1 LAAD implica todo eso, y así el reconocimiento del derecho del ciudadano dependiente a un nivel mínimo de vida digna, esto es, de vida civilizada. No existen razones impositivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo. Así se ha señalado que un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto (derecho definitivo concreto). Los derechos subjetivos pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica. Las posiciones jurídicas son

³³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (DIRS. Y COORDS.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.

condiciones necesarias para los derechos subjetivos. La norma jurídica y la obligación jurídica no son características suficientes de la noción de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general. No hay dificultades insalvables en esa construcción. No obstante, es preciso siempre hacer distinciones entre los diversos derechos sociales fundamentales, dados sus distintos contenidos y alcances. Una de las ideas-fuerza fundamentales del proceso de constitucionalización reforzado a partir de la segunda postguerra mundial ha sido la tendencia a reconocer la universalidad de los derechos humanos, superando su mera condición de derechos de “ciudadanía” estricta, mediante su atribución a la persona. En la lógica de la defensa de la universalidad de los derechos, se ha aportado una definición formal o estructural de derechos fundamentales como todos los derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de la condición socio-jurídica de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derechos subjetivo cualquier expectativa positiva de prestaciones o negativa de no sufrir o padecer lesiones adscrita a un individuo por una norma jurídica; y por condición socio-jurídica la condición de un individuo, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Es verdad que la experiencia histórica pone de manifiesto ciertas aporías de un discurso universalista, pues no son pocas las culturas que cuestionarían algunos de ellos. No obstante, tras la refundación del sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial inició un proyecto constituyente en el marco de la ONU que confiere un alto grado de legitimidad político-jurídica a las grandes Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos³⁴.

El proceso vendría marcado por el desplazamiento de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona. Sin embargo, el proceso es incompleto, en la medida en que quedan condicionados por los sistemas estatales y la demarcación de sus fronteras. Es decir, estamos ante los derechos de ciudadanía entendida ésta como el “estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad” política (TH. MARSHALL). La propuesta alternativa desde el garantismo jurídico ha sido la de recuperar el aliento *universalista* en una refundación del Derecho internacional. Ese carácter incompleto e imperfecto se manifiesta en el mismo derecho subjetivo de ciudadanía social ex art.1.1 LAAD, que no obstante afirmar su universalidad limita el ámbito subjetivo a los ciudadanos españoles.

3.2. Distribución constitucional de competencias en materia de protección social de las situaciones de dependencia

A) Los términos del problema. Las opciones de política constitucional

La protección social frente a las necesidades generadas por la situación de dependencia -vertiente negativa- y en aras del fomento de la autonomía -vertiente positiva- de las personas no sólo es un “reto” de la política social de los países desarrollados, como reconoce en su primera línea la EM de la Ley 39/2006, sino un auténtico e inexcusable “deber” de los poderes públicos, en atención al artículo 9.2 CE. Ahora bien, en un Estado Constitucional de Derecho que se asienta no sólo sobre el *principio social*, sino también sobre el *principio autonómico*, el interrogante que súbito emerge es el

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 5 y ss., y 39 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social de la Europa amplia’”, en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, pp. 215-326. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622> ; JIMENA QUESADA, L. Y SALCEDO BELTRÁN, C.: “Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016; MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. Y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

de qué poderes públicos han de afrontarlo, los de ámbito más centralizado o los más próximos a los ciudadanos o descentralizados.

Ciertamente, la respuesta más adecuada es que la responsabilidad alcanza a todos los poderes públicos, por su magnitud, trascendencia y complejidad, conformando una suerte de acción reticular, integral y coordinada, de todos los niveles reconocidos en la CE. Pero esta lógica solución no resuelve bien el problema, porque tanto por razones normativas - la Constitución exige que el actuar de cada poder público en pro de ordenar una determinada materia cuente con un título jurídico adecuado para ello (competencia)-, como por razones prácticas - en todo caso es necesario establecer un reparto concreto, no abstracto, de tareas entre los diferentes poderes públicos-, es necesario fijar un “sistema de distribución de competencias” entre todos los sujetos públicos (y privados) concernidos en el diseño y puesta en práctica del “Sistema de Atención a la Dependencia” -SAAD-. La intervención de los diferentes poderes públicos, en especial de la Administración General del Estado y de las AAAPP autonómicas, ha de conducirse a través de los específicos títulos que, a tal fin, les reconoce la Constitución Española -CE-. El problema está en que la CE no dedica ningún título expreso y específico a esta materia.

De ahí, pues, que una de las principales cuestiones jurídicas, desde luego no la única ni quizás la más determinante aunque pueda parecer lo contrario, que suscita el análisis de la Ley 39/2006 resida en determinar si el Legislador tenía o no título o fundamento constitucional suficiente para dictarla. Es evidente que aquél ha entendido que sí y por eso la ha aprobado. Pero, al menos de inicio, no puede dejar de causar una significativa perplejidad el título competencial elegido para hacerlo por la singularidad y extrañeza del mismo, pues es la primera vez que se dictaba una Ley de esta enorme magnitud con único amparo en el artículo 149.1.1ª CE - DF 8ª-, esto es, en la competencia exclusiva del Estado “*para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales*”.

Es así que, obviando algunas recomendaciones de los propios órganos consultivos de la AGE del Estado, se ha optado por una suerte de “tercera vía”, acudiendo a un *título horizontal y autónomo*, como es el del artículo 149.1.1ª CE, que tendría la ventaja de prescindir de la vieja y recurrente, inacabada e inacabable, polémica entre los títulos materiales más típicos en esta materia: el de la Seguridad Social -artículo 149.1.17ª CE, de un lado, y el de “Asistencia Social” -artículo 148.1.20ª CE-, de otro. Pero si con tal recurso se quería evitar el conflicto que habitualmente plantea la regulación de estas materias, ante la creciente convergencia de ambos Sistemas de Protección Social -STC 239/2002-, está claro que el cálculo político fue erróneo. La última palabra la tiene el TC. Tras varios años, finalmente, se pronunció el *Tribunal Constitucional, en Sentencia de 28 de junio de 2010*. En su Fallo, se declara que estas competencias no son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica, los correspondientes preceptos reguladores.

B) El sistema de distribución competencia en materia de dependencia

Hay que tener en cuenta que la protección por dependencia se configura en el sistema legal con base a tres tipos de actuaciones y de prestaciones: económica, sanitaria y social. De este modo se evidencia que el carácter complejo e integrador del sistema de protección de la dependencia, pero, además, si se atiende a la distinta naturaleza de esas actuaciones y prestaciones, dichas intervenciones públicas corresponde a distintos organismos dentro del ya complejo entramado de competencias que integran nuestro Estado Social Autonómico. Es así que aquí se conjuga un doble fenómeno descentralizador: la descentralización funcional y la descentralización territorial. En una perspectiva de gobernanza debe encontrarse un equilibrio entre la búsqueda de los objetivos de calidad, el

establecimiento de estándares y contención de los costes, dirigidos a menudo a nivel nacional, y la gestión y prestación de la asistencia a nivel local.

Realizando una valoración de conjunto se puede decir que el modelo que cristaliza en el sistema legal es el de una gestión pública pero descentralizada tanto en el plano funcional como territorial. La LAAD sitúa en las CCAA el protagonismo esencial en la gestión. Por motivos de eficacia, pero también políticos, jurídicos y económicos -corresponsabilidad financiera-, un principio informador del entero SNAD es el otorgar el mayor protagonismo en la puesta en práctica del mismo a las CCAA, una vez que la regulación “básica” ha correspondido al Legislador “central”. Por tanto, la gestión es una competencia fundamentalmente de las CCAA, si bien la LAAD dedica un número significativo de preceptos a establecer el reparto entre los tres niveles administrativos implicados -arts. 9 a 12 LAAD-, Central, Autonómico y Local, si bien este último aparece ampliamente ignorado en la letra de la Ley, aunque todos sabemos que es el más directamente concernido en el funcionamiento en la realidad -nueva contradicción. El resultado es un diseño de complejidad muy elevada, en lo organizativo y en lo jurídico, que da lugar a la creación de varias instancias administrativas -como el Consejo Territorial referido (art.8 LAAD)- de cuyo funcionamiento dependerá la eficacia y, por tanto, la credibilidad del SNAD. Sin cumplir el principio de cooperación entre AAPP, que depende en gran medida de la buena disposición y de las buenas prácticas de coordinación de todos los poderes públicos, el SAND encontrará más incertidumbres y obstáculos que hitos de realización.

En todo caso, la gestión corresponde, como hemos advertido, a las CCAA, incluida la valoración de las situaciones de dependencia, conforme al baremo fijado de modo común (RD 504/2007, 20 abril, modificado por Resolución de 29 de junio de 2010, de la Secretaria General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre modificación del baremo de valoración de la situación de dependencia- El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) SAAD, para nosotros SNAD-, que garantiza las condiciones básicas y el contenido común del derecho en todo el territorio para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, se configura como una Red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados. Pero esta integración en el SNAD no supone alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica. Lo que significa, en definitiva, mantener inmodificada la titularidad de la *Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas* en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por -arts. 6 y 16 LAAD-: los centros públicos de las CCAA, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados.

Dentro de este orden de problemas adquiere particular relieve la cuestión de verificar el título competencia o títulos competenciales respecto a la organización institucional del sistema de prestaciones por dependencia.

Como se analizará más adelante, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centro y servicios públicos y privados. Su finalidad es garantizar las condiciones básicas y el contenido común del sistema protector; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia (art.6). De manera que el funcionamiento dinámico del SND y de puesta en práctica del conjunto de las prestaciones dispensadas a las personas dependientes supone intrínsecamente una necesaria cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas (art.10). Será en el seno del

Consejo Territorial del SND, donde la Administración General del Estado y las CCAA acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las CCAA. Lo que se pretende es establecer un sistema institucional específico que instrumente una cooperación permanente entre el Estado y las CCAA en relación a la tutela de las situaciones de dependencia.

Ahora bien, el problema práctico que se plantea supuesta esta necesaria coordinación es la de delimitar sobre qué marco jurídico competencial actúa la misma. Tema, como se sabe, muy controvertido. En nuestro sistema de distribución de competencias en materia social la competencia estaría condicionada por razón del tipo y naturaleza de la materia en cuestión. La primera dificultad es que la protección de las situaciones de dependencia se encuentra en el cruce entre la Seguridad Social Asistencial (asistencia interna) (art.149.1.17 CE) y la asistencia social “externa” al sistema institucional de la Seguridad Social (art.148.1.20 CE) (Opera con esa distinción el TC, en SSTC 76/1986, de 9 de junio, 239/2002, de 11 de diciembre). Por otra parte, a medida que estas técnicas de protección social han ido evolucionando para responder a nuevas exigencias sociales de protección, a menudo la distinción y el deslinde de fronteras se ha hecho mucho más complejo y controvertido. Hoy es una constatación fácilmente apreciable que se produce una mezcla de técnicas en todos los Sistemas de Seguridad Social, aunque es evidente que este problema se acrecienta ante sistemas de distribución competencial tan sutiles como el de nuestro modelo constitucional. De ahí las dificultades que el Tribunal Constitucional ha tenido para delimitar el título competencial respecto a algunas materias sociolaborales.

Lo que invoca la Ley 39/2006, Disposición Final 8ª, es el art.149.1.1 CE, que pretendería llamar la atención sobre el problema jurídico subyacente de base (la garantía del principio de igualdad) y, sin ser ingenuos, trata de “eludir” en lo posible una adscripción definida en los artículos 149.1.17ª y 148.1.20ª de la Constitución. En efecto, según la Disposición final 7ª, el “fundamento constitucional” de la Ley de Dependencia es, sin embargo, el art.149.1.1ª de la Constitución: “se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1ª de la Constitución”. Con esa finalidad legal, la Ley de Dependencia se limitaría a establecer las “condiciones básicas” de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, con pleno respecto a las competencias que las Administraciones Autonómicas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del art.148.1.20ª CE. Se trata, pues, de desarrollar, a partir del marco competencial, un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias. Es lo que viene a decir la propia Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia.

Ahora bien, no cabe duda de que podría haberse reclamado el título competencia ex art.149.1.17ª CE, por dos motivos. En primer lugar, y principalmente, porque esta materia podría considerarse como una vertiente más de la Seguridad Social Asistencial, dentro de un proceso de renovación permanente. De hecho otros países europeos la han encuadrado dentro del Sistema Institucional de la Seguridad Social, sin mayor problema técnico y funcional (el mismo Libro Blanco, dentro de su calculada ambigüedad, parecía vencerse por esa reconducción técnico-institucional). En segundo lugar, porque muy lejos de lo podría pensarse la incardinación de la protección de la Dependencia en el art.149.1.17ª CE no conduciría en sí a la rigidez operativa ni tendría que suponer una privación de competencias a las Comunidades Autónomas que hayan asumidos (o vayan a hacerlo) competencias propias en esta materia, ya que, como es sabido, en dicha disposición constitucional lo que se pretende es la reserva competencial al Estado de dictar una “legislación básica” homogeneizadora y racionalizadora del tratamiento de las materias propias de la Seguridad Social en todo el Estado español, pero expresamente deja constancia de que se liberan espacios de regulación sobre ellas para

las CCAA a título de legislación no básica. Lo que se contiene, pues, es un instrumento de regulación flexible de colaboración internormativa no excluyente del ámbito competencial autonómico, sino, en todo caso, comprensivo del mismo.

Es criticable que no se entronque en el art.149.1.17 CE, porque ello distorsiona el sistema de competencias. El no haber reclamado este título competencial hace más difícil el necesario equilibrio en esta materia entre la legislación básica del Estado y la legislación autonómica. El título competencial reclamado (art.149.1.1 CE), como elección de política del Derecho, es débil e impreciso. Parece que se juega con una lógica operativa similar a legislación estatal básica y legislación no básica autonómica. Es como si implícitamente se estuviese jugando con el título competencial inherente al art.149.1.17 CE, entendido en un sentido amplio; es decir, abarcando la legislación básica estatal y la legislación no básica para las CCAA. Se vincularía a la protección de “situaciones de necesidad” ex art.41 CE, como ámbito propio de la Seguridad Social Asistencialista organizada en el marco del Estado Social Autonómico. No se priva a las CCAA de su competencia en materia de asistencia social, ya que, en esa lógica operativa, las CCAA está presentes en los niveles 2º (compartido) y 3º (exclusiva prestación pública asistencial adicional a los dos anteriores). Lo más razonable es hubiera sido reclamar el art.149.1.17 y entender que las prestaciones de dependencia se ubican en el refugio de la asistencia y de los servicios sociales internos al Sistema de Seguridad Social. Cuestión distinta sería la de delimitar ámbitos competenciales del Estado y de las CCAA.

En todo caso, el problema de fondo, es verificar si en efecto el nuevo SND, con ese equilibrio competencial que se refleja en los tres niveles de protección por dependencia, permitirá hacer frente de modo eficaz a los grandes retos que plantea el envejecimiento de la población (“envejecimiento del envejecimiento”) y las insuficiencias de los mecanismos tradicionales de atención a las personas mayores dependientes. El equilibrio competencial a través de diseño legal de los tres niveles de protección social de la dependencia, puede ser funcionalmente adecuado a las exigencias de protección de los colectivos dependientes, toda vez que permite combinar unidad y diversidad, centralización y descentralización de las prestaciones dispensadas. La intermediación de la gestión territorial descentralizada es en sí una garantía de eficiencia administrativa, siempre que se observe la necesaria cooperación y coordinación interadministrativa.

La opción de la Ley de Dependencia ha sido la exclusión de la protección por dependencia del Sistema institucional de la Seguridad Social, sin que a éste le corresponda atender directamente a las situaciones de dependencia. Se crea un sistema autónomo de protección social pública, que deliberadamente no se encuadra ni en la Seguridad Social, ni en la asistencia social autonómica. No sería una contingencia de Seguridad Social, pero tampoco de carácter estrictamente asistencial. Es posible pensar que su configuración jurídico-positiva sea la propia de una materia mixta, “transversal”, porque potencialmente existen distintos títulos constitucionales habilitantes, que o bien atribuyen la competencia al Estado (art.149.1.1ª y 17ª CE), o bien legitiman la competencia autonómica (art.148.1.20ª CE). Estos títulos podrían ser invocados por el legislador para la organización de la protección pública de las personas en situación de dependencia. Parece que la pretensión de sistema legal (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) es crear “ex novo” un sistema paralelo al Sistema administrativo-institucional de Seguridad Social. En tal sentido resulta significativo que no se modifica el art.38 LGSS para ampliar la acción protectora del Sistema actual de Seguridad Social. Ahora bien, si esta ha sido la opción de política de protección social, nada impediría que las prestaciones públicas que integran la protección por dependencia pasen a formar parte del Sistema institucional de la Seguridad Social. Hay que tener en cuenta, como se señalara en el Libro Blanco, que el Estado tiene atribuida en la Constitución una función niveladora esencial, es decir, garantizadora de prestaciones básicas en materias tales como las de los derechos contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (Seguridad Social), 48 (Juventud), 49 (Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50

(personas mayores; “tercera edad”). Tales preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, imponiendo la obligación a los poderes públicos de instrumentar políticas adecuadas (STC 71/1982; 19/1982). Al Estado, además, le corresponde poner las bases para que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio. La articulación de una red pública básica a la que todos los ciudadanos dependientes tengan derecho, y acceso a sus servicios en función de su grado de dependencia, encuentra su fundamentación principal en los preceptos constitucionales citados, que deben completarse por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art.139.1 CE), así como la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art.149.1.1 CE). Es éste un título competencial con contenido propio, no residual (STC 172/1998), que otorga al Estado central las facultades normativas para determinar y definir las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garanticen los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Dicho art.149.1.1 CE amplía la función del art.53 CE, y de lo que se trata es de garantizar la “uniformidad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos” o la “uniformidad en las condiciones de vida” (STC 32/1982; 42/82;113/1982, entre otras). Si se optara por vincular la dependencia al Sistema de Seguridad Social, el fundamento jurídico en que habría de asentarse el SND sería el art.41 CE. No existiría duda alguna de la fundamentación constitucional para la creación de un SND inserto en el Sistema de la Seguridad Social. Por lo demás, el art.149.1.17ª CE permite establecer mediante una Ley que la dependencia sea un contingencia más de la Seguridad Social. El sistema estatal de prestaciones se desenvolvería como manifestación de la competencia sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art.149.1.17ª CE). Ello determinaría una regulación legal similar a la realizada respecto a las prestaciones no contributivas.

Aparte de ello, cabe hacer notar que, que para mayor confusión, suele confundirse en los Estatutos de Autonomía asistencia social y servicios sociales. Y así se ha consolidado, a pesar de que los servicios sociales no son ni propiamente ni necesariamente asistencia social. Tales servicios -y sus correspondientes prestaciones técnicas- podrían estar encuadrados en el sistema de Seguridad Social, pero el Estado central nunca cuestionó -al menos explícitamente- la constitucionalidad de la “invasión de competencial” estatutaria, por lo cual se ha venido confundiendo sin más como “servicios asistenciales”. Prueba de ello es que los Servicios sociales internos al Sistema figuran en el art.38.1.e) LGSS. De este modo, en sentido técnico, las CCAA no deberían atribuirse la competencia exclusiva y excluyente en materia de servicios sociales. Se constata, ciertamente, la paradoja que supone la virtual desaparición en las normas estatutarias de la competencia sobre Asistencia Social, absorbida, significativamente, por los expansivos Servicios Sociales, siendo obvio que la asistencia social es un mecanismo de protección social pública de alcance más amplio que la técnica prestacional específica de los servicios sociales.

Es lo cierto que no habría ningún problema relevante en enmarcar dentro de la Seguridad Social a efectos de distribución competencial en el Estado Social Autonomico a las prestaciones de dependencia, correspondiendo, con arreglo al art.149.1.17ª CE, a las CCAA la competencia de desarrollo legislativo (legislación no básica) de una legislación básica de carácter estatal. Ni desde el punto de vista conceptual, ni normativo, ni desde la perspectiva financiera no hubiera existido ninguna razón que impidiera, ni tan siquiera obstaculizara seriamente, enmarcar la cobertura de las situaciones de dependencia, encuadradas plenamente en el artículo 41 CE, a través de los sistemas de provisión del artículo 149.1.17 CE. No ha sido esta la opción elegida, pero se le parece bastante (aunque no se pueda identificar, por supuesto) desde un punto de vista práctico y operativo, toda vez que el mismo art.149.1.1 CE (título competencial aducido como fundamento en la Ley de Dependencia) sólo

permite un esquema distributivo entre legislación “básica” y “no básica” para la CCAA (así lo estima la doctrina del TC). No hay, evidentemente, invasión de competencias de las CCAA por la vía elegida del art.149.1.1 CE, como, por cierto, tampoco la habría por haber utilizado el título competencial del art.149.1.17 CE. El modelo legal sitúa la protección legal específica de las situaciones de dependencia al margen del Sistema de Seguridad Social y de las formas tradicionales de asistencia social asumidas por las CCAA. Lo que se garantiza es un nuevo derecho social de ciudadanía en todo el Estado español. El marco constitucional diseña un modelo relativamente abierto y flexible de distribución de competencias. Esto es, está abierto al tiempo histórico; no puede entenderse como un “sistema cerrado” o “rígido” de atribución competencial. Toda norma, también las constitucionales, han de ser interpretadas y aplicadas con arreglo a su finalidad y las circunstancias históricas imperantes en el momento de su aplicación. Cabe señalar, que también la LAAP establece una nueva forma de articulación flexible entre los espacios reguladores del Estado central y el correspondiente a las CCAA. Asumiendo el Estado una función de control de todo el conjunto del sistema protector de potencial o posible conformación heterogénea en el segundo y tercer nivel.

Con todo, el argumento básico reside en el hecho de que la protección de las situaciones de dependencia (a través de prestaciones de servicios y de prestaciones económicas) acaba siendo una típica materia social de tutela transversal u horizontal que, en calidad de tal, exige operativamente (no se olvide que uno de los principios inspirados del sistema legal es el tratamiento “integral” y “la transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia”) todo el conjunto articulado de medidas heterogéneas que requiere una efectiva atención a las personas dependientes.

En todo caso, hay que tener en cuenta el bloque normativo de Seguridad Social en el texto constitucional y su conexión con la problemática de la distribución de competencias autonómicas. Es preciso distinguir entre el bloque formado por los artículos 41, 49 y 50 de la Constitución y el problema distinto de distribución de competencias en el Estado social autonómico.

1º) En primer lugar, el art. 41 CE (en relación con otros preceptos como los artículos 49 y 50 del mismo texto constitucional) formula una noción general y omnicompreensiva de Seguridad Social (en la que se incluyen explícitamente una dimensión asistencial). La elaboración del art.41 CE se produce en la época donde se estaban reformulando los sistemas de Seguridad Social de origen continental hacia una configuración mixta (contributiva y asistencial dentro del propio Sistema institucional de Seguridad Social). Por otra parte, se ha ido difuminando progresivamente la distinción estricta entre Seguridad Social y Asistencia Social (ambas técnicas renovadas y “mezcladas”) como se puede apreciar en la doctrina del TC, precisamente a propósito de la distribución de competencias en estas materias de protección social pública. La hermenéutica del art.41 CE conduce desde el punto de vista de su lógica interna a una visión holista respecto al alcance y morfología de la Seguridad Social.

2º) En segundo lugar, se ha de señalar que es cuestión distinta la relativa a la distribución competencial, que conduce a una desmembración o fragmentación competencial entre el Estado central (Seguridad Social Contributiva y Asistencial) y las CCAA (asistencia social pública externa al Sistema de Seguridad Social). Se da apertura a una multiplicidad de títulos competenciales (artículos 149.1.1ª, 149.1.17ª, y 148.1.20ª de la Constitución). La protección por dependencia es Seguridad Social *Asistencial* (y, por tanto, asistencia social) situada fuera del Sistema institucional de la Seguridad Social, y estructurada como un Sistema Autónomo de Protección Social Pública.

Se puede afirmar, en definitiva, que el art.41 CE puede dar lugar, como lo está haciendo ya en la práctica jurídica, a desarrollos sistémicos muy distintos: Sistema de la Seguridad Social; Sistema Nacional de Salud; Sistema Nacional de Dependencia. Es decir, la organización por sistemas

autónomos y diferenciados desde el punto de vista jurídico e institucional de las diversas ramas de protección social pública. De este modo, “lo que es” Seguridad Social no se agota en un concreto Sistema Institucional de carácter estatal. Es una opción discutible de política legislativa de desarrollo de las previsiones constitucionales, pero también legítima y no contraria al texto constitucional.

En una perspectiva más concreta el encuadramiento de la protección de la dependencia en el Estado social autonómico es complejo, y va a dar lugar a desarrollos heterogéneos en el segundo y tercer nivel de protección legal. La Ley 39/2006 constituye, en efecto, la primera iniciativa normativa estatal para abordar la protección integral y sistemática de la dependencia, lo cual no significa que esta situación de necesidad no haya venido siendo objeto de cobertura por parte de otros entes públicos. En efecto, el Estado hasta ahora había permanecido al margen eludiendo su inclusión como contingencia autónoma en el ámbito objetivo de la Seguridad Social - a salvo de ciertas prestaciones económicas indirectas, de las que más adelante se tratará-, con lo que la tutela pública de la dependencia había quedado básicamente, como se ha comentado, en el ámbito de las Comunidades Autónomas en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, asumida por todas ellas en sus respectivos Estatutos, con anclaje constitucional en el art. 148.1.20 CE.

Es importante reparar en que este título competencial permite a los poderes públicos autonómicos converger, e incluso concurrir, con el Estado en la conformación de un Sistema de Protección Social evolucionado y de estructura compleja en cumplimiento de los mandatos constitucionales de los artículos 9.2, 10.1, 49 y 50 CE, dirigidos todos ellos a la realización del principio de bienestar social, basilar en un Estado Social de Derecho. En efecto, tal y como ha dejado sentado reiteradamente la doctrina constitucional (SSTC 76/1986, de 9 de junio; 146/1986, de 25 de noviembre y 239/2002, de 11 de diciembre), en puridad el legislador Constituyente más que tolerar, reclama la acción conjunta de todos los poderes públicos para la satisfacción de esos objetivos mediante técnicas no sólo de subsidiariedad (como avalaba la STC 76/86), sino de complementariedad e, incluso, de yuxtaposición o suplementariedad (STC 239/2002). La protección social emerge, así, como un campo en el que las competencias constitucionales exclusivas no deben entenderse como “excluyentes” (STC 146/1986); es decir, la protección social se presenta como una materia compleja susceptible e idónea para el ejercicio de competencias concurrentes de los poderes públicos para la cobertura de situaciones de necesidad: por un lado, el Estado a través del subsistema de Seguridad Social ex art. 149.1.17 CE - marcado, por lo demás, por una dinámica asistencialista - y las Comunidades Autónomas por medio de sus respectivos subsistemas de Asistencia Social ex art. 148.1.20 CE, - caracterizados por una evolución expansiva hacia la noción de Acción Social que se identifica con medidas contra la exclusión, promoción del bienestar social e igualdad de los ciudadanos.

En esta línea interpretativa, el TC ha efectuado una relectura evolutiva del art. 41 CE en relación con la Asistencia Social, mediante una interpretación conjunta y sistemática de dicho precepto en relación con el art. 148.1.20 CE en la que, partiendo de la premisa de que en aquél se “consagra un *sistema de protección social* encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social...el cual coexiste con otros complementarios (STC 239/2002, FJ 6º)”, se llega implícitamente a la conclusión de que el nivel no contributivo de la Seguridad Social (asistencia social interna) puede complementarse y concurrir con otro nivel externo a cargo de las CC.AA (asistencia social externa).

Desde esta perspectiva, en la que más adelante se abundará, la dependencia resulta ser una situación de necesidad que incide en particular en colectivos específicos -personas con discapacidad y personas mayores- y requerida de una también específica tutela conforme a los mandatos constitucionales ex arts. 49 y 50 CE. Dicha tutela es susceptible de ser dispensada por parte del Estado y por parte de las Comunidades Autónomas de forma complementaria y/o suplementaria, como modo

de garantizar la suficiencia de la cobertura y, con ello, la efectividad del principio de justicia social. Con todo y pese a la legitimación competencial de ambos poderes -el Estado al amparo del art. 149.1.17 CE y las CC.AA al del art. 148.1.20 CE-, lo cierto es que, como se dijo, la materia había quedado casi exclusivamente en el marco de la asistencia social autonómica, excepción hecha de la asistencia sanitaria (inespecífica y universal) dentro del sistema de Seguridad Social, de ciertas prestaciones económicas indirectas y marginales, igualmente de Seguridad Social -gran invalidez, complemento de ayuda de tercera persona de la invalidez no contributiva y asignación por hijo discapacitado y dependiente a cargo, más alguna intervención puntual reciente de orden estrictamente financiero en apoyo a Planes autonómicos de atención a la dependencia. (Se trata de los acuerdos de financiación estatal para proyectos autonómicos de ayuda a personas en situación de dependencia adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales).

No obstante, las políticas autonómicas de protección de la dependencia venían acusando evidentes carencias: insuficiencia -cuantitativa y cualitativa- de una acción protectora, supeditada generalmente a disponibilidades presupuestarias; dispersión e inespecificidad de las técnicas de protección; lógica asistencialista (protección vinculada a límite de rentas) y reprochables desigualdades territoriales. Este estado de cosas es el que, precisamente, justifica la intervención estatal en la materia con el objeto de garantizar un nivel mínimo de protección y la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia, en el acceso a dicha cobertura, sin perjuicio del respeto a las competencias constitucionales de las Comunidades Autónomas, esto es, sin merma del principio de autonomía política de las mismas.

En todo caso, si, con todas limitaciones apuntadas, los servicios sociales autonómicos son los que han instrumentado hasta ahora la única protección público-institucional de la dependencia, conviene efectuar siquiera un somero repaso de las regulaciones efectuadas por las CC.AA en este ámbito. En este sentido, habría que distinguir dos grandes grupos de actuaciones: la cobertura de la dependencia desde lo que se ha denominado “asistencia social invertebrada”, que constituye la regla general o mayoritaria en el panorama autonómico, y las minoritarias actuaciones a través de medidas de protección incardinadas en la “asistencia social vertebrada”.

En el primer caso, el más extendido en la práctica, como se ha dicho, se trata de una protección de la contingencia de dependencia desestructurada (desvinculada de su tronco “natural”, cuáles son las respectivas leyes de Servicios Sociales autonómicas) y asistemática (carente de los elementos conceptuales esenciales relativos a la noción de dependencia, procedimiento de valoración y declaración de la situación y grado y requisitos de acceso a las prestaciones). En el segundo caso, minoritario en el panorama territorial, la protección de la dependencia se afronta de forma articulada, es decir mediante normas *ad hoc* de tratamiento específico y autónomo de la situación de necesidad protegida que incluyen los elementos del régimen jurídico de cobertura.

En lo que respecta al primer grupo, sólo tres Comunidades Autónomas cuentan con normas de atención a colectivos específicos potencialmente encuadrables en la noción jurídica de dependencia, si bien segregadas de sus respectivas Leyes de Servicios Sociales. Se trata de Andalucía, con sendas normas de atención a personas con discapacidad y personas mayores, que tangencialmente incorporan situaciones de dependencia, previendo carteras de servicios sociosanitarios genéricas para los respectivos colectivos (Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a personas con discapacidad en Andalucía, incluye en su acción protectora a personas con discapacidad grave que precisen de la ayuda de otra persona para las actividades de la vida diaria (art. 32.2) y Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención a personas mayores, con referencia específica a mayores con mayor nivel de dependencia (art. 1.1.a), previendo para ellas una serie de prestaciones sociosanitarias en forma de servicios (atención domiciliaria, cuidados paliativos, estancias diurnas y atención residencia) y de carácter

económico (ayudas individuales).; Castilla y León, que limita su intervención a las personas mayores, si bien contempla como beneficiarios específicos de los servicios sociales a personas en situación de dependencia (Ley 5/2003, de 3 de Abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León, cuyo Título IV se dedica a la “atención de las personas mayores dependientes” y en él se incluye una definición de la dependencia conforme a la estandarizada por el Consejo de Europa (art. 42), si bien adolece de indefinición en lo relativo a la acción protectora a base de Servicios Sociales y sanitarios (art. 44.1) y planes y programas en materia sociosanitaria (art. 46.1), sin concretar medidas específicas) y la Comunidad Valenciana, a través de su Estatuto de personas con discapacidad, con previsión específica de medidas de protección para personas con “grave discapacidad determinante de dependencia” [Ley 11/2003, de 10 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de personas con discapacidad, que entre los titulares de los derechos prevé expresamente a la personas con discapacidad con necesidad de apoyo generalizado (art. 2.3), entendiendo por tal “aquella persona que, como consecuencia de su discapacidad, precisa de atención o ayuda de otra y otras personas para realizar los actos importantes de la vida diaria”. Además, en una línea de asistencia social evolucionada abandona, la lógica asistencialista para reconocer derechos subjetivos a las personas con discapacidad: prestaciones en servicios (art. 30) y económicas (art. 36)].

En el segundo grupo -protección vertebrada de la dependencia-, se encuentran las Comunidades de Asturias, Madrid, Cantabria y Comunidad Foral de Navarra. La Ley asturiana 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales recoge una definición de dependencia (art. 19.2) y contempla medidas específicas para las personas dependientes y de apoyo familiar (art. 27), aunque la concreción de las prestaciones se relega a desarrollo reglamentario por parte del Gobierno autónomo (art. 20) sin que, por otra parte, se reconozcan derechos subjetivos, por lo que el acceso a las prestaciones queda condicionada, en principio, a disponibilidades presupuestarias. La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, dedica un Título específico (Título VI) a la dependencia, con definición de la contingencia protegida (art. 62.1) y determinación de las prestaciones a las que tienen derecho los beneficiarios, con la necesaria adaptación de las previstas en la cartera general -técnicas, económicas y materiales o de servicios- (art. 64.5), si bien éstas se vinculan a un Plan de Atención Social a la Dependencia, aún pendiente de regulación reglamentaria, que contendrá la gradación de la contingencia, los indicadores de cobertura según los grados de dependencia, la previsión del crecimiento de recursos necesario, así como su financiación, distribución territorial y calendario de implantación.

La Comunidad de Cantabria es la única que contaba, hasta ahora, con una norma legal específica y exclusiva sobre la materia: Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de Atención y Protección a las Personas en situación de dependencia, reconocedora del derecho de las personas dependientes a la protección de su autonomía (art. 1.a), comprensiva, también, de la noción de la dependencia estandarizada por el Consejo de Europa (art. 3) y con determinación de tres niveles de prestaciones materiales o de servicios (art. 4), si bien igualmente en este caso pendiente de desarrollo reglamentario (art. 5). No obstante, dicha norma ha sido derogada y reemplazada por la nueva Ley 2/2007 de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria (Que viene a reemplazar, entre otras, a la Ley de Cantabria 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social y a la, ya mencionada, Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia), que en la línea de superación del viejo asistencialismo de los servicios sociales predicable de la Ley 39/2006, reconoce el acceso a éstos como un derecho subjetivo de ciudadanía social³⁵. En efecto, su art. 4.1 garantiza, con carácter

³⁵ Así lo proclama expresamente su Preámbulo (II): “La nueva Ley supera el viejo modelo asistencial de los servicios sociales, configurando un nuevo ámbito de protección social e instaura un sistema de derechos de ciudadanía, fundamentado en los principios de igualdad y universalidad. Su filosofía es claramente avanzada y persigue el reconocimiento de los derechos sociales como derechos de ciudadanía social. Pretende también la universalización de la protección social, lo que supone extender las actividades de prevención, promoción, tutela, intervención, incorporación e inclusión a todas las clases sociales. La Ley realiza, por tanto, un cambio paradigmático: sustituir

general, a la ciudadanía de la Comunidad el derecho subjetivo universal a la Protección Social y, en particular [art.4.1.b] a “la protección en las situaciones de dependencia en los términos que establece la legislación estatal y en los que, en este ámbito, determine el Gobierno de Cantabria”. Así mismo, en su art. 27 se establece la cartera mínima de servicios (apartado A) -algunos de ellos, con el carácter de prestaciones garantizadas específicamente a las personas dependientes- y las prestaciones económicas previstas en la Ley estatal, con la previsión de que ambos casos serán desarrolladas a nivel autonómico en virtud de la cofinanciación establecida en esta última norma.

Pues bien, aunque las más recientes normas de servicios sociales, -de la llamadas de “segunda generación”- pretenden inscribirse en la línea de una asistencia social evolucionada basada en el reconocimiento de derechos subjetivos, en puridad no garantizan ninguna prestación a las personas en situación de dependencia, ya que a pesar de proclamar el “derecho subjetivo” de los ciudadanos a los servicios sociales, éste queda supeditado a un desarrollo reglamentario que en la mayoría de los casos no se ha efectuado aun. En términos generales, el Libro Blanco “Atención a las personas en situación de dependencia en España” (2004) reconoce, no obstante, notables avances en la construcción de los “sistemas” autonómicos de servicios sociales al disponer de una amplia regulación jurídica, de un conjunto de recursos humanos y materiales estables, de reconocimiento social y de intervenciones estructuradas a partir de criterios e instrumentos técnicos, pero por otra parte constata la endeblez del “derecho” a los servicios sociales, en el sentido antes comentado. Por lo demás, se trata de insuficiencias que tienen un fuerte impacto particularmente en el ámbito de la dependencia, ya que para acceder a las prestaciones las personas dependientes (y sus familias) deben, además de acreditar la situación de necesidad, justificar la insuficiencia de recursos económicos para afrontar la situación. La utilización de, lo que el Libro Blanco denomina, “formas selectivas” de acceso cierra el paso a las prestaciones a muchas personas, especialmente aquellas que a pesar de sus graves limitaciones funcionales disponen de rentas medias superiores a los baremos establecidos para acceder a los servicios públicos o concertados, pero que no disponen de recursos económicos suficientes para costearse una plaza privada (Libro Blanco, cit, Cap. II, pp. 52 y 54).

Más recientemente, la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, ya con el respaldo de la Ley 39/2006, se inscribe decididamente en la técnica de universalización de la protección y, así, reconoce el derecho universal de ciudadanía al acceso al sistema autonómico de servicios sociales (art. 1) y, específicamente dentro de los Programas de Servicios Sociales de base de implantación obligatoria (art. 31) recoge el Programa de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (art. 31.b) con todas las prestaciones previstas en la Ley estatal y aplicable en los términos que se acuerden con la Administración General del Estado (AGE).

4. REFLEXIÓN JURÍDICO-CRÍTICA SOBRE EL MODELO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA, ATENDIENDO A LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EUROPEOS Y A LOS MODELOS SOCIALES EUROPEOS

“Toda persona dependiente tiene derecho al respecto de su dignidad humana y de su autonomía [...]. Todas las personas dependientes o susceptibles de llegar a serlo cualquiera sea su edad, raza, convicción

toda inspiración en la beneficencia por modernos criterios de reconocimiento de nuevos derechos ciudadanos y trascender el ámbito tradicional de actuación de los servicios sociales, hasta ahora, reducido a las situaciones de pobreza, exclusión y desprotección, al marcarse el objetivo de contribuir al bienestar de todas las personas y al pleno desarrollo comunitario. Este cambio sustancial responde a los mismos principios inspiradores que han motivado, a nivel de Estado, un hecho de singular trascendencia, que supone un hito en el desarrollo del cuarto pilar de nuestro Estado de Bienestar, como es el reconocimiento del derecho a la protección social de las situaciones de dependencia”.

filosófica, y la naturaleza, origen y grado de severidad de su estado deben tener derecho a la asistencia y ayuda requerida para poder llevar una vida conforme a sus capacidades reales y potenciales, al nivel lo más elevado posible para cada uno. En consecuencia tienen que tener acceso a servicios de buena calidad y a las tecnologías más adaptadas”.

RECOMENDACIÓN núm. (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados del Consejo de Europa miembros “relativa a la dependencia”³⁶.

Estamos ante una ley de extraordinaria importancia (Ley 39/2006) que atiende a un problema social que implica un colectivo de población cada vez más numeroso. La situación de dependencia necesitaba de un tratamiento integral y completo a través de un conjunto integrado de medidas capaces de afrontar el problema social en toda su complejidad real. Eso es lo que pretende la LAAD. No obstante su innegable importancia, conviene señalar que la virtualidad del SND es que constituye una garantía uniforme a nivel nacional de los servicios sociales mínimos que en gran medida ya venían siendo prestados por las distintas CCAA en su territorio. Tiene, pues, una eficacia racionalizadora y universalización en la cobertura.

Además, la Ley de Dependencia no se limita a declarar, ni a otorgar prestaciones, sino que tales prestaciones (de servicios y económicas) se garantizan como un nuevo derecho social de ciudadanía (el mismo art.1 LAAD señala que “la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que *garanticen* la igualdad en el ejercicio del *derecho subjetivo de ciudadanía* a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”; igualmente, el art.5 que refiere a los “titulares de derechos” y el art.9.1 LAAD; el art.4.1 LAAD establece que “las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia de lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”). De manera que no está sujeto a prueba de recursos -con carácter fundamental-, ni a la disponibilidad de recursos públicos, ni, en fin, a ninguna decisión discrecional por parte de la Administración. Cuestión distinta es que en la práctica la LAAD deja muchos flecos abiertos que pueden hacer discutibles la garantía efectiva de un derecho subjetivo perfecto a la protección ante situaciones de dependencia. Por cierto, los sujetos titulares de las prestaciones por dependencia, son los propios sujetos dependientes, con independencia de la causa determinante y de la intensidad en la pérdida de autonomía (física, psíquica o puramente funcional).

La LAAD opera en la práctica como una “Ley-Marco” (conforme al art. 149.1.1 C.: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre [...]: La regulación de las *condiciones básicas* que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”), base de un amplio desarrollo legislativo y reglamentario. Se necesitan abundantes desarrollos normativos para completar los tres grandes niveles de protección del SND (art.7). Importantes cuestiones han sido remitidas a los reglamentos, que poco a poco van asumiendo la tarea de desarrollo de las previsiones legislativas, hasta haber alcanzado el momento presente.

Las prestaciones públicas (servicios y prestaciones económicas) han sido situadas fuera del sistema institucional de Seguridad Social. Se pretende establecer un Sistema independiente desde el punto de vista institucional y funcional. Pero desde el punto de vista jurídico-material estamos ante una Seguridad Social Asistencial o no contributiva, reflejo de la evolución de la Seguridad Social hacia una progresiva Asistencialización de sus prestaciones. En todo caso, se está ante un modelo específico de asistencia social y cobertura universal de Seguridad Social (no se ha reclamado

³⁶ Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en el 641 g. reunión de Delegados de Ministros.

el art.149.1.17ª CE por la pretensión de segregar el SND del Sistema de Seguridad Social)³⁷. Es Seguridad Social con independencia del hecho de que no forme parte del Sistema Administrativo-institucional de la Seguridad Social. Así pues, y en el actual momento legislativo, se asiste a un nuevo proceso de ramificación y segmentación de la Seguridad Social (en este caso de la Seguridad Social Asistencial). La idea, discutible en el plano de la política jurídica, que ha presidido la reorganización racionalizadora de los sistemas públicos de protección social ha sido crear “Sistemas” diferenciados desde el punto de vista administrativo-institucional (sistema nacional de salud; sistema nacional de empleo; sistema nacional de dependencia). Pero conviene tener cuidado para evitar confundir con esa disgregación que una cosa es la Seguridad Social en sí (o en su caso también la “asistencia social externa”) y otra el sistema institucional-administrativo organizado para su realización como servicio público. No obstante, un sector de la doctrina ha defendido, incluso atendiendo al texto de la LAAD, que todo este entramado de servicios y prestaciones deben entenderse que son “interno al sistema de Seguridad Social”.

En el Estado Social Autonómico siempre plantea problemas respecto a la distribución de competencias entre el Estado central y las CCAA. Pero el problema mayor se suscita por el débil e insuficiente título competencia que ha sido aducido por el legislador (art. 149.1.1ª CE, reclamado como “fundamento constitucional” por la Disposición final 8ª). La lógica distributiva de competencias habría sido más coherente y definida para articular los tres grandes niveles de protección por dependencia. Con este fundamento debilitado las tensiones competenciales serán mayores y mayores también los problemas de una necesaria coordinación entre las distintas Administraciones Públicas estatales y autonómicas.

En lo referente al modelo de financiación de la dependencia en España en el proceso de reforma permanente del sistema público de protección social, cabe señalar que la configuración de un sistema universal de protección de la dependencia plantea en sí un doble problema interdependiente de financiación y de gestión del Sistema institucional. No obstante, en el modelo de financiación “universal puro”, la financiación se lleva a cabo mediante impuestos generales. Los impuestos tienen mayor importancia en los modelos con sistemas universales que en los proporcionales, aunque hay excepciones a esta regla general. En nuestro modelo legal la financiación va a ser *mixta* pública -administración central y autonómica- y privada -una parte la bona el sujeto protegido a través de la técnica parcialmente “contributiva” del “copago”-. Se ha acogido, en efecto, de entre los modelos comparados del entorno europeo, un esquema de protección universal con una doble característica: por un lado, la cobertura universal de la dependencia *desvinculada de la actividad profesional* del beneficiario (en contraste con los regímenes bismarckianos o de seguridad social en sentido estricto), si bien no supeditada aquí al requisito de límite de rentas (propio del modelo asistencial); y por otro lado, por su *financiación vía impositiva* asumida conjuntamente por el Estado y las Administraciones Territoriales junto a las aportaciones de los beneficiarios (copago). En contraste, el modelo asistencial *puro* tiene una extensión limitada ya que el requisito de acceso a la cobertura es la inexistencia o insuficiencia de recursos económicos de la persona dependiente; por otra parte, el sistema de protección a través de la SS (modelo bismarckiano) vincula el aseguramiento a la actividad profesional del sujeto

³⁷ Nótese que el art. 34.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye “la dependencia o la vejez” entre las prestaciones típicas de la Seguridad Social. Por otra parte, a efectos de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, la dependencia se incluye entre las prestaciones de Seguridad Social. Cfr. Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; Reglamento (UE) núm. 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (UE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV.AA.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. Y Coords.), Granada, Comares, 2012, pp. 893-938.

y su financiación descansa, básicamente, en cotizaciones y residualmente en impuestos para el nivel no contributivo³⁸.

En el modelo legal universalista, situado fuera del Sistema institucional de la Seguridad Social, los tres niveles de financiación (el primero ha de ser de financiación exclusiva por la Administración General del Estado a través de Presupuestos Generales del Estado; artículos 9 y 32 LAAD), permiten (en el segundo, y sobre todo, en el tercer nivel autonómico) un amplia intervención de las CCAA en materia de servicios de atención a la dependencia. Aunque el primer nivel es el que está siendo objeto de cobertura, siendo los restantes de aplicación temporal progresiva. En el segundo nivel se impone la cofinanciación. En el tercer nivel adicional -que es de libre implantación por las CCAA-, hace posible que éstos puedan proceder a la ampliación de las prestaciones, pero a cargo íntegramente de sus presupuestos autonómicos y con arreglo a su ordenación normativa específica; que cabe destacar que tiene que respetar los principios y criterios generales establecidos en la LAAD.

La prestación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones se realizará según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal, y a la capacidad económica del beneficiario (art.33.1 y 2). Pero ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos (art.33.4). Sólo se tiene en cuenta la capacidad económica del beneficiario, puede -en la lógica del propio sistema- plantear situaciones paradójicas porque la unidad familiar de pertenencia puede disponer de una elevada cuantía de recursos económicos. En todo caso, lo relevante es encontrarse en la situación objetiva de necesidad para cuya cobertura está pensado el sistema protector (esa atención preferente a la situación de necesidad, aunque sin prueba -falta- de recursos configura su carácter asistencial público evolucionado, esto es, configuradora de un derecho subjetivo pleno a la protección prevista).

La solución más coherente con la naturaleza de prestación universal es resolver el problema en la lógica de la “fuente”; es decir, en la lógica misma de una *política impositiva* que ya se oriente en un sentido “progresivo”, tomando en cuenta previamente los tres niveles reales de renta de todos los ciudadanos.

En la perspectiva de la reforma gradual de larga duración, no cabe duda de que uno de los dilemas actuales es edificar un nuevo modelo de Estado social más activo que dé respuesta a los nuevos riesgos y situaciones de necesidad en sociedades desarrolladas y complejas. Respecto a esas transformaciones estructurales que aconsejan el cambio de perspectiva en la configuración del Estado social se han señalado seis grandes cambios: 1). Cambios en el ciclo de las personas; 2). Pluralidad de nuevas formas de familias y hogares; 3). Cambios en la estructura del empleo (por ejemplo, el aumento del empleo en servicios de baja productividad); 4). Cambios provocados por la sociedad del conocimiento (por ejemplo, la baja educación y las insuficientes habilidades cognitivas provocan un aumento de la probabilidad de caer en una situación de desempleo, precariedad y empleos con bajos salarios); 5). Intensificación de las desigualdades de renta y 6). Cambios en el contrato intergeneracional (por ejemplo, aumentan los riesgos para las familias jóvenes, mientras que los ancianos disfrutan de unos mayores niveles de vida). Para afrontar estos nuevos retos el Estado social debe ser más “proactivo”, reactualizar su acción protectora para proteger los nuevos riesgos emergentes (riesgos psicosociales; situaciones de exclusión social; situaciones de dependencia, especialmente la vinculada con el fenómeno del “envejecimiento del envejecimiento”, etcétera), pero debe también prestar una especial atención a las políticas encaminadas a la protección de la familia. Las políticas familiares siempre han tenido un papel importante en el Estado Social, más allá de sus formas específicas de

³⁸ Para un análisis exhaustivo de los modelos comparados de protección de la dependencia en Europa, *vid.* Libro Blanco sobre La Atención a las Personas en situación de Dependencia en España”, Diciembre de 2004, cap. XI, pp. 12 a 17 y Cap. XII, pp. 17 a 23.

tutela protectora (Basta reparar que el sistema del bienestar contemporáneo está estructuradora con base a tres grandes pilares que actúan como instancias de provisión del bienestar: Estado, Mercado y Familia). Ahora viene exigido un tipo de políticas familiares (en sus distintos modelos heterogéneos) diferente, de apoyo y promoción de la educación los hijos y de atención directa y solidaria de las personas mayores. Se vienen realizando reformas “racionalizadoras” de la gestión y del gasto social, con fuerte gasto fiscal en el fomento de las fórmulas privadas de protección social (señaladamente, los planes privados de pensiones), un gasto concentrado selectivamente en los colectivos que ya disponen de mayor nivel de renta. Las políticas públicas deberían utilizar mejor la acción pública para atender a las nuevas situaciones de necesidad concentrando más el gasto en políticas redistributivas y de apoyo a la cobertura de las necesidades emergentes y de las familias necesitadas.

La noción jurídica de dependencia recoge básicamente la definición proporcionada por el Consejo de Europa en 1998³⁹. En el art. 2.2 LD el objeto de la protección se vincula esencialmente al hecho objetivo de la dificultad o imposibilidad de realizar las actividades básicas de la vida diaria, derivado de un conjunto de factores multicausales enumerados por el propio precepto ex art.2.2 LD, que no están relacionados, al menos directamente, con el trabajo profesional del sujeto protegido.

Para atender a la situación protegida se establecen dos tipos de ayudas: prestaciones de servicio y, en su caso, prestaciones económicas. En todo caso, se trata de *técnicas de ayuda social (por contraposición a las técnicas de previsión social*. Propias de una Seguridad Social Asistencial o de una Asistencia Social específica y diferenciada (o, si se quiere, un ámbito no contributivo específico); aunque en nuestro modelo legal -reflejado en la Ley de Dependencia- dichas prestaciones por dependencia se han situado, desde el punto de vista institucional-administrativo, fuera del ámbito del Sistema institucional de Seguridad Social actual.

Cabe señalar que el modelo legal originario se inclinaba por la prestación de servicios. Sin embargo la prestación económica ha tenido un auge harto significativo (señaladamente prestación económica por cuidados familiares). No sólo se explica por el reclamo de una elección entre las distintas alternativas para atender a la persona dependiente, sino también -y no en menor medida- porque nuestro país sigue disponiendo de una red de servicios sociales deficientes para atender a las necesidades de las personas dependientes. Por lo demás, se ha venido favoreciendo la mercantilización de los cuidados para las personas dependientes con rentas más elevadas.

La garantía de efectividad del derecho subjetivo a la protección a las personas dependientes en el modelo normativo de dependencia (partiendo del dato normativo que se encuentra fuera del Sistema Institucional de la Seguridad Social⁴⁰) pasaría por varios tipos de medidas:

1ª). La atribución de competencia a la jurisdicción social para resolver las controversias judiciales concernientes a las prestaciones de dependencia. Resulta criticable el incumplimiento persistente de la Disposición 7.2 de la LRJS, a cuyo tenor “Se exceptúa del plazo previsto en el apartado anterior la atribución competencial contenida en las letras o) y s) del artículo 2 en materia

³⁹ Recomendación núm. 98 del Comité de Ministros a los Estados miembros “relativa a la dependencia” (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641 g reunión de Delegados de Ministros). Anexo a la Recomendación núm. R 98. 1. Definición de la dependencia: “*la dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria*. La dependencia puede afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas mayores. Si bien es cierto que la dependencia tiende a aumentar con la edad, y que la vejez se caracteriza por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud, la edad no es el único criterio acerca de este estado. La dependencia económica no está contemplada en esta recomendación”.

⁴⁰ Entre muchas, STC 18/2016, de 4 de febrero.

de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya fecha de entrada en vigor se fijará en una ulterior Ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias”. Su desarrollo supondría la incardinación de las controversias jurídicas en materia de dependencia en la modalidad procesal de Seguridad Social (artículos 140 y siguientes de la LRJS), con todas su garantías. La efectividad del derecho subjetivo exige condiciones materiales, pero también esta mejora de las posibilidades de acción jurisdiccional que proporciona una tutela efectiva a través de la incluso de las controversias jurídicas en el ámbito competencial de la LRJS.

2ª). El aseguramiento de las prestaciones. El carácter no contributivo de las prestaciones sociales por dependencia les excluye del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, pues éste se financia, en principio, con “los excedente de ingreso que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión”⁴¹. Sin embargo, finalmente se acabó creando un fondo específico de garantía o de apoyo afectivo al sistema de protección de la dependencia (disposición adicional 61ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2009, en la cual -paradójicamente- no aparece mencionada, en ninguno de sus seis apartados, la Ley 39/2006)⁴².

En una perspectiva de realismo normativista y de política del Derecho Social, caben dos alternativas de reconfiguración jurídica e institucional del modelo normativo de garantía del derecho a la autonomía y atención en situaciones de dependencia:

1ª). El “*Modelo rupturista*” en términos de cambio en el “fundamento constitucional” conforme a las previsiones de nuestra Constitución jurídica, que conllevaría el reclamo de otro título competencial, esto es, la utilización del sistema universal integrado en el Sistema institucional de la Seguridad Social por el cauce admisible del art. 149.1.17ª CE. Este precepto no implica una suerte de “expropiación” a las CCAA, porque admite de suyo una “legislación no básica” autonómica y con la asunción de los servicios sociales por parte de las mismas.

2ª). El “*Modelo racionalizador*” sin revisión del reclamo del título competencial. En tal sentido, alternativamente, se podría seguir utilizando el título competencial del art. 149.1.1ª CE, pero estableciendo una verdadera *legislación básica* en relación a todos los aspectos fundamentales de los grados, las prestaciones, costes y procedimientos de reconocimiento de la protección social por dependencia (legislación básica que presupone imperativamente el propio apartado 1.1ª del art. 149 CE) y mecanismos más incisivos y eficientes de coordinación interterritorial por parte de las CCAA. Esta sería, por así decir, la vía de la “racionalización” del Sistema de autonomía, atención y protección de las personas dependientes. Este recorrido podría transitarse con una elaborada “Ley Estatal de

⁴¹ Art. 1 de la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva

⁴² En este sentido, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, pp.75-78 (“Garantizado por un Fondo Especial de Reserva”). Para el autor el modelo de protección social por dependencia en su configuración actual “diseñado por la Ley 39/2006 ha acabado resultando ser un modelo insostenible, por causa del radical cambio (verdadera mutación) de las circunstancias económicas existentes cuando fue concebido”. Todo a diferencia del modelo alemán que protege la situación de dependencia dentro de la Seguridad Social Contributiva (*Ibid*, pp.78-79). Para el modelo normativo de protección de las situaciones de dependencia es de referencia ARUFE VARELA, A.: *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Barcelona, Atelier, 2019.

Servicios Sociales” (que actualmente está ya pensada como simple “Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales”). Esta legislación estatal podría, acaso sin un cambio radical del modelo vigente, *neutralizar las insuficientes* garantías del derecho de autonomía y de atención de las personas dependientes a través del sistema institucional de protección de la dependencia externo al Sistema institucional de la Seguridad Social. Por lo demás, ésta parece ser la opción “racionalizadora” que está llevando a cabo el actual Gobierno de Coalición a través de un planificado proceso legislativo en curso.

Es lo cierto que no existe un modelo europeo de protección ante las situaciones de dependencia, sino tan sólo normas de coordinación comunitaria (que trata a esta prestación -de contenido complejo, prestación económica y servicial-, a efectos instrumentales, como prestación de Seguridad Social). Es manifiesto que el modelo social europeo necesitaría cubrir ese vacío (como tantos otros en materia de protección social pública), estableciendo una regulación de mínimos en la materia que se hace estrictamente necesaria porque el modelo “autonómico” conduce a una pluralidad de modelos de protección pública de las situaciones de dependencia que es disfuncional para la garantía de los derechos subjetivo de autonomía y cuidados de las personas dependientes y puede conducir fácilmente a cuestionar gravemente el *principio de solidaridad consagrados en la Constitución* (artículos 2, 9.2, 138, 149.1.1ª, 156.1 y 158.2 CE), de manera que el principio de solidaridad *interterritorial* puede considerarse como cláusula de cierre de la organización del sistema de descentralización del poder político y jurídico dentro del “Estado Social Autonómico”⁴³.

Lo que sí se aprecia en realidad jurídica es la diversidad de modelos y submodelos de tutela y atención a las situaciones de dependencia como ya se planteara en el Libro Blanco de 2005⁴⁴ (aunque, cabe matizar, que ulteriormente esos modelos han evolucionado en diversos sentidos, a través de un cierto “aprendizaje mutuo” con el intercambio de experiencias y técnica de protección de las personas dependientes para garantizar su autonomía).

Cabe decir que, en cualquier caso, se impone la adopción de medidas inmediatas que garanticen la sostenibilidad económico-financiera del derecho subjetivo a la autonomía y la atención de las personas en situación de dependencia a través de servicios de cuidados profesionalizados y dignamente retribuidos⁴⁵; el establecimiento de una ordenación estatal de mínimos sustantivos, procedimientos (procedimientos simplificados que ya se han puesto en marcha) y de coordinación instrumental de los sistemas autonómicos de reconocimiento y atención acelerada de la protección de las personas en situación de dependencia; dejando a salvo un conjunto de garantías mínimas legales debe reconocerse una libertad de elección de las personas en lo relativo a las condiciones en que desean ser atendidas

⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L., y DÍAZ-AZNARTE, T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Bomarzo, 2008; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Competencias autonómicas en Asistencia Social y Servicios Sociales”, en *Temas Laborales*, Vol. I, núm. 100, 2009, pp. 295-328.

⁴⁴ IMSERSO: *Libro Blanco: Atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid, MTAS-Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad-IMSERSO, Madrid, 2005.

⁴⁵ Recomendación núm. 98, Del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la dependencia*, Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en el 641 g. reunión de Delegados de Ministros. El Comité actuó en virtud del artículo 1.b del Estatuto del Consejo de Europa. Véase Instrumento de Adhesión de España, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” [(Artículo 1.a)]. Por su parte, el apartado b del artículo 1.b) establece que “La finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El Comité de Ministros del Consejo de Europa considera que incube a los poderes públicos garantizar la calidad de los cuidados y los servicios dispensados y que es necesario asegurar de manera reforzada la protección social de los cuidadores: “Preámbulo”, Apartado 2 (“Los principios generales en favor de las personas”), Apartado 3.6 (“Garantía de la calidad de los cuidados”), Apartado 4 (“Los cuidados sin Estatuto Profesional”), etcétera.

ejercitando sus facultades de autonomía personal (sea dentro de la familia o unidad de convivencia a través de los cuidados familiares; o sea a través de servicios de cuidados externalizados). Derecho de elección -cuyo margen debe ser precisado- que viene reconocido en la Recomendación núm. 98, del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la dependencia*⁴⁶, apartado 3.2. “Libertad de elección”), conforme al cual “el principio de la libertad de elección es fundamental a fin de garantizar el respeto a la dignidad y a la autodeterminación de la persona dependiente. La libertad de elección puede estar comprendida dentro del marco legal del sistema de protección social. Para asegurar el respeto de este principio, la elección debe revestir dos características: ser *libre*, lo cual requiere una intervención de los poderes públicos para permitir a todas las personas afectadas, el acceso a las infraestructuras y a los servicios existentes y para promover otros tipos de servicios adaptados a las necesidades de las personas dependientes. La elección debe ser igualmente *informada*, lo cual requiere una información accesible, objetiva, completa y personalizada. Cuando no sea posible mantener por más tiempo la libertad de elección por razón de la incapacidad de la persona dependiente, se deberá asegurar una protección jurídica”.

Hay que dejar constancia del dato normativo de que algunas de estas medidas de reforma se vienen realizando ya; a la espera de una reforma de mayor calado o envergadura, como, en parte, propone el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Dependencia (02/09/2022). No se olvide, por otra parte, que a veces por encima de los discursos normativos y de los Modelos, se está ante un problema de política del Derecho. En el fondo, se trata de elegir sabiamente -con conocimiento de causa- el modelo que mejor garantice el derecho subjetivo social a la autonomía y cuidados por razón de dependencia atendiendo a la realidad político-constitucional de nuestro Estado Social Autónomico.

La Carta Social Europea garantiza en el art. 12 los derechos de Seguridad Social⁴⁷ y, por su parte, el art. 23 hace lo propio respecto del derecho de las personas con edad avanzada a la protección social⁴⁸. Desde hace tiempo el *Consejo de Europa* ha establecido cuáles son los principios generales

⁴⁶ Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en el 641 g. reunión de Delegados de Ministros. El Comité actuó en virtud del artículo 1.b del Estatuto del Consejo de Europa. Véase Instrumento de Adhesión de España, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” [(Artículo 1.a)]. Por su parte, el apartado b del artículo 1.b) establece que “La finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social de la Europa amplia’”, en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo*, Laborum, núm. 4, 2022, pp. 215-326; JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C.: “Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016; VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

⁴⁷ Para una análisis de esta disposición, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos de Seguridad Social (Artículo 12)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2017, pp. 629-659; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021.

⁴⁸ Artículo 23. “Derecho de las personas de edad avanzada a protección social. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular: -a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos; - a permitir a las personas de edad

en favor de las personas dependientes, indicando, al respecto que una política en favor de las personas dependientes o susceptibles de poder serlo debe llevar a⁴⁹:

- Prevenir o reducir la dependencia, impidiendo su agravamiento y atenuando sus consecuencias.
- Ayudar a las personas dependientes a llevar una vida según sus propias necesidades y deseos.
- Proporcionar una protección suplementaria a las personas dependientes, sea por la concesión de una prestación, sea por el acceso a los servicios existentes, la creación de todos los servicios apropiados, tales como los servicios de ayudas familiares y el acceso a ayudas técnicas apropiadas. Todas las personas dependientes o susceptibles de llegar a serlo cualquiera sea su edad, raza, convicción filosófica, y la naturaleza, origen y grado de severidad de su estado deben tener derecho a la asistencia y ayuda requerida para poder llevar una vida conforme a sus capacidades reales y potenciales, al nivel lo más elevado posible para cada uno. En consecuencia ellas tienen que tener acceso a servicios de buena calidad y a las tecnologías más adaptadas. Toda persona dependiente tiene derecho al respeto de su dignidad humana y de su autonomía. Y para esto debe participar en el proceso de evaluación del grado de dependencia y en toda toma de decisión que le concierne. Esto supone, entre otros, que toda persona dependiente sea informada sobre sus derechos y libertades sobre las opciones y facilidades disponibles y sobre la evolución de la legislación que le concierne. Paralelamente, los poderes públicos tienen responsabilidad, en relación a la atención de la dependencia, de adoptar las medidas legislativas adaptadas a la evolución en este campo (evolución tecnológica, etc.) para realizar la igualdad de oportunidades y para garantizar la accesibilidad a los cuidados y servicios ofertados. Los poderes públicos deben garantizar la calidad de los cuidados y de los servicios. Las personas afectadas por la dependencia deben ser tratadas sin discriminación, en particular en lo que concierne al acceso a la infraestructura y a los servicios creados para ellas. Deberá favorecerse y facilitarse por las autoridades competentes el acceso y participación de las personas dependientes en las actividades de la vida social, comprendiendo las de ocio.

-Por otra parte, respecto a las medidas en favor de las personas dependientes, se indica en la Recomendación núm. 98, que *corresponde a los poderes públicos* llevar una política coherente en cooperación con las personas dependientes, los cuidadores y las organizaciones que trabajan en este campo, a fin de asegurarles la asistencia y las ayudas necesarias. Las prestaciones deberán ser atribuidas y concedidas tanto a las personas que viven en su domicilio como a las que residen en instituciones. Sin embargo, el mantenimiento en domicilio debe favorecerse (Prioridad de la atención

avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda; b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado; - a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en centros la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en el centro". Un estudio de esta disposición en MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (Artículo 23 Carta Social Europea)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*,), MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, pp. 821-833; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2012; *Ibid.*, *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.; *Ibid.*, "El sistema multinivel de protección de las personas mayores", en PERÁN QUESADA, S. y VILA TIERNO, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 15-76, y la bibliografía allí citada.

⁴⁹ Recomendación núm. 98, Del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la dependencia*, Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en el 641 g. reunión de Delegados de Ministros, Anexo a la Recomendación núm. R (98)9, apartado 2°.

en el domicilio habitual). Además de las prestaciones, los sistemas de protección social deberán desarrollar las medidas preventivas, de detección y de diagnóstico precoz de los estados que pueden llevar a la dependencia.

-La prevención y la rehabilitación son aspectos fundamentales en la atención a la dependencia. La rehabilitación debe permitir a la persona dependiente *volver a ser tan autónoma como sea posible* en el plano psíquico, físico y social⁵⁰. Lo cual refleja la centralidad del derecho a la autonomía de las personas en situación de dependencia, que se procurará dentro del ámbito de lo posible dentro del estado de la persona en situación de dependencia en cada momento.

-Los poderes públicos deben garantizar la calidad de los cuidados y de los servicios. Al efecto se establecen principios y medidas en favor de los cuidadores sin estatuto profesional⁵¹ (la formación; adaptación de la legislación del trabajo, etcétera).

⁵⁰ Recomendación núm. 98, Del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la dependencia*, Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en el 641 g. reunión de Delegados de Ministros, Anexo a la Recomendación núm. R (98)9, apartado 3º.

⁵¹ A los efectos de la Recomendación núm. 98, se consideran cuidadores sin estatuto profesional a los miembros de la familia, vecinos u otras personas que prestan cuidados y acompañan a las personas dependientes, de manera regular sin beneficiarse de un estatuto profesional que les confiera derechos y obligaciones. Anexo a la Recomendación núm. R (98)9, apartado 4º.

Estudios
Doctrinales

LABORUM

La indemnidad mental: nueva dimensión del derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras. Hacia el reconocimiento de Neuroderechos como Derechos básicos del ser humano

Mental indemnity: a new dimension of fundamental right to privacy of workers. Towards the recognition of Neurorights as basic human rights

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

 <https://orcid.org/0000-0002-1946-6682>

Cita Sugerida: MOLINA HERMOSILLA, O. «La indemnidad mental: nueva dimensión del derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras. Hacia el reconocimiento de Neuroderechos como Derechos básicos del ser humano». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 61-77.

Resumen

Atendiendo a la vertiginosa velocidad a la que se producen en nuestros días los avances en el ámbito de la Ciencia y la Tecnología, especialmente en cuanto a sistemas de Inteligencia Artificial, Bigdata y en el ámbito de las Neurotecnologías, así como a la facilidad y rapidez con que estos avances quedan incorporados a los sistemas productivos, el presente estudio propone una reflexión sobre el impacto real que estos pueden llegar a provocar en ámbitos tradicionalmente protegidos por los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, en concreto en este caso, por el derecho a su intimidad. A su vez, estos avances nos sitúan frente a riesgos desconocidos hasta el momento, a través de su materialización en nuevas fórmulas invasivas de la intimidad mental de las personas trabajadoras, que pueden llegar a afectar a su propia esencia como ser humano. El problema, como siempre, reside en determinar cuáles serán los límites que, desde el sistema de Derecho, pueden ser expuestos frente al legítimo derecho del titular de la empresa a desarrollar una gestión eficaz.

Abstract

The dizzying speed at which advances in the field of Sciences and Technology are occurring today, especially in Artificial Intelligent systems, Bigdata and Neurotechnologies, as well as ease and speed with which these are incorporated into production systems, this study proposes a reflection on the real impact that these advances can have in areas traditionally protected by the fundamental rights of workers, especially their private right. In turns, these advances place us in front of us unknown risks through their materialization in new invasive formulas of worker's mental privacy, that can affect their basic essence as humans. The problem as always, is to determine what will be the limits from the system of law can be exposed to the legitimate employer's right to develop an effective management.

Palabras clave

Derecho fundamental a la intimidad, indemnidad mental, inteligencia artificial, neuroderechos.

Keywords

Fundamental rights to privacy, mental indemnity, artificial intelligence, neurorights.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En muy poco tiempo hemos pasado, casi sin ser consciente de ello, a recurrir en nuestro día a día a productos de Inteligencia Artificial (en adelante IA), Bigdata (BD) e incluso de las Neurotecnologías.

Estos logran instalarse en los sistemas productivos con suma facilidad, guiados por una búsqueda incesante de los titulares de los medios de producción por lograr la mayor competitividad y al menor coste que resulte posible. Lo cierto es que, en la mayoría de las ocasiones, estos sistemas se instalan sin una evaluación previa y detenida del impacto real que pueden llegar a provocar en el bienestar de las personas trabajadoras, sin atender, por tanto, al potencial que representan de afectar a ámbitos tradicionalmente protegidos por sus derechos fundamentales, los cuales, mantienen su plena vigencia durante el desarrollo de la relación laboral.

A su vez, los avances conseguidos en cada una de estas ramas de la Ciencia y la Tecnología, tanto individualmente considerados, como combinados entre sí, nos enfrentan a riesgos desconocidos, a través de su materialización en nuevas fórmulas invasivas de la intimidad mental de las personas trabajadoras, que pueden llegar a afectar a su propia esencia como ser humano.

Por tanto, el estado evolutivo alcanzado por estos sistemas tecnológicos hace necesario una reflexión sobre el impacto real que los mismos pueden llegar a provocar en el estatuto jurídico protector de las personas trabajadoras. Una vez determinado el alcance y sentido real de este impacto, será primordial construir una visión integradora de la implantación de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, capaz de mostrarse respetuosa con el ámbito protector que ejercen los derechos fundamentales en este ámbito, y en concreto, con el derecho fundamental a la intimidad. Para ello resultará necesario centrarnos en la visión humanizada y socialmente útil que estos avances pueden representar, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda salvaje del incremento de la competitividad y beneficio empresarial.

El problema, como siempre, reside en determinar cuáles serán los límites que, desde el ámbito del sistema de Derecho, pueden ser expuestos frente al legítimo interés del titular de la empresa por desarrollar una gestión eficaz. Se trata de un equilibrio nada fácil de alcanzar en la práctica, en la que estamos asistiendo al reconocimiento de derechos digitales de distintas velocidades, en función de quién sea reconocido como su titular y, por tanto, quién pretenda hacerlos valer.

2. IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS TECNOLÓGICOS EN LOS ENTORNOS LABORALES Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Las técnicas de IA han sido definidas como “sistemas software (y posiblemente también hardware), diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en el entorno físico o digital, percibiendo el entorno a través de la adquisición de datos, interpretándolos y procesando la información derivada de estos datos, para decidir la(s) mejor(e) acción(es) a realizar para alcanzar el objetivo perseguido”¹.

Junto al desarrollo que estas técnicas han alcanzado en nuestros días, aparece también la técnica de BD, consistente en la extracción y manejo de datos que permiten realizar predicciones sobre el comportamiento futuro de las personas. Estas técnicas de BD se convierten en la esencia de la IA, permitiendo obtener información personal más allá de la proporcionada o disponible.

El estado evolutivo que presentan en la actualidad ambos sistemas hacen posible combinar entre sí y al instante, datos procedentes de distintas fuentes, tomando en consideración metadatos, datos personales sean o no sensibles, datos no personales, que pueden ser recabados tanto durante el desarrollo de la actividad laboral como incluso fuera de la misma. Al mismo tiempo, posibilita la

¹ COMISIÓN EUROPEA: *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.

reutilización de la información laboral de cara a la elaboración de perfiles y adopción de decisiones automatizadas con efectos sobre las personas trabajadoras, que pueden quedar de este modo, a partir de un eventual análisis de sus características de actitud y aptitud, sometidas a una predicción en torno a su comportamiento o estados futuros.

Ambas técnicas están siendo las principales precursoras de la Revolución Industrial a la que estamos asistiendo en nuestros días, la llamada “Cuarta Revolución”², también conocida como “Revolución 4.0”, la cual está afectando sustancialmente a múltiples aspectos de la sociedad. La especialidad de esta transformación en relación con los procesos anteriores, la virulencia y velocidad con la que esos cambios se instalan ahora en nuestros sistemas productivos carece, por completo, de precedentes³.

Junto a las anteriores, asistimos también en nuestros días al extraordinario avance que están logrando las Neurotecnologías, concepto con el que se engloban todas aquellas tecnologías que tienen como objetivo conocer el cerebro, sus procesos e incluso reparar, mejorar o controlar sus funciones. No se trata en absoluto de una disciplina reciente, pero combinada con el desarrollo vertiginoso que están alcanzado las técnicas de IA y BD, lo cierto es que se abren a un mundo de posibilidades de límites desconocidos.

Es evidente que el efecto combinado de estas técnicas que estamos conociendo y su implicación en los entornos laborales, presentan el potencial suficiente para llegar a redefinir el futuro del trabajo, llegando a cuestionar y limitar la propia dignidad de las personas trabajadoras y más ampliamente, de la sociedad, lo cual, pasa por impedir el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales, en pro de la obtención de la máxima rentabilidad y competitividad que resulte posible. Este enfoque se hace acompañar de un determinismo tecnológico respecto del cual, solo cabe “adaptarse y plegarse”⁴.

La gestión laboral a través de los mecanismos que permiten la IA, BD y las propias Neurotecnologías, irá incrementándose en los próximos años, por lo que cualquier regulación en este ámbito, que pretenda ser efectiva, debe partir esta constatación⁵. Por tanto, el objetivo a alcanzar debe orientarse a defender el avance sincronizado entre la aplicación de las innovaciones tecnológicas al ámbito de las relaciones laborales y el respeto y profundización en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como expresión de los valores sobre los que se construyen las sociedades democráticas⁶.

Pero frente a una deseable visión pacífica e integradora entre la aplicación de estos avances tecnológicos al ámbito de los entornos laborales y el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y, en particular, a su derecho a la intimidad, no podemos obviar que se opone con fuerza la propia esencia de la relación de trabajo, cuya construcción descansa sobre el elemento

² GÓMEZ SALADO, M. A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2021.

³ MERCADER UGUINA J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. Por un constitucionalismo de Derecho Social”, en *Rivista di studi e documentazione su ll integrazione europea Ileonline*, núm. 1, 2022, pp. 1-48.

⁵ El propio Ministerio de Trabajo ha recurrido a la implantación de estos sistemas basados en IA y BD, con el objetivo de que la Inspección de Trabajo pueda cruzar los datos existentes en Seguridad Social, Hacienda y el Servicio Público de Empleo Estatal para el control de la legalidad de los contratos de trabajo que se formalicen en nuestro país. Fuente: Expansión Economía <https://www.expansion.com/economia/2022/10/18/634dab89468aebbe6a8b459b.html>

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo” en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, MONEREO PÉREZ, J.L. VILA TIerno, F. ESPOSITO, M. y PERÁN QUESADA, S. (Dir.), Granada, Comares, 2021, p. 13.

de contraposición de intereses y de poderes asimétricos entre las partes. De esta forma, la empresa aparece considerada como una organización donde se ejerce un poder interprivados, frente a los cuales, la persona trabajadora debe defenderse, a través del ejercicio de sus derechos fundamentales generales y los específicamente sociales, tales como el derecho a la intimidad, a su inviolabilidad, su imagen, la protección de datos personales, la libertad de opinión, expresión e información, la libertad religiosa, derecho a la salud, etc⁷. De modo que, si bien es cierto que los derechos humanos en el entorno laboral, en particular, y en la vida social, en general, se encuentran normativamente reconocidos al máximo nivel, no podemos pasar por alto que estos mismos derechos se encuentran continuamente amenazados en su eficacia real, a múltiples niveles⁸.

Y en efecto, la recepción de estos avances tecnológicos en el ámbito de las relaciones laborales por el momento, nos está mostrando la cara menos amable de esta nueva realidad, que se nutre de la compenetración entre la dimensión humana y digital y que está suponiendo un cambio paradigmático en los fundamentos del trabajo, del Derecho y de la sociedad en su conjunto, que necesita ser abordado en su integridad, para comprender y poder abarcar los profundos retos que plantea⁹.

Y así, resulta evidente que con la implantación de nuevos desarrollos tecnológicos en los sistemas productivos, las empresas experimentan transiciones estructurales, cambios de distinta intensidad¹⁰. Todo ello redimensiona las relaciones de poder en la empresa de nuestros días, que se expresa en nuevas formas de subordinación, más sofisticadas y que no están exentas de presentar paralelismo incluso con el trabajo forzoso, en cuanto pueden llegar a suponer, en sus versiones más extremas, la anulación de la voluntad de la persona trabajadora.

Por tanto, frente a las bondades que se han venido predicando de los avances tecnológicos, consistentes en liberar a las personas trabajadoras de actividades rutinarias y potenciar su autonomía, en realidad se comprueba que pueden llegar a provocar este efecto perverso, de ahí la necesidad de establecer límites precisos y claros frente a esta capacidad omnipotente con que las tecnologías digitales parecen dotar a los titulares de los medios de producción.

Pero es más, la capacidad y desarrollo actual de estos sistemas, permite ejercer este control y subordinación, como decimos, no ya sólo en el transcurso de la relación laboral, sino alejada de los contornos o márgenes de ésta, posibilitando lo que se ha venido a denominar el control biopolítico, que se desarrolla fuera de los entornos físicos o digitales de la organización productiva¹¹, pudiendo

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo: por un constitucionalismo de Derecho Social”, en *Rivista di studi e documentazione su ll integrazione europea Icoonline*, núm.1, 2022, pp. 1-48.

⁸ VV.AA.: *El sistema universal de los derechos humanos*, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ J.L. y AGUILAR CALAHORRO, A. (Coord.), Granada, Comares, 2014.

⁹ BINI, E.: *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2021, p. 16.

¹⁰ En palabras del prof. Monereo Pérez este proceso podría concebirse como metamorfosis, ya que permite apreciar los procesos de cambio no como un proceso continuo y regular, sino como un proceso marcado por transformaciones abruptas. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

¹¹ La mayor generalización del trabajo a distancia no supone, en contra de lo que en principio llegó a pensarse por algunos sectores, una disminución de la subordinación, sino una actualización de sus manifestaciones, pues el control de la persona trabajadora se ejerce a través de los propios medios telemáticos y el uso de los avances tecnológicos. En nuestro país, ha sido objeto de regulación a través de la Ley 10/2021, de 9 de julio, que ha tratado de dotar de un estatuto jurídico-laboral específico a las personas que desarrollan esta prestación y que quedan más expuestas a la penetración de las nuevas tecnologías digitales y al suministro de datos personales. Dentro de estatuto jurídico se garantizan derechos vinculados a las nuevas tecnologías (Sección 5.ª Derechos relacionados con el uso de medios digitales Art.17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos; Art.18. Derecho a la desconexión digital, y también derechos colectivos-sindicales: Sección 6.ª Derechos colectivos Art. 19. Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia. Para un estudio en profundidad de esta modalidad de prestación, *Vid.* VV.AA.: *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnolozizada, Teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, BAZ RODRIGUEZ, J (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021; VV.AA.: *El trabajo a*

extenderse al conjunto de consumidores finales de los servicios y bienes que produce la empresa y, por tanto, a la sociedad en su conjunto.

Estaríamos así, ante lo que se ha venido a denominar “la era del capitalismo de la vigilancia”¹², que se nutre de la experiencia humana como materia prima para la predicción de datos de comportamiento, convirtiéndose así en un codiciado producto en el mercado. De esta forma, el objeto de mercantilización no son sólo los datos, sino también los “modelos predictivos” conductuales, que permiten obtener grandes beneficios empresariales, a través de ventajas competitivas.

En definitiva, la experiencia humana se mercantiliza y llega a cuestionar la efectividad de los derechos fundamentales, no ya sólo de las personas trabajadoras, sino de la sociedad en su conjunto, pudiendo ejercer el poder y control sobre una gran parte de la población, con capacidad de modificar sus comportamientos, con el grave riesgo que ello puede llegar a suponer para los valores de la democracia, pudiendo llegar a manipular la libertad hasta límites desconocidos¹³.

Son muchos, como se puede advertir, los cambios, las transformaciones y los retos que plantea el recurso a estas técnicas de IA, BD y Neurotecnologías en el ámbito de la relación de trabajo, y más en concreto, para el propio respeto y vigencia a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Estos riesgos son percibidos desde todas las instancias gubernamentales, tanto en nuestro ámbito interno como supranacional. En concreto, por lo que respecta a nuestro ámbito interno, ha supuesto en nuestro país la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial¹⁴, a través de través de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2022, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes, de 21 de diciembre.

Por su parte, la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales ha realizado un análisis respecto a cuáles son los derechos fundamentales más afectados por la implantación de sistemas de IA, partiendo de aquellos que aparecen reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵. El resultado de este informe evidencia la mayor afectación que sufren los derechos a la dignidad humana, la intimidad, la privacidad y protección de datos y la igualdad y no discriminación¹⁶ como resultado de la aplicación que actualmente se están haciendo de estos sistemas.

distancia, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. THIBAUT ARANDA X. (Dir.), Madrid, La Ley, 2021; VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. y TODOLI SIGNES A. (Dir.), Navarra, Cizur Menor, 2021.

¹² ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, Madrid, Paidós, 2020, pp. 179 ss. Para el autor, los rasgos fundamentales de este capitalismo de la vigilancia son: 1. Nuevo orden económico basado en la experiencia humana como materia prima gratuita enfocada a prácticas comerciales de extracción, predicción y venta. 2. Nueva arquitectura global de modificación conductual. 3. Estructuras capitalistas caracterizadas por concentraciones sin precedentes de riqueza, conocimiento y poder. 4. Economía de la vigilancia. 5. Amenaza para la propia naturaleza humana del siglo XXI equiparable al capitalismo industrial en los siglos XIX y XX. 6. El poder impone su dominio basado en la certeza absoluta. 7. Expropiación de derechos humanos básicos.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo: por un constitucionalismo de Derecho Social”, en *Rivista di studi e documentazione su ll integrazione europea I ceonline*, núm.1, 2022, p. 29.

¹⁴ Se trata de un nuevo organismo público estatal, con sede en A Coruña, adscrito a la Administración General del Estado, que aparece dotado de potestades inspectoras y sancionadoras. Entre los múltiples fines que asume destaca la supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan IA y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales.

¹⁵ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.

¹⁶ Precisamente, debido a las mayores injerencias que la Agencia Europea de Derechos Fundamentales viene detectando en el derecho fundamental de la ciudadanía europea a la igualdad y a no sufrir discriminación, por parte de la introducción de técnicas de IA, esta Agencia ha dedicado un informe específico a esta materia, Vid.

Precisamente, este mayor riesgo de afectación que sufre el derecho fundamental y básico a la intimidad de las personas trabajadoras, unido a la aparición de nuevas dimensiones del mismo que reclaman protección, es lo que ha motivado que centremos el objeto de este estudio en el impacto que la implantación de estos avances tecnológicos en la gestión laboral pueden llegar a provocar sobre este derecho fundamental de las personas trabajadoras, dado que es en este ámbito laboral, donde más radicalmente se muestran esta nueva tipología de conflictos entre los poderes tecnológicos y los derechos fundamentales de las personas¹⁷.

Se trataría, en definitiva, de aportar nuestra modesta contribución a actualizar el principio básico, según el cual, la regulación ha de ser proporcional al riesgo.

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO PROTECTOR

El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho fundamental a la intimidad como derecho distinto y dotado de sustantividad frente a otro derecho con el que mantiene evidentes conexiones, como es el derecho a la privacidad y a la protección de datos de carácter personal, que reconoce en su art. 8.

Esta sustantividad también resulta evidente en el tratamiento que nuestra Constitución (en adelante C.E) dispensa a cada uno de estos derechos, encontrando acomodo el derecho general a la privacidad y su íntima conexión con la protección de datos personales en el art. 18.4 C.E, mientras que encontramos la garantía del derecho a la intimidad en el apartado 1º de este mismo precepto.

Por tanto, no existe coincidencia absoluta entre ambos derechos fundamentales, por lo que en la práctica, unos hechos determinados pueden suponer la vulneración de uno de estos derechos, sin que sufra menoscabo el otro¹⁸.

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo a raíz de su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre¹⁹, ha contribuido a construir la tesis que defiende la sustantividad propia de cada uno de estos ámbitos de protección que, posteriormente, ha recogido la jurisprudencia laboral²⁰. Considera el Intérprete Constitucional que, si bien ambos derechos comparten el fin último de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, sin embargo, presentan distinto objeto. Y así, mientras el derecho a la intimidad extiende su garantía a la intimidad constitucionalmente protegida a los datos íntimos de la persona, el derecho fundamental a la protección de datos, amplía aquella garantía constitucional, extendiéndola a aquellos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Bias in Algorithms. Artificial intelligence and discrimination*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2022.

¹⁷ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales”, en VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., p. 1251-1261.

¹⁸ GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, p. 36. LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS GONZÁLEZ, F.: “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, V. 10, núm. 2, 2020, pp. 506-540.

¹⁹ BOE 4 de enero 2001.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Sala IV 111/2018, de 7 de febrero (Rec. 78/2017).

Desde esta perspectiva, se considera que la intimidad protege la esfera más reservada de las personas, mientras que la privacidad abarca facetas de la personalidad que, aunque aisladamente consideradas puedan carecer de significación, enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado²¹. En este sentido, el ámbito reservado a la privacidad resulta considerablemente más amplio que el correspondiente a la intimidad y por este mismo motivo, debe ser más elevada la intensidad de la protección que se dispense a esta última, en contraste al que merezca la simple privacidad.

Este planteamiento, trasladado al ámbito de los entornos laborales supone que, mientras que pueden quedar más fácilmente afectadas por la introducción de medidas tecnológicas, parcelas de la privacidad de la persona trabajadora, la prohibición ha de ser prácticamente absoluta, cuando queden afectados ámbitos reservados a su intimidad²².

En concreto, la utilización de herramientas tecnológicas en el ámbito de las relaciones laborales puede llegar a afectar a la intimidad de las personas trabajadoras desde una triple perspectiva²³: en primer lugar, permiten a las empresas un mayor acceso, tanto cuantitativo como cualitativo, a informaciones relativas a la esfera íntima de las personas que trabajan para las mismas; en segundo lugar, contribuyen a que queden difuminadas las fronteras entre la vida laboral y la vida privada; y en tercer lugar, posibilitan que la empresa pueda ejercer un control mucho más incisivo del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de las personas trabajadoras.

El ejercicio de estos derechos y su posible modulación en el ámbito de las relaciones laborales no es, por tanto, una materia ni mucho menos novedosa, por el contrario, se trata de una cuestión que ha venido preocupando y ocupando a nuestra doctrina científica y jurisdiccional. La novedad reside, más bien, en la necesidad que se deriva de la implementación de los actuales avances tecnológicos, consistente en establecer un justo equilibrio entre el uso de las legítimas facultades empresariales y el respeto a este derecho fundamental de las personas trabajadoras, tanto en el ámbito del trabajo, como en su vida privada²⁴.

Por tanto, pese a que viene siendo objeto de estudio, no se trata de una labor que podamos considerar culminada, sino que necesariamente, se encuentra inconclusa y sometida a su constante revisión debido, precisamente, a las posibilidades y avances que presentan en nuestros días, principalmente el desarrollo combinado de sistemas de IA, BD y de las Neurotecnologías aplicadas al ámbito laboral, que provocan la necesidad permanente de reajustar los inestables límites de este ansiado equilibrio.

Y es que esta necesidad de ajuste y reequilibrio lejos de ser temporal está llamada a convertirse en estructural de las relaciones humanas de trabajo, puesto que nos encontramos ante un desarrollo

²¹ MERCADER UGUINA, J.R.: *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, p. 23.

²² CRUZ VILLALÓN, J.: “Facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, en *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, p. 39; ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A.: “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en lo nuevos escenarios digitales”, en *Temas Laborales*, núm.151, 2020, pp. 275-292; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a la intimidad en el trabajo y nuevas tecnologías” en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPOSITO, M. y PÉREZ QUESADA, S. (Dir.), op, cit, pp. 253-306.

²³ GOERLICH PESET, J. M.: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico”, en VV.AA.: *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 124-125.

²⁴ ADAMS-PRASSL, J.: “When your boss comes home”, en *C4E The future of work in the age of automation and IA*, núm. 51, 2020, pp. 5 y ss.

incipiente de las posibilidades que presentan estos avances tecnológicos, los cuales por el momento, se encuentran en estado casi embrionario²⁵.

El debate científico que ha de ocuparnos, por tanto, no puede entroncarse en la dicotomía entre los argumentos a favor y en contra de los avances que en nuestros días surgen del ámbito de la Ciencia y la Tecnología, y que posibilitan su aplicación en el ámbito de la relación laboral, sino que debemos dirigir nuestros esfuerzos a colmar las lagunas e incertidumbres que abre la regulación que por el momento, ofrece tanto nuestro Derecho Interno, como a nivel supranacional, en el ámbito de la protección de este derecho fundamental de las personas trabajadoras, que puede quedar seriamente comprometido por la implementación de estos sistemas en los entornos laborales.

4. LA NUEVA DIMENSIÓN MENTAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: NUEVAS NECESIDADES DE PROTECCIÓN

En este sentido, este derecho fundamental a la intimidad o, mejor dicho, la necesidad de garantizar su protección al más alto nivel, aparece en nuestros días actualizada en su dimensión de indemnidad mental, entendida como el derecho a no sufrir ningún tipo de injerencia tecnológica en la conformación de las propias opiniones y pensamientos, considerada por ello, como la más básica y esencial de todas las que confluyen en la conformación de este derecho.

Estamos ante un nuevo bien jurídico que reclama protección, no por su originalidad, puesto que la capacidad de pensar por sí mismo es innata al ser humano y, por tanto, tan antigua como lo es la propia humanidad. La novedad reside más bien en las posibilidades de intromisión en esta dimensión mental que los desarrollos de la Ciencia y la Tecnología permiten en nuestros días y que vienen a representar un auténtico desafío a la autonomía de pensamiento. Aunque pareciera que hablamos de ciencia ficción, se trata de tecnologías que ya están disponibles en el mercado y que cualquier consumidor puede adquirir fácilmente y frente a las cuales, no existe por el momento, ningún límite derivado del ámbito jurídico²⁶.

En efecto, la Neurotecnología permite en nuestros días no ya sólo conocer el funcionamiento de gran parte de nuestro cerebro y con ello, predecir su comportamiento, sino que es posible también cambiar la actividad cerebral, permite llegar a controlar el órgano con el que se generan las habilidades

²⁵ DEL JESUS DÍAZ, M^a J.: *Inteligencia artificial y datos para la sociedad. Lección Inaugural pronunciada con ocasión de la solemne apertura del Curso Académico 2021-2022*, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén, 2021. En concreto en el ámbito de la IA, actualmente estamos conociendo lo que se denomina IA específica o débil, consistente en realizar una tarea concreta en un entorno predefinido, pero sin capacidad de adaptarse a cambios sobrevenidos, ni dotados de conciencia o conocimiento profundo sobre sí mismos, ni sobre lo que están realizando. Junto a este desarrollo inicial de la IA que estamos conociendo en nuestros días, ya han sido definidos estados más evolucionados de la misma, denominados IA general y super-inteligencia. En este orden evolutivo, distingue la autora IA general o fuerte, que haría referencia a los sistemas dotados de inteligencia humana y, por tanto, capaces de realizar cualquier tarea que pueda realizar un ser humano. Por su parte, la super- inteligencia haría referencia a la inteligencia que supere ampliamente el desarrollo cognitivo del ser humano en cualquiera de los ámbitos de interés. Por el momento, ambos estados evolutivos han sido únicamente considerados en el ámbito de la ciencia ficción, puesto que no son posible en base a la tecnología existente en la actualidad, sin embargo, ello no es óbice a que pueda serlo en el futuro no muy lejano, dada la velocidad que alcanzan los avances tecnológicos en nuestros días.

²⁶ En este sentido, empresas como Snap, Valve, Meta, Apple, Samsung, están incorporando en sus productos tecnologías y dispositivos para captura de neurodatos. *Vid.* AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Neurodatos y neurotecnología: privacidad y protección de datos personales”. <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/neurodatos-y-neurotecnologia-privacidad-y-proteccion-de-datos-personales>

mentales, las percepciones, los sentimientos, en definitiva, los comportamientos, y con ello, lo que existe realmente es el riesgo de manipulación del ser humano²⁷.

Se comprende así que esta intromisión en la dimensión de la intimidad mental pueda representar un riesgo tan amenazante para el futuro de los sistemas democráticos, basados en el principio de la autonomía de la voluntad, en la capacidad de tomar decisiones de forma autónoma. Y con ello, la importancia de dispensar una adecuada protección a esta nueva dimensión del derecho fundamental a la intimidad, entendida como indemnidad mental, mediante el establecimiento de límites precisos, basados en el reconocimiento y profundización de este derecho fundamental.

En definitiva, se trata de una apuesta decidida por humanizar la tecnología, evitando automatizar a las personas.

Los distintos ordenamientos jurídicos y la doctrina jurisdiccional construida en torno al derecho a la intimidad y libertad de pensamiento, se han configurado sobre una dimensión predominantemente externa, sin llegar a incluir la protección del proceso mental que precede a la manifestación de un pensamiento u opinión, o la protección frente a una manipulación no consentida de los pensamientos²⁸, simplemente porque hasta ahora no existía el riesgo cierto de poder controlar esta capacidad humana. En otras palabras, contamos con el derecho básico a la libertad de pensamiento, pero para poder ejercerlo, necesitamos que se tutele también la capacidad de formar libremente nuestras propias opiniones. Por tanto, resulta necesario proteger en nuestros días la integridad y la indemnidad mental frente a las amenazas que pueden llegar a representar los usos abusivos y desviados de las Neurotecnologías.

De igual modo, las distintas posibilidades de acceso a estos avances tecnológicos, o dicho de otro modo, su concentración en manos de una pequeña parte de la sociedad, puede llegar a suponer una fractura social en la humanidad de límites desconocidos hasta el momento, que se produciría en caso de que este inmenso poder quedase concentrado en manos de unos cuantos, que bien podrían ser las grandes empresas tecnológicas²⁹. Estas empresas aparecen en nuestros días convertidas en auténticos oligopolios, ante la ausencia de códigos éticos y normas jurídicas que lo regulen, las cuales, tendrían así la posibilidad de acceder al conocimiento cognitivo aumentado que permiten los avances de la Neurotecnología, con lo que llegar a controlar al resto de la población. Por ello resulta esencial el establecimiento de medidas destinadas a garantizar el acceso igualitario de la población a estos avances que permiten disponer de una capacidad cognitiva aumentada, así como establecer los ámbitos en los que resulte posible su aplicación.

²⁷ Vid. Entrevista realizada a Rafael Yuste por Werner Herzog, “Neuroderechos, proteger la esencia”, disponible <https://www.youtube.com/watch?v=ehCRpSi-KmQ>

²⁸ RODRÍGUEZ, F.: “Neuroderechos, un valioso ejercicio de plasticidad jurídica”, 2022, disponible en <https://bit.ly/3CraCzQ>

²⁹ Esta posición privilegiada en cuanto a la concentración de poder y riqueza, descansa actualmente en empresas como Amazon, Google, Microsoft, Facebook o Apple que son, en definitiva, los que están determinando, ante la ausencia de regulación en estos ámbitos, el alcance y uso de esta tecnología. Estamos asistiendo a la creación de monopolios naturales en el uso de las tecnologías. De ahí que la IA se considere en nuestros días como un auténtico poder geopolítico, económico, social, cultural y ético. Vid. *Ponencia de estudio sobre la adopción de una regulación de las nuevas realidades tecnológicas, disruptivas y sociales*, Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital. BOCG. Senado. 14 de octubre 2022.

5. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE NEURODERECHOS COMO NUEVA CATEGORÍA JURÍDICA: ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS SURGIDAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Estos avances tecnológicos sin precedentes, de los que estamos siendo testigos, así como los posibles riesgos que de los mismos se pueden llegar a materializar, reclaman la atención del jurista. Y en este sentido, como suele ser habitual, la construcción jurídica va a la zaga de la realidad. La emergencia de nuevas realidades genera nuevos retos a los que no siempre resulta fácil encontrar respuesta. La reacción inicial suele ser la de tratar de integrar estos nuevos escenarios en los contornos de las categorías jurídicas que ya conocemos, sobre las que existe un amplio consenso y que se encuentran plenamente aceptadas. El problema se presenta cuando estas clásicas categorías no permiten su adaptación a las nuevas realidades emergentes. Es entonces cuando los desajustes entre realidad y Derecho hacen saltar los límites definidos del sistema, forzando la construcción de nuevas categorías con las que tratar de abarcar las novedosas realidades a las que debemos encontrar respuesta, los nuevos bienes jurídicos que reclaman atención y protección.

Y es este escenario, precisamente, en el que nos encontramos en el ámbito de la protección de la indemnidad mental, como nueva dimensión del derecho fundamental a la intimidad de las personas en general y de las trabajadoras de forma especial, el cual, reclama la atención del jurista para que empeñe sus esfuerzos en asegurar su adecuada protección, frente a las nuevas formas invasivas que le pueden llegar a afectar.

Nos encontramos, por tanto, al inicio de lo que se presume un largo proceso de conformación de la respuesta jurídica frente a estos nuevos desafíos.

En este proceso ya se han empezado a dar algunos primeros pasos significativos. Y en este sentido, frente a estos riesgos que, como vemos, entraña el uso abusivo y descontrolado de las Neurotecnologías, se ha propuesto por parte de la doctrina el concepto de Neuroderechos, para referirse al “marco legal surgido para la protección de los derechos humanos que son susceptibles de ser vulnerados con la aplicación de las técnicas en las que confluyen disciplinas basadas en la IA y la Neurociencia”³⁰.

Son precisamente los profesionales de estas disciplinas los que están liderando a nivel internacional un movimiento reivindicativo conocido como *The Morningside Group*, que aboga por una revisión actualizada de los derechos más básicos de los que hasta el momento nos hemos dotado como seres humanos, que resulte acorde al desarrollo que estas grandes áreas de conocimiento han alcanzado en nuestros días y del impacto que de ello puede derivarse para el conjunto de la humanidad. Defienden la necesidad de que esta revisión de los derechos fundamentales presente un alcance internacional, puesto que los riesgos exceden con creces el ámbito interno de cada país. Se trataría, de esta forma, de lograr el reconocimiento de un catálogo de nuevos Neuroderechos, como integrante del estatuto jurídico más básico del ser humano de siglo XXI, a través de su inclusión en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que este año 2023 cumple precisamente su 75º aniversario. Este catálogo de Neuroderechos estaría conformado por³¹:

³⁰ BÁEZ MARTÍN, C.: “La regulación de los Neuroderechos. Aproximación histórica y comparada de los derechos humanos”, 2021, disponible en: <https://bit.ly/3vRvBL0>

³¹ Se sigue en este punto a YUSTE, R., GENSER, J. y HERRMANN, S.: “It’s time for neuro-rights”, en *Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development*, núm. 18, 2021, pp. 154-165, disponible en: <https://bit.ly/3IVwqG5>.

- Derecho a la identidad o la capacidad de cada persona de controlar su integridad física y mental, ante el riesgo de los cambios que se pueden producir en esta, derivados de los efectos de la conexión de nuestro cerebro a interfaces inteligentes.
- Derecho a la libertad de pensamiento y el libre albedrío para elegir las propias acciones, ante el riesgo de que sea la máquina conectada con nuestro cerebro quien lleve a cabo la elección.
- Derecho a la privacidad mental, o la capacidad de mantener los pensamientos protegidos contra la divulgación, ante el riesgo de que estos pensamientos sean extraídos de nuestro cerebro.
- Derecho de acceso igualitario y sin discriminación a la capacidad mental aumentada. Se trataría de asegurar que los beneficios de las mejoras en la capacidad sensorial y mental alcanzados a través de la Neurotecnología, se distribuyan de manera equitativa y justa entre la población.
- Derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, o la capacidad de garantizar que las tecnologías no introduzcan prejuicios de ningún tipo.

Para lograr avanzar en el reconocimiento de estos Neuroderechos, se proponen una serie de medidas de actuación, tanto a corto como a largo plazo. En el primer grupo destacan aquellas destinadas a construir una definición consensuada de esta nueva categoría jurídica. Junto a ello, proponen también: a) la creación de una Comisión de Expertos en Derecho y Ciencia Internacional sobre Neuroderechos en el seno de Naciones Unidas; b) el nombramiento por Naciones Unidas de personas expertas cualificadas capaces de asesorar en esta materia a organizaciones, instituciones y al sistema productivo; c) el mantenimiento de consultas periódicas con países que resultan claves en el desarrollo de estos avances. Por su parte, las medidas a largo plazo se orientan a desarrollar un marco normativo para la protección y promoción de estos Neuroderechos, así como un mecanismo para monitorizar las actividades de los países sobre el uso de la Neurotecnología. En concreto, entre las propuestas a largo plazo destacan: a) la creación de un nuevo Tratado o de un protocolo adicional a los tratados ya existentes, para incorporar los Neuroderechos; b) la elaboración de comentarios generales sobre Neuroderechos por parte de los Comités de seguimiento de los Tratados; c) el nombramiento de un Relator especial sobre el impacto de la Neurotecnología en los derechos humanos; d) la creación de una agencia especializada para coordinar las actividades globales de Neuroderechos, con el fin de que puedan quedar codificados en un futuro Tratado internacional de derechos humanos.

Por tanto, en el momento actual, son innegables los avances en el ámbito tecnológico, pero estos avances no se corresponden con un desarrollo comparable del estatuto protector de las personas en general, y de las personas trabajadoras en particular, que pueda aportarnos seguridad para movernos en este terreno de límites y fronteras líquidas³². Y sin embargo, son el baluarte con el que podemos contar para poner freno a la escalada de “horrores de individuos contra individuos”³³ que ha salpicado la historia de la humanidad y de la que, sin el reconocimiento y actualización de los derechos fundamentales al más alto nivel, podemos correr el riesgo de estar contribuyendo a un nuevo episodio, consistente en el sometimiento de la voluntad de la mayoría de la población, al control ejercicio por unos cuantos.

³² BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2004.

³³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador: Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2019, p. 12. YSÁS MOLINERO, H.: “Dignidad de la persona trabajadora y digitalización del control empresarial” en VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 1203-1216.

Recobra así plena actualidad en nuestros días el pensamiento que ya anticipara el profesor MONEREO PÉREZ, “no se trata sólo de limitar el poder, sino más incisivamente (...) de participar activamente en el ejercicio de los poderes democráticamente establecidos, defendiendo la dignidad humana, los derechos sociales ya garantizados y luchando por el reconocimiento y garantía jurídica e institucional de los nuevos derechos sociales”³⁴.

Es necesario, por tanto, poner a funcionar la maquinaria jurídica y la acción transformadora de la política del Derecho propio del Constitucionalismo Democrático Social para hacer valer estas nuevas dimensiones de la dignidad humana³⁵, procediendo a su aseguramiento, tanto en los instrumentos de Derecho Internacional, como en el Derecho interno de los Estados, garantizando el reconocimiento y las garantías de protección a nivel global, puesto que de este carácter son las amenazas que acechan a la esencia misma de la condición humana.

No debemos plegarnos a admitir avances en ningún ámbito de la Ciencia y la Tecnología, que queden desprovistos de una dimensión social y humana, que no se traduzcan en una mejora de la sociedad en general y del bienestar de las personas trabajadoras en particular, puesto que ello provocaría un incremento de las desigualdades y una limitación de las libertades y derechos fundamentales.

El debate multidisciplinar en este ámbito se encuentra por tanto abierto y es conveniente que se alcance un consenso sobre la necesidad o no de reconocer estos u otros Neuroderechos, partiendo para ello del estudio exhaustivo sobre las garantías actuales, para comprobar si resultan o no suficientes para proteger esta nueva dimensión de la indemnidad mental.

Por otra parte, de optarse por la regulación, esta deberá formularse en términos amplios, capaces de adaptarse a la velocidad que han demostrado poseer los avances tecnológicos, con el fin de evitar que pueda quedar de nuevo rezagada la protección de estas nuevas dimensiones de la intimidad y esencia del ser humano. Al mismo tiempo, deberá dotarse de las suficientes garantías para asegurar su eficacia.

A nivel internacional son numerosas como decimos, las voces que se vienen alzando reclamando el reconocimiento de esta nueva categoría jurídica de Neuroderechos.

Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico adoptó en 2019 su *Recomendación sobre innovación responsable en Neurotecnología*³⁶ con el objetivo de guiar a los Gobiernos y a las empresas a la hora de abordar estos desafíos éticos, legales y sociales que plantean esta Ciencia, abogando por el reconocimiento de nuevos derechos en estos ámbitos.

También el Comité Internacional de Bioética de la Unesco se ha sumado a esta reivindicación de reconocimiento de los Neuroderechos, como nuevos derechos básicos del ser humano, en su Informe de 15 de diciembre de 2021³⁷.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador...* Op. Cit., p. 18.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: *Leon Duguít (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación*, disponible en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/17duguít.htm>

³⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) Disponible en <https://www.oecd.org/science/recommendation-on-responsible-innovation-in-neurotechnology.htm>

³⁷ UNESCO: *Informe sobre cuestiones éticas de la Neurotecnología* <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724?posInSet=2&queryId=8145220a-103e-415d-9b01-1992d70de059>

Reino Unido, por su parte, ha publicado el informe *Neurotechnology Regulation*³⁸, en noviembre 2022, en el que se contienen recomendaciones para abordar la regulación de las Neurotecnologías, con el fin de fomentar su desarrollo y un uso seguro de las mismas.

Por lo que respecta a nuestro país, la propia Carta de Derechos Digitales dedica su apartado XXVI a los “Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías”, donde se remite a una futura regulación legal las condiciones, límites, garantías y los fines que habrán de rodear la implantación y empleo de las neurotecnologías sobre las personas³⁹, sin que por el momento, este instrumento de *soft law* resulte suficiente garantía frente a los riesgos de estos usos invasivos que estamos poniendo de manifiesto.

Contamos también con algunas experiencias legislativas surgidas en el plano internacional en la protección de esta nueva dimensión, en el reconocimiento a la infranqueabilidad de nuestros propios pensamientos. En este sentido, se ha llevado a cabo en Chile una reforma constitucional para reconocer al más alto nivel estos Neuroderechos. Para ello, se aprobó el 14 de octubre de 2021, la Ley 21.383 por el Senado chileno, al objeto de modificar artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, en su apartado 1º, con el fin de garantizar el sometiendo del desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas⁴⁰.

También en Argentina se ha presentado un proyecto de ley encaminado a la protección del derecho a la integridad física y psíquica, la privacidad de los datos neuronales, la autonomía o libertad de decisión individual y al acceso equitativo a los beneficios de las Neurotecnologías⁴¹.

En otros ordenamientos jurídicos del ámbito europeo también se están realizando ya avances en el reconocimiento y protección de esta nueva dimensión de la intimidad mental, como manifestación de la esencialidad humana. Así se ha reconocido en el Código Sanitario francés, al objeto de regular el uso de información cerebral como pruebas periciales⁴².

³⁸ REGULATORY HORIZONS COUNCIL: the regulation of neurotechnology <https://www.gov.uk/government/publications/regulatory-horizons-council-the-regulation-of-neurotechnology>

³⁹ En concreto, se dispone que: 1. Las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley con la finalidad de: a) Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad. b) Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones. c) Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos. d) Regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica. e) Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados. 2. Para garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas

⁴⁰ “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella” Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983&idParte=10278855&idVersion=2021-10-25>

⁴¹ *Vid.* REGALADO ROMERO, A. E.: “¿Es necesaria la creación de nuevos derechos humanos para garantizar una protección efectiva frente a las neurotecnologías?”, disponible en <https://ius360.com/los-neuroderechos-es-necesaria-la-creacion-de-nuevos-derechos-humanos-para-garantizar-una-proteccion-e-efectiva-frente-a-las-neurotecnologias-amanda-erin-regalado-romero/>.

⁴² CORNEJO PLAZA, M^a. I.: “Neuroderechos en Chile: Consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías”, en *Agenda Estado de Derecho*, 2021, <https://bit.ly/3pOCjgM>

Las propuestas sobre los Neuroderechos están teniendo buena acogida, como vemos, en algunos ordenamientos jurídicos, pero también está siendo objeto de críticas⁴³, centradas sobre todo en el problema de la inflación de derechos, la imprecisión de su contenido, la apertura a las intervenciones de mejora y la posibilidad de que los derechos ya reconocidos sirvan para proteger los bienes en cuestión⁴⁴.

Y en este sentido, una crítica frecuente frente a las corrientes que propugnan una revisión actualizada del catálogo de derechos fundamentales que actúen como límites frente al uso abusivo y las intromisiones que las tecnologías permiten en la esfera de la intimidad cerebral, consiste en poner de manifiesto que no podemos conocer aún de forma completa los efectos de estas tecnologías y por tanto, no es posible tener certeza sobre los potenciales peligros que las mismas conllevan para los derechos fundamentales. Frente a esta argumentación, cabe objetar que, si bien no es posible imaginar y, por tanto, anticiparnos a todos los posibles usos de la tecnología, sí es posible hacerlo frente a las finalidades con las que puedan ser utilizadas.

Ello recobra aún más sentido, si cabe, en el ámbito de las relaciones laborales, dadas las distintas posiciones asimétricas que ocupan las partes, donde la persona trabajadora sigue ocupando la posición de sujeto débil de esta relación, una debilidad que ahora se puede ver exponencialmente incrementada tecnológicamente.

En este sentido, ofrece mejores resultados una regulación ex ante, con un enfoque preventivo, en lugar de esperar a ejercer un control ex post, que opere de manera paliativa, una vez que los daños ya hayan sido materializados. Bajo esa perspectiva, resulta más fácil regular las tecnologías en su temprana aparición, en lugar de regularlas una vez que se encuentran plenamente consolidadas en sus aplicaciones prácticas⁴⁵.

En cualquier caso, la aplicación de los sistemas de IA, BD y las Neurotecnologías en cuestiones sociales y específicamente en el ámbito de la relación laboral, es una realidad en nuestros días que es preciso afrontar y que presenta implicaciones éticas, políticas, formativas y jurídicas nada desdeñables.

Lo cierto es que, a diferencia del componente eminentemente ético que se observa en el desarrollo histórico de otras Ciencias que han venido ocupándose del bienestar de las personas, como puede ser la Medicina, en las que los profesionales someten su ejercicio y su conocimiento al servicio de los avances de la humanidad⁴⁶, no existe en la Neurotecnología ni en las Ingenierías que intervienen en el desarrollo de la IA y BD, un desarrollo ético similar y comúnmente aceptado, y lo que es aún más urgente, no existe este componente ético a lo largo de la formación de estos profesionales, por lo que en última instancia, a falta de regulación jurídica en este ámbito, este compromiso ético, esta puesta a disposición de su conocimiento al servicio del interés de la humanidad, se hace depender de la voluntad unilateral de los profesionales de estos ámbitos.

⁴³ Sistematizadas por DE ASIS ROIG, R.: “Derechos y libertados: sobre la propuesta de neuroderechos”, en *Época II*, núm. 47, 2022, pp. 51-70.

⁴⁴ *Vid.* MORENTE PARRA, V.: “La inteligencia híbrida: ¿Hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos?”, en VV.AA.: *Inteligencia artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, LLANO ALONSO, F.H. y GARRIDO MARTÍN, J. (Ed.), Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 273; BORBÓN, D., BORBÓN, L. y LAVERDE, J.: “Análisis crítico de los Neuroderechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora”, en *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, 2020, p. 146.

⁴⁵ RECHE TELLO, N.: “Nuevos derechos frente a la neurotecnología: la experiencia Chilena”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, pp. 415-446, <https://doi.org/10.5944/rdp.112.2021.32235>

⁴⁶ En este compromiso ético precisamente el objeto del Juramento Hipocrático en el caso de los profesionales de la Medicina.

En este sentido, resulta conveniente abogar por integrar este componente ético en las titulaciones conducentes a este ejercicio profesional. De hecho, ya está comúnmente aceptado el término de “humanidades digitales” para referirse a esta materia interdisciplinar que surge de la intersección entre las Tecnologías Digitales y las Humanidades y de la que el prestigioso Instituto Tecnológico de Massachusetts ha sido uno de sus principales precursores, apostando por esta doble formación para sus científicos y tecnólogos, al objeto de desarrollar su conciencia y juicio crítico⁴⁷.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Frente a una visión puramente economicista que es la que viene inspirando la implementación de herramientas tecnológicas en el ámbito de las relaciones laborales, el presente estudio ha tratado de centrarse en una visión integradora entre los avances que permite en nuestros días la Ciencia y la Tecnología y los principios de humanización y socialización que deben inspirar su aplicación a la sociedad en general, y en particular, al ámbito de las relaciones laborales. Se trata, en definitiva, de decantarnos por una visión más humanizada, sostenible y confiable de esta implementación en los entornos laborales, como la única capaz de mostrarse respetuosa con el ámbito protector que ejerce también en este ámbito, el derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras. Ello supone, al mismo tiempo, desterrar aquellas opciones que respondan a la búsqueda salvaje del incremento de la competitividad y beneficio empresarial.

En este sentido, debemos ser capaces de dotarnos de nuevas reglas para que la economía digital no sólo obedezca a un modelo de crecimiento económico sino también de profundización en la democracia sustantiva, en la que la implantación de herramientas tecnológicas en las empresas responda al principio básico de respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Por tanto, uno de los principales retos a los que se enfrentan nuestros sistemas productivos consiste en diseñar una estrategia para que la transformación digital se convierta en un instrumento de competitividad empresarial que resulte compatible con la obtención de mayores dosis de bienestar para las personas trabajadoras y para la sociedad en su conjunto.

Los desarrollos que ya en nuestros días han alcanzado sistemas tecnológicos como la IA, BD, junto a la Neurotecnología y de los que seguiremos conociendo nuevos avances en los próximos años, hacen que resulte necesario dotarnos de un nuevo estatuto jurídico protector de las personas trabajadoras, adaptado a estas nuevas realidades tecnológicas, capaz de aportarnos seguridad en ámbitos de límites y fronteras movibles e imprecisas.

En definitiva, el reto consiste en humanizar la tecnología, evitando deshumanizar a las personas.

7. BIBLIOGRAFÍA

ADAMS-PRASSL, J.: “When your boss comes home”, en *C4E The future of work in the age of automation and IA*, núm. 51, 2020.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Neurodatos y neurotecnología: privacidad y protección de datos personales”, disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/neurodatos-y-neurotecnologia-privacidad-y-proteccion-de-datos-personales>

⁴⁷ A este objetivo responde la creación de su Escuela de Artes y Humanidades y de Estudios Sociales, Fuente <https://www.hotcourseslatinoamerica.com/study/us-usa/school-college-university/massachusetts-institute-of-technology/72058/international.html>

- ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A.: “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en lo nuevos escenarios digitales”, en *Temas Laborales*, núm.151, 2020.
- BÁEZ MARTÍN, C.: “La regulación de los Neuroderechos. Aproximación histórica y comparada de los derechos humanos”, 2021, disponible en: <https://bit.ly/3vRvBL0>
- BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- BINI, E.: *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2021.
- BORBÓN, D., BORBÓN, L. Y LAVERDE, J.: “Análisis crítico de los Neuroderechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora”, en *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, 2020.
- COMISIÓN EUROPEA: *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.
- CORNEJO PLAZA, M^a. I.: “Neuroderechos en Chile: Consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías”, en *Agenda Estado de Derecho*, 2021, <https://bit.ly/3pOCjgM>
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, en *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- DE ASIS ROIG, R.: “Derechos y libertados: sobre la propuesta de neuroderechos”, en *Época II*, núm. 47, 2022.
- DEL JESUS DÍAZ, M^a. J.: *Inteligencia artificial y datos para la sociedad. Lección Inaugural pronunciada con ocasión de la solemne apertura del Curso Académico 2021-2022*, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén, 2021.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Bias in Algorithms. Artificial intelligence and discrimination*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.
- GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales”, en VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- GOERLICH PESET, J. M.: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico”, en VV.AA.: *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- GÓMEZ SALADO, M. A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS GONZÁLEZ, F.: “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, V. 10, núm. 2, 2020.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a la intimidad en el trabajo y nuevas tecnologías” en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPOSITO, M. Y PÉran QUESADA, S. (Dir.), Granada, Comares, 2021.
- MERCADER UGUINA J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: *Leon Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación*, disponible en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/17duguit.htm>
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social”, en *Rivista di studi y documentazione su 'll integrazione europea Iceonline*, núm. 1, 2022.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo”, en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, MONEREO PÉREZ, J.L. VILA TIerno, F. ESPOSITO, M. y PERÁN QUESADA, S. (Dir.), Granada, Comares, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador: Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MORENTE PARRA, V.: “La inteligencia híbrida: ¿Hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos?”, en VV.AA.: *Inteligencia artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, LLANO ALONSO, F.H. y GARRIDO MARTÍN, J. (Ed.), Pamplona, Aranzadi, 2021.
- RECHE TELLO, N.: “Nuevos derechos frente a la neurotecnología: la experiencia Chilena”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021.
- REGALADO ROMERO, A. E.: “¿Es necesaria la creación de nuevos derechos humanos para garantizar una protección efectiva frente a las neurotecnologías?”, disponible en <https://ius360.com/los-neuroderechos-es-necesaria-la-creacion-de-nuevos-derechos-humanos-para-garantizar-una-proteccion-efectiva-frente-a-las-neurotecnologias-amanda-erin-regalado-romero/>
- REGULATORY HORIZONS COUNCIL: The regulation of neurotechnology, disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/regulatory-horizons-council-the-regulation-of-neurotechnology>
- RODRÍGUEZ, F.: “Neuroderechos, un valioso ejercicio de plasticidad jurídica”, 2022, disponible en <https://bit.ly/3CraCzO>
- SENADO DE ESPAÑA: *Ponencia de estudio sobre la adopción de una regulación de las nuevas realidades tecnológicas, disruptivas y sociales*, Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital. BOCG. Senado. 14 de octubre 2022.
- UNESCO: *Informe sobre cuestiones éticas de la Neurotecnología*, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724?posInSet=2&queryId=8145220a-103e-415d-9b01-1992d70de059>
- VV.AA.: *El sistema universal de los derechos humanos*, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ J.L. y AGUILAR CALAHORRO, A. (Coord.), Granada, Comares, 2014.
- VV.AA.: *El trabajo a distancia*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA X. (Dir.), Madrid, La Ley, 2021.
- VV.AA.: *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnologizada, Teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, BAZ RODRÍGUEZ, J (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021.
- VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. y TODOLI SIGNES A. (Dir.), Navarra, Cizur Menor, 2021.
- YSÁS MOLINERO, H.: “Dignidad de la persona trabajadora y digitalización del control empresarial” en VV.AA.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- YUSTE, R., GENSER, J. y HERRMANN, S.: “It’s time for neuro-rights”, en *Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development*, núm. 18, 2021.
- ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, Madrid, Paidós, 2020.

Brechas de Género en los Territorios Rurales

Gender gaps in rural areas

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

 <https://orcid.org/0000-0002-9869-5503>

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B. «Brechas de Género en los Territorios Rurales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 79-95.

Resumen

El estudio de las brechas de género que puedan existir en los territorios rurales, especialmente en lo que se refiere al ámbito laboral, exige tener en cuenta la realidad que rodea al propio entorno, diferente a la existente en el urbano. En el presente trabajo se describe toda esa realidad, en la que se perciben unos prejuicios sociales de género muy enraizados. Bajo ese escenario, se dará cuenta de las principales brechas de género existentes en dicho entorno -entre otras, las que afectan a la titularidad y a la gestión de las explotaciones agrarias- para concluir con algunas propuestas para su posible corrección.

Abstract

The study of the gender gaps that may exist in rural areas, especially with regard to the workplace, requires taking into account the reality surrounding the environment, different from that present in the urban area. In this paper, this reality is described in which gender stereotypes are deeply rooted. In this context, the main gender gaps will be reported, among others, the ownership and management of agricultural holdings. The paper concludes with some proposals for their correction.

Palabras clave

Igualdad y no discriminación; brechas de género; territorios rurales; estereotipos de género.

Keywords

Equality and non-discrimination; gender gaps; rural areas; gender stereotypes.

1. UNA DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA EXISTENCIA DE PREJUICIOS SOCIALES DE GÉNERO

Ningún espacio de la vida en sociedad queda exento de manifestar desigualdades en el trato dispensado a los hombres y a las mujeres y en las oportunidades que se le presentan a cada uno de dichos colectivos, lo que genera múltiples discriminaciones contra las que se opone el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo. La doctrina existente sobre la materia es ingente y no se trata de glosar aquí sus principales conclusiones, ni de traer a colación las razones de tales desigualdades. Tan solo se quiere apuntar una de ellas, por ser especialmente relevante en el ámbito rural, y que son los prejuicios sociales de género. Es decir, la esencia de las desigualdades que se manifiestan en el trato y en las oportunidades que se le ofrecen a hombres y a mujeres responden a los prejuicios que existen en la sociedad entre el colectivo masculino y el femenino. Esto es, a la opinión preconcebida que se tiene hacia cada uno de dichos grupos sobre cómo deben actuar, a qué deben dedicarse, cuáles son sus gustos o preferencias, etc. Y son estos prejuicios, los que han generado y siguen generando situaciones discriminatorias. Por otra parte, la invisibilidad de tales prejuicios hace que se naturalicen tanto en la sociedad, de tal forma que, cuando se intenta luchar contra ellos, para modificarlos y en su caso eliminarlos, no pocas veces surgen sentimientos de rechazo ante lo que

se percibe como una imposición teórica. De ahí la dificultad, todavía a día de hoy, pese a los muchos avances conseguidos, de lograr la plena igualdad por razón de sexo¹.

Ni que decir tiene, además, que tales prejuicios de género se extienden a todos los ámbitos de la vida: social, familiar, cultural, educativa y, por supuesto, al laboral, lo que afecta, como no, también al campo, a las zonas o territorios rurales. Las disposiciones normativas son un elemento de lucha para conseguir la igualdad en cualquiera de estos ámbitos. Ahora bien, si se atiende, exclusivamente, a la normativa jurídico-laboral se comprueba que, pese a todos los avances conseguidos en la materia, puede afirmarse que sigue siendo una normativa de carácter discriminatorio, pues no considera trabajo merecedor de una regulación protectora a cualquier clase de prestación de servicios, sino solo a las de carácter productivo, esto es, las que generan riqueza computable en términos económicos. Como prueba de esta afirmación, basta reparar por un momento en la redacción del art. 1.1 del ET que dispone su aplicación exclusivamente a “los trabajadores que voluntariamente presten sus *servicios retribuidos* por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Esta configuración -discriminatoria- de la normativa laboral en España sitúa al trabajo de cuidados en el ámbito familiar -ejercido casi en su totalidad por mujeres- fuera del ámbito laboral, por tratarse de un trabajo no productivo, pues no se remunera económicamente, aunque sea útil socialmente. Sucede lo mismo con el trabajo auxiliar en las explotaciones agrarias -agrícolas, forestales o ganaderas-, ejercido mayoritariamente por mujeres. Como no es productivo, pues no está remunerado económicamente, no se tiene en cuenta, no se regula, sin embargo, es útil socialmente. Muy ilustrativa de esta realidad es la pregunta que conforma el título de la obra de la periodista sueca Katrine Marçal, *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith?*, en la que se pone el acento en la invisibilidad de trabajos que son realizados mayoritariamente por mujeres, en alusión al realizado por la madre del economista para que su hijo pudiese alimentarse². En fin, no es ninguna novedad reconocer que el derecho y la economía se asientan, exclusivamente, sobre el trabajo productivo.

Por otra parte, los prejuicios de género no desaparecen, sino que evolucionan con los tiempos. Si se puede afirmar que las leyes discriminatorias desaparecen -se derogan expresamente³ o se anulan por los tribunales⁴-, pero las opiniones preconcebidas que se tienen sobre el comportamiento y actitudes de cada uno de los sexos, en algunas situaciones -no pocas- se transforman y se materializan en otros diferentes, fruto, la mayor parte de las veces, de la ideología social del momento. Con

¹ Sobre los prejuicios sociales como causa de las desigualdades por razón de sexo véanse las interesantes reflexiones de CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F. Y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 31 ss.

² Según la autora, para Adam Smith el ánimo de lucro es lo que hace girar a la economía. No es la benevolencia de los productores la que permite que el resultado de su trabajo llegue a nuestros domicilios, sino la búsqueda de su propio bienestar, su ánimo lucrativo. Así, gracias al interés del carnicero, del panadero, las personas podían cenar cada noche, porque se preocupaban por su propio bienestar. Sin embargo, Adam Smith cenaba cada noche gracias a que su madre le preparaba la cena, y no lo hacía por egoísmo, sino por amor. Sin embargo, este trabajo, el de la madre, no computaba porque no estaba guiado por el ánimo de lucro que mueve la economía, por su egoísmo, sino que era totalmente desinteresado.

³ Por ejemplo, el apartado b) de la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, contiene la derogación expresa del “Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres”. Más ampliamente, *vid. supra*.

⁴ Precisamente, hasta la derogación parcial de tal Decreto de 1957, en el año 1995, a las mujeres les estaba vetado el acceso al trabajo en el interior de las minas. Tuvo que ser el TC, en su Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, el que declaró que esa clase de normas jurídicas “son contrarias al mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, lo que exige eliminar todas aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para el acceso al mercado de trabajo” (Fundamentos Jurídicos: apartado 4).

esto se quiere insistir en la necesidad de una actitud permanente y proactiva para luchar contra las desigualdades de género, incluso tras las derogaciones de leyes discriminatorias y tras la aprobación de otras que respetan el principio de igualdad por razón de sexo. Al respecto, es muy significativo que, a día de hoy, pese a haber transcurrido ya 15 años desde la introducción de las cuotas de género en las listas electorales, en virtud de la LO 3/2007, de 22 de marzo⁵, en ciertos casos, todavía surgen actitudes y comentarios muy poco respetuosos con la prohibición de discriminación por razón de sexo y que siguen siendo fruto de prejuicios de género muy instaurados en la sociedad, aunque hayan evolucionado con los tiempos.

2. DE UNA LEGISLACIÓN LABORAL PROTECCIONISTA A OTRA IGUALITARIA. LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJO POR SU VALOR

Pese a todos los avances conseguidos en la materia, el modelo de relaciones laborales regulado por el Derecho del Trabajo sigue siendo el trabajo productivo prestado por un trabajador varón, normalmente con familia, por lo que se le supone una pareja, y con una amplia disponibilidad horaria. Desde luego, este era el prototipo de trabajador del primer ET, el del año 1980, y como se ha visto con anterioridad, de acuerdo con la definición de su art. 1.1, sigue siendo el del año 2022.

Que el prototipo de trabajador en el ET de 1980 fuese un hombre, en aquella época no resultaba nada extraño. Como telón de fondo, se proyectaba una legislación laboral proteccionista con las mujeres -calificadas como sexo débil- y con los niños. Como ejemplo paradigmático de esa corriente, hay que mencionar, el Decreto, de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres, que declara una lista interminable de trabajos prohibidos a estos colectivos por su carácter “nocivo” que “pueda perjudicar su naturaleza”. Entre ellos, se enumeraban, muchas de las actividades incluidas en la agricultura, ganadería e industrias forestales. Para las mujeres, cualquiera que fuese su edad, quedaban prohibidas las siguientes actividades: en el grupo de la agricultura y ganadería, el trabajo en mataderos y cuidado de reses bravas. Y en el grupo de industrias forestales, las actividades de corte y aserraderos de troncos y transporte de madera por flotación. Mientras las mujeres no alcanzaban la edad de 21 años, la lista de actividades prohibidas se incrementaba considerablemente. En el grupo de agricultura y ganadería, quedaban prohibidas las actividades en las que se desempeñasen, entre otras, actividades de abono, de fumigación y lucha contra plagas con materias tóxicas, de siega a mano, de siembra y abonado y con tractores y máquinas agrícolas a motor. En el grupo de industrias forestales, a las mujeres menores de 21 años les quedaban prohibidas, también entre otras muchas, las actividades de preparación del carbón vegetal, del arranque y elaboración del corcho, la limpieza de montes y la tala y poda de árboles. En ese afán proteccionista, el propio Decreto de 1957 justificaba, para cada una de las actividades prohibidas a las mujeres, el motivo de la prohibición. Entre ellos, el peligro de accidentes, por tratarse de un trabajo penoso, por la existencia de vapores tóxicos, etc. La finalidad proteccionista, casi paternalista, se apreciaba de forma muy gráfica en el preámbulo de la norma, cuando se indica, con una redacción propia de la época, “el alto concepto que en general al español merece la mujer y la atención que de manera especial debe ser puesta en evitar que un trabajo nocivo pueda perjudicar su naturaleza, criterio que con igual cuidado exige su aplicación en cuanto a las actividades desarrolladas por los menores, aconsejan de consuno revisar nuestra legislación positiva, procurando adaptarla, recogiendo los progresos de la técnica que, tanto en el orden de la industria como en el de la investigación, a través de sucesivos avances, va señalando con precisión mayor cada día cuáles son las labores o ambientes de trabajo que pueden perjudicar de manera más sensible a estos trabajadores, dignos de singular protección”.

⁵ Véase art. 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, añadido por disposición adicional 2.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

El reconocimiento del principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo en el art. 14 de la CE de 1978 supuso la derogación implícita de las prohibiciones del Decreto de 1957 dirigidas a las mujeres. Sin embargo, no fue hasta el año 1995, con la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, cuando dicha derogación se hizo visible al hacerse constar expresamente en el apartado b) de su disposición derogatoria única. En concreto, se indicaba que quedaba derogado específicamente “el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres, manteniéndose en vigor las relativas al trabajo de los menores”.

La derogación expresa del Decreto de 1957 fue de gran importancia, ya que, pese a la existencia y trascendencia del contenido del art. 14 de la CE, las mujeres seguían siendo objeto de nefastas discriminaciones en el ámbito laboral. Al respecto, no hay más que recordar la más que conocida prohibición de acceso al trabajo en las minas, basada precisamente en aquella disposición reglamentaria, prohibición que tras la aprobación de la CE siguió refrendando la jurisdicción ordinaria, hasta que la de rango constitucional puso término definitivo a tal discriminación. Y así se hizo a través de los fundamentos contenidos en la Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, que ponía fin a la reclamación de una mujer tras ser rechazada para cubrir una de las novecientas plazas convocadas de ayudantes mineros en Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA), habiendo sido declarada apta por los organismos médicos competentes -los servicios médicos de empresa y por el Instituto Nacional de Silicosis-. Es importante señalar que todas las plazas mencionadas habían sido ocupadas por varones. En los fundamentos del TC consta que, tanto en la instancia, como en suplicación, las pretensiones de la actora fueron desestimadas, pues, según la justicia ordinaria, la referida prohibición no entra en contradicción con el art. 14 CE. Para la sentencia de instancia, la prohibición “no es contraria al derecho reconocido en el art. 14 CE (...) por encontrarse amparada en diversas normas internacionales”. Para la sentencia de suplicación, son muchos los “preceptos nacionales e internacionales de diverso rango y origen que prohíben el trabajo de las minas para la mujer, preceptos que no son contrarios al art. 14 CE puesto que la prohibición carece de un fundamento discriminatorio ya que es una medida especial de protección del sexo femenino”. Es más, continuaba señalando la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que “la existencia de elementos diferenciadores relevantes entre los sexos puede justificar un diferente trato, que sea proporcional en relación con los supuestos contemplados y con las consecuencias que quieran obtenerse de ellos. No conculca el derecho fundamental a la igualdad una prohibición que no trata de limitar el derecho sino proteger a las personas del sexo femenino, que es también la que justifica semejante mandato en otros ordenamientos jurídicos parangonables o equivalentes al nuestro”. En definitiva, la prohibición de trabajar en las minas que contenía el Decreto de 1957 para las mujeres, aunque generadora de una desigualdad de trato por razón de sexo, no era constitutiva de una discriminación vedada por el art. 14 CE, por tener como finalidad la protección de la salud e integridad física de las mujeres

Sin embargo, para el TC, aquella legislación originariamente protectora, respondía a “prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones”. En ese caso, el prejuicio era la “menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas. Y es a partir de ese prejuicio, desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas”. Y aunque esa prohibición, obedeciera a razones históricas que pudieron justificarla, estas no son en la actualidad ya fundamento suficiente para justificar su mantenimiento”. Por tal motivo, la misma no respeta la exigencia constitucional de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, por lo que la disposición reglamentaria ha de entenderse derogada por el art. 14 de la CE. En definitiva, la prohibición a las mujeres del trabajo en las minas parte de prejuicios infundados, que responden a una división sexista del trabajo y que responde más a un estereotipo que a diferencias

reales o biológicas. Como afirmaba el propio TC en aquella sentencia de 1992, en su caso, la protección de las condiciones físicas o la salud de las mujeres habría de hacerse “de forma sexualmente neutra, en favor también de los trabajadores varones más débiles o menos fuertes, sin llegar a impedir a las mujeres, como hace el Decreto de 26 de julio de 1957, el acceso a estos empleos”. En fin, como se infiere de todo lo anterior, también en las prohibiciones van incluidos los prejuicios, contra los que hay que luchar.

Por otra parte, cuando el acceso a determinadas profesiones no se prohibía, el trabajo de las mujeres no tenía el mismo valor que el de los hombres, porque se consideraba -y todavía en muchos casos se sigue considerando- un complemento del trabajo productivo, que está mayoritariamente desarrollado por los hombres. De hecho, históricamente, el modo de organizarse y distribuirse el trabajo en los territorios rurales, en concreto, con las explotaciones agrarias de carácter familiar, ha tenido mucho que ver con esta consideración del trabajo desarrollado por las mujeres. Pero también con otras actividades económicas desarrolladas en pequeños núcleos de población, como sucede con la pesca.

Son muchas las razones que explicaban esa distinta valoración del trabajo desarrollado por cada uno de los sexos. La principal, la histórica división de los roles asignados a cada de los sexos: los hombres, dedicados al trabajo productivo, y las mujeres, derivado de su condición biológica, al reproductivo. Es la etapa de las normas con una finalidad propiamente paternalista, a la que se hacía mención en los párrafos anteriores, y que se justificaba en una aparente protección del sexo débil y más necesitado. Frente a esa división de roles, se alzó la proclamación y reconocimiento, en textos internacionales y Constituciones internas, del principio de igualdad y prohibición de discriminación entre sexos, que permitió la lenta, pero progresiva, incorporación de las mujeres a un mundo laboral masculinizado. Esa masculinización provocó que poco a poco fuesen apareciendo conceptos, tales como, la discriminación directa e indirecta y las acciones positivas. En todo caso, como el trabajo reproductivo y todas las obligaciones relacionadas con dicha función seguía siendo responsabilidad exclusiva de las mujeres, su compatibilidad con el trabajo productivo, en las mismas condiciones que sus compañeros varones, se les hacía muy difícil, de ahí que, para hacer más llevadera la referida compatibilidad, se concentran en relaciones laborales precarias, tales como, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo fijo-discontinuo y el trabajo a distancia, en particular, el trabajo a domicilio del ya derogado art. 13 ET⁶. Como es natural, todas estas relaciones, precarias, conllevaban una remuneración de la misma consideración, que lo que provocaba era la identificación del desarrollo de la actividad productiva de una mujer como un complemento de la desarrollada por el trabajador hombre, que seguía siendo el principal sustento de la economía familiar.

Por otra parte, y como efecto inmediato de los prejuicios de género existentes en la sociedad, hay que hacer referencia, también, a aquellas actividades productivas que supuestamente encajan mejor con las habilidades y aptitudes femeninas. Entre estas, se incluyen las actividades de cuidado de personas, de limpieza, educativas, sanitarias, etc. Es evidente, que tal creencia no es otra cosa que la reproducción en el ámbito laboral de la división tradicionalmente sexista de la sociedad. Lo que sucede es que al tratarse de actividades laborales que responden a aptitudes naturales de las mujeres, por lo tanto, que no requieren el esfuerzo que sí exigen otras, su remuneración será en consecuencia. Si a ello se le une la antigua concepción del trabajo femenino, como complemento del masculino, la consecuencia son las diferencias salariales existentes entre profesiones feminizadas y masculinizadas, sin tener en cuenta el verdadero valor del trabajo. Lo que se conoce como brecha salarial.

⁶ Según su apartado 1, tenía la consideración de trabajo a distancia “aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”.

Al igual que la normativa igualitarista iba terminando con las prohibiciones laborales dirigidas a las mujeres, el principio de igual retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo evolucionó hacia el de igual retribución no solo para un mismo trabajo sino también para un trabajo del mismo valor. El cambio era y es muy significativo, no en vano, como se afirma por la doctrina más autorizada, el trabajo de igual valor es “probablemente, el concepto central, y también el de más difícil aprehensión”⁷ en toda esta materia. En el contexto europeo, la modificación fue operada por el Tratado de Ámsterdam, en el año 1997⁸. En el plano interno, ya desde el año 1994⁹, el art. 28 del ET ordenaba a los empresarios abonar un “mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo por un trabajo de igual valor”. Ahora bien, el problema no se solucionaba, pues, precisamente, la valoración inferior de los trabajos desarrollados mayoritariamente por las mujeres -profesiones feminizadas-, por las razones expuestas con anterioridad, en comparación con los desarrollados mayoritariamente por los hombres -profesiones masculinizadas-, perpetuaban la desigualdad retributiva por razón de sexo. Esta distinta dedicación profesional de hombres y mujeres provoca lo que se conoce como discriminación sistémica, que es la que en todo ese conjunto sufren las mujeres frente a sus compañeros varones. Más allá de la consideración del trabajo de la mujer como complemento del trabajo del varón, luchar contra dicha discriminación sistémica exige buscar una justificación de por qué los trabajos tradicionalmente masculinizados tienen una consideración social superior y por lo tanto una retribución más elevada¹⁰. Y el problema era identificar lo que es un trabajo de igual valor. Las manifestaciones de tales discriminaciones son muchas, pero, sin duda en los sistemas clasificatorios de convenios colectivos se encuentran muchos ejemplos. La solución vino parcialmente facilitada de la mano de los tribunales, en particular, del TJUE.

En este escenario, y siguiendo la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014¹¹, el legislador español, o, mejor dicho, el Gobierno de España¹², modificó el art. 28 ET para determinar cuándo un trabajo es de igual valor que otro, concepto que fue objeto del correspondiente desarrollo reglamentario tras la aprobación del RD 901/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que, aunque con sus carencias, ha supuesto un gran avance en toda esta materia. En todo caso, no es esta la sede adecuada para analizar todas estas cuestiones, debiendo retornar a las desigualdades de género en los entornos rurales.

⁷ Cfr. CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 91.

⁸ El apartado 1 del art. 141 del TCE tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el año 1997 disponía que: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”.

⁹ Ex Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En este momento, el art. 28 del ET de 1980 pasaba a tener el siguiente contenido: “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario tanto por salario bruto como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo”.

¹⁰ Sobre la discriminación sistémica y sus efectos, de nuevo, CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 91.

¹¹ DOUE de 7 marzo 2014.

¹² Ex 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.

3. BRECHAS DE GÉNERO EN LOS TERRITORIOS RURALES. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL

3.1. Contextualización

El estudio de las brechas de género que puedan existir en los territorios rurales, especialmente en lo que se refiere al ámbito laboral, exige tener en cuenta la realidad que rodea al propio entorno, diferente a la presente en el urbano. Así pues, en primer lugar, hay que dar cuenta de la existencia de menores oportunidades laborales y de peores condiciones. También, de mayores problemas con el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, con todo lo que ello implica. Y, por último, de mayores dificultades para el acceso a servicios públicos, en general, y de cuidados en particular. Todos estos factores inciden, y mucho, en el bienestar de las personas, de lo que se infiere que en los entornos rurales la consecución de dicho bienestar, *a priori*, va a exigir mayores esfuerzos. Si a esto se le añade la variable sexo, las dificultades anteriores se van a ver magnificadas, lo que se va a traducir en desigualdades y discriminaciones en muchas de las facetas del desarrollo de la vida en un entorno rural, en particular, en el empleo, en el ejercicio del poder y toma de decisiones en el ámbito agrario y en la conciliación de la vida familiar y laboral y usos de los tiempos¹³. Sin perjuicio de lo que se expondrá con posterioridad, basta anticipar, por ahora, la mentalidad mayoritariamente patriarcal, incluso *machista*, que sigue persistiendo en este entorno y que sitúa a las mujeres en el ámbito doméstico y privado, al cuidado de la casa y de las personas que residen en ella, en cambio, a los varones, en el plano laboral y público, lo que contribuye a perpetuar los roles históricamente *asignados* a unos y a otros y, por lo tanto, las desigualdades¹⁴. En estas condiciones, pasar del ámbito doméstico al laboral se vuelve muy difícil. De entrada, y como elemento fundamental, porque la ausencia de las mujeres en las instituciones de participación de cualquier clase -social, laboral, política, etc.- provoca que las decisiones, normalmente, no las tengan en cuenta, ni a ellas, ni a sus intereses¹⁵. Por otra parte, por las dificultades de conciliación ante la menor oferta de servicios públicos de cuidados y atenciones a las personas. Es más, el envejecimiento de la población -mayor en el campo que en las ciudades- aumenta las situaciones de dependencia, asumidas, casi en exclusiva, por las mujeres. Por último, porque de siempre, en el rural, se ha concedido a las mujeres el ejercicio de funciones productivas, pero, sin abandonar su rol doméstico y familiar. Esta participación informal de las mujeres en la esfera productiva agraria, casi siempre en tareas auxiliares y complementarias, es muy significativa y separa, más si cabe, lo que sucede en el mundo rural frente al urbano. Todas estas circunstancias, y algunas otras que se tratarán a continuación, dificultan la plena incorporación de las mujeres rurales al ámbito laboral y en condiciones de igualdad con los varones. Y lo mismo sucede con la presencia e incorporación de los hombres del rural al ámbito doméstico, que tampoco se produce. La asignación y diferenciación de roles existente en el rural lo impide, o por lo menos, lo dificulta. Y si no hay corresponsabilidad en el ámbito familiar y doméstico, difícilmente se va a poder alcanzar la igualdad en el ámbito laboral.

¹³ Algunas de las cuestiones aquí tratadas han sido extraídas del siguiente informe, VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural, Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, p. 12.

¹⁴ Esta idea en VALIÑO CES, A.: “La discriminación y la desigualdad de la mujer en el mundo rural y su reflejo en la titularidad de las explotaciones agrarias”, en VV.AA.: *III Xornada Universitaria de Xénero-Pontevedra*, Vigo, Servicio de Publicacións-Universidade de Vigo, 2015, pp. 110-111.

¹⁵ La importancia de la presencia y participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones ya había sido puesta de manifiesto en la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres en Beijing en el año 1995. Así pues, en la Plataforma para la Acción, acordada en la referida Conferencia, se consideró, como una de las 12 principales esferas de interés la referente a las mujeres en el ejercicio del poder y la toma de decisiones. En concreto, fueron dos los compromisos de cambio alcanzados: el primero, garantizar la igualdad de acceso de las mujeres y su plena participación en las estructuras de poder y toma de decisiones. Un ejemplo de ello, son las cuotas políticas. En segundo lugar, la Plataforma instaba a la adopción de medidas encaminadas a incrementar la participación de las mujeres a través su capacitación en materia de liderazgo, oratoria y realización de campañas políticas.

En cualquier caso, antes de proseguir con la temática principal de este trabajo, es preciso delimitar conceptualmente el entorno objeto de estudio. En este sentido, la norma de referencia es la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural¹⁶ que define y distingue tres espacios que concurren en lo que se conoce como el entorno rural y que son los siguientes: “medio rural”, “zona rural” y “municipio rural de pequeño tamaño”. Según el apartado a) de su art. 3, se entiende por medio rural, “el espacio geográfico formado por la agregación de municipios o entidades locales menores definido por las administraciones competentes que posean una población inferior a 30.000 habitantes y una densidad inferior a los 100 habitantes por km²”. En el apartado b), se identifica la zona rural como el “ámbito de aplicación de las medidas derivadas del Programa de Desarrollo Rural Sostenible regulado por esta Ley, de amplitud comarcal o subprovincial, delimitado y calificado por la Comunidad Autónoma competente”. Por último, en su apartado c), el “municipio rural de pequeño tamaño” se define como aquel que “posea una población residente inferior a los 5.000 habitantes y esté integrado en el medio rural”. Si hay que identificar el término “territorio rural” que se utiliza en el título de este trabajo y a lo largo de su contenido con alguno de los conceptos definidos en el art. 3 de la Ley 45/2007 sería con el de “medio rural”. Ahora bien, la identificación no lo es en el sentido técnico de la definición legal, sino en un sentido más amplio y que puede también sustituirse por el de “entorno rural”. En todo caso, tanto uno como otro -medio rural, territorio rural o entorno rural-, como contrarios y diferentes al entorno urbano. Con todo, como se verá a lo largo de las páginas que quedan, la relación de esta Ley 45/2007 con el objeto de estudio en este trabajo es evidente.

De la propia definición legal del término “zona rural” es fácil imaginar la finalidad para la que fue aprobada la norma en el año 2007: su objeto es “regular y establecer medidas para favorecer el desarrollo sostenible del medio rural” (art. 1.1), lo que se hará mediante la acción de la Administración General del Estado y el resto de las Administraciones Públicas, entre las que se mencionan, en particular, las de las Comunidades Autónomas en cuanto tengan asumidas competencias en la materia en sus respectivos Estatutos de Autonomía (art. 1.2). Desde luego, para la problemática aquí estudiada, tal finalidad no es baladí en cuanto que, como reconoce la propia Ley 45/2007, la sostenibilidad del medio rural presupone el cumplimiento de las “condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de determinados derechos constitucionales y en cuanto que tienen el carácter de bases de la ordenación general de la actividad económica en dicho medio” (art. 1.1). En definitiva, como continúa señalando su articulado, la referida norma “determina objetivos para las políticas de desarrollo rural sostenible de las Administraciones Públicas, regula el marco normativo de la acción de la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias y establece los criterios e instrumentos de colaboración con el resto de las Administraciones Públicas, en las materias relacionadas con el desarrollo sostenible del medio rural, con el fin de alcanzar una acción pública coordinada y complementaria en este ámbito que mejore la cohesión económica y social entre los diversos territorios, así como la protección y el uso sostenible de los ecosistemas y recursos naturales” (art. 1.2).

En términos generales, la Ley 45/2007 parte de lo que ella misma identifica como un atraso económico y social relativo en el medio rural, debido a causas económicas, sociales y políticas que son evitables, lo mismo que sucede también en países del entorno¹⁷. Pero es necesario terminar con esta situación y seguir la senda de los países más desarrollados del mundo, entre los que se encuentran algunos de los europeos en cuanto que poseen políticas específicas de desarrollo rural con

¹⁶ BOE de 14 diciembre 2007.

¹⁷ De hecho, como se destaca en el Informe de Closing Gap, el referido atraso fue el que motivó “la promulgación de la Ley 45/2007 para el desarrollo sostenible del medio rural, en la que se sientan las bases y las medidas para una acción pública coordinada y para una planificación más integral de las zonas rurales”, *cfr.* VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, p. 13.

las que consiguen mejorar la situación de sus zonas rurales. La idea, se apunta, es buscar una mayor integración territorial de estas zonas con las urbanas, tratando de alcanzar entre ambas una relación de complementariedad, al tiempo que fomentar el desarrollo sostenible del entorno rural. Tal integración habrá de hacerse sin distinción, incluso, priorizando las zonas rurales que padezcan de un mayor atraso relativo, cualquiera que sea su localización dentro del territorio estatal. La normativa aplicable será la comunitaria e interna y las Administraciones implicadas serán todas, la Administración General del Estado y las demás Administraciones públicas, según sus respectivas competencias, y su aplicación lo será tomando en consideración criterios y directrices de ordenación territorial, aunque siempre contemplando zonas rurales diferenciadas según su tipología. Al margen de estas consideraciones y desde una perspectiva más cuantitativa, la norma se define a sí misma como una acción política de primer orden por el volumen de población potencialmente beneficiaria, por la amplitud del territorio de actuación afectado y por la cantidad de recursos financieros públicos y privados que se verán comprometidos. Y destaca entre sus fines la mejora de la situación socioeconómica de la población de las zonas rurales y el acceso a unos servicios públicos suficientes y de calidad. En particular, indica la norma, se concede una atención preferente a las mujeres y los jóvenes, de los cuales depende en gran medida el futuro del medio rural¹⁸.

Para conseguir tales objetivos y fines, que, como se comprobará, son importantes para terminar con algunas de las desigualdades de género existentes en los territorios rurales son varias las acciones que en el año 2007 diseña el legislador. Entre ellas, la diversificación de la actividad económica, la mejora de las infraestructuras y los equipamientos públicos y el logro de una calidad ambiental en el medio rural¹⁹. Pero, sin duda, su instrumento fundamental a tal efecto va a ser el Programa de Desarrollo Rural Sostenible -el PDR-, a través del que el Estado planificará sus acciones en relación con el medio rural²⁰. A partir del año 2008, una vez que la norma entró en vigor, fueron aprobados distintos PDR a lo largo de los años²¹. Sin entrar en demasiadas consideraciones, basta referir aquí que para cada una de las medidas que se incluyan en el correspondiente Programa de Desarrollo Rural, habrán de determinarse los siguientes extremos: sus objetivos durante el período previsto; los tipos de zonas rurales a los que serán de aplicación las medidas; las condiciones que deberán reunir sus eventuales beneficiarios; por último, los criterios e instrumentos de financiación, su presupuesto y los indicadores adecuados para su evaluación²². Pero, además, y aquí radica su directa relación con el principio de igualdad de trato y de oportunidades por razón de sexo, según su art. 7, los respectivos Programas habrán de incluir “medidas destinadas a satisfacer necesidades y demandas sociales de grupos de población que requieran una atención prioritaria”, entre los que, al lado jóvenes, de los mayores y de las personas con discapacidad, se mencionan a las mujeres. Es más, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se alza expresamente como principio de ineludible cumplimiento cuando se trata de diseñar las medidas que habrán de contener los Programas de Desarrollo Rural Sostenible. Sin perjuicio de que dichas medidas, puedan contemplar, también, acciones positivas en favor de las mujeres en el medio rural, encaminadas a superar y evitar situaciones de discriminación de hecho por razón de sexo²³.

¹⁸ Todas estas ideas han sido extraídas del Preámbulo de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, apartado I.

¹⁹ Preámbulo de la Ley 45/2007, apartado II.

²⁰ Sobre la igualdad de género en el trabajo y desarrollo sostenible, pueden consultarse las reflexiones de SIERRA HERNÁNDEZ, E.: “Objetivos del desarrollo sostenible e igualdad de género: una perspectiva laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2018.

²¹ Capítulo I de la Ley 45/2007 (arts. 5 y ss.). Como parte esencial de esa nueva Política Nacional de Desarrollo Rural, en la que el género empieza a ser un elemento a tener en cuenta, el Gobierno de España, a través del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino elaboró el correspondiente Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural cuyos resultados fueron debidamente publicados en VV.AA.: *Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural*, Madrid, Secretaria General Técnica-Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011.

²² Art. 6 de la Ley 45/2007.

²³ Art. 8 de la Ley 45/2007.

3.2. Principales brechas de género de los territorios rurales

La identificación de algunas de las brechas de género más significativas existentes en los territorios rurales exige tomar en cuenta, como escenario de partida, la siguiente realidad poblacional, a saber, un entorno con tendencia a la despoblación, y, además, masculinizado, en particular, desde el año 1998. Según datos oficiales, el número de personas empadronadas en municipios rurales, es decir, todos aquellos que poseen menos de 30.000 habitantes, es de 7.529.579 personas, según datos del censo de 2021, lo que supone el 15,9 por ciento de la población española, mientras que las áreas rurales se extienden sobre el 84 por ciento de la superficie del país. De estos más de 7 millones de personas, 4.480.849 personas están censadas, además, en municipios rurales de pequeño tamaño, que son los definidos en la Ley 45/2007 como aquellos que poseen una población residente inferior a 5.000 habitantes. Es evidente que el acceso a los servicios públicos, comunicaciones y tecnologías, formación y puestos de trabajo, por regla general, se complica, todavía más, en estos municipios rurales de pequeño tamaño frente a los que conforman el medio rural ordinario. Por otra parte, teniendo en cuenta la extensión de territorio nacional que ocupan los municipios rurales, 423.814 km², su densidad de población es de 17,8 habitantes por km². En contraposición al medio rural, en cuanto territorio rural genérico, se sitúa el medio urbano, el cual está formado por municipios cuya población censada es superior a los 30.000 habitantes y su densidad resulta superior a los 100 habitantes por km². En España existen 1.467 municipios que cumplen con esta doble condición. En estos municipios habita el 84,1 por ciento de la población, lo que en la actualidad son 39.855.528 de personas²⁴. Más allá de estos datos poblacionales, el despoblamiento del rural se aprecia, con más claridad, cuando se analiza la evolución de la población de uno y otro entorno a lo largo del siglo XX. En este sentido, mientras que la población residente en los municipios rurales ha crecido un 7,0 por ciento pasando de los 17,0 millones en 1998 a los 18,2 en 2020, en el ámbito urbano el crecimiento ha sido del 28,1 por ciento, pues ha pasado de albergar 22,8 millones de habitantes en el año 1998 a 29,2 millones en 2020. De este modo, el peso de la población rural sobre el total ha caído 4,3 puntos porcentuales, pasando del 42,7 por ciento en 1998 al 38,4 por ciento en 2020²⁵.

Por otra parte, en cuanto a la distribución poblacional por sexos, y a diferencia de lo que sucede en los núcleos urbanos, en los municipios rurales los varones superan en número a las mujeres. En concreto, los datos del año 2021 son los siguientes: en los de pequeño tamaño, los inferiores a 5.000 habitantes, el número de varones es de 1.524.991 y el de mujeres, 1.523.739. En los municipios que conforman el medio rural, esto es, los que tienen entre 5.000 y 30.000 habitantes, el número de varones es de 2.306.032 y el de mujeres 2.174.817. Es obvio, que en términos absolutos la diferencia no parece muy llamativa, pero en términos porcentuales la distancia se amplía, sobre todo en el segundo supuesto, en los municipios que conforman el medio rural, en los que los hombres suponen un 54,4 por ciento de su población frente al 48,6 por ciento de las mujeres. En los municipios de pequeño tamaño existe más equivalencia, pues los varones son el 50,02 por ciento de su población y las mujeres 49,98 por ciento. En todo caso, estas diferencias adquieren más relevancia si se comparan los datos con los municipios urbanos en lo que los resultados del año 2021 son los siguientes: de los 39.855.528 de personas censadas, 19.391.930 son hombres y 20.463.598 son mujeres. Las mujeres, por lo tanto, superan la mitad de la población, pues alcanzan el 51,34 por ciento del conjunto de habitantes de las ciudades. Es evidente que vivir y trabajar en un entorno masculinizado, la mayor parte de las veces, significa vivir y trabajar en un entorno en el que los prejuicios de género tienden a

²⁴ Todos estos datos pueden consultarse en la página del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en su apartado de estadísticas, a su vez elaboradas con datos proporcionados por el INE: https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/servicios/analisis-y-prospectiva/indicadores_semestre.aspx

²⁵ Estos datos figuran en el informe Closing Gap. Vid. VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, p. 19.

perpetuar los roles tradicionalmente asignados a hombres y a mujeres, con todo lo que ello implica y que ha sido objeto de examen con anterioridad²⁶.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que en los entornos rurales los datos estadísticos reflejen la existencia de más mujeres desempleadas, en comparación con los varones, sin embargo, están más preparadas y presentan una mayor formación y estudios que aquéllos, lo que altera el tradicional paralelismo entre mayor preparación y mayor tasa de ocupación. Según datos resultantes de diversas fuentes de información, en concreto, Eurostat y Encuesta de Población Activa del INE²⁷, del análisis del nivel formativo de la población rural en España se observa que, en ambos sexos, predominan los individuos que poseen estudios medios sobre los que tienen estudios básicos y superiores. De esta forma, el 49,2 por ciento de la población rural tiene estudios medios, el 32 por ciento estudios básicos y el 18,8 por ciento estudios superiores. Ahora bien, aunque predominan los estudios medios en ambos sexos sobre los superiores, cabe destacar que el porcentaje mujeres rurales con estudios superiores, en concreto, el 22,8 por ciento, es mayor que el de los hombres rurales, 15,6 por ciento, lo que representa una diferencia, muy relevante, de 7,2 puntos porcentuales²⁸.

Por otro lado, la precariedad en el empleo en el mundo rural también tiene nombre de mujer. En cifras del período prepandémico, en concreto, en el año 2019, de cada 100 mujeres, algo más de 60 ocupan un puesto temporal, en concreto, el 60,9 por ciento mientras que la temporalidad de los hombres del mundo agrario es del 52 por ciento, lo que se traduce en 8,9 puntos porcentuales de diferencia en favor del varón residente en estos territorios. La distancia entre la temporalidad mujeres *versus* hombres del mundo rural es así significativa, pero más lo es si se compara con las cifras que para los mismos valores refleja la economía en general. En la media de la economía, la temporalidad es del 27,2 por ciento para las mujeres y del 25,4 por ciento para los hombres, esto es, 1,8 puntos porcentuales de diferencia frente a los 8,9 del ámbito rural. Desde luego, es cierto que las actividades agrarias, en casi todas las labores que comprende -agrícolas, ganaderas y forestales-, se caracterizan por su elevada temporalidad, toda vez que, mayoritariamente, son actividades estacionales. Con todo, en comparación con la media de la economía, la brecha de género del rural es ciertamente relevante. Lo mismo sucede con la tasa de parcialidad de las mujeres residentes en los territorios rurales, que asciende al 13,9 por ciento frente al 5,3 por ciento que representa la de los hombres, lo que implica que por cada hombre agrario trabajando a tiempo parcial, hay 2,6 mujeres. En la media de la economía, la tasa de parcialidad de las mujeres es del 23,8 por ciento, mientras que la de los hombres es del 7 por ciento²⁹.

²⁶ De nuevo, página del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en su apartado de estadísticas: https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/servicios/analisis-y-prospectiva/indicadores_semestre.aspx. La masculinización del medio rural en España y los problemas que genera desde la perspectiva de género, ya había sido destacada por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino en su diagnóstico del año 2011, VV.AA.: *Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural*, Madrid, Secretaría General Técnica-Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, p. 74.

²⁷ En todo caso, todas estas cifras han de evaluarse con ciertas reservas, pues los datos de Eurostat y el INE no se adaptan plenamente a las características del mercado laboral en el mundo rural de acuerdo con la definición de entorno rural recogida en la Ley 45/2007.

²⁸ Todos estos datos y reflexiones pueden ser consultados en el Informe Closing Gap, *vid.* VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, p. 34.

²⁹ De nuevo, Informe Closing Gap, *vid.* VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, pp. 37 y 38. La precariedad laboral de las mujeres en el mundo rural, representada por su temporalidad y parcialidad, ya había sido puesta de manifiesto por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino en el Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural del año 2011. Véase VV.AA.: *Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural*, Madrid, Secretaría General Técnica-Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, p. 73 ss.

Por otra parte, al analizar la dedicación profesional de las mujeres rurales, hay un dato, que, aunque no es exclusivo de estos territorios, representa, de forma muy significativa, la desigualdad que padecen en el acceso al empleo. Se trata, de su dedicación preferentemente autónoma -por cuenta propia- o dependiente y, en el primer caso, su capacidad de emplear bajo su organización y dirección a personas trabajadoras. Los datos estadísticos existentes reflejan que más de la mitad de las mujeres que trabajan en el mundo rural son autónomas, en concreto, el 52 por ciento frente a los hombres, que solo cotizan como trabajadores por cuenta propia el 40 por ciento. Hasta aquí, todo correcto. Ahora bien, si se atiende a las y los autónomos del mundo rural, no solo emprendedores, sino también empleadores de otras personas, los resultados invitan a una reflexión desde la perspectiva de género, pues aquí las diferencias son muy importantes, ya que de todas las autónomas que figuran en el mundo rural, solo una cuarta parte tienen trabajadores a su servicio. En concreto, las mujeres rurales autónomas sin trabajadores a su cargo ascienden al 71,5 por ciento del total de este colectivo, mientras que los hombres autónomos sin asalariados solo alcanzan el 60,8 por ciento. Cuando se trata de autónomas y autónomos con asalariados, el género femenino está menos representado, pues alcanza el 23 por ciento del total frente al 35,5 por ciento de los hombres³⁰. Es cierto que muchas veces estas cifras se han querido justificar en una falsa libertad de elección de las personas, en concreto, de las mujeres del rural. Otras más, bajo el auspicio de ciertas ideologías políticas, con el espíritu y capacidad, muy loables, de emprendimiento de las personas. Desde luego, en algún caso en concreto sí existirá tal espíritu de emprendimiento. Pero, no puede obviarse que estas cifras, la mayor parte de las veces, son el resultado de la opción por una única alternativa real frente a la falta de empleo, en particular, el que afecta al femenino, de ahí que su dedicación por cuenta propia lo sea como medio de subsistencia, como medio de vida, pero no como empleadoras de otras personas. Con todo, el hecho de que las mujeres se encarguen de explotaciones agrarias de menor tamaño respecto de las que asumen los hombres, también es causa de tales resultados. En cualquier caso, el empleo en los territorios rurales no queda limitado a las actividades agrarias. Hay que tener en cuenta otras dedicaciones como son el turismo rural, las actividades de cuidado y atención a las personas y la gestión pequeños negocios, etc., cada uno de ellos caracterizados por distintas problemáticas a las que se atienden en los distintos apartados de este trabajo.

Un dato especialmente representativo de la brecha de género en los territorios rurales, es la ausencia de mujeres en los procesos de toma de decisiones sobre algunas de las cuestiones necesitadas de solución en los territorios rurales. Y de todas ellas, destaca una que simboliza, mejor que cualquier otra, la realidad desigual que todavía persiste en el campo, en concreto, en las explotaciones agrarias, que son una de las fuentes principales de trabajo en estos territorios. Pese a la tradicional separación de roles entre los sexos, en el mundo rural, generalmente, las mujeres han compartido informalmente las labores de las explotaciones agrarias con los hombres. Ahora bien, al tratarse de una labor informal carecían de los derechos, pero también, de cualquier clase de obligaciones derivadas de la gestión. Y, por supuesto, la titularidad de la tierra o de la explotación era masculina, y así se perpetuaba con el tiempo a través de las herencias familiares. En las primeras páginas de este trabajo, ya se hizo referencia a la consideración del trabajo femenino como un complemento del masculino, como una mera ayuda familiar, carente de cualquier reconocimiento social, económico o profesional, lo que también tiene su reflejo en el campo. Esta realidad, generadora de una importante desigualdad, trató de ser solventada por el legislador hace ya varios años. Así, con el objetivo de fomentar la igualdad en el sector agrario, es aprobada la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias³¹. Bajo ese objetivo general, se ordena una figura de la titularidad

³⁰ Estos datos, también en Closing Gap, en VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, p. 39.

³¹ BOE de 5 de octubre 2011. Hay algunos párrafos de su Exposición de Motivos muy significativos de la realidad del sector y que conviene reproducir aquí: “la equiparación de sexos en las zonas rurales evoluciona de forma más lenta, lo cual constituye una característica común de todos los países de nuestro entorno (...) La falta de reconocimiento económico, profesional y social del trabajo de las mujeres, son los principales motivos de este

compartida que busca reconocer y considerar jurídica y económicamente el trabajo de las personas no titulares en una explotación agraria, mayoritariamente mujeres, siempre que entre la persona trabajadora y la titular de la explotación exista una relación matrimonial o similar de afectividad³². En este sentido, la explotación agraria de titularidad compartida es definida por la norma como una “unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria”³³. Como la finalidad de la titularidad compartida es equiparar en derechos y obligaciones a las dos personas integrantes del matrimonio o situación análoga con relación a la gestión de la explotación, pero nada más, su constitución, indica expresamente la Ley 35/2011, “no alterará el régimen jurídico de los bienes y derechos que la conformen ni el régimen jurídico matrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho ni el régimen sucesorio”³⁴. Los requisitos para acceder a la explotación agraria en régimen de titularidad compartida son simples y son los siguientes: estar dadas de alta en la Seguridad Social, ejercer la actividad agraria y trabajar en la misma de modo directo y personal y residir en el ámbito territorial rural en que radique la explotación. En contrapartida, los titulares podrán ejercer la representación, gestión y administración de la explotación en igualdad de condiciones, serán beneficiarios del 50 por cien de los rendimientos y tendrán una responsabilidad directa, persona, solidaria e ilimitadas sobre la misma³⁵. La constitución de una explotación en titularidad compartida va a generar una serie de beneficios en materia fiscal, de Seguridad social y de subvenciones y ayudas públicas, todos perfectamente descritos en la Ley³⁶. Entre otros, reducción de cuotas de Seguridad Social, durante un tiempo, al cónyuge del titular inscrito en el Sistema Especial Agrario. También, reparto a partes iguales de subvenciones y ayudas directas. Por último, prioridad en actividades de formación y asesoramiento. La norma incluye, además, un requisito formal para la efectiva constitución de la figura de la titularidad compartida. A saber, la inscripción de la explotación familiar en un registro constituido a tal fin en cada Comunidad Autónoma que serán coordinados por el del Ministerio correspondiente, en la actualidad el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, como registro central, llamado Registro de Explotaciones Agrarias de Titularidad Compartida, RETICOM³⁷.

Las estimaciones iniciales contabilizaban que 32.000 mujeres podrían verse amparadas por la nueva figura³⁸. Sin embargo, a 1 de diciembre de 2022, existen únicamente 1059 explotaciones

fenómeno. En el ámbito de la explotación familiar del medio rural, son muchas las mujeres que comparten con los hombres las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, figura sólo el hombre como titular de la explotación agraria, lo que dificulta que se valore adecuadamente la participación de la mujer en los derechos y obligaciones derivados de la gestión de dicha explotación, en condiciones de igualdad (...)”. Con esta Ley se “pretende así instaurar un marco legal para las personas del medio rural, garante de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres en el mundo rural, de la protección social y de Seguridad Social correspondiente, de la educación y formación, y del reconocimiento pleno de su trabajo a todos los niveles”. El problema de la titularidad mayoritariamente masculina de las explotaciones agrarias, fue estudiado por Valiño Ces, A: “La discriminación y la desigualdad de la mujer en el mundo rural y su reflejo en la titularidad de las explotaciones agrarias”, en VV.AA.: *III Xornada Universitaria de Xénero-Pontevedra*, Vigo, Servicio de Publicacións-Universidade de Vigo, 2015, pp. 109 ss.

³² Según el art. 1.1 de la Ley 35/2011, el objeto de esta norma es “la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria”.

³³ Cfr. art. 2.1 de la Ley 35/2011.

³⁴ Cfr. art. 2.2 de la Ley 35/2011.

³⁵ Art. 4 de la Ley 35/2011.

³⁶ Capítulo II, arts. 9 y ss.

³⁷ Toda la información gubernativa sobre el RETICOM y en general sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias, puede consultarse en el siguiente link: https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/temas/igualdad_genero_y_des_sostenible/titularidad_compartida/

³⁸ Estimaciones EPA, 3º trimestre 2010.

inscritas en el RETICOM³⁹. Son varias las razones que pueden justificar este fracaso, pero, entre ellas, parece que debe mencionarse, en primer lugar, el desconocimiento de la figura por parte de la población. También, la falta de implicación de la Administración para hacer llegar a los eventuales destinatarios sus ventajas y para coordinarse gestionando su puesta en marcha. Incluso, en ocasiones, la complejidad con las que los beneficiarios pueden percibir la cumplimentación de los trámites⁴⁰.

Las consecuencias del fracaso de esta figura es la perpetuación de la desigualdad en todo lo relativo a la titularidad de las explotaciones agrarias, empezando por la falta de inclusión de las mujeres el Sistema de Seguridad Social, con la correspondiente renuncia a algunos de los beneficios sociales más importantes, en particular, el desempleo y la jubilación. También la imposibilidad de acceder a ayudas públicas. Pero, sobre todo, la falta de valoración de su trabajo, de su participación en la economía familiar y social del territorio del que forman parte. Su invisibilidad permanece y se perpetúa con todos los efectos nefastos que de la misma se derivan⁴¹.

Ahora bien, conviene precisar que la titularidad de la explotación no siempre coincide con la persona que trabaja la tierra o que cuida y atiende la ganadería. Esto es, más allá del titular, con toda la problemática apuntada desde la perspectiva de género, hay que distinguir el jefe o jefa de la explotación agraria de que se trate. Y de nuevo aquí los datos proyectan un escenario en el que el predominio masculino se superpone al femenino, pues de cada 3 hombres que ejercen de jefes de explotación solo lo hace 1 mujer, incluso siendo legalmente las propietarias, lo que acredita que ellas no se encargan de la gestión de su propia tierra o negocio agrario, y ello porque la mayor parte de las veces se encargan sus maridos o algún familiar próximo que sea varón, por ejemplo, el primogénito. Por otra parte, si se atiende al tamaño de las explotaciones, se comprueba que las mujeres tienden a gestionar explotaciones de menor tamaño que las trabajadas por los hombres. Como muestra de esta idea, valga exponer aquí que en lo que se refiere a explotaciones de menos de una hectárea, se registran 55 mujeres por cada 100 hombres propietarios de una explotación, mientras que, en las explotaciones con más de 50 hectáreas, apenas llegan a 25 mujeres las titulares de tierras por cada 100 hombres de la misma consideración⁴². Esta realidad es otra manifestación más de la consideración del trabajo de la mujer como complementario de la actividad del hombre, pues, es evidente que la gestión de una explotación de tan reducido tamaño dificulta la obtención de un nivel de renta suficiente para satisfacer todas las necesidades de una familia.

No son pocas las voces, que justifican esa realidad en la ausencia de capacidad de liderazgo de las mujeres y de que tales actitudes responden a opciones personales supuestamente libres, pues prefieren anteponer la dedicación a la familia al desarrollo de la actividad productiva. Sin embargo,

³⁹ En octubre de 2021 eran 882 explotaciones de titularidad compartida las inscritas.

⁴⁰ No obstante, la mayoría de las CCAA, disponen de páginas de internet con una información, más o menos completa y accesible sobre las ventajas de la figura de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Entre otras, las siguientes:

Aragón: <https://www.aragon.es/-/titularidad-compartida>);

Comunidad de Castilla y León: (<https://www.agronewscastillayleon.com/blog/emilio-miguel-gomez/que-es-y-como-funciona-la-titularidad-compartida-en-la-actividad-agraria>);

Castilla-La Mancha: (<https://www.jccm.es/tramitesygestiones/registro-de-titularidad-compartida-de-explotaciones-agrarias-de-castilla-la>);

La Rioja; (<https://www.larioja.org/agricultura/es/gestion-explotaciones/registro-explotaciones-agrarias-rea/titularidad-compartida>).

⁴¹ La problemática de la invisibilidad del trabajo femenino en el campo, también había sido destacada en el Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural del año 2011, elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, VV.AA.: *Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural*, Madrid, Secretaria General Técnica-Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, pp. 90 ss.

⁴² Los datos pueden consultarse en el Informe Closing Gap, vid. VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, pp. 48 ss.

a esta realidad se oponen datos que demuestran, precisamente, lo contrario. Esto es, la capacidad por parte de las mujeres para gestionar, igual que cualquier otra persona, al margen de su sexo, y con cierto éxito, negocios en el ámbito rural. Se trata, como no, del conocido como turismo rural. Lo que comenzó siendo un complemento de rentas para las familias de entornos rurales que tenían dificultades económicas para subsistir, en los últimos años, se está profesionalizando cada vez más reafirmandose como primera fuente de ingresos para muchos de sus propietarios, encargándose las mujeres de la gestión de forma muy significativa. Es evidente que la pandemia de la Covid-19 le ha dado un importante impulso, pero parece que sus efectos han venido para quedarse. Algunos datos que demuestran el éxito “femenino” de esta actividad son los siguientes: las mujeres son protagonistas en el turismo rural, representando el 59,9 por ciento del total de los propietarios de alojamientos rurales. Esta cifra supone un incremento del 2,5 por ciento en el último año. Además, la mayoría de propietarias gestionan de forma independiente su alojamiento rural -75,4 por ciento-, mientras que un 16,9 por ciento tiene empleados a su cargo. La media de edad de las propietarias de alojamientos rurales se encuentra entre 45 y 54 años, en concreto, 41,1% del total⁴³.

Una última cuestión que incide negativamente en la desigualdad existente entre mujeres y hombres en los territorios rurales, a saber, el tiempo que ambos dedican a actividades remuneradas y no remuneradas, en concreto, a atenciones y cuidados de la casa y de sus integrantes. Al respecto, de todos es sabido que, hombres y mujeres, cualquiera que sea el entorno en el que residan y trabajan, no coinciden en los tiempos que dedican a las actividades productivas con las que dedican a las laborales de cuidado. En términos generales, los hombres dedican mayor espacio de su tiempo a las primeras que a las segundas, y las mujeres al revés. Pero tales diferencias se agravan, además, en el entorno rural frente a lo que sucede en el urbano. En concreto, según la Encuesta de Empleo del Tiempo del INE⁴⁴, en el entorno urbano, las mujeres dedican 1h y 57 minutos más al día que los hombres a las actividades relacionadas con la casa y la familia. En cambio, en el entorno rural, esta diferencia se incrementa y llega a ser de 2 horas y 7 minutos más al día de dedicación a la familia. Es evidente, que referir y tratar los tiempos de dedicación a la familia y al trabajo es hablar del tópico de la conciliación de la vida familiar y laboral en la búsqueda de la corresponsabilidad. Y como se apuntaba al principio de estas páginas, si no hay corresponsabilidad en el ámbito familiar y doméstico, difícilmente se va a poder alcanzar la igualdad en el ámbito laboral. A tal fin, es fundamental la adecuada distribución y dedicación de los tiempos de vida y trabajo de los hombres y de las mujeres. Y teniendo en cuenta que el tiempo es limitado, y parece que cada vez más, es evidente que la dedicación a unas actividades determinadas actúa en detrimento de las demás. Que las mujeres residentes en territorios rurales dediquen más tiempo que los hombres al hogar y la familia afecta al tiempo restante disponible, tanto para trabajar como de disfrute personal para ocio, educación o cualquier otra actividad. Las horas dedicadas a las labores domésticas podrían dedicarse a otra cosa, por lo que, probablemente, llevan asociadas un importante coste de oportunidad.

En definitiva, tras las consideraciones anteriores, parece claro que el lugar de residencia es determinante para el cumplimiento del principio de igualdad y prohibición de discriminación, por lo que cualquier estudio de la brecha de género en los territorios rurales exige tener en cuenta sus condiciones sociales, económicas y culturales, todas ellas importantes para determinar el bienestar de las personas. Y las personas, en el medio rural, se enfrentan a mayores dificultades en términos de materialización y acceso a oportunidades laborales, conectividad y acceso a servicios públicos de cuidados, dificultades, que, además, se ven magnificadas cuando interactúan con la variable género.

⁴³ Otra vez, los datos en el Informe Closing Gap, *Vid. VV.AA.: Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy-Informe 12*, 2022, pp. 51 ss.

⁴⁴ <https://www.ine.es/daco/daco42/empleo/dacoet.htm>

4. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Sin pretensión de exhaustividad, bastan estas pocas líneas para proponer algunas ideas que puedan contribuir a limar, siquiera un poco, la brecha de género existente en los territorios rurales y que afectan, en particular, al ámbito laboral.

Sin duda, habría que comenzar por tener a disposición toda la información y datos públicos de lo que se considera medio rural de acuerdo con las definiciones previstas en la Ley 45/2007, que distingue, entre otros conceptos, medio rural, zona rural y municipio rural de pequeño tamaño. Téngase en cuenta que dicha Ley es decisiva para la aplicación de los Programas de Desarrollo Sostenible -PDR- y la relación de la sostenibilidad con la igualdad por razón de sexo es indudable. Sin embargo, no siempre las estadísticas ni datos de los que se disponen se corresponden con las definiciones legales, lo que dificulta el diagnóstico de la desigualdad e impide la adopción de las medidas oportunas para su solución.

La mejora de las comunicaciones y conexiones, tanto físicas como digitales, son fundamentales para el progreso del rural y la eliminación de las brechas de cualquier tipo, también las de género. Su valor como instrumento de lucha contra la despoblación resulta indudable. Además, favorece la diversidad empresarial, con lo que facilita a las mujeres su integración social y laboral en un entorno muy tradicional y masculinizado, en el que los roles sociales están muy arraigados. Por otra parte, hay que tener muy en cuenta, para mejorar, las numerosas ofertas laborales resultantes de la digitalización, como fuente de empleo en estas zonas y con ello cumplir con la referida diversificación.

Desde luego, resulta imprescindible aumentar la eficacia de las políticas públicas en la gestión de los territorios rurales. En este sentido, habrá que analizar las razones por las que la figura de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias, tan importante para la consecución de la igualdad por razón de sexo, ha fracasado, atajarlas y, en su caso, crear figuras alternativas.

La corresponsabilidad parece la gran asignatura pendiente del mundo rural. Desde la necesidad de incorporar el valor de la corresponsabilidad en la educación a su puesta en práctica durante la vida adulta, las deficiencias son muchas. En cualquier caso, desde el principio hasta el final, la implicación de la Administración se vuelve en estos casos imprescindible para transmitir a todos los destinatarios la necesidad de repartir los cuidados y atenciones familiares, pero tal implicación no siempre existe. En todo caso, la implicación pública con el reto de la corresponsabilidad debe ir más allá con la puesta en marcha de centros de cuidados a mayores y menores que permitan un verdadero reparto de las laborales de cuidado entre la esfera privada y el pública y con ello alcanzar una verdadera conciliación.

Por último, no se puede concluir este pequeño listado de propuestas sin hacer una llamada a las políticas públicas de empleo para atajar, en lo que les corresponda, el desempleo en el mundo rural, en particular, el de las mujeres, con medidas que contribuyan, además, a dar respuesta a los problemas de despoblación, envejecimiento y masculinización de este entorno. Y en este contexto ha de situarse el teletrabajo, impulsado y regulado tras la crisis de la Covid-19. Por tópico que parezca, quizás sirva su estimulación en este entorno para facilitar la repoblación de zonas rurales y, en particular, el arraigo de las mujeres en el mundo rural.

5. BIBLIOGRAFÍA

CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- SIERRA HERNÁIZ, E.: “Objetivos del desarrollo sostenible e igualdad de género: una perspectiva laboral”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2018.
- VALIÑO CES, A: “La discriminación y la desigualdad de la mujer en el mundo rural y su reflejo en la titularidad de las explotaciones agrarias”, en VV.AA.: *III Xornada Universitaria de Xénero-Pontevedra*, Vigo, Servicio de Publicacións-Universidade de Vigo, 2015.
- VV.AA.: *Closing Gap: Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural. Women for a Healthy Economy- Informe 12*, 2022.
- VV.AA.: *Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural*, Madrid, Secretaria General Técnica-Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011.

Concepto y formas de trabajo: influencia de los cambios socioeconómicos y tecnológicos

Concept and forms of work: influence of socioeconomic and technological changes

JAVIER RODRIGO AGULLÓ *Funcionario de carrera del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria
Doctorando en Ciencias Sociales
Universitat de València*
 <https://orcid.org/0000-0002-4486-4957>

Cita Sugerida: RODRIGO AGULLÓ, J. «Concepto y formas de trabajo: influencia de los cambios socioeconómicos y tecnológicos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 97-119.

Resumen

Este estudio analiza cómo la concepción del trabajo ha variado a lo largo de la historia y se han desarrollado nuevas formas de trabajo. Las transformaciones sociales, económicas y en los sistemas productivos han motivado estos cambios. Estas modificaciones, motivadas en gran parte por el rápido crecimiento de los avances tecnológicos, implican en la actualidad nuevas formas de concebir el trabajo, centrado en la persona; efectos en el mercado de trabajo, caracterizado mayoritariamente por la realización de trabajos relacionados con los servicios por cuenta ajena en el sector privado; y nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo, el trabajo en la Industria 4.0, el Smart Working, el trabajo enmarcado en la Gig Economy, o el coworking. El desarrollo tecnológico no se detiene, como demuestra el surgimiento de la denominada Industria 5.0, por lo que las personas necesitan formarse continuamente para responder a los retos actuales y futuros.

Abstract

This study analyzes how the conception of work has changed throughout history and how new forms of work have been developed. The social, economic transformations and in the productive systems have motivated these changes. These modifications, motivated in large part by the rapid growth of technological advances, currently imply new ways of conceiving work, centered on the person; effects on the labor market, characterized mainly by the performance of work related to services for others in the private sector; and new forms of work, such as teleworking, work in Industry 4.0, Smart Working, work within the framework of the Gig Economy, or coworking. Technological development does not stop, as demonstrated by the emergence of the so-called Industry 5.0, so people need to continuously train to respond to current and future challenges.

Palabras clave

teletrabajo; trabajo inteligente; cotrabajo; industria 5.0.

Keywords

telework; smart work; co-working; industry 5.0.

1. INTRODUCCIÓN

Junto con las ideas de sistema económico y de producción, la actual noción de «trabajo» quedó consolidada en el siglo XVIII¹. La palabra «trabajo» apareció en ese momento en la cultura occidental para hacer referencia a las actividades productivas realizadas por las personas. Hasta esa época se habían utilizado dos términos procedentes del latín: *labor*, para referirse a las tareas vinculadas a la agricultura y la ganadería, y *opera*, para indicar las actividades de artesanos y artistas².

¹ GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y NAREDO, J. M.: “El Mito Del Trabajo: Origen, Evolución y Perspectivas”, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm.150, 2020, p. 36.

² ALBALATE, J. J.: *Sociología Del Trabajo y de Las Relaciones Laborales*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2011, pp. 48-49.

Aunque algunos autores³ distinguen entre los términos «labor» y «trabajo», quedando el primero limitado a una actividad que no deja rastro o improductiva, y el segundo, referido a una actividad productiva; otros⁴, para evitar confusiones semánticas, optan por utilizarlos como sinónimos.

2. EVOLUCIÓN DE LA CONCEPCIÓN DEL TRABAJO

En función del lugar y del momento histórico, la naturaleza del trabajo se ha concebido de manera muy diferente⁵, evolucionando a medida que se han ido produciendo transformaciones en los modelos socioeconómicos y en las formas de producción, y, desplazando a tecnologías ya desfasadas, se han ido aplicando innovaciones tecnológicas en los procesos de producción⁶. Puede afirmarse, incluso, que la sociedad no se ha estructurado siempre en torno al trabajo⁷.

En la Grecia clásica, el trabajo carecía de valor y se consideraba degradante, no por el esfuerzo que suponía, sino por la dependencia atribuida a este tipo de actividades⁸ y porque limitaba la libertad de las personas. Los ciudadanos, hombres libres, ejercían actividades intelectuales, por lo que se dedicaban a las artes o a la filosofía. El trabajo, como función productiva, quedaba reservado a los esclavos⁹.

Para los Caldeos, pueblo en el que el trabajo estaba escasamente dividido y las labores correspondían a todos, el trabajo no tenía esa visión degradante, sino que se concebía como una contribución al orden económico y espiritual¹⁰.

Los romanos continuaron con la consideración, mantenida por los griegos, del trabajo como una actividad penosa y despreciable, ligada al carácter dependiente de las tareas desarrolladas, vinculadas al suministro y la subsistencia¹¹. No obstante, el Imperio Romano contribuyó de forma relevante, desde el punto de vista jurídico, al desarrollo del concepto de trabajo, al posibilitar la cesión de la fuerza de trabajo de los esclavos a terceras personas, ya que no eran considerados personas y carecían de personalidad jurídica, constituyendo el antecedente del arrendamiento de servicios¹².

El pueblo hebreo consideraba el trabajo como un mal necesario, carente de un fin en sí mismo, y que servía como medio de expiación del pecado original y, también, como medio de producción¹³.

En el cristianismo, el trabajo se entiende como una maldición que impone Dios como castigo a la humanidad¹⁴. No obstante, algunos teólogos han interpretado que la Biblia aporta una doble visión del trabajo: además del trabajo duro como maldición, también puede considerarse una

³ GÓMEZ-BAGGETHUN y NAREDO: “El Mito Del Trabajo: Origen, Evolución y Perspectivas”, pp. 9-10; ARENDT, H.: *La Condición Humana*, Buenos Aires, Paidós, 2009, pp. 102-104; y GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, Montevideo, Kolping Uruguay, 2011, p. 21.

⁴ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 18.

⁵ BUDD, JOHN W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, cit., pp. 43 y 49.

⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R.: “El Teletrabajo Como Tendencia Del Mercado Laboral”, *Retos: Revista de Ciencias de La Administración y Economía*, 2, núm. 4, 2012, p. 144.

⁷ GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y NAREDO, J. M.: “El Mito Del Trabajo: Origen, Evolución y Perspectivas”, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 150, 2020, p. 9.

⁸ NAREDO, J. M.: “Configuración y Crisis Del Mito Del Trabajo”, *Cuadernos Del Guincho*, núm. 5/6, 1998, p. 37.

⁹ GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, cit., p. 24.

¹⁰ *Ibid*, pp. 30-31.

¹¹ NAREDO, J.M.: “Configuración y Crisis Del Mito Del Trabajo”, cit., p. 38.

¹² GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, cit., p. 32.

¹³ *Ibid*, pp. 31-32.

¹⁴ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, cit., pp. 51-53; y NAREDO, J.M.: “Configuración y Crisis Del Mito Del Trabajo”, cit., p. 39.

bendición¹⁵. En este sentido, para San Pablo el trabajo es una obligación moral, concebido como medio para ganarse la vida y como deber de auxilio a las personas incapacitadas para trabajar¹⁶. Con Lutero y, posteriormente, Calvino se le otorga un nuevo valor al trabajo, incorporando la necesidad de que la fe sea comprobada en el desarrollo de la actividad profesional¹⁷, buscando la salvación a través del trabajo¹⁸. Hoy en día el cristianismo concibe el trabajo como un medio que proporciona la independencia, como ejercicio de auxilio al prójimo y como forma de servicio a Dios¹⁹.

Durante la Edad Media (siglos V a XV) y por influencia del cristianismo, se produjo una importante evolución en la estimación del trabajo, pasando de una concepción negativa del trabajo, considerado como una penitencia, a una idea más positiva, al concebirlo como medio de salvación²⁰. Además, se valoraban las actividades que requerían un esfuerzo físico, como las tareas agrícolas, por encima de las que no lo implicaban, como el comercio²¹.

En la Edad Moderna (siglos XV a XVIII), se produjo un nuevo cambio en la concepción del trabajo, pasando a considerarse una actividad valiosa y virtuosa, en contraposición al ocio, que era despreciado, al relacionarlo con la vagancia y la pereza, que eran deslegitimadas²². A finales de este período, en los siglos XVII y XVIII, el esfuerzo laboral se concebía como una mercancía, que, como tal, se podía comprar y vender²³.

Durante el siglo XVIII se fue extendiendo la idea de que mediante el trabajo se podía incrementar la producción, dentro de lo que se va configurando como el moderno sistema económico, a la vez que cambió la concepción de lo que se entendía por riqueza y su forma de obtención²⁴. En este contexto, Adam Smith afirmó, en 1776, en su obra *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, que «el trabajo exclusivamente, entonces, al no variar nunca en su propio valor, es el patrón auténtico y definitivo mediante el cual se puede estimar y comparar el valor de todas las mercancías en todo tiempo y lugar», concluyendo que el trabajo constituye el precio real de las cosas y el dinero, sólo su precio nominal²⁵. El medio a través del cual se podía aumentar la producción o labor de un mismo número de personas era la división del trabajo²⁶. Como señala la doctrina²⁷, para Smith, el trabajo es la fuente de toda riqueza.

Durante la Ilustración nació una concepción moderna del trabajo, como medio para alcanzar la felicidad, y que daría lugar a la llamada «sociedad del trabajo»²⁸. La sociedad se construía alrededor de la actividad laboral.

La Edad Contemporánea (desde finales del siglo XVIII a la actualidad) comenzó con la revolución industrial y la revolución francesa, dando término al feudalismo²⁹. El capitalismo industrial

¹⁵ NAREDO, J.M.: “Configuración y Crisis Del Mito Del Trabajo”, *cit.*, p. 55.

¹⁶ GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, *cit.*, pp. 34-35.

¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho Del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 28.

¹⁸ NAREDO, J.M.: “Configuración y Crisis Del Mito Del Trabajo”, *cit.*, p. 39.

¹⁹ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, *cit.*, p. 55.

²⁰ SANCHIS GÓMEZ, E.: *Trabajo y Paro En La Sociedad Postindustrial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 44.

²¹ CRISTANCHO GIRALDO, L. A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, *Secuencia*, núm. 112, 2022, pp. 2-3.

²² *Ibid*, p. 4; y GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, *cit.*, p. 41.

²³ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, *cit.*, p. 94.

²⁴ GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y NAREDO, J. M.: “El Mito Del Trabajo: Origen, Evolución y Perspectivas”, *cit.*, p. 13.

²⁵ SMITH, A.: *La Riqueza de Las Naciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 68.

²⁶ *Ibid*, p. 37.

²⁷ CRISTANCHO GIRALDO, L.A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, *cit.*, p. 7; y GUERRA: *Sociología Del Trabajo*, p. 42.

²⁸ SANCHIS GÓMEZ, E.: *Trabajo y Paro En La Sociedad Postindustrial*, *cit.*, p. 53.

²⁹ CRISTANCHO GIRALDO, L. A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, *cit.*, p. 6.

consolidó el sistema de producción en fábricas, lo que supuso la pérdida de competitividad de los artesanos y el inicio de la consideración del trabajo como un factor o mero coste de producción³⁰.

A mediados del siglo XIX, Karl Marx distinguió entre «fuerza de trabajo», entendida como la capacidad física y mental de trabajar de una persona, y «trabajo», concebido como trabajo real de un individuo; y criticó la mercantilización de la «fuerza de trabajo» por parte del capitalismo, que suponía la explotación de los obreros, al producirse la apropiación por parte del capitalista del valor total del trabajo, fundamentando la explotación en esta plusvalía³¹.

Como resultado de la identificación por las clases trabajadoras de la relevancia del trabajo colectivo, comenzaron a surgir los sindicatos, como medio de organización de las personas trabajadoras para la defensa de sus intereses, aunque inicialmente con carácter clandestino³². Desde una nueva ideología, el trabajo ya no se consideraba sólo un medio de vida, sino que la realización de la actividad laboral permitiría el desarrollo de los trabajadores como personas³³.

A comienzos del siglo XX, destacó la figura de F. W. Taylor, promoviendo la organización científica del trabajo. Para que la actividad de las personas fuese productiva se debía actuar sobre el salario, como factor de motivación, además de controlar y dirigir científicamente el trabajo³⁴. Durante este siglo, las economías capitalistas se caracterizaron por la división técnica del trabajo y la producción en serie³⁵, dando relevancia al trabajo productivo y al empleo remunerado³⁶. Se produjo, entre otros aspectos destacados, el reconocimiento de las vacaciones retribuidas, los días festivos o el descanso semanal, como derechos de las personas trabajadoras³⁷.

El trabajo comienza a considerarse como un derecho fundamental de la persona, que constituye un medio para la satisfacción de sus necesidades materiales y que, al mismo tiempo, procura bienestar, abarcando el concepto no solo al trabajo remunerado³⁸. En esta línea de reconocimiento del trabajo como un derecho, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, reconoce «*el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado*».

3. EL CONCEPTO DE TRABAJO EN EL SIGLO XXI

A las puertas del siglo XXI, en junio de 1999, el Director General de la OIT presentó la memoria *Trabajo decente*, en la que propone, como finalidad primordial para la organización, «*un trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero*». El trabajo decente es el punto de convergencia de cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social; y el diálogo social. Según la definición que ofrece el Tesoro de la OIT, el trabajo decente es «*trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada. Significa también un trabajo*

³⁰ GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, cit., p. 42.

³¹ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, cit., pp. 95 y 99.

³² CRISTANCHO GIRALDO, L.A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, p. 7.

³³ SANCHIS GÓMEZ, E.: *Trabajo y Paro En La Sociedad Postindustrial*, pp. 57-58.

³⁴ CRISTANCHO GIRALDO, L.A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, cit., p. 9; y GUERRA, P.: *Sociología Del Trabajo*, cit., pp. 42-43.

³⁵ MERCADER UGUINA, J. R.: *El Futuro Del Trabajo En La Era de La Digitalización y La Robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 26.

³⁶ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, cit., p. 49.

³⁷ CRISTANCHO GIRALDO, L. A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, cit., p. 8.

³⁸ *Ibid*, p. 9.

suficiente, en el sentido de que todos deberían tener pleno acceso a las oportunidades de obtención de ingresos».

En septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. El trabajo decente se incluyó en estos objetivos. En concreto, el Objetivo 8 consiste en «promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos».

En este siglo, continua, en las economías capitalistas, la concepción del trabajo como mercancía. Las personas siguen vendiendo su fuerza de trabajo como medio de subsistencia³⁹. En un contexto caracterizado por los cambios socioeconómicos y los avances tecnológicos, se observan importantes modificaciones en la concepción del trabajo y en sus efectos en el mercado de trabajo⁴⁰.

El Tesauro de la Organización Internacional del Trabajo contiene una definición de trabajo, al que considera como el «conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos».

Actualmente el trabajo se concibe como una actividad realizada por la persona, que supone un esfuerzo físico, mental, o mixto⁴¹, que tiene por objeto la producción de bienes y servicios⁴², que tiene un valor económico o simbólico⁴³, y que constituye un aspecto esencial de su existencia⁴⁴.

4. UNA APROXIMACIÓN A LAS TIPOLOGÍAS DE TRABAJO Y EMPLEO

El trabajo puede clasificarse según diferentes criterios, como la dependencia o independencia de la persona trabajadora, o el régimen jurídico bajo el que se desenvuelve el trabajo (Derecho privado o Derecho público). Estas distinciones de nociones concretas del genérico concepto de trabajo tienen alcance socio-jurídico⁴⁵. También es importante establecer diferencias en atención al sector económico. Las diversas modalidades o tipologías de trabajo afectan a las condiciones en las que las personas trabajadoras desarrollan su actividad productiva.

³⁹ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, cit., p. 96.

⁴⁰ GARCÍA MURCIA, J.: “Cambio Tecnológico, Futuro Del Trabajo y Adaptación Del Marco Regulatorio”, en VV.AA.: *Derecho Del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, MONREAL BRINGSVAERD, E.J., THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 39 y 44; MERCADER UGUINA, J.: *El Futuro Del Trabajo En La Era de La Digitalización y La Robótica*, cit., pp. 34-35; BENAVIDES, G.F., RUIZ-FRUTOS, C. y GARCÍA GARCÍA, A.M.: “Trabajo y salud”, en VV.AA.: *Salud Laboral. Conceptos y Técnicas Para La Prevención de Riesgos Laborales*, RUIZ FRUTOS, C., DELCLÓS, J., GARCÍA GARCÍA, A.M. y BENAVIDES, F.G. (Coords.), Barcelona, Elsevier, 2022, p. 4.

⁴¹ Sobre la combinación habitual del esfuerzo físico y mental en el trabajo, véase MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I.: *Curso de Seguridad y Salud En El Trabajo*, Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 21.

⁴² SANCHIS GÓMEZ, E.: *Trabajo y Paro En La Sociedad Postindustrial*, p. 17.

⁴³ BUDD, J.W.: *El Pensamiento Sobre El Trabajo*, cit., p. 18.

⁴⁴ *Ibid*, pp. 23 y 49; IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 21; y MERCADER UGUINA, J.: *Lecciones de Derecho Del Trabajo*, cit., p. 27.

⁴⁵ MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I.: *Curso de Seguridad y Salud En El Trabajo*, cit., p. 21.

4.1. Según la dependencia o autonomía de la persona trabajadora

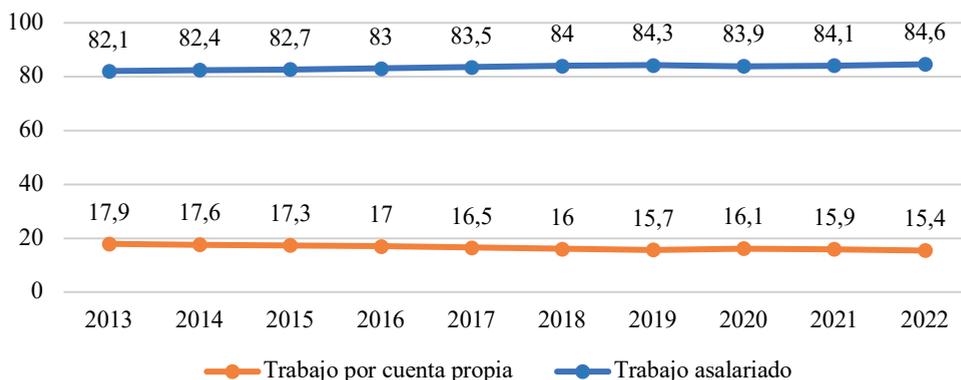
En atención a la dependencia o subordinación de la persona trabajadora, puede distinguirse entre trabajo dependiente y trabajo independiente⁴⁶.

1) Trabajo dependiente. La persona trabajadora, conforme al art. 1.1 del ET, presta sus servicios «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona», denominada empleador o empresario. Esta subordinación constituye la característica fundamental que permite distinguir la relación laboral de otras relaciones en las que se desarrolle un trabajo⁴⁷.

2) Trabajo independiente. El trabajo autónomo se caracteriza por la ausencia de subordinación, en contraposición al trabajo subordinado o dependiente⁴⁸. Como señala la doctrina⁴⁹, el trabajador autónomo actúa «sin insertarse en una organización productiva ajena», como, por ejemplo, los colaboradores de prensa o los profesionales liberales.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), como puede apreciarse en el Gráfico 1, el porcentaje medio anual de personas asalariadas en España presenta un crecimiento durante los últimos diez años, pasando del 82,1 % en el primer trimestre de 2013 al 84,9 % del cuarto trimestre de 2022, situándose la media de este último año en el 84,6 %. Por el contrario, puede observarse una disminución del porcentaje de personas trabajadoras por cuenta propia, con una variación del 2,5 % entre los años 2013 y 2022.

Gráfico 1. Porcentaje medio anual de personas asalariadas y trabajadoras por cuenta propia en España durante el periodo 2013-2022.



Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE.

⁴⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajo Dependiente y Trabajo Autónomo Ante El Derecho Del Trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, p. 26; y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El Concepto de Trabajador Por Cuenta Ajena En El Derecho Español y Comunitario”, *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, p. 41.

⁴⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *cit.*, p. 41.

⁴⁸ *Ibid*, p. 41.

⁴⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajo Dependiente y Trabajo Autónomo Ante El Derecho Del Trabajo”, *cit.*, p. 26.

4.2. Según el régimen jurídico aplicable

En función del régimen jurídico aplicable al trabajo, puede diferenciarse entre trabajo regulado por el Derecho privado y por el Derecho público⁵⁰.

1) Trabajo en régimen de Derecho privado. Se incluye aquí todo trabajo regulado por el Derecho Laboral⁵¹, Civil o Mercantil. La conformación y consolidación del Derecho del Trabajo se produce a finales del siglo XIX y principios del XX, con la generalización del trabajo asalariado y en respuesta a las condiciones de trabajo derivadas de la revolución industrial, como garantía de que el trabajo se desarrolle de forma que se asegure la justicia social y la dignidad de la persona trabajadora⁵². Tradicionalmente, se ha considerado que el trabajo regulado por el Derecho Civil, a través de las modalidades contractuales de arrendamiento de servicios y de obras, carecía de la característica de la sujeción o subordinación de la persona trabajadora al empresario⁵³. No obstante, la posibilidad de que al empresario se le pueda exigir responsabilidad extracontractual por los actos de sus dependientes, hace considerar a la doctrina que la característica de la dependencia no produce la diferencia entre la relación laboral y la civil, pues la persona trabajadora vinculada a un empresario a través de un contrato de arrendamiento de servicios puede estar sometida al control y dirección de este último⁵⁴. El Derecho Mercantil regula el trabajo que consiste en la prestación de actividades profesionales en el ámbito de relaciones comerciales, en las que la persona que presta sus servicios lo hace de forma independiente, autónoma y no subordinada, e incluye tanto el trabajo del empresario individual como el de las personas que, en virtud de un contrato mercantil, prestan sus servicios a otra, sin depender de ésta jerárquicamente⁵⁵.

2) Trabajo en régimen de Derecho público. Se encuentran incluidos aquí los funcionarios públicos y el personal estatutario de las Administraciones Públicas⁵⁶. El art. 8.1 del 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 (en adelante, EBEP), establece el concepto de empleados públicos, entendiendo por tales a «*quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*». En el apartado segundo del citado artículo clasifica a los empleados públicos, distinguiendo cuatro clases: los funcionarios de carrera, vinculados, según el art. 9.1 del EBEP, por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo; los funcionarios interinos, al que, según el art. 10.5 del EBEP, será aplicable, con carácter general, el régimen general del personal funcionario de carrera; el personal laboral, que, según el art. 11.1 del EBEP, presta servicios en virtud de cualquier modalidad de contrato de trabajo prevista en la legislación laboral; y

⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., y ALZAGA RUIZ, I.: *Curso de Seguridad y Salud En El Trabajo*, cit., pp. 21-22.

⁵¹ El trabajo objeto de regulación por el Derecho del Trabajo se caracteriza por dos notas esenciales: la dependencia, que ya se ha comentado, y la ajenidad, que consiste en la apropiación por el empresario del resultado de la actividad desarrollada por la persona trabajadora. Véase, en este sentido, HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O.: “El Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo: fronteras y espacios de concurrencia”, cit., p. 59; MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, cit., p. 26; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, cit., p. 40.

⁵² GOERLICH PESET, J. M. y GARCÍA ORTEGA, J.: “El Derecho Del Trabajo”, en VV.AA.: *Derecho Del Trabajo*, GOERLICH PESET, J. M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 39-41 y p. 45; y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O.: “El Derecho Mercantil y El Derecho Del Trabajo: Fronteras y Espacios de Concurrencia”, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 11, núm. 1, 2005, p. 53.

⁵³ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, cit., pp. 43-44.

⁵⁴ *Ibid*, pp. 44-46.

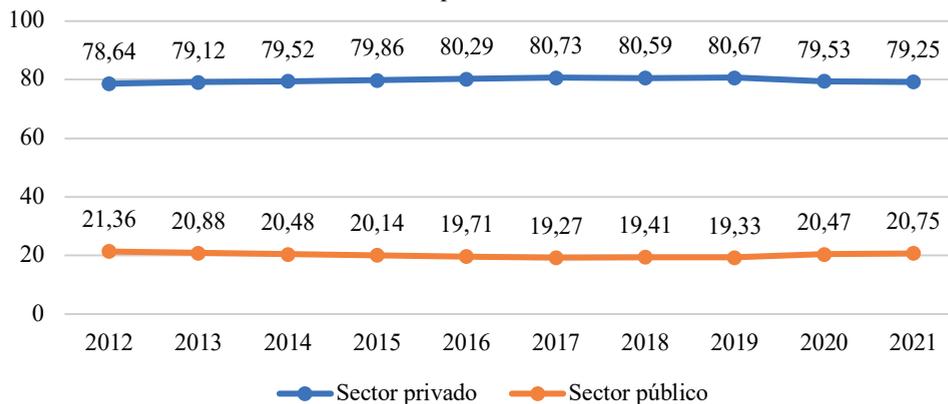
⁵⁵ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O.: “El Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo: fronteras y espacios de concurrencia”, cit., p. 60.

⁵⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, cit., p. 27.

el personal eventual, al que será de aplicación, según el art. 12.5 del EBEP, el régimen general de los funcionarios de carrera, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición.

Conforme a los datos del INE, según puede verse en el Gráfico 2, el porcentaje de personas asalariadas en el sector privado y en el sector público en España apenas ha sufrido variaciones durante el periodo 2012-2021, produciéndose un ligero incremento (0,61 %) de las personas asalariadas que trabajan en el sector privado.

Gráfico 2. Porcentaje de personas asalariadas del sector privado y del sector público en España durante el periodo 2012-2021.



Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE.

4.3. Según el sector económico

En orden al sector económico, el trabajo puede realizarse en alguno de los cinco sectores de producción en los que se clasifica la actividad económica actualmente: primario, secundario, terciario, cuaternario y quinario. Según señala la doctrina⁵⁷, la sectorización de la actividad económica tiene su origen en los trabajos de Allen G. B. Fisher, *The Clash of Progress and Security*, de 1935, y Colin Clark, *The Conditions of Economic Progress*, de 1941, quienes distinguieron tres sectores: primario, secundario y terciario o sector servicios. A partir de la categoría de sector terciario de Clark, los autores Foote y Hatt⁵⁸ plantearon una ruptura de esta en tres categorías diferentes del sector servicios, dando lugar a la aparición de otros dos sectores: el cuaternario y el quinario⁵⁹.

1) Sector primario. Se caracteriza por la producción y obtención de recursos naturales de forma directa, quedando encuadrados en él las actividades de la agricultura, la ganadería, la pesca y la minería⁶⁰.

2) Sector secundario. Se incluyen en este sector las actividades relacionadas con la transformación de las materias primas en productos semielaborados o terminados que puedan ser

⁵⁷ GARCÍA GARCÍA, C. E. y SANZ MENÉNDEZ, L.: “Conceptos y Clasificaciones En La Economía de Los Servicios”, Madrid, 1992, pp. 13-14.

⁵⁸ Véase “Social Mobility and Economic Advance”, *The American Economic Review*, vol. 43, núm. 2, 1953, pp. 364-365.

⁵⁹ GARCÍA GARCÍA, C.E. y SANZ MENÉNDEZ, L.: “Conceptos y clasificaciones en la economía de los servicios”, *cit.*, pp. 18-19.

⁶⁰ FOOTE N. N. y HATT, P. K.: “Social Mobility and Economic Advance”, *cit.*, p. 367; y MATEO, J. L.: “Sociedad Del Conocimiento”, *ARBOR. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. CLXXXII, núm. 718, 2006, p. 147.

utilizados⁶¹. Quedan encuadradas aquí las actividades manufactureras, la artesanía, la industria, y la construcción⁶².

3) Sector terciario. Es conocido también como el «sector servicios», ya que no se caracteriza por la producción de bienes, sino por la prestación de servicios, que, de forma simplificada, tienen un papel auxiliar en el conjunto de las actividades económicas⁶³. El contenido de este sector se caracteriza por su complejidad y diversidad, al incluirse un conjunto de actividades heterogéneas, como los llamados servicios a la producción, limpieza, sanidad, o educación⁶⁴, y también el transporte⁶⁵.

4) Sector cuaternario. También denominado «sector de información»⁶⁶, está caracterizado por las actividades relacionadas con el conocimiento y la organización, como la creación, interpretación o transmisión de información, haciendo uso de las aplicaciones tecnológicas y de los avances científicos⁶⁷. Se incluyen actividades como las finanzas, los seguros o la administración⁶⁸.

5) Sector quinario. Se incluyen aquí actividades como la educación, la atención médica, la cultura o la investigación, que, aunque ya aparecen en el sector terciario, se incluyen agrupadas en este nuevo sector, por compartir, como rasgo común, el refinamiento y la ampliación de las capacidades humanas, contribuyendo al desarrollo de las actividades de los cuatro sectores económicos anteriores mediante el incremento de habilidades y la creación de conocimiento⁶⁹.

El INE ofrece datos sobre la distribución porcentual de las personas ocupadas por sector económico, diferenciando entre Agricultura, Industria, Construcción y Servicios. Durante los últimos diez años, como puede observarse en el Gráfico 3, la proporción de personas que trabajan en estos cuatro sectores se mantiene constante, predominando el sector servicios con unos porcentajes situados entre el 75,5 y el 76,3 %, seguido del sector industrial, con niveles comprendidos entre el 13,6 y el 14 %. La construcción presenta unos valores del 5,7 al 6,6 %, con una ligera tendencia ascendente; y la agricultura, con una evolución también ligeramente descendente, pasa del 4,4 % de 2017 al 3,8 % de 2022.

⁶¹ MATEO, J. L.: “Sociedad Del Conocimiento”, p. 147.

⁶² GARCÍA GARCÍA, C. E. y SANZ MENÉNDEZ, L.: “Conceptos y Clasificaciones En La Economía de Los Servicios”, *cit.*, p. 14; KENESSEY, Z.: “The Primary, Secondary, Tertiary and Quaternary Sectors of the Economy”, *The Review of the Income and Wealth*, vol. 33, núm. 4, 1987, p. 363.

⁶³ MATEO, J.L.: “Sociedad Del Conocimiento”, *cit.*, p. 147.

⁶⁴ GARCÍA GARCÍA y SANZ MENÉNDEZ: “Conceptos y Clasificaciones En La Economía de Los Servicios”, p. 8.

⁶⁵ KENESSEY, Z.: “The Primary, Secondary, Tertiary and Quaternary Sectors of the Economy”, *cit.*, p. 363.

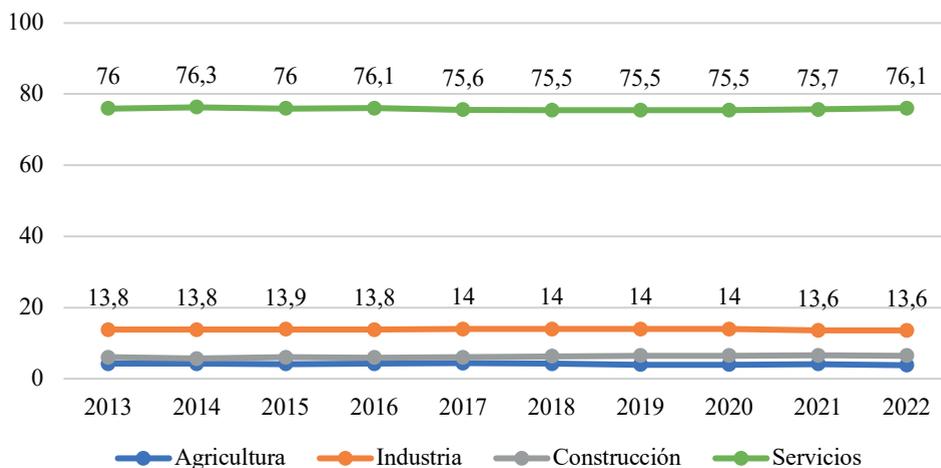
⁶⁶ GARCÍA GARCÍA, C. E. y SANZ MENÉNDEZ, L.: “Conceptos y Clasificaciones En La Economía de Los Servicios”, *cit.*, p. 34.

⁶⁷ MATEO, J.L.: “Sociedad Del Conocimiento”, *cit.*, p. 147.

⁶⁸ FOOTE N. N. y HATT, P. K.: “Social Mobility and Economic Advance”, *cit.*, p. 365; y KENESSEY, Z.: “The Primary, Secondary, Tertiary and Quaternary Sectors of the Economy”, *cit.*, p. 363.

⁶⁹ FOOTE N. N. y HATT, P. K.: “Social Mobility and Economic Advance”, *cit.*, p. 365.

Gráfico 3. Porcentaje anual medio de personas ocupadas por sector en España durante el periodo 2013-2022.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE.

5. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

En un contexto marcado por la crisis del petróleo y el encarecimiento y dificultad de acceso al combustible, Jack M. Nilles propuso el teletrabajo como alternativa a los desplazamientos a las oficinas aprovechando las tecnologías de la información y de las comunicaciones (en adelante, TIC)⁷⁰.

Durante la década de los 80 y principios de los 90 del pasado siglo, se generalizó el uso del ordenador personal como instrumento de trabajo. También comenzó a utilizarse de forma habitual el correo electrónico. La deslocalización productiva se facilitó gracias al teletrabajo, que sirvió también como medio de inserción laboral de mujeres y personas con minusvalía⁷¹.

Los últimos años del siglo XX estuvieron marcados por la eclosión de Internet y por la globalización económica, que indujo a las empresas a una mayor flexibilidad laboral, enmarcada en estrategias de externalización⁷², que respondiese a las necesarias modificaciones en sus sistemas productivos.

Como consecuencia de la crisis sanitaria causada por la pandemia del coronavirus, el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se priorizaron los sistemas de organización del trabajo que posibilitaran el mantenimiento de la actividad por medios alternativos, especialmente mediante el trabajo a distancia, que, a través del uso de las TIC, implicó la preferencia del teletrabajo.

⁷⁰ NILLES, J. M.: “Telecommunications and Organizational Decentralization”, *IEEE Transactions on Communications Com*, vol. 23, núm. 10, 1975, p. 1143.

⁷¹ GARCÍA VIÑA, J.: “Relaciones Laborales e Internet”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 223, 2001, p. 18.

⁷² *Ibid*, p. 18.

La influencia de las TIC en las nuevas formas de organizar el trabajo, como el teletrabajo o el trabajo 4.0, permiten partir de un concepto marco: el *IT job*, entendido como el trabajo realizado a través de las TIC⁷³.

5.1. Teletrabajo

En el ámbito del trabajo por cuenta ajena, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado el 23 de mayo de 2002, define el teletrabajo, en su apartado 2, como «*una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular*». Por su parte, el art. 2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, LTD), define el teletrabajo como «*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*».

En cuanto a las personas que trabajan al servicio de las Administraciones Públicas, el apartado 1 del art. 47 bis del 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, define el teletrabajo como «*aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación*».

También es posible que la persona trabajadora decida prestar sus servicios a otras empresas, por mediación de un contrato civil o mercantil, desde su propio domicilio, por lo que se estaría ante la figura de teletrabajo autónomo o por cuenta propia, o *freelance*⁷⁴.

De las definiciones de teletrabajo contenidas en las normas citadas, pueden extraerse tres elementos caracterizadores⁷⁵: trabajo a distancia, elemento locativo que implica la realización de la actividad profesional fuera de las instalaciones o centros de trabajo de la empresa; uso exclusivo o prevalente de las TIC, con exclusión de los supuestos de uso esporádico, accesorio o residual; y cambio en la organización del trabajo, en un contexto de flexibilización.

Aunque en algunas ocasiones se intercambian las expresiones de «teletrabajo» y «trabajo a distancia», no son conceptos sinónimos, por lo que deben diferenciarse⁷⁶. Mientras que el teletrabajo es un tipo de trabajo a distancia que se caracteriza por el uso intensivo de las TIC, el trabajo a distancia no implica la utilización de este tipo de herramientas de trabajo. Según el art. 2 de la LTD, el trabajo a distancia se define como la «*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular*».

⁷³ DÍAZ, V. L. y FANTINI, A. E.: “Nuevas modalidades laborales: cuando las tics definen el mercado de trabajo”, en VV.AA.: *Nuevas Tecnologías y Nuevas Maneras de Trabajar: Estudios Desde El Derecho Español y Comparado. (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, MELLA MÉNDEZ, L. Y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dirts.), Madrid, Dykinson, 2017, p. 131.

⁷⁴ GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P.: *El Teletrabajo: Antes, Durante y Tras El Coronavirus*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 71.

⁷⁵ GARCÍA MIGUÉLEZ: *El Teletrabajo: Antes, Durante y Tras El Coronavirus*, cit ., p. 45; y ROMERO BURILLO, A. M.: *El Marco Regulador Del Teletrabajo*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 23.

⁷⁶ GARCÍA MIGUÉLEZ: *El Teletrabajo: Antes, Durante y Tras El Coronavirus*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 34; y POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 26.

El teletrabajo plantea beneficios e inconvenientes tanto para las empresas y personas trabajadoras como para la sociedad⁷⁷. Se destacan aquí los efectos para las partes de la relación laboral.

Entre las ventajas para las empresas, pueden destacarse: la reducción de costes, la disminución del absentismo, el mantenimiento de personal, o la mayor capacidad de adaptación⁷⁸. Como inconvenientes, pueden señalarse: la necesidad de aumento de la inversión en TIC⁷⁹, los cambios organizativos, o la dificultad para controlar la actividad de las personas teletrabajadoras⁸⁰.

Para las personas trabajadoras, el teletrabajo ofrece, entre otras, las siguientes ventajas: mayor flexibilidad y autonomía, facilidad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, o la disminución de costes y tiempo vinculados a los desplazamientos. También puede suponer inconvenientes, como el aislamiento social⁸¹, o la existencia de injerencias entre las tareas profesionales y el ámbito doméstico o personal⁸².

En función del lugar desde donde la persona trabajadora preste sus servicios pueden distinguirse cinco modalidades: teletrabajo a domicilio, en el que la actividad laboral se desarrolla en su hogar o vivienda habitual, o también en el de un familiar⁸³; teletrabajo en telecentros, que son espacios habilitados como oficinas donde la persona trabajadora dispone de diferentes instalaciones, recursos y medios vinculados a las TIC⁸⁴; teletrabajo móvil o itinerante, en el que la persona no tiene un lugar concreto de trabajo que actúe como referencia para la prestación de servicios, produciéndose cambios de forma continuada⁸⁵; teletrabajo nómada, configurado como una modalidad extrema del teletrabajo móvil, en la que las personas trabajadoras viajan durante una gran parte de su tiempo de trabajo⁸⁶; y teletrabajo offshore o transnacional, caracterizado por la prestación de servicios mediante las TIC en un país diferente de aquel en el que radica la empresa⁸⁷.

⁷⁷ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á.: “Una Aproximación Al Concepto, Modalidades y Principales Ventajas e Inconvenientes Del Teletrabajo”, en VV.AA.: *El Teletrabajo*, SALA FRANCO, T. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 27.

⁷⁸ *Ibid*, pp. 28-30.

⁷⁹ PERALTA BELTRÁN, Á. R. *et al.*: “El Impacto Del Teletrabajo y La Administración de Empresas”, *Recimundo. Revista Científica Mundo de La Investigación y El Conocimiento*, vol. 4, núm. 1, 2020, p. 332.

⁸⁰ POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, *cit.*, p. 164.

⁸¹ *Ibid*, p. 238.

⁸² MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á.: “Una Aproximación Al Concepto, Modalidades y Principales Ventajas e Inconvenientes Del Teletrabajo”, *cit.*, p. 34.

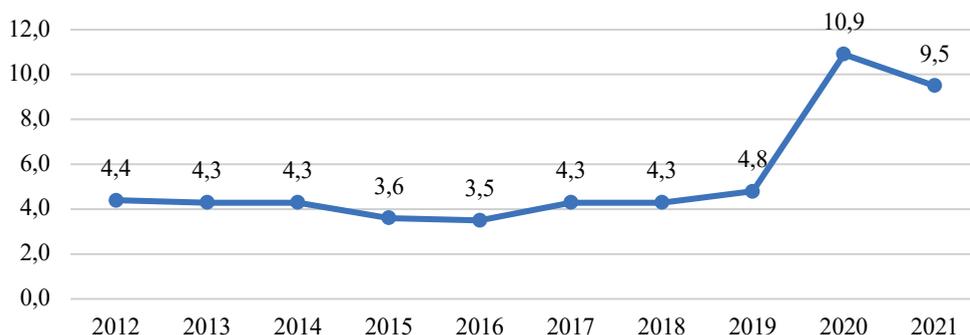
⁸³ POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, *cit.*, p. 39.

⁸⁴ KAHALE CARRILLO, D. T.: “Teletrabajo: Regulación Jurídico-Laboral”, *Gaceta Laboral*, vol. 9, núm. 3, 2003, p. 402.

⁸⁵ POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, p. 40; y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ: “Una Aproximación Al Concepto, Modalidades y Principales Ventajas e Inconvenientes Del Teletrabajo”, p. 23.

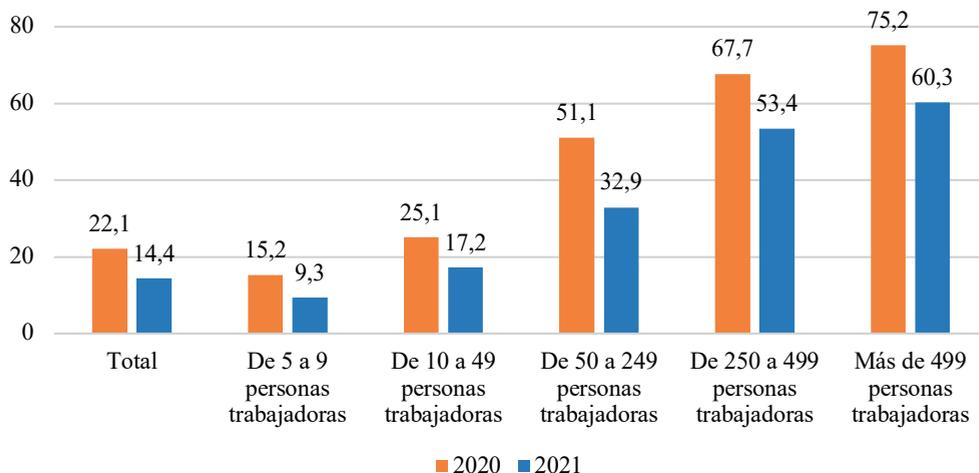
⁸⁶ MAKOTO SU, N. Y MARK, G.: “Designing for Nomadic Work”, Irvine, Department of Informatics. University of California, 2008, p. 1.

⁸⁷ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El Contenido de La Relación Laboral En El Teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, p. 85.

Gráfico 4. Porcentaje de personas que habitualmente trabajan a distancia en España.

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Eurostat.

Como puede observarse en el Gráfico 4, las medidas de urgencia adoptadas para mantener la actividad productiva como consecuencia de la pandemia del Covid-19 supusieron un incremento exponencial de las cifras de trabajo a distancia; y, aunque puede observarse una tendencia a la baja, el porcentaje de personas que trabajan a distancia continúa siendo muy superior a los niveles anteriores a la pandemia. Este mismo descenso se aprecia en el porcentaje de empresas que aplican la modalidad de teletrabajo, según los datos estadísticos disponibles, aportados por la Encuesta Anual Laboral sobre el mercado de trabajo realizada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social (en adelante, MTES), de 2020 y 2021. El porcentaje de empresas que aplican el teletrabajo es mayor cuanto mayor es el número de personas trabajadoras.

Gráfico 5. Porcentaje de empresas que han aplicado la modalidad de teletrabajo durante los años 2020 y 2021 en España, en función del número de personas trabajadoras.

Fuente: elaboración propia a partir de datos del MTES.

5.2. Trabajo en la Industria 4.0

El actual contexto económico, caracterizado especialmente por la digitalización de las empresas, es denominado como Economía 4.0 o Industria 4.0⁸⁸. Este término está asociado a la interrelación de diferentes tecnologías, que se complementan entre ellas y, relacionadas con internet, tienen como uno de sus principales elementos la conectividad global⁸⁹.

Algunas de las más relevantes tecnologías relacionadas con la digitalización de las empresas son⁹⁰: *big data*, que permite tratar velozmente grandes volúmenes de datos variados; *blockchain* o cadena de bloques, que consiste en una base de datos cifrada en una red de ordenadores interconectados; *cloud computing* o computación en la nube, que permite el almacenamiento y el procesamiento de datos en un entorno virtual: la memoria permanente de un servidor; impresión 3D, que posibilita la fabricación de piezas o productos, que pueden personalizarse, diseñados digitalmente, reduciendo costes y tiempo; inteligencia artificial, que dota a las máquinas y robots de la capacidad para resolver problemas y tomar decisiones; internet de las cosas, que permite la recogida de información por diferentes dispositivos para, una vez enviada por internet a otros dispositivos, ser analizada y tomar decisiones; realidad aumentada, que permite la introducción de elementos diseñados virtualmente en imágenes reales; realidad virtual, que permite al usuario interactuar y experimentar en diferentes escenarios construidos virtualmente; 5G, que proporciona un incremento de la velocidad de comunicación y de la cantidad de datos transmitidos; y robots colaborativos o «cobots», dotados de una programación intuitiva, interactúan con las personas trabajadoras y permiten compartir el espacio, al contrario que los robots tradicionales.

Las innovaciones tecnológicas y la digitalización producen cambios inevitables que suponen una revolución en todo el mundo⁹¹. Las empresas necesitan transformar su modelo organizativo para adaptarse a las exigencias de estos nuevos entornos, dotándose de mayor flexibilidad, siendo más innovadoras, recurriendo a la robotización de tareas repetitivas y rutinarias, y contratando a personas con una alta cualificación digital⁹².

En las empresas de la Industria 4.0, las máquinas, los equipos y los sistemas de almacenamiento están conectados en red y se produce un intercambio automático de información entre sus elementos⁹³.

La digitalización y la automatización avanzada de los procesos productivos puede llevar, en los países desarrollados, a la pérdida de empleos, que afectaría, fundamentalmente, a trabajos no cualificados⁹⁴, desapareciendo puestos obsoletos. No obstante, estos cambios pueden provocar el aumento de trabajos especializados, desarrollando tareas relacionadas con la programación informática o la ingeniería, entre otras⁹⁵, lo que supondría un incremento de los puestos de trabajo

⁸⁸ TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO RÓMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. extraordinario, 2019, p. 30.

⁸⁹ *Ibid*, p. 30; y FOLADORI, G., y ORTIZ-ESPINOZA, Á.: “La Relación Capital-Trabajo En La Industria 4.0”, *ÍCONOS Revista de Ciencias Sociales*, vol. 26, núm. 73, 2022, p. 162.

⁹⁰ TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO RÓMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, pp. 30-34.

⁹¹ SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Debate, 2016, p. 23.

⁹² *Ibid*, pp. 38-39.

⁹³ NAGAO MENEZES, D. F.: “Las Perspectivas Del Trabajo En La Sociedad 4.0”, *Revista Nacional de Administración*, vol. 11, n.º 1, 2020, p. 13.

⁹⁴ FOLADORI, G. y ORTIZ-ESPINOZA, Á.: “La Relación Capital-Trabajo En La Industria 4.0”, *cit.*, p. 169.

⁹⁵ NAGAO MENEZES, D.F.: “Las Perspectivas Del Trabajo En La Sociedad 4.0”, *cit.*, p. 14.

que requieran un alto nivel de cualificación⁹⁶. En consecuencia, se prevé una desestabilización y reestructuración del mercado de trabajo, en el que se producirá la desaparición de algunos trabajos, la redefinición de otros, o la aparición de nuevos perfiles profesionales⁹⁷.

Según el informe *Ocupaciones con Tendencia Positiva en la Contratación* del año 2022, elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE), algunas de las ocupaciones más contratadas que presentan crecimiento interanual son, entre otras, las siguientes: Profesionales de la publicidad y la comercialización, con 23.822 contratos y una variación interanual del 18,60 %; Analistas de gestión y organización, con 14.390 contratos y una variación interanual del 18,34 %; Analistas, programadores y diseñadores web y multimedia, con 24.140 contratos y una variación interanual del 13,10 %; Analistas de sistemas, con 14.158 contratos y una variación interanual del 23,91 %; Programadores informáticos, con 40.707 contratos y una variación interanual del 3,44 %; Técnicos en operaciones de sistemas informáticos, con 31.548 contratos y una variación interanual del 9,30 %; o Técnicos en asistencia al usuario de tecnologías de la información, con 10.377 contratos y una variación interanual del 9,52 %.

Las habilidades de las personas trabajadoras necesitan adaptarse a una nueva estructura ocupacional, en la que el trabajo manual queda sustituido por tareas de control y toma de decisiones. Las personas deben desarrollar capacidades para trabajar y colaborar con tecnologías inteligentes⁹⁸. Esta necesidad de adquisición de conocimientos y habilidades vinculadas a la digitalización se caracteriza por ser permanente, ya que los avances tecnológicos se producen de forma constante, definiéndose la Industria 4.0 por su dinamismo⁹⁹.

La utilización de estas nuevas tecnologías, como la realidad virtual o la realidad aumentada, también tiene beneficios para las personas trabajadoras, como la realización de sus tareas en mejores condiciones de seguridad o el incremento de su productividad¹⁰⁰, aunque esto último no siempre va acompañado de un aumento de su salario¹⁰¹.

5.3. Smart Working

El trabajo inteligente o *Smart Working* es una modalidad de trabajo caracterizada por su total flexibilidad¹⁰². Puede implementarse de forma independiente o vinculado a otras modalidades, como el teletrabajo o el *coworking*¹⁰³. Las personas trabajadoras pueden acordar con la empresa la realización de su actividad fuera de las instalaciones físicas de la empresa, determinando otro espacio como ubicación para la prestación de los servicios. Esta flexibilidad alcanza también al horario, que puede personalizarse, permitiendo compatibilizar el trabajo con las necesidades propias de la vida

⁹⁶ TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO ROMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, p. 39.

⁹⁷ NAGAO MENEZES, D.F.: “Las Perspectivas Del Trabajo En La Sociedad 4.0”, p. 15; TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO ROMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, p. 39.

⁹⁸ NAGAO MENEZES, D.F.: “Las Perspectivas Del Trabajo En La Sociedad 4.0”, *cit.*, p. 14.

⁹⁹ TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO ROMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, p. 39.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 14.; FOLADORI y ORTIZ-ESPIÑOZA: “La Relación Capital-Trabajo En La Industria 4.0”, *cit.*, p. 169.

¹⁰¹ FOLADORI, G. y ORTIZ-ESPIÑOZA, Á.: “La Relación Capital-Trabajo En La Industria 4.0”, *cit.*, p. 169.

¹⁰² DÍAZ, V. L. y FANTINI, A. E.: “Nuevas Modalidades Laborales: Cuando Las TICS Definen El Mercado de Trabajo”, p. 134; ANGELICI, M. y PROFETA, P.: “Smart-Working: Work Flexibility without Constraints”, Munich, 2020, p. 2.

¹⁰³ DÍAZ, V. L. y FANTINI, A. E.: “Nuevas Modalidades Laborales: Cuando Las TICS Definen El Mercado de Trabajo”, *cit.*, p. 134.

personal y familiar. La falta de concreción del tiempo y del espacio de trabajo implica una nueva forma de organización del trabajo, basada en resultados¹⁰⁴.

Esta forma de trabajo busca el ahorro de tiempo y costes, mediante la aplicación de estrategias y métodos que hagan la realización del trabajo más efectiva¹⁰⁵.

El *Smart Working* resulta de especial importancia cuando las empresas desean incrementar la flexibilidad de su sistema productivo, ya que las personas trabajadoras son consideradas como uno de los elementos más fácilmente adaptables en el sistema de fabricación. Considerado como una ampliación del concepto de Operador 4.0, que está centrado en la capacidad de la fuerza laboral, el trabajo inteligente en la Industria 4.0 ayuda a las personas trabajadoras a incrementar su productividad y flexibilidad en el sistema de fabricación¹⁰⁶. El trabajo se desarrolla con el apoyo de tecnologías avanzadas, que permiten aumentar las capacidades de las personas y una mejor adaptación a los nuevos entornos de trabajo, aunque esto no siempre es cierto, ya que se han observado algunas limitaciones en el uso de estas tecnologías, al no poder utilizarse de forma adecuada en un entorno laboral específico. Algunos ejemplos de uso de tecnologías avanzadas en la industria son la realidad aumentada en los proyectos de diseño, la realidad virtual en la formación y el entrenamiento¹⁰⁷.

5.4. Gig Economy

Como consecuencia de la digitalización, en el ámbito de la economía surge un nuevo modelo de negocio¹⁰⁸: la denominada *Gig Economy*, que incluye, a su vez, dos formas de trabajo: el *crowdwork*, que consiste en el trabajo colaborativo realizado a través de plataformas *online*; y el trabajo bajo demanda vía aplicaciones móviles (apps), que vinculan la oferta y la demanda de diferentes actividades, como la limpieza o la realización de recados, u ofrecen servicios especializados, como consultorías¹⁰⁹.

Pese a las diferencias entre ambas formas de trabajo, pueden resaltarse unas características comunes¹¹⁰:

- Utilización de las tecnologías de la información e internet, a través de plataformas *online* o apps, para la rápida vinculación entre oferentes y demandantes de tareas y servicios¹¹¹.
- Realización de actividades individuales, dividiendo el trabajo en pequeñas tareas¹¹².
- Contratación de profesionales bajo demanda, solo por el tiempo necesario para la realización de la tarea o prestación del servicio, retribuyéndoles únicamente por ese momento. Estos

¹⁰⁴ ANGELICI, M. y PROFETA, P.: “Smart-Working: Work Flexibility without Constraints”, *cit.*, p. 2.

¹⁰⁵ DÍAZ, V. L. y FANTINI, A. E.: “Nuevas Modalidades Laborales: Cuando Las TICS Definen El Mercado de Trabajo”, *cit.*, p. 134.

¹⁰⁶ DORNELLES, J. A., AYALA, N. F. y FRANK, A. G.: “Smart Working in Industry 4.0: How Digital Technologies Enhance Manufacturing Workers’ Activities”, *Computers & Industrial Engineering*, vol. 163, 2022, p. 2.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 3.

¹⁰⁸ TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO ROMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, p. 41.

¹⁰⁹ DE STEFANO, V.: “La “Gig Economy” y Los Cambios En El Empleo y La Protección Social”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, núm. 27, 2016, p. 151.

¹¹⁰ *Ibid*, p. 153.

¹¹¹ *Ibid*, pp. 153-154.

¹¹² TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C., y RUBIO ROMERO, J. C.: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, pp. 41-42.

profesionales son trabajadores autónomos, que deben asumir los costes de la actividad y disponer de sus propios medios¹¹³.

— Utilización de *crowdsourcing*, para garantizar que la demanda quede siempre cubierta por un número suficiente de profesionales contratados¹¹⁴.

5.5. Coworking

Con antecedentes en las oficinas compartidas creadas en la ciudad de Nueva York, generalmente se considera que el primer espacio de cotrabajo o *coworking* se creó en San Francisco, en 2005, extendiéndose rápidamente a otras ciudades, como Londres o Milán. Estos espacios surgieron asociados a la industria creativa y a la idea de economía colaborativa. Aunque la mayoría son de propiedad privada, también existen espacios públicos, como los existentes en algunas bibliotecas de campus universitarios¹¹⁵.

El *coworking* supone que diversas personas, trabajadoras autónomas o por cuenta ajena, comparten un mismo espacio o lugar de trabajo. Estos espacios de *coworking*, también denominados telecentros o centros de teletrabajo, se caracterizan por estar configurados como oficinas y prestan servicios a profesionales que desarrollan diferentes actividades, normalmente en pequeñas y medianas empresas con dificultades para el acceso a las TIC y que viven cerca del telecentro, por lo que se mantiene el ahorro de tiempo y costes de desplazamiento¹¹⁶.

Es frecuente que se generen, entre las personas que comparten estos espacios, sentimientos de pertenencia a una comunidad¹¹⁷. El trabajo cooperativo puede actuar como solución a los problemas de aislamiento social que pueden sufrir las personas que teletrabajan o trabajan a distancia, al no tener contacto con el resto de personas de la empresa para la que prestan servicios¹¹⁸. Los espacios de *coworking* ofrecen, para evitar los inconvenientes asociados a la falta de relación con otras personas, salas de reuniones donde se pueden establecer contactos y compartir experiencias con otras personas que también trabajan de forma independiente. Además, organizan eventos que favorecen la socialización, como talleres o fiestas¹¹⁹.

La interacción de personas en los telecentros, quienes incluso, en algunas ocasiones, colaboran en proyectos comunes, produce una mezcla de relaciones personales e infraestructuras materiales y técnicas que implica un estado afectivo o una red de relaciones sociales, por lo que se destaca la mezcla de objetos (materiales o inmateriales), cualidades y relaciones que convergen en el *coworking*¹²⁰.

Además del sentimiento de comunidad que se genera entre las personas que trabajan en estos lugares, se crean rutinas y disciplina, lo que genera una organización de estos espacios de *coworking*, que son capaces de modelar las actividades profesionales de las personas, como, por

¹¹³ *Ibid*, p. 41.; DE STEFANO, V.: “La “Gig Economy” y Los Cambios En El Empleo y La Protección Social”, *cit.*, p. 153.

¹¹⁴ TORRECILLA GARCÍA, PARDO FERREIRA, y RUBIO ROMERO: “Industria 4.0 y Transformación Digital: Nuevas Formas de Organización Del Trabajo”, *cit.*, p. 41.

¹¹⁵ BLAGOEV, B., COSTAS, J. y KÄRREMAN, D.: ““We Are All Herd Animals”: Community and Organizationality in Coworking Spaces”, *Organization*, vol. 26, núm. 6, 2019, p. 896.

¹¹⁶ POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, *cit.*, pp. 39-40.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 135.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 135.

¹¹⁹ BLAGOEV, B., COSTAS, J. y KÄRREMAN, D.: “We Are All Herd Animals”: Community and Organizationality in Coworking Spaces”, *cit.*, p. 896.

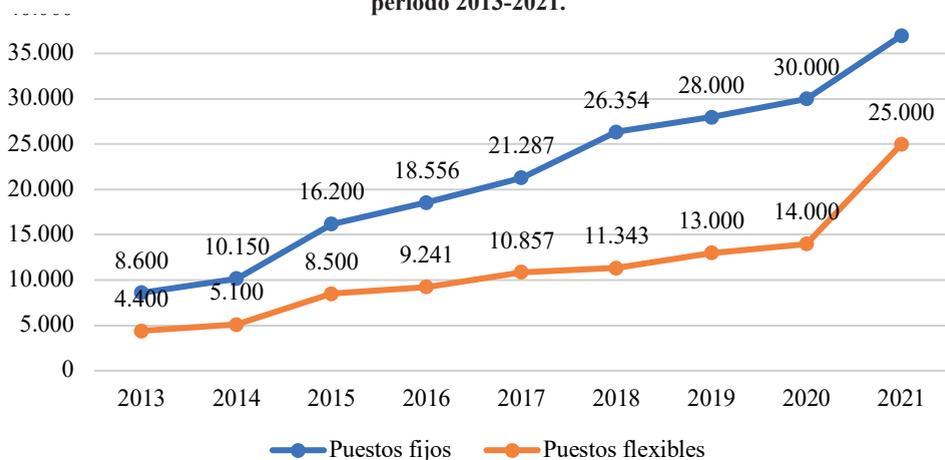
¹²⁰ WATERS-LYNCH, J. y DUFF, C.: “The Affective Commons of Coworking”, *Human Relations*, vol. 74, núm. 3, 2021, p. 384.

ejemplo, la gestión de la separación entre trabajo y ocio¹²¹. El mismo espacio de trabajo, caracterizado por su arquitectura y diseño, en el que convergen diferentes personas, también genera una forma de organización.

Como modalidades específicas de telecentros, la doctrina señala dos: el *telecottage*, caracterizado por estar localizado en zonas rurales o poblaciones pequeñas, proporcionando a sus habitantes el acceso a las TIC¹²²; y el *televillage*, que facilitan a pequeñas poblaciones el acceso a redes de información y telecomunicación¹²³.

Según el estudio *Estado del coworking en España 2021-2022*, realizado por Manuel Zea, de Coworking Spain, el número de espacios de *coworking* y *flex office* en España es de 1.483, siendo las ciudades que más espacios tienen Barcelona, con 329, y Madrid, con 282. Estos lugares cuentan con una dimensión media de 534 m² de espacio. Como puede apreciarse en el Gráfico 6, el número de puestos fijos y flexibles ha crecido de forma continuada durante los últimos años.

Gráfico 6. Número de puestos fijos y flexibles en los espacios de coworking en España durante el periodo 2013-2021.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Coworking Spain.

6. PERSPECTIVAS DE FUTURO

En la actualidad, en un mundo globalizado, en una sociedad que se puede denominar postindustrial, centrada en el conocimiento, la producción de bienes va dejando paso cada vez más a las actividades económicas centradas en la prestación de servicios y en la información¹²⁴, aunque algunos países continúan en procesos de industrialización¹²⁵.

Los avances tecnológicos no han acabado en la Industria 4.0, sino que puede hablarse de una quinta revolución industrial, denominada Industria 5.0¹²⁶; aunque ésta no debe ser entendida como

¹²¹ BLAGOEV, B., COSTAS, J. y KÄRREMAN, D.: “We Are All Herd Animals”: Community and Organizationality in Coworking Spaces”, *cit.*, p. 912.

¹²² KAHALE CARRILLO, D.T.: “Teletrabajo: Regulación Jurídico-Laboral”, *cit.*, p. 403.

¹²³ POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, *cit.*, p. 40.

¹²⁴ MERCADER UGUINA, J.: *El Futuro Del Trabajo En La Era de La Digitalización y La Robótica*, *cit.*, pp. 27-31.

¹²⁵ CRISTANCHO GIRALDO, L.A.: “El Concepto de Trabajo: Perspectiva Histórica”, *cit.*, pp. 10-11.

¹²⁶ CARRO SUÁREZ, J. y SARMIENTO PAREDES, S.: “El Factor Humano y Su Rol En La Transición a Industria 5.0: Una Revisión Sistemática y Perspectivas Futuras”, *Entreciencias: Diálogos En La Sociedad Del Conocimiento*, n.º 24,

una continuación cronológica o una alternativa a la Industria 4.0, ya que amplía y complementa sus características¹²⁷.

6.1. Trabajo en la Industria 5.0

La Industria 5.0 está respaldada por seis categorías de tecnologías¹²⁸: la interacción persona-máquina individualizada; las tecnologías bioinspiradas y materiales inteligentes; los gemelos digitales y simulación; las tecnologías de transmisión, almacenamiento y análisis de datos; la Inteligencia Artificial; y las tecnologías para la eficiencia energética, renovables, almacenamiento y autonomía.

El concepto de Industria 5.0 se relaciona con el de Sociedad 5.0, impulsado en Japón y que busca el equilibrio entre el desarrollo económico y la resolución de problemas sociales y ambientales. Ambos conceptos hacen referencia a un cambio trascendental en la sociedad y en la economía. En la Sociedad 5.0, las tecnologías avanzadas se utilizan de forma activa cotidianamente, no solo por la ventaja económica, sino por el beneficio de cada persona¹²⁹.

La Industria 5.0 tiene un propósito amplio, ya que, además de la producción de bienes y servicios para obtener un beneficio económico, queda constituido por tres elementos fundamentales¹³⁰: el ser humano como centro, es decir, el desarrollo toma como eje central a la persona; la sostenibilidad, tanto económica como social, buscando un equilibrio entre la ecología, la industria y la economía¹³¹; y la resiliencia, desarrollando una industria capaz de resistir cambios y crisis.

El foco pasa de situarse en la tecnología a centrarse en el ser humano, considerando las limitaciones sociales, los entornos de trabajo seguros y saludables, el respeto de los derechos humanos, y las competencias y habilidades profesionales¹³².

La colaboración entre la persona trabajadora y la máquina entraña una mayor relevancia de la aportación humana, siendo sus aportaciones más determinantes que la producción automatizada de los robots¹³³.

6.2. Necesidades formativas

Según el *Informe de prospección y detección de necesidades formativas 2022*, del Observatorio de las Ocupaciones del SEPE, los avances y cambios tecnológicos están provocando desajustes entre la formación de las personas trabajadoras en tecnologías de la información y las comunicaciones

2022, p. 2; TRAVEZ TIPAN, A. V. y VILLAFUERTE GARZON, C. M.: “Industria 5.0, Revisión Del Pasado y Futuro de La Producción y La Industria”, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, vol. 7, núm. 1, 2023, p. 1063.

¹²⁷ COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN, BREQUE, M., DE NUL, L., PETRIDIS: *Industry 5.0 : Towards a Sustainable, Human-Centric and Resilient European Industry*, Bruselas, Publications Office, 2021, p. 6.

¹²⁸ *Ibid*, p. 7.

¹²⁹ *Ibid*, p. 9.

¹³⁰ TRAVEZ TIPAN, A. V. y VILLAFUERTE GARZON, C. M.: “Industria 5.0, Revisión Del Pasado y Futuro de La Producción y La Industria”, *cit.*, p. 1067; COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN, BREQUE, M., DE NUL, L., PETRIDIS: *Industry 5.0 : Towards a Sustainable, Human-Centric and Resilient European Industry*, pp. 13-14.

¹³¹ CARRO SUÁREZ, J. y SARMIENTO PAREDES, S.: “El Factor Humano y Su Rol En La Transición a Industria 5.0: Una Revisión Sistemática y Perspectivas Futuras”, *cit.*, p. 5.

¹³² COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN, BREQUE, M., DE NUL, L., PETRIDIS: *Industry 5.0 : Towards a Sustainable, Human-Centric and Resilient European Industry*, p. 15.

¹³³ CARRO SUÁREZ, J. y SARMIENTO PAREDES, S.: “El Factor Humano y Su Rol En La Transición a Industria 5.0: Una Revisión Sistemática y Perspectivas Futuras”, *cit.*, p. 5.

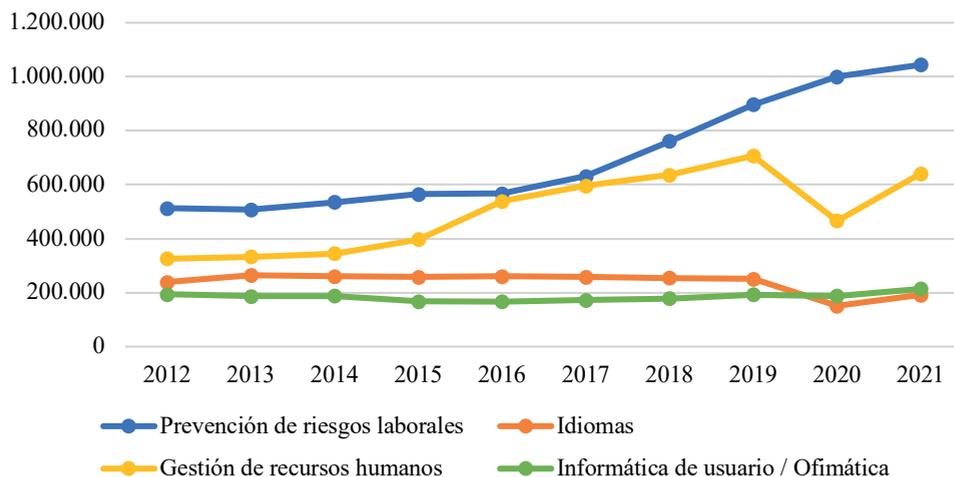
y las necesidades del sistema productivo, lo que requiere un esfuerzo de adaptación. Además, la transformación digital requiere profesionales en los perfiles CTIM/STEM.

En el mencionado informe se destaca también la necesidad de que las personas que trabajen con las TIC desarrollen y mejoren competencias ligadas a los lenguajes de programación, la ciberseguridad, la inteligencia artificial aplicada, la robótica, o la gestión de datos masivos, entre otras.

Las necesidades formativas no deben centrarse solo en las TIC, sino que deben afianzarse otras competencias transversales, como el conocimiento de idiomas, sobre todo, el inglés; la atención al cliente; o el cuidado del medio ambiente.

Las acciones de formación en las empresas realizadas durante los últimos años, como puede observarse en el Gráfico 7, según los datos de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (en adelante, Fundae), concentran el mayor número de participantes fundamentalmente en dos contenidos formativos: la prevención de riesgos laborales y la gestión de recursos humanos. La formación sobre contenidos relacionados con idiomas e informática se sitúan, con pequeñas oscilaciones, entre las seis acciones formativas con mayor número de participantes durante el periodo 2012-2021.

Gráfico 7. Acciones de formación en las empresas con mayor número de participantes según los contenidos formativos durante el periodo 2012-2021.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Fundae.

7. CONCLUSIONES

El trabajo no siempre se ha valorado. Su concepción ha variado a lo largo de los siglos, conforme a las transformaciones socioeconómicas y productivas que se han ido produciendo.

En este siglo XXI, el trabajo, además de tener por objeto la producción de bienes o la prestación de servicios y de servir de medio para la subsistencia de la persona, se configura como un aspecto fundamental de su existencia. En este contexto, cobra especial relevancia el concepto de trabajo decente.

Los cambios sociales y económicos actuales y el rápido desarrollo de los avances tecnológicos hacen que, como ha ocurrido históricamente, se produzcan modificaciones en la concepción del trabajo y efectos en el mercado de trabajo.

Durante la última década se está produciendo un ligero crecimiento del trabajo asalariado en detrimento del trabajo por cuenta propia. Las personas trabajadoras asalariadas prestan sus servicios de forma mayoritaria en el sector privado, manteniéndose una estabilidad en cuanto al porcentaje de personas que trabajan en el sector privado y en el sector público. Tres de cada cuatro personas ocupadas trabajan en el sector servicios, cuyo porcentaje de personas ocupadas se mantiene estable durante los últimos años.

En un entorno marcado por la globalización económica y el enorme desarrollo e influencia de las TIC, las empresas adoptan mecanismos de flexibilización para su adaptación. Estas tecnologías influyen en las nuevas formas de organizar el trabajo, como el teletrabajo, que sirvió para mantener la actividad productiva durante la crisis producida por la pandemia del COVID-19 y que, aunque ha disminuido su utilización, actualmente mantiene niveles muy superiores a los existentes con anterioridad; el trabajo en la Industria 4.0, caracterizado por el uso de tecnologías vinculadas a la digitalización empresarial, como la realidad aumentada o los robots colaborativos; el *Smart Working*, una forma de organizar el trabajo de gran flexibilidad; las formas de trabajo derivadas de la denominada *Gig Economy*, también consecuencia de la digitalización; y el *coworking*, espacios de trabajo que se han multiplicado durante los últimos años, donde la persona comparte el lugar de trabajo con otras personas.

El desarrollo tecnológico no cesa. Los continuos avances hacen coincidir la denominada Industria 4.0 con otra forma de trabajo, el desarrollado en la Industria 5.0, en la que el ser humano es el protagonista, que se sirve de la tecnología, y en la que se destacan otros dos elementos fundamentales: la sostenibilidad y la resiliencia.

Estos continuos avances tecnológicos y la necesidad de adaptación de las personas trabajadoras a las nuevas formas de trabajar hacen necesaria la formación, ajustada a los nuevos entornos. En la actualidad, las acciones formativas en las empresas se centran en contenidos relacionados con la prevención de riesgos laborales, la gestión de recursos humanos, los idiomas, y la informática.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALATE, J. J.: *Sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2011.
- ANGELICI, M. y PROFETA, P.: “Smart-Working: work flexibility without constraints”, Munich, 2020.
- ARENDT, H.: *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2009.
- BENAVIDES, G.F., RUIZ-FRUTOS, C. y GARCÍA GARCÍA, A.M.: “Trabajo y salud”, en VV.AA.: *Salud Laboral. Conceptos y Técnicas Para La Prevención de Riesgos Laborales*, RUIZ FRUTOS, C., DELCLÓS, J., GARCÍA GARCÍA, A.M. y BENAVIDES, F.G. (Coords.), Barcelona, Elsevier, 2022
- BLAGOEV, B., COSTAS, J. y KÄRREMAN, D.: “We Are all herd animals?: community and organizationality in coworking spaces”, *Organization*, vol. 26, núm. 6, 2019.
- BUDD, J. W.: *El pensamiento sobre el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- CARRO SUÁREZ, J. y SARMIENTO PAREDES, S.: “El factor humano y su rol en la transición a Industria 5.0: Una Revisión Sistemática y Perspectivas Futuras”, *Entreciencias: Diálogos En La Sociedad Del Conocimiento*, núm. 24, 2022.
- COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN, BREQUE, M., DE NUL, L. y PETRIDIS, A.: *Industry 5.0 : Towards a sustainable, human-centric and resilient european industry*, Bruselas, Publications Office, 2021.

- CRISTANCHO GIRALDO, L. A.: “El concepto de trabajo: perspectiva histórica”, *Secuencia*, núm. 112, 2022.
- DE STEFANO, V.: “La “Gig Economy” y Los Cambios En El Empleo y La Protección Social”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, núm. 27, 2016.
- DÍAZ, V. L. y FANTINI, A. E.: “Nuevas modalidades laborales: cuando las tics definen el mercado de trabajo”, en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el Derecho español y comparado. (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, MELLA MÉNDEZ, L. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), Madrid, Dykinson, 2017.
- DORNELLES, J. A., AYALA, N. F. y FRANK, A. G.: “Smart Working in industry 4.0: how digital technologies enhance manufacturing workers’ Activities”, *Computers & Industrial Engineering*, núm. 163, 2022.
- FOLADORI, G. y ORTIZ-ESPINOZA, Á.: “La Relación capital-trabajo en la industria 4.0”, *ÍCONOS Revista de Ciencias Sociales*, vol. 26, núm. 73, 2022.
- FOOTE, N. N. y HATT, P. K.: “Social mobility and economic advance”, *The American Economic Review*, vol. 43, núm. 2, 1953.
- GARCÍA GARCÍA, C. E. y SANZ MENÉNDEZ, L.: “Conceptos y clasificaciones en la economía de los servicios”, Madrid, 1992.
- GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P.: *El teletrabajo: antes, durante y tras el Coronavirus*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Cambio Tecnológico, Futuro Del Trabajo y Adaptación Del Marco Regulatorio”, en VV.AA.: *Derecho Del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, MONREAL BRINGSVAERD, E.J., THIBAUT ARANDA, J. Y JURADO SEGOVIA, A. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- GARCÍA VIÑA, J.: “Relaciones Laborales e Internet”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 223, 2001.
- GOERLICH PESET, J. M. y GARCÍA ORTEGA, J.: “El Derecho del Trabajo”, en VV.AA.: *Derecho del Trabajo*, GOERLICH PESET, J. M (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y NAREDO, J. M.: “El mito del trabajo: origen, evolución y perspectivas”, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 150, 2020.
- GUERRA, P.: *Sociología del Trabajo*, Montevideo, Kolping Uruguay, 2011.
- KENESSEY, Z.: “The Primary, Secondary, Tertiary and Quaternary Sectors of the Economy”, *The Review of the Income and Wealth*, vol. 33, núm. 4, 1987.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O.: “El Derecho Mercantil y El Derecho Del Trabajo: Fronteras y Espacios de Concurrencia”, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 11, núm. 1, 2005.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Tecnos, 2008.
- KAHALE CARRILLO, D. T.: “Teletrabajo: regulación jurídico-laboral”, *Gaceta Laboral*, vol. 9, núm. 3, 2003.
- KENESSEY, Z.: “The primary, secondary, tertiary and quaternary sectors of the economy”, *The Review of the Income and Wealth*, vol. 33, núm. 4, 1987.
- MAKOTO SU, N. y MARK, G.: “Designing for nomadic work”, Irvine, Department of Informatics. University of California, 2008.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á.: “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo”, en VV.AA.: *El Teletrabajo*, SALA FRANCO, T. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R.: “El teletrabajo como tendencia del mercado laboral”, *Retos: Revista de Ciencias de La Administración y Economía*, vol. 2, núm. 4, 2012.
- MATEO, J. L.: “Sociedad del conocimiento”, *ARBOR. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. CLXXXII, núm. 718, 2006.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

- MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 81, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I.: *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2009.
- NAGAO MENEZES, D. F.: “Las perspectivas del trabajo en la sociedad 4.0”, *Revista Nacional de Administración*, vol. 11, núm. 1, 2020.
- NAREDO, J. M.: “Configuración y crisis del mito del trabajo”, *Cuadernos Del Guincho*, núm. 5/6, 1998.
- NILLES, J. M.: “Telecommunications and organizational decentralization”, *IEEE Transactions on Communications*, Com-23, núm. 10, 1975.
- PERALTA BELTRÁN, Á. R., BILOUS, A., FLORES RAMOS, C. R. y BOMBÓN ESCOBAR, C. F.: “El impacto del teletrabajo y la administración de empresas”, *Recimundo. Revista Científica Mundo de La Investigación y El Conocimiento*, vol. 4, núm. 1, 2020.
- POQUET CATALÁ, R.: *El Teletrabajo: Análisis Del Nuevo Marco Jurídico*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- ROMERO BURILLO, A. M.: *El marco regulador del teletrabajo*, Barcelona, Atelier, 2021.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002.
- SANCHIS GÓMEZ, E.: *Trabajo y paro en la sociedad postindustrial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Debate, 2016.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.
- SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- TORRECILLA GARCÍA, J. A., PARDO FERREIRA, C. y RUBIO ROMERO, J. C.: “Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. extraordinario, 2019.
- TRAVEZ TIPAN, A. V. y VILLAFUERTE GARZON, C. M.: “Industria 5.0, revisión del pasado y futuro de la producción y la industria”, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, vol. 7, núm. 1, 2023.
- WATERS-LYNCH, J. y DUFF, C.: “The Affective Commons of Coworking”, *Human Relations*, vol. 74, núm. 3, 2021.

Estudios de
Doctrina Judicial

LABORUM

Ausencia de videograbación o de acta del juicio y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Social] de 10 de enero de 2023)

Absence of video recording of the trial and annulment of judicial proceedings (Sentence of the Spanish Supreme Court, January 10, 2023)

JAIME DE LAMO RUBIO

Magistrado

Doctor en Derecho

 <https://orcid.org/0000-0002-3097-3984>

Cita Sugerida: DE LAMO RUBIO, J. «Ausencia de videograbación o de acta del juicio y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Social] de 10 de enero de 2023)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 123-136.

Resumen

Las últimas reformas en el ámbito de la Administración de Justicia, en lo relativo a la implantación de las nuevas tecnologías, unido a las reformas procesales orgánicas derivadas de la entonces denominada nueva oficina judicial, están generando diversas disfunciones. En particular, la relativa a la grabación de los actos del juicio y los defectos en la misma, especialmente cuando tras celebrar el juicio se constata que no ha sido grabado en el sistema informático puesto a disposición del tribunal; y, que trascendencia puede tener en relación con una posible nulidad de actuaciones. La STS [Sala 4^a] de 10 de enero de 2023, que se comenta, unifica doctrina en este tema, abordando ampliamente las cuestiones derivadas del mismo y su trascendencia en el proceso social.

Abstract

The incorporation of new technologies in the Spanish Judicial system and the implementation of the so-called new judicial office are generating several dysfunctions. In particular, the one related to the recording of the acts of the trial and the defects in it, especially when after holding the trial it is verified that it has not been recorded in the computer system made available to the court; and what significance it may have in relation to a possible nullity of actions. The Sentence Spanish Supreme Court of January 10, 2023 discussed, unifies doctrine on this topic, broadly addressing the issues arising from it and its significance in the social process.

Palabras clave

Jurisdicción social; nuevas tecnologías; videograbación; acta de juicio; nulidad de actuaciones judiciales; indefensión; unificación de doctrina

Keywords

Labour Courts; New Technologies; Video Recording; Minutes Of The Trial; Annulment Of Proceedings; Defencelessness; Unification Of Doctrine

1. REFORMAS ORGÁNICAS Y TECNOLÓGICAS Y EL ART. 89 LRJS¹

Los ciudadanos tienen derecho a un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales. Recientemente se ha considerado que uno de los medios esenciales para conseguirlo era la implantación en España de la denominada nueva oficina judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos que se

¹ LAMO RUBIO, J.: *La nulidad de actuaciones en el orden social. Especial consideración de la justicia digital social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pp. 157 y ss. y 174 y ss.

destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia². Este proceso de modernización de la Administración de Justicia se inicia con la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ* -fruto del Pacto de Estado por la Justicia de 2001-, que introduce en los arts. 435 y siguientes de la LOPJ un nuevo modelo de Oficina Judicial radicalmente distinto al que existía entonces, y que ha pervivido hasta la actualidad. A nivel legislativo, dicho proceso de transformación se estima culminado con la promulgación de la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, con entrada en vigor a los seis meses de su publicación, así como con la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la anterior* y publicada en el mismo BOE, que entró en vigor el mismo día de su publicación³.

De otra parte, es preciso tener presente que las Nuevas Tecnologías se hicieron presentes en el proceso judicial de la mano de la *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia*, que entiende que la modernización ha de suponer una mejora de la gestión procesal bajo los principios de seguridad e información, regulando el derecho de los ciudadanos a la Administración de Justicia, utilizando medios electrónicos de uso obligatorio en los sistemas de la sede judicial electrónica; proceso reformador potenciado por la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, reformadora de la LECiv*, que -por lo que ahora interesa-, pretende proporcionar un nuevo concepto de la Administración de Justicia a través de reformas en profundidad de las actuaciones procesales, en especial de los medios de comunicación, presentación de documentos, garantías de los justificantes, utilización del correo electrónico e incluso del teléfono, así como de la obligatoriedad de utilizar tales medios de forma obligatoria por parte de los profesionales y funcionarios de la Administración de Justicia.

Actualmente nos encontramos inmersos en otro proceso de modificación, con las denominadas Leyes de Eficiencia -que todavía se encuentran en trámite parlamentario-, y que abarcan los ámbitos organizativos⁴, modificando fundamentalmente la LOPJ, procesales⁵, reformando las cuatro leyes procesales de los diferentes órdenes jurisdiccionales y digitales⁶, planteando medidas de apoyo para que los avances tecnológicos sean efectivos⁷.

De modo que, una de las modificaciones más importantes de la entonces denominada nueva oficina judicial, en su consideración procesal, ha sido la relativa a la “...«selección» de la específica función que se encomienda a los miembros del Poder Judicial, al circunscribirla, en virtud de la reforma, a lo que le marca la Constitución, que es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y ello se

² Exposición de motivos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (BOE 4 de noviembre de 2009).

³ Ambas Leyes se publicaron en el BOE de 4 de noviembre de 2009. En todo caso, dada la trascendencia de esta reforma, sobre todo en materia de organización y coste económico de su total desarrollo orgánico, el planteamiento del Ministerio de Justicia pasa por efectuar una implantación progresiva de la misma, de modo que en el Plan de Modernización de la Administración de Justicia en que está inmerso el mismo, y por lo que se refiere al territorio competencia del Ministerio de Justicia el despliegue de la nueva oficina judicial comenzó, en una primera fase, durante el año 2010, en la Audiencia Nacional y en los órganos judiciales de las ciudades de Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Murcia, Palma de Mallorca, Ceuta y Melilla, que fueron las “ciudades piloto” en que efectuó esa inicial implantación (Intervención del Ministro de Justicia en la Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el día 3 de diciembre de 2009). Con posterioridad se ha implantado en otras localidades; pero no se ha desarrollado plenamente; sin que haya sido abordada dicha implantación hasta ahora en las grandes ciudades (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, etc.).

⁴ Proyecto de Ley de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios (121/000098).

⁵ Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (121/000097).

⁶ Proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital en el servicio público de Justicia (121/000116).

⁷ Todos estos Proyectos de Ley se encuentran en trámite parlamentario en el Congreso de los Diputados; actualmente pendientes de informe de la ponencia.

lleva a cabo mediante lo que la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 apunta como un objetivo primordial centrado en regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios Judiciales⁸, por otro, como más tarde se desarrolla....”⁹; pero, unido a la ampliación de funciones encomendadas al Secretario Judicial (actual Letrado de la AJ) también se minoran otras funciones, como se ha hecho suprimiendo la preceptividad de que esté en Sala tomando nota de lo que allí se ha expuesto por las partes en el proceso; de modo que, con carácter general, se suprime su presencia en la Sala, salvo los supuestos previstos en el art. 147 LECiv, y preceptos correlativos de las demás leyes procesales (art. 743 LECrim, 89 LRJS, 63 LRJCA, etc).

En el caso de la jurisdicción social, hemos de partir del art. 89 LRJS, que bajo el epígrafe de “documentación del acto de juicio”, establece lo siguiente:

“1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar, el secretario judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: lugar y fecha de celebración, juez o tribunal que preside el acto, peticiones y propuestas de las partes, medios de prueba propuestos por ellas, declaración de su pertinencia o impertinencia, resoluciones que adopte el juez o tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el secretario judicial extenderá acta de cada sesión, en la que se hará constar:

a) Lugar, fecha, juez o tribunal que preside el acto, partes comparecientes, representantes y defensores que les asisten.

b) Breve resumen de las alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos por ellas, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de la negación y protesta, en su caso.

c) En cuanto a las pruebas admitidas y practicadas:

1.º Resumen suficiente de las de interrogatorio de parte y de testigos.

2.º Relación circunstanciada de los documentos presentados, o datos suficientes que permitan identificarlos, en el caso de que su excesivo número haga desaconsejable la citada relación.

3.º Relación de las incidencias planteadas en el juicio respecto a la prueba documental.

⁸ A partir del 15 de octubre de 2015, denominados Letrados de la AJ, como consecuencia de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁹ MAGRO SERVET, V.: “Análisis práctico de la reforma procesal civil por la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de la Oficina Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 7348, 2010.

4.º Resumen suficiente de los informes periciales, así como también de la resolución del juez o tribunal en torno a las recusaciones propuestas de los peritos.

5.º Resumen de las declaraciones de los asesores, en el caso de que el dictamen de éstos no haya sido elaborado por escrito e incorporado a los autos.

d) Conclusiones y peticiones concretas formuladas por las partes; en caso de que fueran de condena a cantidad, deberán expresarse en el acta las cantidades que fueran objeto de ella.

e) Declaración hecha por el juez o tribunal de conclusión de los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia.

5. El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala o el lugar en que se esté celebrando la actuación carecieran de medios informáticos. El secretario judicial resolverá, sin ulterior recurso, cualquier observación que se hiciera sobre el contenido del acta. El acta será firmada por el juez o tribunal en unión de las partes o de sus representantes o defensores y de los peritos, haciendo constar si alguno de ellos no firma por no poder, no querer hacerlo o no estar presente, firmándola por último el secretario.

6. Del acta del juicio deberá entregarse copia a quienes hayan sido partes en el proceso, si lo solicitaren.

7. La acreditación de la identidad de las partes y de su representación procesal se efectuará ante el secretario judicial en la comparecencia de conciliación, o de no ser preceptiva la misma, mediante diligencia...”

También es preciso tener en cuenta el párrafo cuarto de art. 147 LECiv, en la redacción vigente¹⁰, dado el carácter supletorio de la LECiv respecto de la LRJS (art. 4 LECiv), en la medida en que establece que *“...las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine...”*.

De modo que ahora la regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos, si bien se admite la combinación de grabación con acta escrita cuando no existen mecanismos para garantizar la autenticidad e integridad (art. 89.3 LRJS). Cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial (actualmente, Letrado AJ) elaborada por medios informáticos (art. 89.4 LRJS), que solo podrá ser manuscrita cuando se carezca de aquellos. En cualquier caso, cuando el Secretario (actualmente, Letrado AJ) no pueda contar con mecanismos de grabación o los disponibles no puedan garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, el acta ha de ser sometida al control de las partes, que podrán efectuar las reclamaciones que estimen pertinentes, y quienes firmarán la misma junto con el Tribunal.

En todo caso, es preciso destacar que la existencia del acta del juicio suele ser fundamental para poder fundar un recurso de suplicación o de casación, dado que de lo que en ella conste depende muchas veces que la parte interesada en interponer el recurso tenga el apoyo fáctico o documental requerido para ello; pero, en todo caso, el acta no constituye en sí misma un medio de prueba documental, dado que la misma sirve para probar lo que ocurrió en el juicio, pero no es posible en base a la misma probar lo que se produjo antes y fuera de él, como ocurre con todos los hechos en que cada parte pueda basar sus pretensiones¹¹.

¹⁰ Resultante de la reforma operada por el apartado ocho de la disposición final cuarta de la LO 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la LOPJ.

¹¹ SSTS [Sala 4ª] de 23 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10709], de 13 de marzo de 2003 [RJ 2003\5157] y STSJ Cataluña de 4 de mayo de 2012 [AS 2012\2658], entre otras.

En definitiva, se establece como principio general la no asistencia del Letrado de la AJ al acto del juicio, siempre y cuando se cuente con los medios tecnológicos necesarios, en relación con lo cual dicho funcionario garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías; articulándose soluciones subsidiarias para el caso de que no se cuente con dichos sistemas.

La realidad actual es que todas las salas de vista cuentan con sistemas que permiten grabar garantizando la autenticidad e integridad de lo grabado; sin perjuicio de que, en ocasiones, dicho sistema presente fallos, de los cuales, generalmente, *no se percatan los intervinientes hasta después de celebrado el acto procesal en que el juicio oral consiste*. De eso trata, esencialmente, la sentencia que comentaremos; de eso y de la transcendencia a efectos de posibles nulidades de actuaciones judiciales.

2. LOS DÉFICITS EN EL ACTA DEL JUICIO Y LA NULIDAD DE ACTUACIONES¹²

En relación con la grabación de las vistas, la jurisprudencia ha estimado que: a) “...*nadie puede refrendar, cualquiera que sea la tecnología accesible, la autenticidad e integridad de una grabación hasta que ésta no ha concluido, de ahí que la validación por el Letrado de la Administración de Justicia debe producirse una vez el acto procesal ha terminado...*”; y, b) “...*que, por muy avanzado que sea el sistema utilizado, si se pretende garantizar la integridad de lo grabado, es necesario que alguien, bien sea el Letrado de la Administración de Justicia o el personal que le auxilie en esa tarea, controle su adecuado funcionamiento...*”¹³.

Asimismo, se ha destacado que para que un defecto en la grabación del juicio genere una nulidad de actuaciones, será preciso que se produzca una *auténtica indefensión* a alguna de las partes, dado que “...*la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC 4/2004, de 14 de enero, FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso...*”¹⁴.

En definitiva, conforme reiterada jurisprudencia, la declaración de nulidad de actuaciones en estos casos va a depender de que se haya producido o no indefensión a alguna de las partes, de modo que es posible distinguir entre los defectos del acta que por sí mismos son causantes de nulidad y las meras irregularidades procesales, no causantes de la misma.

De este modo, no se ha decretado la nulidad de actuaciones, cuando la grabación del juicio resultó finalmente defectuosa por ser inaudible el DVD, si las partes mostraron su conformidad para que se reconstruyera el acta con las notas tomadas por el letrado AJ y ello incluso aunque el acta reconstruida no estuviese unida a las actuaciones, pues quedó acreditado que se redactó, se firmó por las partes comparecidas y se dio fe de la misma por el letrado AJ, para la confección de la sentencia¹⁵; también se ha desestimado la nulidad de actuaciones ante la alegación de que no estaba incorporado

¹² LAMO RUBIO, J.: *La nulidad de actuaciones en el orden social. Especial consideración de la justicia digital social*, op. cit., pp. 177 y ss.

¹³ STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017 [RJ 2017\3319], comentada en LAMO RUBIO, J.: “Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017)”, *Diario La Ley*, núm. 9042, de 15 de septiembre de 2017, Wolters Kluwer, *versión electrónica*.

¹⁴ SSTC 161/1990, de 19 de octubre, 118/1991, de 23 de mayo, 140/1991, de 20 de junio, 82/1992, de 28 de mayo, 92/2006, de 27 de marzo, 22/2013, de 31 de enero y 55/2015, de 16 de marzo, entre otras,

¹⁵ STS [Sala 4ª] de 31 de octubre de 2012 [RJ 2013\1573]

el CD que le permitiera reproducir la vista del juicio, dada la falta de acreditación de tal alegación¹⁶; en un supuesto en que no se escucha la grabación del acto del juicio, no se declara la nulidad de actuaciones, teniendo en cuenta que el juicio se celebró correctamente, que las partes asistieron, que se levantó acta de juicio y que la grabación no sirve para modificar los hechos probados¹⁷.

En cambio, se ha declarado la nulidad de actuaciones, ante la ausencia de acta del juicio y del documento generado por el sistema de grabación audiovisual que produce indefensión¹⁸; en similar sentido, en un caso en que en los DVD no aparece nada grabado, a pesar de haberse levantado sucinta acta escrita, pues en ella no se recoge el resultado de las pruebas personales (interrogatorios, testificales, etc.), siendo necesario acceder a dicho contenido para formalizar el recurso de suplicación¹⁹.

En definitiva, la experiencia demuestra que con frecuencia se producen déficits en la captación de imágenes y, sobre todo, de sonido; de modo que “...un eficaz control durante el desarrollo de las sesiones permitiría detectar el problema y buscar la solución, tecnológica de ser de esta naturaleza la incidencia, o incluso de buenas prácticas (no es extraño que las deficiencias de sonido deriven de un inadecuado uso por parte de los intervinientes en el juicio de los micrófonos). En definitiva, contar con un sistema que no funciona adecuadamente es tanto como carecer de él, por lo que una vez constatada la imposibilidad de obtener una grabación de calidad, el escenario demanda la presencia del Letrado de la Administración de Justicia de [...] y el correspondiente acta escrita...”²⁰.

En todo caso, en relación con este tema de la videograbación -que es preciso ensalzar, al constituir un importante avance tecnológico aplicado a la Administración de Justicia-, resulta que “... cuando se ven afectados derechos fundamentales de los ciudadanos como el de tutela judicial efectiva en sus distintas vertientes, o la garantía de presunción de inocencia, es imprescindible minimizar los riesgos hasta prácticamente erradicarlos. De ahí que, en tanto en cuanto no sea posible garantizar un óptimo funcionamiento del sistema que reduzca los errores a lo meramente anecdótico, es necesario intensificar las cautelas y compatibilizar los nuevos sistemas con otros que, sin frenar el avance tecnológico, garanticen los fines del proceso...”²¹

El tema es de trascendental importancia, pues la inadecuada documentación de las actuaciones judiciales, en la medida en que pueda causar efectiva indefensión a las partes, será fuente de frecuentes nulidades de actuaciones (art. 238.3 LOPJ), con el coste que ello conlleva en todos los aspectos y, el descrédito correspondiente para la Administración de Justicia y, sobre todo, para los poderes públicos encargados de dotar de medios materiales a la misma - el Ministerio de Justicia, y, en los correspondientes poderes ejecutivos en las Comunidades Autónomas con transferencias asumidas en materia de Justicia-, pues estos fracasos se compaginan mal con la euforia de dichos poderes ejecutivos en anunciar los éxitos de la denominada Justicia Digital.

3. LOS INICIOS DEL SISTEMA DE GRABACIÓN DE VISTAS Y LA FALTA DE GRABACIÓN

Antes de abordar directamente la sentencia objeto de estudio, vamos a hacer un poco de historia. Corría el mes de junio de 2010 - es decir, recién entrada en vigor la reforma del art. 89 LPL, efectuada por Ley 13/2009 (que entró en vigor el 04 de mayo de 2010), cuando en un Juzgado

¹⁶ STSJCyL (Sala Social-Valladolid) de 25 de noviembre de 2015 [AS 2015\2537].

¹⁷ Auto TS [Sala 4ª] de 25 de junio de 2015 [JUR 2015\196983].

¹⁸ STSJ Murcia [Sala Social] de 17 de diciembre de 2012 [JUR 2013\8241].

¹⁹ STSJ Canarias [Sala Social-Las Palmas] de 29 de marzo de 2012 [JUR 2012\192870].

²⁰ Párrafo séptimo del FD Tercero de la STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017, ya referida; conclusión trasladable al art. 147 LECiv, 63 LRJCA y también al 89 LRJS.

²¹ Párrafo noveno del FD Tercero, de la referida STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017.

de lo Social de León se celebró un juicio por despido objetivo, con práctica de prueba documental, interrogatorio de parte, testifical y pericial; se dictó sentencia, estimando la demanda, al apreciar la existencia de doble contabilidad, y por tanto de falta de fiabilidad de las cuentas de la empresa que habían sido aportadas; el desarrollo del juicio se dispuso para que fuese grabado en el sistema de videograbación fidelius -facilitado por la Administración encargada de los medios materiales-, y, además se levantó acta sucinta por la entonces Secretaria Judicial, en la cual constan las partes, unas brevisimas alegaciones de la actora y de la demandada y la enumeración de las pruebas (documental, interrogatorio de partes, testifical y pericial) practicadas en dicho acto, sin incluir resumen alguno de las mismas, por cuanto todos los asistentes confiaban lógicamente en la grabación del juicio que se estaba efectuando y firmada por todas las partes; al ir a formalizar el recurso de suplicación se detectó que el citado sistema fidelius no había grabado nada; se solicitó ayuda a los informáticos, así como a la propia empresa que proporcionaba los medios materiales, y tras diversas gestiones, no fue posible obtener la grabación del acto del juicio.

La empresa demandada interpuso recurso de suplicación, pidiendo que se declarase la nulidad de lo actuado a partir del momento anterior a la celebración de los actos de conciliación y juicio debido a la inexistencia de la grabación de dichos actos, lo que le ocasiona indefensión al carecer de los elementos necesarios para articular debidamente los motivos del recurso de suplicación.

La Sala de Suplicación (STSJCyL [Social-Valladolid] de 22 de septiembre de 2010 [AS 2010\1837], rechazó dicho motivo de nulidad de actuaciones, con base a la siguiente fundamentación²²:

“...En este caso concreto, por un problema técnico ajeno al Juzgado y que el proveedor de servicios no ha podido resolver hasta ahora, no llegó a grabarse el juicio. En la Jurisdicción Social el problema derivado de esta omisión no se ha analizado en toda su extensión debido a que hasta el 4 de mayo del presente año no era obligatoria la grabación del juicio. Sin embargo, en la Jurisdicción Civil sí se ha planteado esta cuestión, la cual ha sido resuelta de forma diversa según las circunstancias. Así, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 866) (rec. 1591/2005) podemos leer que el sistema de grabación y reproducción de imagen y sonido prevista en el art. 147 de la Ley traslada de forma virtual al órgano judicial de segunda instancia el juicio celebrado en el Juzgado, incluida la intermediación de la que, en principio, adolece el Tribunal de apelación. Ocurre que este sistema novedoso de documentación que impuso la Ley de 2000, ha conducido en ocasiones a situaciones indeseadas como las que se presentan cuando puesto en funcionamiento el CD, la cinta de vídeo o de audio ninguna de ellas ha reproducido el juicio por encontrarse en blanco o ser tan deficiente que no es posible tomar conocimiento del mismo. El problema es evidente puesto que al hecho de exponer a las partes a un nuevo juicio, con el consiguiente retraso en la solución del conflicto, se suma la eliminación del efecto sorpresa y de la consiguiente estrategia procesal puesto que ya se conocen los datos de prueba y las consecuencias de una determinada actuación. En estos momentos existe un cuerpo de resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales que analizan el problema y lo resuelven no tanto de forma contradictoria como adaptada al caso concreto en que se produce la infracción. Algunas de ellas declaran la nulidad de actuaciones dada la situación de indefensión que produce a las partes el hecho de que no se puede valorar la prueba en otras instancias [SSAP de Cáceres de 22 de septiembre de 2001; de Málaga 9 de julio 2002 (PROV 2002, 244098);

²² Aunque la fundamentación jurisprudencial de la misma pivota en torno a doctrina de la Sala Primera del TS y de AAPP -y la problemática del recurso de apelación es bien distinta a la del de suplicación-, dicha sentencia de suplicación se adelanta a la solución dada por la Sala cuarta, en la medida en que hace pivotar la respuesta a dar en torno a la acusación o no de indefensión, asumiendo que la sola ausencia de la grabación no genera automáticamente esa indefensión; que es, en definitiva, la doctrina que asume la STS que ahora comentamos.

de Asturias de 16 de diciembre de 2002 (PROV 2003, 64669) y 9 de mayo 2006 (PROV 2006, 188077); de Las Palmas de 17 de mayo 2006, entre otras], haciéndolo con base en los arts. 209, sobre forma y contenido de las sentencias, y 218.2, sobre motivación de las mismas, puestos en relación con los arts. 147 y concordantes de la Ley. Otras reconducen la nulidad sólo a los medios de prueba que han de practicarse en el acto del juicio, no a las documentales, pues ante las mismas se halla en idéntica posición el Juez de primera y el de segunda, de tal forma que si la solución del litigio puede alcanzarse a partir del análisis de esta prueba, prescindiendo de las declaraciones practicadas en el acto del juicio, entienden que ninguna indefensión se produce por el hecho de que no se hubiera documentado el juicio, lo cual conlleva que no quepa la nulidad de lo actuado (SSAP de Málaga 17 de Julio de 2.001, Asturias 23 de octubre de 2003 (PROV 2003, 259904)). Finalmente, un tercer grupo de sentencias admiten que junto a la exigencia de registrar las actuaciones orales en vistas y comparecencias en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del Secretario Judicial, el art. 187.2 de la Ley permite que la vista se documente por medio de acta realizada por el Secretario Judicial siempre que los medios de registro no pudieran utilizarse por cualquier causa, rechazando la nulidad, especialmente si esta es suficientemente amplia, pormenorizada y detallada (SSAP de Asturias de 16 de diciembre de 2.002; Zaragoza de 11 de abril de 2006; Córdoba 12 de enero 2009, entre otras).

La nulidad de actuaciones, que se acoge en alguna de estas resoluciones -señala el Tribunal Supremo- es una medida excepcional y de interpretación restrictiva por lo que es necesario para apreciarla que se haya producido una efectiva indefensión a las partes en litigio. En este sentido, el Tribunal Constitucional nos ha hablado reiteradamente (por todas, sentencias 90/1988 y 181/94, de 20 de junio) de una indefensión "material" y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien lo invoca (STC 90/1988). En este caso, consideramos que la omisión de la grabación por motivos técnicos no ha producido indefensión a la demandada porque, por un lado, no ha impedido la valoración de toda la prueba por parte del Juez de instancia que ha presenciado directamente el desarrollo del juicio; por otro, porque tampoco impide que este Tribunal efectúe su propia valoración de la prueba documental en la que basa la recurrente la modificación de los hechos probados primero y tercero en el motivo 5º; y, finalmente, porque la recurrente no pide la nulidad por alguna cuestión planteada en el propio acto del juicio que hiciese imprescindible el examen de la grabación. Así pues, atendiendo al principio de celeridad que, conforme al art. 74.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de regir la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario, consideramos que no procede la nulidad interesada por la recurrente en este primer motivo de recurso..."

La parte demandada interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, que fue inadmitido mediante Auto TS [Sala 4ª] de 3 de marzo de 2011 [JUR 2011\114898], con base en que la sentencia de contraraste (STJ Galicia [Social] de 31 de enero de 1997, alegada por el recurrente, "...no alude en modo alguno a la previsión legal de grabación de las actuaciones judiciales, como no podía ser de otro modo por una mera cuestión cronológica, y esta cuestión es la que se discute en la sentencia impugnada, sin que nada se ataque sobre la ilegibilidad del acta. Ciertamente esta sentencia anula actuaciones pero porque el acta del juicio por su escaso contenido hacía imposible la cabal decisión sobre el fondo, con la consiguiente indefensión para la parte. Imposibilidad que no concurre en el caso de autos, no apreciándose por ello indefensión alguna, no en vano la parte no

pretende la nulidad por ser imprescindible la visualización de la grabación, por lo que la ausencia de grabación en realidad no le provoca indefensión alguna...”

Efectivamente, en dicha época -dado que el sistema de grabación de vistas era relativamente novedoso- todavía no existían sentencias ni de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, ni de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que abordasen dicha problemática²³.

4. LA STS [SALA 4ª (UD)] DE 10 DE ENERO DE 2023

4.1. La sentencia

La STS [Sala 4ª (ud)] de 10 de enero de 2023 [rec. 4071/2019] [ECLI:ES:TS:2023:81] [JUR 2023\32185] [Ponente Sr. Sempere Navarro], se dicta en un recurso de casación para unificación de doctrina contra la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social de Málaga) de 17 de julio de 2019 (rec. supl. 570/2019 [JUR 2020\14833]), dictada en relación con Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla de 30 de noviembre de 2016 (DSP 241/2016); por lo que ahora interesa, la sentencia de suplicación desestimó el motivo de recurso en que se pedía nulidad de actuaciones por ausencia de la grabación de la vista oral.

4.2. Los hechos relevantes

A los efectos que ahora interesa, podemos resumir los hechos del siguiente modo: a) el pleito de instancia versa sobre una acción de despido de personal laboral no fijo de la Administración Autónoma de Melilla; b) en el acto del juicio se practicó documental y testifical; c) desde que se celebró el juicio y hasta que los autos fueron puestos a disposición del recurrente transcurrieron más de dos años; d) al ir a formalizar el recurso de suplicación el recurrente aprecia que el juicio no se grabó en soporte digital, debiendo haberlo sido, pues en la celebración del mismo no intervino el Letrado de la AJ, por aplicación del art. 89.1 y 2 LRJS; y, d) por el cauce del apartado a) del art. 193 LRJS, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 89 LRJS, 238 LOPJ y 24 CE, por considerar que al no haberse procedido a la grabación del acto de juicio oral no puede formalizar el recurso; la Sala de suplicación, tras recordar la doctrina sobre nulidad de actuaciones, rechaza ese motivo por cuanto *“...la parte recurrente no explica ni razona la indefensión que se le ha producido, desconociendo este Tribunal ad quem en qué medida la irregularidad procesal denunciada (falta de grabación del acto de juicio oral por razones técnicas) le puede generar un perjuicio real y efectivo por lo que el motivo de nulidad debe fracasar...”*

4.3. La doctrina unificadora

La STS [Sala 4ª] de 10 de enero de 2023, tras razonar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y argumentar lo necesario -sobre lo que trataremos a continuación-, y cumpliendo con la misión que constitucional y legalmente le está reservada (arts. 123 y 152.1 CE y art. 219 LRJS), fija la siguiente doctrina unificadora:

“...La infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración de Acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo la misma posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea; a tal efecto ha de tenerse en cuenta la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación y la limitación de motivos por los que puede interponerse...”

²³ La Sala Cuarta aborda por primera vez dicha cuestión en la STS [Sala 4ª] de 31 de octubre de 2012 [RJ 2013\1573], a la que luego nos referiremos.

4.4. La fundamentación jurídica

La STS comentada comienza por recordar la constante jurisprudencia existente sobre el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones, cuando se alega como infringido el art. 238.3 LOPJ -que es preciso recordar regula la nulidad de actuaciones por defectos procesales, exigiendo siempre que se haya *causado efectiva indefensión-*, en los siguientes términos:

“...Por ello mismo resulta obligado comenzar recordando cuanto tantísimas veces hemos puesto de relieve acerca de esta figura: 1º) El “incidente de nulidad de actuaciones es (...) un remedio procesal de carácter extraordinario que permite a los órganos judiciales subsanar ellos mismos aquellos defectos que supongan, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de dichos órganos, en relación con los vicios formales causantes de indefensión”. 2º) El art. 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la obligación de los Juzgados y Tribunales de “rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. 3º) El legislador, consciente del elevado coste procesal que la nulidad comporta, en cuanto que contraría los principios de celeridad y economía procesal, dispone que “no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones” (art. 241 LOPJ). Esta dimensión se refuerza, con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, mediante las reglas que establecen, como norma general, la no suspensión de la ejecución, la condena en costas en caso de desestimación, o la imposición de multas cuando la interposición se considera temeraria. En la misma dirección apunta el establecimiento de unas reglas simples para la tramitación procedimental y la delimitación del objeto del incidente...”

A continuación, analiza la *doctrina concordante*, y tras recordar que no existe un supuesto igual al ahora examinado en la jurisprudencia constitucional, analiza la STC 4/2004, de 14 de enero²⁴, para continuar con el estudio de la STS [Sala 4ª (ud)] de 31 de octubre de 2012 [rec. 3760/2011] [RJ 2013\1573], afirmando que guarda gran semejanza con el actual supuesto, y en la cual se rechazó la nulidad de actuaciones del acto del juicio pretendida por ambas partes en casación unificadora, con invocación de los arts. 89.1 LPL, 238.3 LOPJ y 24.2 CE, por falta de incorporación a las actuaciones del acta levantada por el Secretario siendo inaudible el DVD utilizado para la grabación; basándose dicha decisión en la siguiente argumentación esencial:

“...TERCERO.- Resulta esencial valorar en qué medida la ausencia en autos del acta practicada por el Secretario mediante sus notas manuscritas y en sustitución de la grabación inaudible, comporta la indefensión de las partes.

[...]

Respecto a lo segundo, la indefensión, de cuyo perjuicio real no se nos da noticia, habría de concretarse en la relación causa- efecto como limitación para recurrir; sucesivamente en suplicación y en casación para la unificación de doctrina. Pero lo cierto es que el recurso de suplicación, como excepcional que es, ve restringida la utilización de las pruebas a efectos de revisión fáctica. Tan solo cabe invocar con tal objeto las pruebas documentales y periciales. De la última no se hace mención y en cuanto a la primera no hay referencia alguna a controversia derivada de impugnación o falta de reconocimiento. Resta por tanto analizar la trascendencia de una prueba testifical, que ha sido practicada, que carece de valor revisorio y que únicamente puede tener repercusión en el recurso de suplicación en el caso de alegada irregularidad procesal acerca de su práctica.

[...]

²⁴ A la que ya nos hemos referido en el párrafo segundo del epígrafe 2 del presente.

Ni siquiera la parte recurrente ha podido expresar como la indefensión se proyecta, a su juicio, salvo en lo que concierne a la apreciación de la prueba testifical, factor irrelevante a efectos del recurso de suplicación pues ni siquiera está haciendo valer la alusión a dicha prueba como defecto procesal en el que se hubiera incurrido durante el juicio debido a anomalías en su práctica...”

Finalmente, emite la doctrina unificadora a que nos hemos referido, y la basa, además de en lo que ya hemos razonado, en lo que denominada consideraciones adicionales, en los siguientes términos:

“...A) El litigio surge al hilo de una dilatada prestación de servicios en régimen de interinidad, cuyas numerosas incidencias aparecen minuciosamente reflejadas en el relato de hechos probados elaborado por el Juzgado de lo Social.

B) La sentencia de instancia era susceptible de recurso de suplicación respecto del fondo del litigio (art. 191.3.a LRJS), pero el cuestionamiento de lo acaecido solo cabe con apoyo en pruebas de naturaleza pericial o documental (art. 193.b LRJS).

Eso comporta que el testimonio del único testigo que depuso (un Delegado sindical y funcionario de la Administración empleadora), ya valorado por el órgano judicial de instancia apenas ha podido incidir en el modo de valorar “el caudal probatorio” a que se refiere el Primer Fundamento de su sentencia.

La abundante prueba documental aportada y el tipo de debate suscitado convierten en poco verosímil la incidencia del desarrollo del juicio en el modo de combatir el criterio acogido por el Juzgado.

C) La sentencia del Juzgado ha valorado los indicios sobre vulneración del derecho a la indemnidad y descartado que la convocatoria de la plaza desempeñada pueda considerarse como una represalia, a cuyo efecto recuerda y aplica la extensa doctrina constitucional sobre al particular.

Pero es que, además, en el Fundamento Segundo aparece una extensísima dación de cuenta de los términos en que se suscita la controversia, explayándose en los argumentos de las partes. Por descontado, no estamos manifestando que una sentencia pueda suplantar a la grabación del juicio o al acta de su desarrollo, pero es lo cierto que en el presente caso así sucede de manera material.

D) La justificada queja respecto del tiempo transcurrido desde que se celebra el juicio hasta que se pone a disposición de la parte el rollo y se le comunica que no existe grabación en modo alguno puede arrastrar la automática nulidad de actuaciones.

La memoria humana puede desconocer los documentos impugnados por la propia parte que desea recurrir; como sostiene el recurrente para justificar su indefensión. Pero no es clara la trascendencia de tal olvido desde la perspectiva de su indefensión, máxime cuando ni siquiera denuncia sospechas sobre alguno de los tomados en cuenta por el Juzgado para confeccionar los hechos probados, del mismo modo que tampoco señala los que podrían conducir a su reconsideración. Es más: el alegato de referencia cae por su base puesto que los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Juzgado de lo Social advierten que “La parte actora impugnó a efectos probatorios los documentos 3 y 4 del ramo de prueba de la demandada, y en los mismos términos la demandada el documento 12 de los aportados por la trabajadora”.

E) La indefensión alegada solamente podría producirse a efectos de recurso contra la sentencia, lo que no es atendible porque el TSJ no puede revisar el contenido de la prueba de interrogatorio de partes: no es un medio probatorio que permita la revisión fáctica suplicacional. Y el alegato de que no ha podido preparar adecuadamente su recurso debiera haberse acompañado de alguna indicación concreta habida cuenta de que no cabe operar con automatismos en materia de nulidad de actuaciones, sea cual sea el cauce seguido para instarla.

F) La sentencia recurrida, a su vez, lo que hace es aplicar la doctrina constitucional expuesta y constatar que la innegable infracción de garantías procesales no es de tal entidad que genere indefensión a la hora de formalizar el recurso de suplicación, como viene afirmando la trabajadora. Al final de su Fundamento de Derecho Segundo manifiesta que “la parte recurrente no explica ni razona la indefensión que se le ha producido, desconociendo este Tribunal ad quem en qué medida la irregularidad procesal denunciada (falta de grabación del acto de juicio oral por razones técnicas) le puede generar un perjuicio real y efectivo por lo que el motivo de nulidad debe fracasar”.

G) Dicha ausencia de aportación de argumentos concretos de los que pueda desprenderse la indefensión reclamada es trasladable al escrito mediante el que se ha interpuesto el recurso de casación unificadora.

Dicho queda que el recordatorio de los documentos impugnados es innecesario porque los especifica la propia sentencia del Juzgado de lo Social; que la prueba testifical es inhábil para articular el recurso de suplicación; que la abundante prueba documental, sin perjuicio de valorar (con la intermediación exclusiva del órgano de instancia) la testifical practicada, es la esencialmente utilizada para elaborar los Hechos probados; que no existe un alegato concreto de perjuicios, más allá del objetivo innegable de la propia ausencia de grabación del juicio.

H) En suma: la recurrente en suplicación consideró existente una anomalía procesal generadora de automática indefensión, sin alegar o razonar el porqué de ello y la sentencia de suplicación descartó el acierto de esa conclusión. Por todo ello, en concordancia con el Informe de Fiscalía, consideramos acertada tal respuesta del Tribunal de segundo grado...”.

En definitiva, concluye la sentencia analizada que, “...tanto la doctrina constitucional cuanto la de esta Sala tienden a evitar la declaración automática de una nulidad de actuaciones como consecuencia de la infracción procesal cometida, exigiendo en todo caso la valoración de las circunstancias concurrentes a fin de valorar si se ha producido una indefensión...”.

4.5. Nulidad y necesidad de efectiva indefensión

En definitiva, se aprecia que el motivo de nulidad de actuaciones alegado fue el previsto en el art. 238.3 LOPJ, que establece que los actos procesales son nulos de pleno derecho “...cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión...”; siendo preciso recordar que la alegación de la nulidad de actuaciones, dado su carácter restrictivo, exige la indicación expresa de los motivos o supuestos del art. 238 LOPJ en que se funda, pues de lo contrario tal petición carente de tal expresa indicación del motivo de nulidad en que se funda, no puede ser ni analizada, y menos aún estimada²⁵.

De modo que la parte ni siquiera alegó el motivo de nulidad del art. 238.5 LOPJ, que establece que son nulas de pleno derecho las actuaciones procesales “...cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Letrado de la Administración de Justicia...”, causa de nulidad que no exige la presencia de indefensión; lo cual consideramos que es correcto, pues de conformidad con el art. 89.2 LRJS (en similar sentido art. 147.2 LEC y concordantes), en las sedes judiciales en que se cuenta con sistema de grabación de vistas que cumple los estándares exigidos por dicha normativa (actualmente prácticamente en todas las sedes judiciales [sistema *e-fidelius* o *equivalente*]), como era el caso, la celebración del acto de juicio no requiere de la presencia física del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) en dicho acto, pues así lo dispone expresamente la normativa citada; de modo que, en estos casos, la intervención del LAJ es siempre posterior a la celebración del acto

²⁵ STS (Sala 1ª) de 8 de marzo de 1994. [RJ 1994\2199].

procesal y grabación del mismo, consistiendo en garantizar la “...autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido...” (art. 89.2 LRJS), lo cual se materializa por la firma en digital de lo ya grabado; de modo que cuando se realiza dicha firma digital, el LAJ no tiene que visionar lo que se ha grabado; y, además, como no ha estado presente, no puede conocer lo que se actuó en dicho juicio oral; en definitiva, se trata de *una grabación garantizada por un programa informático* difícilmente manipulable; y, por tanto, resulta indiferente cual sea el día en que el LAJ firme digitalmente dicha grabación; que, tecnológicamente, mientras no sea firmada permanece en el disco de la unidad local de la respectiva sala, por tiempo indefinido; y, una vez firmada, pasa al servidor central y está disponible para expedir copias, etc.; en definitiva con la firma electrónica del LAJ, *se está sustituyendo a la fe pública judicial*, mediante una especie de *ilusión legal*²⁶. De este modo, consideramos acertada la invocación del art. 238.3 LOPJ, en vez del art. 238.5 LOPJ, que nunca podrá ser aplicado en estos supuestos, por las razones expuestas. En todo caso, esta problemática puede servir para poner de manifiesto la necesidad de replantarse el tema relativo a la armonización del empleo de las nuevas tecnologías en la grabación de vistas y la práctica de la fe pública judicial²⁷.

En definitiva, el tema así planteado pivota sobre la necesidad de existencia de indefensión, en los términos que viene siendo exigido por la constante jurisprudencia²⁸; y, en el presente caso, no se acredita la existencia de la misma, es más, ni siquiera se alega por el recurrente; si bien, a pesar de no alegarse, el tribunal hace un importante esfuerzo dialéctico para evidenciar que no existe indefensión alguna.

5. CONCLUSIONES

Primera.- La sentencia comentada establece una doctrina que consideramos de gran impacto en sede judicial social, pues en definitiva esclarece una cuestión que venía dando lugar a interpretaciones encontradas, sobre todo después de la vigencia de las nuevas tecnologías en el proceso judicial y de la reasignación de funciones a los Letrados de la AJ, efectuada por la normativa procesal orgánica.

Segunda.- La solución que se adopta es totalmente conforme con los principios que rigen en el orden jurisdiccional social, sobre todo por la limitación de motivos tendentes a la modificación de hechos probados en el recurso de suplicación, dado que como sabemos el error de hecho tan solo se puede basar en la valoración de las pruebas documentales y periciales [art. 193.b) LRJS]; y, por tanto esa doctrina jurisprudencial no puede ser trasladable de forma automática a otros órdenes

²⁶ GARRIDO CARRILLO, F.J.: “La fe pública judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 79, 2011.

²⁷ En este sentido, la jurisprudencia penal ha afirmado lo siguiente: a) “...que nadie puede refrendar, cualquiera que sea la tecnología accesible, la autenticidad e integridad de una grabación hasta que ésta no ha concluido, de ahí que la validación por el Letrado de la Administración de Justicia debe producirse una vez el acto procesal ha terminado...”; y, b) “...que, por muy avanzado que sea el sistema utilizado, si se pretende garantizar la integridad de lo grabado, es necesario que alguien, bien sea el Letrado de la Administración de Justicia o el personal que le auxilie en esa tarea, controle su adecuado funcionamiento....” (STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017 [RJ 2017/3319], ya citada).

²⁸ Así, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que para que la queja por irregularidades procesales adquiera trascendencia en sede constitucional es preciso que ésta tenga una incidencia real y efectiva sobre el derecho de defensa de la parte y, además, que no sea debida a su propia pasividad o falta de diligencia, así como que para que exista indefensión a los efectos del art. 24 CE no basta con que haya existido una infracción de las reglas procesales, sino que es preciso que, a consecuencia de estas infracciones, el recurrente sufra un efectivo y real menoscabo en su derecho de defensa (y que, además, haya experimentado o pueda experimentar un perjuicio real y efectivo en los intereses materiales deducidos en el proceso que, como regla general, no toda irregularidad, genera por sí misma una indefensión material constitucionalmente relevante (SSTC 217/1998, 20/2000, 26/2000 o 45/2000, 91/2000, entre otras muchas).

jurisdiccionales, en los que la revisión de hechos puede fundarse en todas las pruebas practicadas (recursos de apelación); especialmente no es trasladable al ámbito penal²⁹.

Tercera.- Finalmente, la problemática examinada ha de servir para reflexionar sobre la necesidad de plantearse el tema de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso judicial, y la reasignación de funciones entre los Letrados AJ y el resto de funcionarios de la Administración de Justicia, en la medida en que el contenido de la fe pública judicial, que dio lugar a la aparición de la figura del secretario judicial³⁰ se ha visto totalmente superada por la implantación y generalización de las nuevas tecnologías³¹.

6. BIBLIOGRAFÍA

- GARRIDO CARRILLO, F.J.: “La fe pública judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 79, 2011.
- LAMO RUBIO, J.: “Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017)”, *Diario La Ley*, núm. 9042, 2017.
- LAMO RUBIO, J.: *La nulidad de actuaciones en el orden social. Especial consideración de la justicia digital social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- MAGRO SERVET, V.: “Análisis práctico de la reforma procesal civil por la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de la Oficina Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 7348, 2010.
- MORENO CATENA, V.: “La Fe Pública Judicial y la publicidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en VV.AA.: *II Jornadas de Fe Pública Judicial*, España, Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1986.

²⁹ LAMO RUBIO, J.: “Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales (a propósito de la STS [Sala 2ª] de 11 de julio de 2017)”, *Diario La Ley*, núm. 9042, 2017.

³⁰ Propiamente se puede hablar de la figura del Secretario judicial, a partir de una *Decretal del Papa Inocencio III remitida al Concilio de Letrán en el año 1215*, denominada “*De Probationibus*”, en la que se reconoce como se introduce el fedatario público dentro del proceso canónico, como cargo autónomo y necesario, que se otorgaba con carácter vitalicio y, la mayoría de las veces, a perpetuidad (“*a juro de heredad*”) [MORENO CATENA, V.: “La Fe Pública Judicial y la publicidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en VV.AA.: *II Jornadas de Fe Pública Judicial*, España, Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1986]; de ahí el oficio pasó al ámbito civil, en el mismo siglo XIII, bajo las denominaciones de Escribano en Castilla y Navarra, Escrivá en Catalunya y Valencia, el Notario en Aragón, etc...; siendo su principal función pública la relativa a la documentación de las actuaciones judiciales.

³¹ La evolución de la figura del secretario judicial (actual Letrado AJ) es muy interesante -pero su estudio excede del ámbito del presente-, aunque actualmente quizá sea necesaria una nueva readaptación ante la decidida implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, que son susceptibles de ser empleadas con finalidades de documentación de modo fidedigno y sin requerir necesariamente la autenticación por parte de ningún funcionario; pues el control de las mismas deberá de hacerse desde la regularidad de su funcionamiento informático, en cuyo caso, sí que sería necesaria la presencia de un técnico informático en cada sede judicial, que, bajo la dependencia del Juez Decano o Presidente correspondiente -pues ya no estamos en presencia de una cuestión relativa a la fe pública judicial, sino de la regularidad del funcionamiento de un sistema informático-, verificase el regular funcionamiento de los sistemas informáticos puestos a disposición de los órganos judiciales de la sede.

Indemnización por Daños Morales ante la Lesión del Derecho Fundamental a la Libertad Sindical en Caso de una Huelga Convocada por un Comité de Empresa. (Comentario a la STSJ Galicia de 12 de enero 2022, núm. rcud. 3752/2021)

Compensation for Non-Pecuniary Damages in the Event of an Injury to the Fundamental Right to Freedom of Association in the Case of a Strike Called by a Works Council (Commentary to the STSJ Galicia of January 12, 2022, núm. rcud. 3752/2021).

CONSUELO FERREIRO REGUEIRO *Profá. Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Santiago de Compostela*

Cita Sugerida: FERREIRO REGUEIRO, C. «Indemnización por Daños Morales ante la Lesión del Derecho Fundamental a la Libertad Sindical en Caso de una Huelga Convocada por un Comité de Empresa. (Comentario a la STSJ Galicia de 12 de enero 2022, núm. rcud. 3752/2021)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 137-142.

Resumen

El art. 183.2 de la LRJS comina al juzgador a determinar prudencialmente la cuantía de la indemnización por el daño causado ante la lesión de un derecho fundamental. Esta regla le atribuye una amplia discrecionalidad que se agudiza cuando los lesionados son las organizaciones sindicales y el comité de huelga en la diferente forma de ejercer el derecho fundamental de huelga. Además, el recurso de suplicación permite la revisión del importe de la indemnización recogido en la sentencia de instancia si es irracional o desproporcionado, lo que obliga al órgano jurisdiccional superior a la búsqueda y aplicación de un criterio lógico siquiera para fundamentar en derecho tal revisión.

Abstract

The art. 183.2 of the Ley reguladora de la jurisdicción social (Labour Courts Act) urges the judge to determine prudentially the amount of compensation for the damage caused by the infringement of a fundamental right. This rule gives it a wide discretion that is exacerbated when the injured are the trade union organizations and the strike committee in the different way of exercising the right to strike. In addition, the application allows the amount of compensation set out in the judgment of the court to be reviewed if it is unreasonable or disproportionate, which obliges the higher court to seek and apply a logical criterion even to justify such a review.

Palabras clave

Lesión del derecho fundamental de huelga, lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, determinación de la indemnización.

Keywords

Infringement of the right to strike, infringement of de freedom of association, determination of de appropriate compensation.

Lo peculiar del caso conocido por la sentencia es la razón de cálculo de la indemnización por daños morales derivada de la lesión en la vertiente colectiva del derecho fundamental de libertad sindical de los sindicatos, en tanto que la huelga fue convocada en una empresa, con duración indefinida y para toda su plantilla, por el comité de empresa, integrado a la sazón por 6 afiliados de CC.OO., 4 de UGT, 2 de CIG y 1 de APC. Ocurrió que iniciada aquélla la dirección de la empresa dio instrucciones a los vigilantes de seguridad para que impidiesen el acceso a sus instalaciones del comité de huelga, prohibición que se mantuvo hasta que se suspendió la medida de conflicto y pese a que la Inspección de Trabajo había girado visita en dos ocasiones, conminando a la empresa a deponer

su posición y advirtiéndole de sus consecuencias, y levantando, finalmente, acta de infracción por lesión del derecho fundamental de huelga.

Así las cosas, lo que se discutió en suplicación fue el importe y la distribución de la indemnización en concepto de daños morales por lesión de derechos fundamentales que había sido fijada en la instancia en 6.250 euros para cada uno de los sindicatos demandantes (CC.OO., UGT y CIG) y para cada uno de los miembros del comité de huelga. Piénsese en que una conducta empresarial, dada la compleja configuración del derecho de huelga, puede vulnerar el de un concreto trabajador y, a la vez, el de un determinado sindicato en el ejercicio de su actividad sindical, o puede ocurrir, como aquí, que se vulnere el derecho de la parte sindical y no el de los concretos trabajadores¹. Siendo ello como se indica, la discusión se centra en dos cuestiones fundamentales, a saber: cómo se repara económicamente tales derechos a los tres sindicatos accionantes y al comité de huelga y cómo se fija el importe exacto de la indemnización en vía de recurso.

1. REPARACIÓN ECONÓMICA POR LESIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL A LOS SINDICATOS ACCIONANTES

Se repite que la huelga fue convocada por el comité de empresa, no por los sindicatos; que, al comité de huelga, la mayoría de cuyos miembros lo eran del comité de empresa, se le impidió el acceso a las instalaciones y, como consecuencia, el cumplimiento de sus funciones (arts. 6 y 8 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, de relaciones de trabajo); y que dicho comité podría “participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto” (art. 5), pero no presentar demanda por el Proceso Especial de Tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas al carecer de legitimación activa (art. 177.1 LRJS).

Por lo tanto, el uso de esa vía procesal fuerza la intervención de los sindicatos para que sean los solicitantes de la reparación de los derechos fundamentales lesionados (los de los miembros del comité de huelga y el suyo propio), teniendo que existir, entonces, un nexo entre la legitimación activa atribuida por la LRJS y la medida de conflicto prevista en el RDL-RT, incluso y con mayor insistencia cuando aquéllos no fuesen sus convocantes.

La STSJ Galicia de 12 de enero 2022 traba ese nexo a través del derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente colectiva que reside en los sindicatos. Argumenta que el fin de éstos es la defensa y promoción de “los intereses económicos y sociales que les son propios” (art. 7 CE), para lo cual se les dota de la aludida libertad sindical (art. 28.2 CE). Añade que el contenido esencial de esa libertad se recoge en el art. 2.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical (LOLS), del que forma parte la actividad sindical desplegada por los sindicatos en la empresa o fuera de ella y, en particular, “el ejercicio del derecho de huelga”. E insiste en que, según jurisprudencia constitucional², “una actividad sindical externa comprende a los miembros del comité y a los otros trabajadores, afiliados o no, de modo que el derecho constitucional a la libertad de acción sindical protege a todos”, aun sabiendo que los sindicatos ostentan el monopolio de la libertad sindical en su vertiente colectiva, de la que no participan las representaciones unitarias.

Fijado el nexo entre legitimación procesal activa y la medida de conflicto en el marco encorsetado de los hechos probados, procede la sentencia comentada a responder a lo peticionado por la parte recurrente que, en sustancia, es la reducción del importe de la indemnización por daños morales, y que, en lo detallado, se basa en la imposición de una indemnización única y conjunta para los tres sindicatos accionantes en la instancia de 6.250 euros, no para cada uno de ellos. Se arguye

¹ Sobre este aspecto, *vid.* SAN de 29 octubre 2014 (núm. rcud. 230/2014).

² Por todas, *vid.* sentencia 134/1994, de 9 mayo.

que el daño colectivo causado no cabe individualizarlo entre los acreedores solidarios -a la sazón, sindicatos y miembros del comité de huelga-, de modo que “el deudor salda su obligación de pago haciéndola efectiva en cualquiera de ellos, de acuerdo con los arts. 1141 y 1142 del Código Civil”.

Recuerda el TSJ de Galicia que la posición de los sindicatos es de contrapoder frente a los empleadores, y de que la salvaguarda de sus objetivos se desarrolla con fórmulas de autodefensa³, lo que ni significa que sus programas de acción sean comunes ni menos aún que debieran serlo. Y precisa que el deber de lealtad del trabajador al empresario es matizado por los sindicatos para que no se identifique con un deber omnicompreensivo de sujeción al interés empresarial, pero se ejerce por cada uno de ellos de forma diferente como es connatural a los principios que irrigan sus propias existencias. Por pura lógica, remata, la huelga “no es, únicamente, una medida de paralización de la actividad laboral, sino y también de presión para el logro de un acuerdo, de donde las estrategias sindicales no tienen por qué ser necesariamente las mismas”, incluso si fuese compartida la convocatoria y su desarrollo por todos los sindicatos afectados por el ámbito del conflicto a través de las representaciones unitarias. Al contrario, “los motivos más profundos y las formas de solventar el conflicto pueden diferenciarse”, de suerte que algunos, y frente a otros, la desconvocan, desisten o tienden a la negociación.

Aclarado, pues, que cada sindicato actúa por su propia cuenta y según sus intereses que serán los de los trabajadores que representan, estos argumentos destinan al rechazo por el TSJ de Galicia de la imposición de una indemnización única y conjunta para los tres sindicatos accionantes en la instancia. La clave pasa por encontrar una posición acertada en Derecho que combata la de la parte recurrente: los sindicatos son acreedores solidarios y la empresa, en cuanto deudor, salda su obligación de pago satisfaciéndola a solo uno de ellos (arts. 1141 y 1142 Código Civil).

He aquí el meollo y la razón por la que se ha adjetivado de “peculiar” el caso enjuiciado. A decir verdad, la parte recurrente extrajo con sagacidad la pieza esencial de su recurso de la fundamentación jurídica de la STSJ Castilla y León [Valladolid] de 17 julio 2013⁴ y de la STSJ de Islas Canarias [Las Palmas] de 30 diciembre 2019⁵. Ambas arguyeron que, “como es propio del derecho de daños, al tratarse de un daño colectivo no individualizable entre todos los acreedores, la titularidad es solidaria”⁶, y con ello “cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás y el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios, pero, si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago”⁷. Sobra decir que los sindicatos no perceptores de la indemnización repetirán, si hiciera falta y fuere esa su voluntad, contra el cobrador, lo que forma parte de sus relaciones internas al margen, por supuesto, del ejercicio de la huelga y de sus efectos y consecuencias.

Son otros los derroteros expuestos en la fundamentación de la STSJ de Galicia. Se considera, principalmente, que no es de aplicación al nacimiento y determinación del importe de la indemnización por lesión de derecho fundamental el Derecho común de obligaciones basado en la regla de la solidaridad por las siguientes premisas: 1ª) En nuestro ordenamiento jurídico las obligaciones solidarias constituyen una excepción de la regla general de las obligaciones mancomunadas simples, en donde concurren plurales sujetos deudores y la deuda no subsiste como un todo inseparable, sino que se encuentra dividida en partes iguales entre cada uno de ellos. Así se confirma con el art. 1137 del Código Civil: “la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos

³ Sentencias 23/1983, de 25 marzo, 120/1983, de 15 diciembre, 134/1994, de 9 mayo, y 14/2001, de 27 junio.

⁴ Núm. rcud. 1143/2013.

⁵ Núm. rcud. 458/2019.

⁶ STSJ de Islas Canarias [Las Palmas] de 30 diciembre 2019, f.d. 12º.

⁷ *Ibid.*

tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”. 2ª) También es regla general que la solidaridad se declare de forma expresa, si bien se admiten igualmente excepciones para evitar su excesivo rigor. Tal sucede cuando se deduce de forma inequívoca de la voluntad de los contratantes, o que razones de agilidad y garantías del tráfico mercantil la prefieran en ese ámbito sin ambages. Si se aceptase el régimen de las obligaciones solidarias, se carecería en este caso de fundamento alguno para entender acreditado por las partes, a falta de previsión específica y no actuando en el tráfico mercantil, que la hubiesen pactado o aceptado inequívocamente. Y 3ª) tampoco se trata de una obligación mancomunada porque ninguno de nuestros acreedores lo es de una parte de un daño, toda vez que el daño causado es individual y atañe al interés propio y singular de cada uno de los sindicatos en la medida en que la actuación de la empresa lesionó sus respectivos derechos propios a la libertad sindical y su correlativa extensión al derecho de huelga.

Se considera, como colofón, que el origen de la indemnización no deriva de negocio jurídico *inter privatos*, cuna del Derecho común de obligaciones, sino directamente de la ley (art. 183.1 LRJS), que la utiliza tanto para la reparación de un derecho fundamental del que son titulares los sindicatos: cada uno ostenta el derecho fundamental a la libertad sindical; cuanto para prevenir y disuadir de la comisión de estas conductas⁸.

En congruencia con esta fundamentación jurídica, la reparación económica del derecho fundamental lesionado a los tres sindicatos consiste en una indemnización propia e individual para cada uno de ellos, en oposición a los fallos de las citadas sentencias del TSJ Castilla y León [Valladolid] de 17 julio 2013 y del STSJ de Islas Canarias [Las Palmas] de 30 diciembre 2019, que fijaron una única indemnización común a todos y en pago único de una obligación solidaria que se satisface con su abono a sólo uno de ellos.

2. FIJACIÓN DEL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN EN SUPPLICACIÓN

Condenó la sentencia de instancia recurrida a que la empresa abonase una indemnización por importe de 6.250 euros para cada uno de los sindicatos demandantes (CC.OO., UGT y CIG) y para cada uno de los miembros del comité de huelga.

En la fijación del importe exacto de la indemnización es necesario que se acredite la gravedad y consecuencias negativas de la conducta de la empresa. Queda para el juzgador una no desdeñable discrecionalidad que es alimentada por el propio art. 183.2 LRJS que le ordena pronunciarse “sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”.

Sucedió que el Juzgado de lo Social competente en la instancia y el TSJ de Galicia en suplicación compartieron un mismo diagnóstico, consistente en que “la actuación empresarial de impedir el acceso de los miembros del comité de huelga a las instalaciones de la empresa de una forma continuada, no puntual, ha supuesto una injerencia indirecta en la libertad sindical de los sindicatos accionantes, los cuales, no habiendo convocado la huelga, han visto, no obstante, cercenado el *status* de los miembros de tal comité a ellos afiliados y reducida a la mínima expresión la eficacia de la medida de conflicto utilizada en el marco de su acción sindical con el consiguiente grave desprestigio de su imagen y de su función general de representación y de defensa de los derechos e intereses en el colectivo de trabajadores de la empresa”⁹.

⁸ STS de 16 febrero 2017 (núm. rcud. 90/2016).

⁹ F.d. 3º.

Entonces, si comparten la existencia de una lesión en el derecho fundamental de la libertad sindical y, por lo tanto, en la concesión de una indemnización reparadora, ¿es posible que el TSJ fije un importe diferente para la indemnización al establecido en la instancia?

Prima facie, estimo que la respuesta debiera ser afirmativa, sin más consideraciones, a pesar del carácter extraordinario del recurso de suplicación que resuelve sobre y con el relato fáctico aprobado en la instancia -cabem excepciones, por supuesto, ex. art. 193.b) LRJS-. Al fin y a la postre, ello no merma la discrecionalidad en la aplicación del derecho a los hechos probados, de modo que el órgano jurisdiccional superior puede apreciar una mayor o una menor gravedad en la injerencia del derecho fundamental que la recogida en la instancia, de lo que se deriva una mayor o menor indemnización.

Pues bien, ello no es así. Jurisprudencia reiterada¹⁰ impone al órgano jurisdiccional de instancia, atendidas las circunstancias del caso, la fijación del importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el órgano jurisdiccional que conozca del recurso, excepto que sea desproporcionada o irrazonable. Esto fue lo que advirtió el TSJ de Galicia que decidió diferenciar el importe de la indemnización de cada uno de los sindicatos de la percibida por los miembros del comité de huelga, pues consideró que la actuación de la empresa comprendía dos acciones diferentes: una atentaba contra los miembros del comité de huelga en sus derechos fundamentales a la libertad sindical y a la huelga, y otra contra los sindicatos en su derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente colectiva.

Por eso, justificó que sobre los miembros del comité de huelga había recaído “el mayor de los sacrificios”; se habían cercenado todas las funciones que tenían legalmente atribuidas “hasta el extremo de que su rol fue el de un «convidado de piedra», una mera formalidad del contenido de la convocatoria de huelga, sin que pudiese en ningún momento desplegar alguna, y ya no todas, aquéllas”¹¹; y se habían prácticamente anulado sus derechos fundamentales a la huelga y a la libertad sindical dada la persistencia de la empresa en su posición ilegal y la duración de la injerencia plena y directa¹².

En cambio, el daño sufrido por los sindicatos era, a criterio de la sentencia, menos incisivo. La actuación empresarial de impedir el acceso de los miembros del comité de huelga a las instalaciones de la empresa de una forma continuada, no puntual, en la medida en que eran afiliados a los sindicatos accionantes suponía una “injerencia indirecta” en su libertad sindical, toda vez que “no habiendo convocado la huelga, han visto, no obstante, cercenado el status de los miembros de tal comité (...) y reducida a la mínima expresión la eficacia de la medida de conflicto utilizada en el marco de su acción sindical con el consiguiente grave desprestigio de su imagen y de su función general de representación y de defensa de los derechos e intereses en el colectivo de trabajadores de la empresa”¹³.

Los argumentos expuestos evidencian lo correcto de la diferencia de trato de los miembros del comité de huelga y de los sindicatos accionantes a través de la atribución de dispares indemnizaciones en reparación del daño moral derivado de la también dispar lesión del derecho, o de los derechos fundamentales, sufrida. Por lo que la atribución de un *quantum* único y común a cada miembro del comité de huelga y a cada sindicato, como se había hecho en la instancia, entraba en el ámbito de lo desproporcionado o de lo irrazonable que habilitaba el pronunciamiento del TSJ de Galicia en este extremo.

¹⁰ *Vid.*, entre otras, SSTs de 16 marzo 1998 (núm. rcud. 1884/97), 12 de diciembre de 2005 (núm. rcud. 59/05) y 25 enero 2010 (núm. rcud. 40/2009).

¹¹ F.d. 4º.

¹² *Ibid.*

¹³ F.d. 3º.

Por lo demás, el importe de las indemnizaciones se determinó utilizando como parámetro el de las sanciones recogidas en la LISOS, ante la falta de una pauta objetiva de valoración¹⁴. Claro que estas sanciones se pueden imponer en sus grados mínimo, medio y máximo, y de nuevo es el órgano jurisdiccional en la instancia o el superior, si se encuentra en situación de revisar el pronunciamiento previo, el que goza de discrecionalidad para hacerlo en función de la apreciación de la lesión. En el caso que se comenta, el TSJ de Galicia, al amparo de los arts. 8.10 y 39 de la LISOS, redujo el importe de las indemnizaciones de la sentencia de instancia y distinguió, por las razones ya comentadas, la que se atribuía a cada sindicato, de 1.500 “por cuanto no han sido los convocantes de la huelga”, y a cada miembro del comité de huelga, de 3.000 euros, por haber sido privado el órgano por completo de sus funciones.

3. REFLEXIÓN

Esta reflexión no es más que una invitación a la reflexión sobre cuál de las dos doctrinas judiciales existentes en torno a la determinación de la indemnización por lesión del derecho fundamental de la libertad sindical de los sindicatos es más acertada en derecho: la que apuesta por una única indemnización a pagar a cada uno de ellos y con derecho a dividir a partes iguales entre todos, que es la construida sobre la teoría de las obligaciones solidarias; o la que sostiene una indemnización para cada uno de ellos.

No obstante, se apuesta en estas líneas por la segunda de ellas bajo el amparo de los dos argumentos siguientes: 1º) el origen de la indemnización no se encuentra en una obligación contractual al albur de un negocio jurídico *inter privatos*, cuna del Derecho común de obligaciones, sino y directamente en la ley (art. 183.1 LRJS); y 2º) el fin perseguido por ella no consiste en la reparación de un incumplimiento contractual, acaso en el resarcimiento de la lesión del derecho fundamental y en disuadir de la comisión de futuras lesiones, razón por la cual se persigue prevenir el daño.

Asimismo, se aboga por la búsqueda de un criterio objetivo, razonable y proporcional que permita la revisión en suplicación del *quantum* de la indemnización por el órgano jurisdiccional superior (en este caso, el TSJ) frente al fijado en la instancia. Ello se admite en el único supuesto de que el pronunciamiento de la sentencia de instancia resulte irracional o desproporcionado. De este modo, la indemnización será proporcionada a la gravedad de la lesión, siendo mayor la de los miembros del comité de huelga por haber sido privados de todas las funciones legalmente atribuidas (prohibición continuada de acceso a las instalaciones de la empresa) que la de los sindicatos, los cuales no habían convocado la medida de conflicto, aunque sufrieron un desprestigio en su imagen y un deterioro en sus funciones de representación y defensa de los derechos e intereses de los trabajadores a través del daño irrogado a los indicados miembros del comité de huelga que eran sus afiliados.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La libertad sindical en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm.143, 2019.

LOUSADA AROCHENA, F.: “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005.

VV.AA.: *Manual de Derecho Procesal Laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2020.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción laboral y su vertiente reparadora”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016.

¹⁴ Así se viene actuando desde la STS de 23 julio 2014 (núm. rcud. 1257/2013).

Derecho
comparado
y Derecho
Extranjero

LABORUM

El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español

The level of compliance by France with chapter II of the Directive (EU) 2022/2041, on adequate minimum wages in the European Union. A comparative study with the spanish level of compliance

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

Profesor Ayudante Doctor de
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
 <https://orcid.org/0000-0003-0397-0363>

Cita Sugerida: VIZCAÍNO RAMOS, I. «El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 145-162.

Resumen

La promulgación de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, es un hecho revolucionario, aunque se haya visto obligada a realizar una interpretación sui generis del artículo 153, apartado 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Su Capítulo II, sobre «Salarios mínimos legales», impactará sobre el SMIC francés, tal como aparece regulado en el Código francés del Trabajo de 2008, así como en la regulación del SMI español contenida en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores. El impacto sobre el Derecho francés es medio-bajo, pues el Código francés del Trabajo cumple las exigencias procedimentales sobre diálogo social operativo y eficaz contenidas en el Capítulo II de la Directiva. En cambio, el impacto sobre el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores es alto, pues este precepto legal no cumple dichas exigencias procedimentales. Tanto el Derecho francés como el Derecho español tendrán que enmendarse, a efectos de incluir los criterios objetivos de valoración del carácter vital del salario mínimo legal contenidos en la Directiva, que son de más fácil cumplimiento que los elaborados por el Comité Europeo de Derechos Sociales, al interpretar y aplicar el artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea.

Abstract

The enactment of Directive (EU) 2022/2041, on adequate minimum wages in the European Union, is a revolutionary development, even though it has forced a sui generis interpretation of Article 153.5 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Its Chapter II, on «Statutory minimum wages», will have an impact on the French SMIC, as regulated in the French Labor Code of 2008, as well as on the regulation of the Spanish SMI contained in Article 27 of the Workers' Statute. The impact on French law is medium-low, as the French Labor Code complies with the procedural requirements on operational and effective social dialogue contained in Chapter II of the Directive. On the contrary, the impact on Article 27 of the Workers' Statute is high, as this legal provision does not comply with these procedural requirements. Both French and Spanish law will have to be amended to include the objective criteria for assessing the living wage contained in the Directive, which are easier to comply with than those developed by the European Committee of Social Rights when interpreting and applying Article 4.1. of the European Social Charter.

Palabras clave

Derecho comparado del Trabajo, Directiva (UE) 2022/2041, España, Francia, Salarios mínimos legales, SMI español, SMIC francés.

Keywords

Comparative labor law, Directive (EU) 2022/2041, France, French SMIC, Spain, Spanish SMI, Statutory minimum wages.

1. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 Y SU LABORIOSO ENCAJE EN EL APARTADO 5 DEL ARTÍCULO 153 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Como es sabido, el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea impone límites -aparentemente claros- a la posible existencia de Derecho derivado en asuntos de naturaleza jurídica laboral, tanto pertenecientes al Derecho colectivo del Trabajo como a alguno integrado en el Derecho individual del Trabajo², pues su apartado 5 afirma que «las disposiciones del presente artículo [sobre Derecho social de la Unión Europea] no se aplicarán a las remuneraciones [*sic*], al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal». No es la única ocasión en que este larguísimo y complejísimo Tratado emplea la palabra «remuneraciones» (o alguno de sus derivados semánticos, como en «trabajo remunerado»)³, resultando patente que el significado de la palabra en cuestión es del todo equivalente al de la palabra «salarios» (o sus derivados semánticos, como en «trabajo asalariado»)⁴, asimismo utilizada por el propio Tratado. Consecuentemente, la conclusión que cabría extraer de la lectura de la letra del Tratado es la de que no cabe la existencia de Derecho derivado (vía Directivas, como pretende el propio artículo 153, pero en su apartado 2), precisamente en materia de remuneraciones o salarios. Ahora bien, esta conclusión -que no es fruto de ninguna lectura apresurada o enloquecida del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino más bien todo lo contrario⁵- acaba de ser contundentemente desmentida hace sólo unos pocos meses por los poderes legislativo y ejecutivo de la Unión. En efecto, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* del pasado 25 octubre 2022 aparece publicada la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos [*sic*] adecuados en la Unión Europea.

Esta norma comunitaria contiene un infinitamente prolijo preámbulo integrado por cuarenta considerandos, acompañados por catorce notas a pie de página. De entre este cúmulo de considerandos, sólo me interesa abordar dos. En primer lugar, el considerando número 5, en el que se afirma -refiriéndose expresamente a los salarios- que «el capítulo II del pilar europeo de derechos sociales (en lo sucesivo, “pilar”), proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, establece un conjunto de principios que sirven de guía para garantizar unas condiciones de trabajo justas»⁶, teniendo en cuenta que «el principio nº 6 del pilar reafirma el derecho de los trabajadores a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno»⁷, y que «también establece que debe garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades de los trabajadores y de sus familias en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo»⁸. En segundo lugar, el considerando número 19, en el que se contiene la única referencia efectuada por el larguísimo preámbulo de la Directiva al artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (crucial, recuérdese, pues aparentemente se opone a la existencia de Directivas de la Unión Europea, regulando el asunto de las «remuneraciones»). La lectura de este considerando no tiene desperdicio, pues -haciendo bueno el dicho «*excusatio non petita, accusatio manifesta*»- procede a realizar un laborioso trabajo de encaje del contenido de la Directiva

¹ Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Sobre el «Derecho laboral Europeo», fundamental, véase MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor-Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 19 y ss.

³ Véase artículo 57, párrafo primero; o artículo 157, apartado 2, párrafo segundo, letras a) y b).

⁴ Véase artículo 49, párrafo segundo; artículo 50, apartado 2, letra d); artículo 53, apartado 1; o artículo 157, apartado 2; o artículo 173, apartado 3, párrafo segundo.

⁵ En esta línea, véase ÁLVAREZ ALONSO, D.: “Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 151, 2021, pp. 42-43.

⁶ Inciso primero.

⁷ Inciso segundo.

⁸ Inciso tercero. Sobre el «pilar» en cuestión, véase ARUFE VARELA, A.: “El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, pp. 32 y ss.

en el tenor del crucial precepto del Tratado, mediante la utilización de hasta siete «noes», que paso a reproducir acto seguido: «De conformidad con el artículo 153, apartado 5, del TFUE, la presente Directiva no pretende armonizar el nivel de los salarios mínimos en toda la Unión ni establecer ningún mecanismo uniforme para fijar los salarios mínimos. Tampoco interfiere con la libertad de los Estados miembros de establecer salarios mínimos legales ni de fomentar el acceso a la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos, de conformidad con el Derecho y los usos nacionales, y las especificidades de cada Estado miembro y con pleno respeto de las competencias nacionales y el derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios. La presente Directiva no impone a los Estados miembros en los que la formación de los salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos la obligación de introducir un salario mínimo legal, ni de declarar los convenios colectivos universalmente aplicables, y no debe interpretarse así. Asimismo, la presente Directiva no establece la cuantía de la remuneración, que entra dentro del derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios a escala nacional y es competencia de los Estados miembros».

Evidentemente, estas siete negaciones revelan un trasfondo, que es el de la existencia de un hecho jurídicamente y, sobre todo, políticamente muy relevante, que la Directiva pretende ocultar, pero que no ha pasado doctrinalmente desapercibido entre nosotros. Este hecho relevante se refiere a la República Federal de Alemania, uno de los grandes Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea, así como la mayor potencia económica de la actual Unión Europea. Como es sabido, Alemania siempre se caracterizó por carecer de un auténtico salario mínimo legal interprofesional (a diferencia de lo que ocurría en otras grandes potencias económicas europeas, como Francia o el Reino Unido), pues tradicionalmente lo que existía allí era un cúmulo de salarios mínimos sectoriales (fijados por los grandes convenios colectivos de sector), que eran consecuentemente salarios mínimos «profesionales»⁹. Esto explica que Alemania, siempre atenta a que el Derecho de la Unión Europea (regido, como se sabe, por el llamado «principio de primacía» sobre los derechos nacionales) no interfiriese en sus peculiares y arraigadas prácticas nacionales, mirase con simpatía los precedentes en los tratados fundacionales, que acabaron precipitando en el citado apartado 5 del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que, por cierto, también amparaba el peculiarísimo Derecho colectivo alemán de luchas laborales, con sus huelgas sólo sindicales y con sus cierres patronales)¹⁰. Pero esta situación mutó radicalmente cuando Alemania se animó a cambiar sus viejas tradiciones salariales por otro tipo de experiencias nuevas (eso sí, con la inestimable presión a la Sra. Angela MERKEL, muy convincente, del Partido Socialdemócrata alemán)¹¹, cabiendo fechar la mutación el día 11 agosto 2014 (tres años antes del citado pilar europeo de derechos sociales, mencionado por la Directiva), que es la fecha de la Ley federal creadora del salario mínimo legal interprofesional alemán [literalmente, Ley para la regulación de un salario mínimo general (Ley del salario mínimo)]¹², cuya

⁹ Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A.: *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, A Coruña, Netbiblo, 2009, pp. 13 y ss.

¹⁰ Sobre el tema, véase VIZCAÍNO RAMOS, I.: “El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales”, *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 3, 2022, pp. 167 y ss.

¹¹ Al respecto, véase ARUFE VARELA, A.: “La Canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre «el Contrato de Coalición» de 16 diciembre 2013”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI, 2014, pp. 19 y ss.

¹² Textualmente, «*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz)*». Sobre ella, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015, pp. 439 y ss. Tras la publicación de este artículo doctrinal, la Ley alemana ha sufrido alguna enmienda de menor entidad (por ejemplo, las relativas a concordancias de preceptos normativos), de las que se da cuenta en DÜWELL, F.J. Y SCHUBERT, J. (Ed.): *Mindestlohngesetz. Handkommentar*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 65 y ss.; y LAKIES, T.: *Mindestlohngesetz. Basiskommentar zum MiLoG*, 5ª ed., Frankfurt a.M., Bund Verlag, 2021, pp. 23 y ss.

promulgación equivalía a dar el visto bueno alemán a que las «remuneraciones» pudiesen pasar a ser, a pesar de la letra del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, objeto de la política social de esta última.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041

Los diecinueve artículos en que se distribuye el contenido de la Directiva aparecen agrupados en cuatro Capítulos. En el último de ellos (rotulado «Disposiciones finales»), consta el plazo comienzo de producción de efectos de la norma («la presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*»¹³, cosa que ocurrió el pasado 8 enero 2023), así como la fecha tope para su transposición a las legislaciones laborales nacionales («los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 15 noviembre 2024»¹⁴). Por su parte, los Capítulos I («Disposiciones generales») y III («Disposiciones horizontales») contienen preceptos interesantes, pero al mismo tiempo relativos a lo que sólo cabe calificar como obviedades (por ejemplo, «la presente Directiva se aplicará a los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en el Derecho, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»¹⁵, en el Capítulo I; o también, «los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar el establecimiento de herramientas eficaces de recogida de datos para hacer el seguimiento de la protección del salario mínimo»¹⁶, en el Capítulo III), aunque alertan sobre que hay dos grupos distintos de Estados miembros, si observados sus ordenamientos internos desde el punto de vista de la existencia o inexistencia en ellos de salarios mínimos legales interprofesionales. Este punto de vista es clave, constituyendo el armazón estructural alrededor del cual se construye, en realidad, todo el contenido de la Directiva. Desde este punto de vista, salta a un primer plano de interés el Capítulo II de la misma (rotulado «Salarios mínimos legales»), que es el Capítulo aplicable -como pone de relieve el artículo 5 de la propia Directiva, primer precepto de los cuatro ubicados en el mismo- sólo a algunos Estados miembros (como España, Portugal, Francia y, por supuesto, Alemania), pero no a otros (como es el caso claro de Italia, al que se le aplica el precepto general de la Directiva, según el cual «ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que imponga a cualquier Estado miembro ... la obligación de introducir un salario mínimo legal, cuando la formación de los salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos»¹⁷).

Prescindiendo de detalles de entidad menor (y por supuesto, también de anécdotas), el núcleo duro del Capítulo II de la Directiva está construido sobre dos categorías novedosas, la primera de las cuales se refiere al procedimiento a seguir por los Estados miembros que tengan regulado un salario mínimo legal para fijar (y mucho más frecuentemente, para actualizar) la cuantía del salario mínimo en cuestión, con una periodicidad mínima bienal (literalmente, «los Estados miembros garantizarán que la actualización periódica y oportuna de los salarios mínimos legales se lleve a cabo al menos cada dos años»¹⁸). Este procedimiento de actualización está integrado en lo esencial, a su vez, por dos

¹³ Cfr. artículo 18.

¹⁴ Cfr. artículo 17, apartado 1, párrafo primero.

¹⁵ Artículo 2.

¹⁶ Artículo 10, apartado 1.

¹⁷ Cfr. artículo 1, apartado 4, letra a).

¹⁸ Cfr. artículo 5, apartado 5. Téngase en cuenta que la Directiva autoriza la utilización de mecanismos alternativos de actualización, pues «sin perjuicio de las obligaciones establecidas en el presente artículo, los Estados miembros podrán utilizar además un mecanismo automático de ajuste de indexación de los salarios mínimos legales, basado en criterios apropiados y de conformidad con el Derecho y usos nacionales, siempre que la aplicación de ese mecanismo no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal» (*ibidem*, apartado 3). En este caso, la periodicidad mínima de la actualización es la de «al menos cada cuatro años» (*ibidem*, apartado 5).

trámites. En primer lugar, la intervención previa de un órgano consultivo independiente (se supone, que integrado por expertos), pues «cada Estado miembro designará o creará uno o varios órganos consultivos para asesorar a las autoridades competentes sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal y hará posible el funcionamiento operativo de dichos órganos»¹⁹. En segundo lugar, la apertura de un diálogo eficaz con los interlocutores sociales (se supone, que una vez evacuado su asesoramiento por los expertos citados), dado que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para implicar a los interlocutores sociales en la fijación y actualización de los salarios mínimos legales de una manera oportuna y efectiva que prevea su participación voluntaria en el diálogo a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones»²⁰. En el diseño de este procedimiento previo, resulta perceptible la influencia de la Ley alemana del salario mínimo legal de 2014, anteriormente citada, pues cabe perfectamente que los dos trámites en cuestión se fusionen en uno solo -al igual que actualmente sucede en Alemania²¹-, en cuyo caso los interlocutores sociales quedarían integrados en la correspondiente comisión consultiva asesora (literalmente, «mediante la participación [de los interlocutores sociales implicados] en los órganos consultivos a los que se refiere el artículo 5, apartado 6») ²².

La segunda categoría novedosa se refiere a la fijación de criterios objetivos de valoración de la cuantía del salario mínimo legal, que permitan calibrar -una vez aplicados- si dicho salario es o no un auténtico salario mínimo vital digno, pues los criterios valorativos en cuestión se establecen «para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza, y reducir la brecha salarial de género»²³. En Europa, el más autorizado y más conocido de tales criterios objetivos es el elaborado (interpretando y aplicando el artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea)²⁴ por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa²⁵, habiéndose puesto de relieve entre nosotros -acerca del mismo- todo lo siguiente: 1) «en la actualidad (y desde 1998), el criterio cuantitativo en cuestión es el de que “para que el salario sea justo, el salario más bajo no debería caer por debajo del salario medio nacional [*national average wage*] en un país dado”, teniendo en cuenta que el Comité ha fijado un “umbral porcentual [*percentage threshold*] (el salario neto más bajo como un porcentaje del salario medio neto), por debajo del cual no debería caer el salario más bajo”, que es “de un 60%, en vez del 68%”, fijado inicialmente por el Comité»²⁶; 2) «a propósito de la expresión

¹⁹ *Ibidem*, apartado 6.

²⁰ *Cfr.* artículo 7, párrafo primero.

²¹ Sobre la «comisión del salario mínimo [*Mindestlohnkommission*]», véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana”, *cit.*, pp. 461-463.

²² *Ibidem*.

²³ *Cfr.* artículo 5, apartado 1, inciso segundo. Sobre este último tema, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Cerrando la brecha salarial: la apuesta por la igualdad retributiva por razón de género”, en VV.AA.: *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (Dirs.), Madrid, Sepin Editorial Jurídica, 2019, pp. 173 y ss.

²⁴ Poniendo de relieve que «la fijación de un contenido esencial del derecho a una remuneración equitativa ex artículo 4 CSE tiene un carácter mínimo y no cerrado tampoco respecto a la “lista” o “enumeración” que contiene», véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021, p. 19.

²⁵ Desde una perspectiva sugerente, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A.: “La (in)aplicación de la Carta Social Europea al personal laboral al servicio del Consejo de Europa. Un estudio normativo y jurisprudencial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022, pp. 1 y ss.

²⁶ Véase TEIXEIRA ALVES, L.: *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugueses, español e italiano*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 46-47.

“valor neto [*net value*]”, que la misma significa el salario “tras deducción de cotizaciones sociales e impuestos, del salario total, en principio tanto en dinero y en especie, pagado regularmente por el empresario al trabajador por el trabajo realizado”²⁷; y 3) «si el salario más bajo en una Parte Contratante dada no cumple el umbral del 60%, pero no cae muy por debajo, el Comité no alcanzará inmediatamente una conclusión negativa, sino que pedirá al Gobierno en cuestión que le suministre prueba detallada de que el salario más bajo es suficiente para dar al trabajador un nivel de vida decente, incluso si está por debajo del 60% del salario medio neto nacional [*if it is below 60% of the national net average wage*]»²⁸. Sorpresivamente, sin embargo, el Capítulo II de la Directiva elude referirse expresamente a este criterio de autoridad, permitiendo a los Estados miembros echar mano de otros criterios de medición menos exigentes que el del «60%» del «salario medio neto» nacional²⁹. Al respecto, lo que afirma el artículo 5, apartado 4, de la Directiva es que «los Estados miembros utilizarán valores de referencia indicativos para orientar su evaluación de la adecuación de los salarios mínimos legales», teniendo en cuenta que «a tal fin, podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60% de la mediana [*sic*] salarial bruta y el 50% del salario medio bruto [*sic*], y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional»³⁰. En esto, parece que también resulta perceptible la influencia alemana, bastando indicar para sospecharlo que Alemania, desde la introducción del criterio citado del «60%» del «salario medio neto» nacional, no ha vuelto a ser declarado un Estado cumplidor de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea, por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales³¹.

3. EL IMPACTO DEL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 SOBRE LA REGULACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL CONTENIDA EN EL CÓDIGO FRANCÉS DEL TRABAJO

Una vez presentados los contenidos estructurales del Capítulo II de la Directiva, queda fuera de discusión que dicho Capítulo impactará frontalmente sobre el ordenamiento jurídico laboral francés. En materia de salario mínimo legal, Francia es uno de los Estados europeos más linajudos³², pues el salario mínimo legal interprofesional francés existe desde que fue creado en 1950, durante la IV República, por el Decreto núm. 50-1029, de 23 agosto, relativo a la «fijación del salario nacional mínimo

²⁷ *Ibidem*, p. 47.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cabe calificar incluso de mayúscula esta sorpresa, pues el preámbulo de la Directiva se refiere a la Carta Social Europea en los siguientes términos literales: «La CSE establece que todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas. Reconoce también el derecho de todos los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. También reconoce el papel de los convenios colectivos libremente concertados, así como de los medios legales de fijación del salario mínimo, para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, el derecho de sindicación de todos los trabajadores y empleadores en organizaciones locales, nacionales e internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales, y el derecho a la negociación colectiva» (considerando 4).

³⁰ *Cfr.* artículo 5, apartado 4.

³¹ Véanse Conclusiones XIII-2 (fechadas el 21 diciembre 1994), Conclusiones XIII-4 (fechadas el 30 septiembre 1996), Conclusiones XIV-2 (fechadas el 30 noviembre 1998), Conclusiones XVI-2 (fechadas el 30 junio 2004), Conclusiones XVIII-2 (fechadas el 30 junio 2006), Conclusiones XIX-3 (fechadas el 17 diciembre 2010), Conclusiones XX-3 (fechadas el 5 diciembre 2014) y Conclusiones XXI-3 (fechadas el 24 enero 2019). Toda esta documentación puede verse en la base de datos HUDOC del Consejo de Europa, en el sitio oficial en Internet del propio Consejo, ubicado en <https://www.coe.int/>.

³² Pero no en el mundo occidental, pues el salario mínimo interprofesional es una invención del genio jurídico norteamericano, apareciendo ya regulado en la Ley federal norteamericana de condiciones mínimas de trabajo (*Fair Labor Standards Act*) de 1938, promulgada gracias al tándem formado por el Presidente Franklin D. ROOSEVELT y su Ministra federal de Trabajo, Sra. Frances PERKINS. Al respecto, véase ARUFE VARELA, ALBERTO, «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial de los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2017), pp. 570 y ss.

interprofesional garantizado [*fixation du salaire national minimum interprofessionnel garanti*]]³³. Según esta norma, los trabajadores «que perciban un salario horario inferior a 64 F[rancos], recibirán de su empresario un complemento calculado de manera que ajuste el salario horario a esa cifra»³⁴, teniendo en cuenta que la cifra en cuestión «se ajusta a 78 F[rancos] en la primera zona de la región parisina»³⁵. Esta inicial fijación de dos salarios mínimos legales interprofesionales «zonales» aparece explicada en el «informe [*rapport*]», que precede al texto del Decreto y que tiene, además, un valor doctrinal muy alto. Según este documento, «la fijación del salario mínimo nacional interprofesional garantizado, considerado como mínimo social debido a todo trabajador que aporte su trabajo a una empresa, no puede tener como consecuencia el aumento automático de todos los salarios en todas las categorías profesionales, en todos los sectores industriales»³⁶, pues «además de que ello distorsionaría la voluntad del legislador, también conduciría a un aumento tal de las cargas de las empresas que provocaría un movimiento inflacionista y que la suerte de los trabajadores menos favorecidos, en lugar de mejorar, empeorase»³⁷.

En este concreto asunto, la precocidad de Francia también queda acreditada por el hecho de su temprana ratificación del Convenio núm. 131 de 1970 de la OIT, que se produjo el 28 diciembre 1972 (por cierto, Alemania todavía no ha procedido a ratificar este Convenio, en la fecha en que redactó este escrito). Frente a los viejos Convenios núm. 26 de 1928 y núm. 99 de 1951, relativos a salarios mínimos profesionales³⁸, este otro Convenio de la OIT se refiere frontalmente a los salarios mínimos interprofesionales, afirmándose en él que «todo Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique este Convenio se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema»³⁹, aclarando -para despejar todo tipo de dudas- que estos «salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza»⁴⁰. Incide incluso sobre el tema de la periodicidad, aunque flexible, de la actualización de la cuantía de los salarios mínimos interprofesionales, dado que «todo Miembro que ratifique el presente Convenio establecerá y mantendrá mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que hagan posible fijar y *ajuster de tiempo en tiempo* los salarios mínimos de los grupos de asalariados comprendidos en el sistema protegidos de conformidad con el artículo 1 del Convenio»⁴¹.

En cuanto a su regulación actual, se encuentra contenida en los artículos L 3231-1 a L 3231-12 del vigente Código francés del Trabajo (*Code du Travail*) de 2008, agrupados bajo el rótulo genérico «Salario mínimo interprofesional de crecimiento [*Salaire minimum interprofessionnel de croissance*]]»,

³³ Sobre el tema, véase GAUTÍÉ, J.: *Le salaire minimum et l'emploi*, París, Presses de Sciences Po, 2020, pp. 5 y ss.

³⁴ Cfr. Artículo 2, párrafo primero. Textualmente, «*qui percevront un salaire horaire inférieur à 64 F, recevront de leur employeur un complément calculé de façon à porter le salaire horaire à ce chiffre*».

³⁵ *Ibidem*, párrafo tercero. Textualmente, «*il est porté à 78 F pour la première zone de la région parisienne*».

³⁶ Párrafo quinto. Textualmente, «*la fixation du salaire minimum national interprofessionnel garanti, considéré comme minimum social dû à tout salarié qui apporte son travail à une entreprise, ne peut avoir comme conséquence l'augmentation automatique de tous les salaires dans toutes les catégories professionnelles, dans toutes les branches d'industries*».

³⁷ *Ibidem*. Textualmente, «*outre qu'on fausserait ainsi la pensée du législateur, on aboutirait alors à une augmentation telle des charges des entreprises qu'elle entraînerait un mouvement inflationniste et que le sort des travailleurs les moins favorisés, au lieu d'être amélioré, se trouverait aggravé*». Esta precocidad francesa provocó que tempranamente se produjeran pronunciamientos importantes de la Sala de lo Social de la Corte de Casación, a calificar de grandes casos judiciales, sobre el tema. Acerca de ellos, véase PÉLISSIER, J., LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A. Y DOCKÈS, E.: *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ª ed., París, Dalloz, 2008, pp. 281 y ss.

³⁸ Sobre ellos, véase CAMPS RUIZ, L.M.: «La protección de los salarios en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 249 y ss.

³⁹ Artículo 1, apartado 1.

⁴⁰ Cfr. artículo 2, apartado 1.

⁴¹ Artículo 4.1.

cuyo acrónimo -inmensamente popular- es el de SMIC⁴². En esta regulación, se afirma lo siguiente: 1) que «el salario mínimo de crecimiento asegura a los trabajadores cuyas remuneraciones son más débiles»⁴³, de un lado, «la garantía de su poder de compra [*la garantie de leur pouvoir d'achat*]⁴⁴, así como «una participación en el desarrollo económico de la nación [*une participation au développement économique de la nation*]⁴⁵, del otro lado; 2) que «la participación de los trabajadores en el desarrollo económico de la nación ... se asegura ... con la fijación del salario mínimo de crecimiento, cada año con efectos de 1 enero [*chaque année avec effet au 1er janvier*]⁴⁶, teniendo en cuenta que hasta 2009 se fijaba con efectos de 1 julio (esto es, el mes de celebración de la fiesta nacional francesa); y 3) que «todo trabajador cuya jornada de trabajo sea al menos igual a su duración legal semanal [esto es, 35 horas] percibe, si no es un aprendiz, una remuneración al menos igual al mínimo fijado»⁴⁷. Este cúmulo de preceptos legales no permite calibrar, sin embargo, el impacto que tendrá en Francia el Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041. Para hacerlo, resulta imprescindible acudir al desarrollo reglamentario de los preceptos legales en cuestión, contenido en la Parte Reglamentaria del propio Código del Trabajo. Lo advierte el artículo L 3231-7, según el cual «la cuantía del salario mínimo de crecimiento se fija por vía reglamentaria, al concluirse un procedimiento determinado por Decreto»⁴⁸, a examinar seguidamente.

4. EL GRADO DE CUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES, IMPUESTO POR EL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, POR PARTE DEL CÓDIGO FRANCÉS DEL TRABAJO

El recién citado «procedimiento determinado por Decreto» aparece positivizado, en sus aspectos más esenciales, en el artículo R 3231-7 del Código del Trabajo, en el que se menciona la Comisión nacional de la negociación colectiva, del empleo y de la formación profesional (*Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle*), cuya intervención es un trámite clave del procedimiento para la fijación de la cuantía del SMIC. Ahora bien, este precepto reglamentario da por sabido qué sea dicha Comisión nacional, debiéndose ello a que la misma aparece detalladamente regulada en los L 2271-1 y siguientes del propio Código del Trabajo. Si se compulsula, a su vez, el artículo L 2271-1, resulta que la Comisión nacional interviene en el procedimiento «tras haber tomado conocimiento del informe anual establecido por un grupo de expertos designado a este efecto»⁴⁹. En cuanto que órgano asimismo consultivo, este «grupo de expertos» no aparece regulado en el Código del Trabajo, ni en su parte legislativa ni tampoco en su parte reglamentaria, sino en una Ley extravagante. Se trata de la Ley núm. 2008-1258, de 3 diciembre

⁴² Sobre el tema, véase SUIPIOT, A.: *Le droit du travail*, París, Presses Universitaires de France, 2019, pp. 106 y ss.; ANTONMATTEI, P.H.: *Droit du Travail*, 2ª ed., París, LGDJ, 2022), pp. 537 y ss.; AUZERO, G., BAUGARD, D, Y DOCKÈS, E.: *Droit du travail*, 36ª ed., París, Dalloz, 2022, pp. 1515 y ss.; FAVENNEC-HÉRY, V., PIERRE-YVES Y DUCHANGE, G.: *Droit du Travail*, 8ª ed., París, LGDJ, 2022), pp. 715 y ss.; y LOKIEC, P.: *Droit du Travail*, 3ª ed., París, PUF-Themis, 2022, pp. 523 y ss.

⁴³ Artículo L 3231-2. Textualmente, «*le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles*».

⁴⁴ *Ibidem*, núm. 1º. Sobre la indexación, en cuanto que garantía del poder de compra, véanse artículos L 3231-5 y L 3231-9. Desde el punto de vista doctrinal, véase CETTE, G. Y WASMER, E.: «La revalorisation automatique du SMIC», *Revue de l'OFCE*, núm. 112, 2010, pp. 139 y ss.

⁴⁵ Artículo L 3231-2, núm. 2º.

⁴⁶ *Cfr.* Artículo L 3231-6.

⁴⁷ *Cfr.* Artículo L 3232-1. Textualmente, «*tout salarié dont l'horaire de travail est au moins égal à la durée légale hebdomadaire, perçoit, s'il n'est pas apprenti, une rémunération au moins égale au minimum fixé*».

⁴⁸ Textualmente, «*le taux du salaire minimum de croissance est fixé par voie réglementaire à l'issue d'une procédure déterminée par décrets*».

⁴⁹ *Cfr.* Núm. 5º. Textualmente, «*après avoir pris connaissance du rapport annuel établi par un groupe d'experts désigné à cet effet*».

2008, «en favor de las rentas del trabajo [*en faveur des revenus du travail*]]»⁵⁰, la cual cuenta con su propio desarrollo reglamentario, que aparece contenido en el Decreto núm. 2009-552, de 19 mayo 2009, «relativo al grupo de expertos sobre el salario mínimo de crecimiento [*relatif au group d'experts sur le salaire minimum de croissance*]]». Tras esta presentación de las fuentes reguladoras (codificadas y no codificadas) del procedimiento para la fijación de la cuantía del SMIC, paso ahora a analizar con algún detalle los dos órganos asesores que intervienen en dicho procedimiento, con carácter previo a la adopción de la correspondiente norma reglamentaria coyuntural anual por parte del Gobierno. Por supuesto, cabe anticipar que este procedimiento cumple con holgura la exigencia del Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, relativa -recuérdese- a que tienen que existir «uno o varios órganos consultivos [en el caso francés, como acaba de ponerse de relieve, son dos] para asesorar a las autoridades competentes sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal»⁵¹.

En cuanto al «grupo de expertos», aparece regulado en el artículo 24 de la citada Ley núm. 2008-1258. En este precepto, se afirma que «un grupo de expertos se pronuncia cada año sobre la evolución del salario mínimo de crecimiento»⁵², teniendo en cuenta que «un Decreto determina ... las condiciones en las que se designan los expertos ..., garantizando su independencia»⁵³. Esta norma reglamentaria es el ya citado Decreto núm. 2009-552, en el que se concreta: 1) que «se compone de cinco personalidades elegidas en razón de su competencia y de su experiencia en el campo económico y social»⁵⁴, los cuales se «nombran por Orden del Primer Ministro, a propuesta de los ministros competentes en materia de trabajo, empleo y economía»⁵⁵; 2) que «el mandato de los miembros tiene una duración de cuatro años, y no es revocable»⁵⁶; y 3) que «en el ejercicio de las actividades del grupo de expertos, sus miembros no pueden solicitar ni aceptar instrucción de ninguna autoridad»⁵⁷, teniendo en cuenta que «están sujetos a secreto sobre los debates en los que han participado y sobre las informaciones a las que han tenido acceso en el marco de sus trabajos»⁵⁸. Según la Ley y el Decreto, el informe elaborado por este «grupo de expertos», a efectos de garantizar la mayor transparencia posible, «se hace público»⁵⁹, remitiéndose simultáneamente «al Gobierno y a la Comisión nacional de la negociación colectiva, del empleo y de la formación profesional, a más tardar quince días antes de la fecha de reunión de la Comisión nacional»⁶⁰, teniendo en cuenta que el Gobierno puede efectuar observaciones a este informe e, incluso, separarse de él⁶¹. En este último caso, «el Gobierno motiva por escrito estas diferencias ante la Comisión nacional de la negociación colectiva»⁶²

⁵⁰ Sobre el tema, véase CONCIALDI, P.: «Le salaire minimum en France: historique et débats», *La Revue de l'Ires*, núm. 100, 2020, pp. 158 y ss.

⁵¹ Véase *supra*, epígrafe 2, párrafo segundo.

⁵² Apartado I, párrafo primero. Textualmente, «un groupe d'experts se prononce chaque année sur l'évolution du salaire minimum de croissance».

⁵³ *Ibidem*, párrafo cuarto. Textualmente, «un décret détermine ... les conditions dans lesquelles sont désignés les experts ..., garantissant leur indépendance».

⁵⁴ Cfr. Artículo 1, inciso primero. Textualmente, «est composé de cinq personnalités choisies à raison de leur compétence et de leur expérience dans le domaine économique et social».

⁵⁵ *Ibidem*. Textualmente, «nommées par arrêté du Premier ministre sur proposition des ministres chargés du travail, de l'emploi et de l'économie».

⁵⁶ Artículo 2, inciso primero. Textualmente, «le mandat des membres est d'une durée de quatre ans et n'est pas révocable».

⁵⁷ Artículo 4, párrafo primero. Textualmente, «dans l'exercice des activités du groupe d'experts, ses membres ne peuvent solliciter ni accepter d'instruction d'aucune autorité».

⁵⁸ *Ibidem*, párrafo segundo. Textualmente, «ils sont tenus au secret sur les débats auxquels ils ont participé et sur les informations auxquelles ils ont eu accès dans le cadre de leurs travaux».

⁵⁹ Cfr. Artículo 24, apartado I, párrafo segundo, inciso segundo, de la Ley. Textualmente, «il est rendu public».

⁶⁰ Cfr. artículo 3 del Decreto. Textualmente, «au Gouvernement et à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard quinze jours avant la date de la réunion de la Commission nationale».

⁶¹ Cfr. artículo 24, apartado I, párrafo tercero, inciso segundo.

⁶² *Ibidem*. Textualmente, «le Gouvernement motive par écrit ces différences auprès de la Commission nationale de la négociation collective».

Esta última se encuentra regulada en la Parte Reglamentaria del Código del Trabajo, afirmando su artículo R 2272-1 que se compone de tres ministros (actuando el competente en materia de Trabajo como presidente) más «el presidente de la sección social del Consejo de Estado», así como de «seis representantes de las organizaciones de empresarios y de diez representantes titulares de las organizaciones sindicales de trabajadores, representativas a nivel nacional interprofesional [*représentatives au niveau national interprofessionnel*]⁶³, aclarando el artículo R 2272 que los diez representantes sindicales corresponden a la Confederación General del Trabajo (CGT), a la Confederación Francesa Democrática del Trabajo (CFDT), a la Confederación General del Trabajo-Fuerza Obrera (CGT-FO), a la Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos (CFTC) y a la Confederación Francesa Marco de la Confederación General de Cuadros, a razón de dos miembros por cada una de dichas cinco confederaciones sindicales⁶⁴. Acerca de sus competencias en el procedimiento para la cuantificación del SMIC, el artículo R 3231-7 afirma que «recibe en tiempo útil, del Gobierno, un análisis de las cuentas económicas de la nación y un informe [elaborado por el citado “grupo de expertos”] sobre las condiciones económicas generales»⁶⁵; y además, tras ello, que «delibera sobre estos elementos y, teniendo en cuenta las modificaciones ya producidas a lo largo del año, transmite al Gobierno un parecer motivado acompañado de un informe en el que se relate, si es el caso, la posición de la mayoría y la de las minorías»⁶⁶. Con la cumplimentación de este trámite procedimental, queda expedita la vía para que el Gobierno fije la cuantía del SMIC en el año de que se trate (recuérdese, con efectos de 1 enero, como regla) por medio de un Decreto, al que me referiré más abajo.

5. LA FALTA DE ESTÁNDARES PARA LA MEDICIÓN DEL CARÁCTER MÍNIMO VITAL DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL, IMPUESTOS POR EL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, EN EL CÓDIGO FRANCÉS DEL TRABAJO

Como antes se indicó, el Capítulo II de la Directiva prevé que las legislaciones nacionales de los Estados miembros dotados de un salario mínimo legal fijen criterios objetivos de valoración de la cuantía de dicho salario «para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza, y reducir la brecha salarial de género»⁶⁷, ofreciendo al respecto una panoplia de tales criterios donde poder elegir (recuérdese, «a tal fin, podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60% de la mediana salarial bruta y el 50% del salario medio bruto, y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional») ⁶⁸. Pues bien, al proceder a regular el SMIC, el Código francés del Trabajo no hace mención de ningún concreto criterio valorativo como los mencionados por la Directiva, por lo que resulta evidente que dicha regulación francesa codificada tendrá que enmendarse, dentro del plazo de transposición impuesto por la Directiva, también anteriormente mencionado⁶⁹. Téngase en cuenta, sin embargo, que Francia es Estado fundador del Consejo de Europa, comprometido con el cumplimiento de la Carta Social Europea desde que esta última entró en vigor (y por ello mismo, un país comprometido con

⁶³ Acerca de todo ello, véase el apartado I del precepto.

⁶⁴ Según el artículo R 2272-3, por lo que respecta a los seis representantes patronales, dos corresponden al Movimiento de las Empresas de Francia (MEDEF), dos a la Confederación de Pequeñas y Medianas Empresas (CPME) y los dos restantes a la Unión de las Empresas de Proximidad (U2P).

⁶⁵ Núm. 1º. Textualmente, *«reçoit en temps utile, du Gouvernement, une analyse des comptes économiques de la nation et un rapport sur les conditions économiques générales»*.

⁶⁶ Núm. 2º. Textualmente, *«délibère sur ces éléments et, compte tenu des modifications déjà intervenues en cours d'année, transmet au Gouvernement un avis motivé accompagné d'un rapport relatant, s'il y a lieu, la position de la majorité et celle des minorités»*.

⁶⁷ Véase *supra*, epígrafe 2, párrafo tercero.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo primero.

el cumplimiento del criterio objetivo de medición del «60% del salario medio neto», fijado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, a que también me referí antes)⁷⁰. Lógicamente, una conjetura acerca de si Francia se animará a positivizar en su Código del Trabajo este riguroso listón del Consejo de Europa o si, por el contrario, se acogerá a los más livianos mencionados por el Capítulo II de la Directiva, que es lo que presumiblemente acabará ocurriendo en Alemania⁷¹, exige calibrar el grado de cumplimiento por Francia del artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea. Paso a efectuar a continuación este tipo de análisis, sobre la base de la información sobre Francia ofrecida por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Tradicionalmente, Francia ha sido un Estado cumplidor de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea. Antes de la introducción del euro, el órgano de control del cumplimiento de la Carta le adjudicó «conclusiones» de cumplimiento del precepto en cuestión, en el período de 1 enero 1980 a 31 diciembre 1981 («Francia cumple esta disposición de la Carta [*France complies with this provision of the Charter*])⁷², en el período de 1 enero 1982 a 31 diciembre 1984 («Francia continúa cumpliendo sus obligaciones derivadas del artículo 4, apartado 1, de la Carta [*France continued to fulfil its obligations under Article 4, paragraph 1 of the Charter*])⁷³, en el período de 1 enero 1985 a 31 diciembre 1986 («Francia continuó cumpliendo esta disposición de la Carta [*France continued to comply with this provision of the Charter*])⁷⁴, así como en el período de 1 enero 1987 a 31 diciembre 1988 («Concluyó, por eso, que Francia continuaba cumpliendo esta disposición de la Carta [*It therefore concluded that France continued to comply with this provision of the Charter*])⁷⁵. Tras la introducción del euro y su consecuente escalada de precios, el Comité Europeo de Derechos Sociales volvió a adjudicarle a Francia una valoración positiva en las «conclusiones» correspondientes al período de 1 enero 2001 a 31 diciembre 2004 («El Comité concluye que la situación de Francia está en conformidad con el artículo 4§1 de la Carta Revisada [*The Committee concludes that the situation in France is in conformity with Article 4§1 of the Revised Charter*])⁷⁶, así como en las relativas al período 1 enero 2005 a 31 diciembre 2008 («El Comité concluye que la situación de Francia está en conformidad con el artículo 4§1 de la Carta Revisada [*The Committee concludes that the situation in France is in conformity with Article 4§1 of the Revised Charter*])⁷⁷. Esta última valoración posee una autoridad especial, pues tiene en cuenta las modificaciones operadas en el Código francés del Trabajo en 2008, que fijaron, prácticamente en su integridad, el régimen legal y reglamentario del SMIC vigente a día de hoy en Francia. A este respecto, lo que el Comité subrayaba, de un lado, es que «la primera enmienda afectaba a la creación de un grupo de expertos cuya tarea es entregar informes anuales al Gobierno sobre la evolución del SMIC»⁷⁸; y de otro lado, «en segundo lugar, que a 1 enero 2010 el período de ajuste anual del SMIC se cambió de 1 julio a 1 enero»⁷⁹, teniendo en cuenta que «el objetivo de este cambio era facilitar a los interlocutores sociales la negociación de convenios colectivos sectoriales, lo que normalmente tiene lugar al comienzo del año, para tener sus salarios mínimos negociados en línea con el SMIC»⁸⁰.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo tercero.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Véase Conclusiones VIII (fechadas el 31 enero 1984).

⁷³ Véase Conclusiones IX-2 (fechadas el 30 junio 1986).

⁷⁴ Véase Conclusiones X-2 (fechadas el 30 junio 1988).

⁷⁵ Véase Conclusiones XI-2 (fechadas el 30 septiembre 1990).

⁷⁶ Véase Conclusiones 2007 (fechadas el 31 octubre 2007).

⁷⁷ Véase Conclusiones 2010 (fechadas el 14 diciembre 2010).

⁷⁸ *Ibidem*, Conclusión relativa al artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, inciso primero. Textualmente, «*The first amendment involved the creation of a group of experts whose task is to deliver annual reports to the Government on the evolution of the SMIC*».

⁷⁹ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Secondly, as of 1 January 2010 the timing of annual adjustment of the SMIC was moved from 1 July to 1 January*».

⁸⁰ *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*The aim of this change was to make it easier for social partners negotiating sectoral collective agreements, which normally takes place at the beginning of the year, to bring their negotiated*

La última valoración sobre Francia hecha pública por el Comité Europeo de Derechos Sociales se refiere al período de 1 enero 2009 a 31 diciembre 2012⁸¹. Lo que hace el Comité es posponer su juicio valorativo, a la espera de que el Gobierno francés le suministre información adicional («pendiente de recibir la información solicitada, el Comité pospone su conclusión»)⁸², sobre la base de que el SMIC vigente en Francia en ese período llegó a ascender hasta a 9,40 euros por hora, equivalentes a 1.425, 67 euros mensuales. Evidentemente, todo esto queda distante, sobre todo si se tiene en cuenta que las economías de la «zona euro» se encuentran actualmente condicionadas no sólo por el impacto que supuso el estallido de la pandemia del coronavirus, sino también y sobre todo por el impacto derivado de la guerra de Ucrania. Con este trasfondo, la última actualización de la cuantía del SMIC ha sido operada por Decreto núm. 2022-1608, de 22 diciembre 2022, relativo al incremento del salario mínimo de crecimiento, según el cual «a contar desde 1 enero 2023 ..., la cuantía del salario mínimo de crecimiento ... se eleva a 11,27 euros por hora»⁸³, equivalentes a 1.709,28 euros mensuales. Como se ve, hay una diferencia de casi 300 euros mensuales entre el SMIC a día de hoy vigente en Francia y el último tenido en cuenta por el Comité Europeo de Derechos Sociales con su valoración *stand-by*. La ejecutoria de cumplimiento por Francia del artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea es notable, y desde luego mucho mejor que la ejecutoria de cumplimiento alemana a que antes me referí (que es, más bien, una ejecutoria de tradicional incumplimiento del precepto en cuestión de la Carta). En mi opinión, Francia tendría más fácil que Alemania llegar a positivizar en su legislación nacional el criterio más exigente de cumplimiento creado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, aunque tampoco es descartable la posibilidad de que acabe acogándose, como con relativa seguridad hará Alemania, a los criterios de medición más fáciles de cumplir impuestos por el Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041.

6. LA PROBLEMÁTICA ESPAÑOLA DEL CUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES, IMPUESTO POR EL CAPÍTULO II DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041, INEXISTENTE EN FRANCIA

Frente a los doce preceptos legales, más su desarrollo reglamentario, reguladores del SMIC en el Código francés del Trabajo (por no citar los veinticuatro párrafos que integran la Ley alemana del salario mínimo legal de 2014, anteriormente citada)⁸⁴, el régimen jurídico del salario mínimo legal español está integrado por un solo precepto, de contenido más bien escueto, que es el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores (rotulado «Salario mínimo interprofesional»)⁸⁵. Se trata de un precepto notable, pues a pesar de todos los sismos políticos, económicos y jurídicos padecidos por España a lo largo de estos últimos cuarenta y tres años, ha revelado ser un precepto rigurosamente antisísmico, pues ya contaba con exactamente el mismo contenido (y además, con la misma numeración cardinal) en la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Como se puso de relieve doctrinalmente en su día por nuestra doctrina científica laboralista más autorizada, «procede el precepto del artículo

wage minima in line with the SMIC».

⁸¹ Véase Conclusiones 2014 (fechadas el 5 diciembre 2014).

⁸² Textualmente, «*Pending receipt of the requested information, the Committee defers its conclusion*».

⁸³ Cfr. artículo 1. Textualmente, «*A compter du 1er janvier 2023 ..., le montant du salaire minimum de croissance ... est porté à 11,27 euros l'heure*».

⁸⁴ Véase *supra*, epígrafe 1, párrafo tercero.

⁸⁵ Sobre dicho precepto, véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Salario mínimo interprofesional», en VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), tomo VI, artículos 26 a 33, Madrid, EDERSA, 1982, pp. 67 y ss.; VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 1998, pp. 321 y ss.; y PÉREZ DEL PRADO, D.: «Artículo 27. Salario mínimo interprofesional», en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, CRUZ VILLALÓN J.P., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), 4ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2016, pp. 370 y ss. Véase también, destacando su problemática de cara al futuro, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 6, 2022, pp. 49 y ss.

28.1 L[ey de]R[elaciones]L[aborales de 1976], que a su vez consolidó la práctica de fijación de salarios mínimos profesionales que iniciara el Decreto 55/1963, de 17 de enero»⁸⁶, aunque -continúa- «novedad es la necesidad de consulta previa a las asociaciones más representativas de trabajadores y empresarios y la precisión de los factores que deben tenerse en cuenta para la fijación anual»⁸⁷, así como su tenor «modernizando la terminología [jurídico procesal de entonces], puesto que la L[ey de]E[njuiciamiento]C[ivil de 1881] hablaba de “salario mínimo legal”»⁸⁸, como hace ahora -por paradójico que pueda resultar- la Directiva (UE) 2022/2041. Evidentemente, este anticuado precepto legal no se ajusta en absoluto a las exigencias procedimentales impuestas por el Capítulo II de dicha Directiva (que sí cumplen en Francia, en cambio) los preceptos del Código francés del Trabajo, a que antes hice referencia⁸⁹. Lo prueba el impacto del precepto sobre nuestro ordenamiento jurídico, a que voy a referirme acto seguido, teniendo en cuenta que se trata de un impacto directo y frontal, pues el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, a diferencia de lo que sucede con la normativa legal francesa sobre el SMIC, carece de todo desarrollo reglamentario estructural.

Como antes puse de relieve, el Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041 exige la actuación de uno o varios órganos consultivos, previa a la fijación por el Gobierno de la cuantía del salario mínimo legal. Nada de esto se prevé en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, aunque es cierto que fácticamente existe una llamada «Comisión Asesora que fijará el objetivo de que el SMI alcance el 60% del salario medio español». Esta Comisión carece de régimen jurídico formal, pues todo lo que se sabe de ella aparece publicitado en el portal en Internet del Gobierno de la Nación, a través de una «Nota de prensa», que ni hace falta decir es un escrito carente del rango de verdadera fuente del Derecho. En este anuncio, se afirma que la Comisión Asesora en cuestión se constituyó «para cumplir los compromisos asumidos en el Acuerdo de Gobierno y desarrollar, a su vez, los firmados por el Gobierno y los agentes sociales»⁹⁰. Se anuncia, además, que «la relación de personas expertas que componen esta Comisión Asesora, que ha sido constituida por el secretario de Estado de Empleo, Joaquín Pérez Rey, es»⁹¹ la que se indica en el propio anuncio, integrada por cuatro catedráticos de Economía, un «exprofesor asociado», así como por la integrante de un Departamento universitario de Sociología, todos ellos en concepto de «profesionales académicos»⁹²; por una representante de UGT y un representante de CCOO, así como una representante de CEOE y un representante de CEPYME, en concepto de «agentes sociales»⁹³; y por último, por un asesor del Gabinete de la Ministra de Trabajo, por un asesor del Gabinete de la Ministra de Hacienda, así como por un Director General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en concepto de «personas designadas por los Ministerios»⁹⁴. Si se quiere cumplir con el Capítulo II de la Directiva, habría que elevar el contenido de esta «Nota de prensa» al rango de Derecho positivo, previa modificación del Estatuto de los Trabajadores, pero con aditamentos que constan por ejemplo en la regulación legal y reglamentaria del SMIC francés, a propósito de la actuación del «grupo de expertos» francés (duración del mandato, garantía de independencia, garantía de publicidad y transparencia de sus actuaciones, etc.)⁹⁵. Además, en lo tocante a los «agentes sociales» de que habla el anuncio, habría que modificar igualmente el texto del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, resultando ocioso recordar que en España tenemos hasta tres centrales sindicales más representativas a nivel autonómico, amparadas por el tenor del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores (que habla,

⁸⁶ Véase ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Madrid, Civitas, 1980, p. 97.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Véase *supra*, epígrafe 4.

⁹⁰ *Cfr.* p. 1 de la «Nota de prensa».

⁹¹ *Ibidem*, p. 2.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, p. 3.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Véase *supra*, epígrafe 4, párrafo segundo.

sin más, de «organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas»), pero no por el contenido de la «Nota de prensa».

Por lo demás, la exigencia actual del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, relativa a la «previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas» tampoco casa con la exigencia procedimental del Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, relativa a que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para implicar a los interlocutores sociales en la fijación y actualización de los salarios mínimos legales de una manera oportuna y efectiva que prevea su participación voluntaria en el diálogo a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones»⁹⁶. Lo prueban contundentemente dos Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 octubre 2015⁹⁷, relativas a la impugnación del Real Decreto 1460/2013, por el que se fijó el salario mínimo interprofesional para 2014, habiendo planteado una de las impugnaciones la Confederación Intersindical Galega (CIG), y la otra la Confederación Sindical Eusko Langileen Alkartasuna (ELA). En ambos casos, se desestimaron los recursos contencioso-administrativos interpuestos por dichas dos centrales sindicales más representativas a nivel autonómico, confirmando que el Gobierno de la Nación había cumplido la letra del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, a pesar de que se había limitado a enviar sendos e-mails «apenas unas horas» antes⁹⁸, a pesar de que luego coincidiese al pie de la letra «el texto publicado [en el BOE] con el borrador remitido [por e-mail]»⁹⁹, pues había que tener en cuenta que de la legislación aplicable no se deducía «que las sugerencias derivadas de la consulta deban atenderse»¹⁰⁰. Evidentemente, el grado de discrecionalidad del Gobierno al cumplir el tenor del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, cabiendo hablar de un grado de cumplimiento mínimo y meramente formal, como el detectado por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, no casa en absoluto con las exigencias procedimentales del Capítulo II de la Directiva. En este concreto punto, resulta patente que habrá que modificar el tenor del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, blindando -como quiere la Directiva- que el grado de cumplimiento de la consulta previa a los interlocutores sociales más representativos se ubique en un nivel de cumplimiento máximo y no sólo meramente formal, sino materialmente real.

7. UNA CONJETURA SOBRE EL POSIBLE RECHAZO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE LOS CRITERIOS DE MEDICIÓN DEL CARÁCTER MÍNIMO VITAL DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL UTILIZADOS POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Al igual que los preceptos legales y reglamentarios reguladores del SMIC francés, codificados o no codificados, el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores tampoco contiene ninguna referencia a criterios objetivos que permitan valorar la dignidad de la cuantía del SMI, como los del elenco que menciona el Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041 (recuérdese, «a tal fin, podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60% de la mediana salarial bruta y el 50% del salario medio bruto, y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional»)¹⁰¹. Consecuentemente, también en este concreto punto, resultará inevitable la enmienda del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de incorporar a nuestro Derecho interno lo dispuesto por el Capítulo en cuestión de la Directiva. Por lo demás, también al igual que sucede en Francia, nuestro país es un Estado asimismo obligado a cumplir el contenido de lo dispuesto por el artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea y, consecuentemente, un Estado sujeto al control

⁹⁶ Véase *supra*, epígrafe 2, párrafo segundo.

⁹⁷ Recurso núm. 207/2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2015/5583) y recurso núm. 187/2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2015/5904).

⁹⁸ *Cfr.* Antecedente de Hecho tercero de ambas Sentencias.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Cfr.* Fundamento de Derecho duodécimo, y Fundamento de Derecho decimotercero, respectivamente.

¹⁰¹ Véase *supra*, epígrafe 2, párrafo tercero.

periódico de cumplimiento del mismo por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales. Frente al lento proceso de incremento de la cuantía de nuestro SMIC hasta el año 2004, dicho proceso se aceleró con la promulgación del Real Decreto-ley 3/2004, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, fruto -respecto del SMI- «de una estrategia que está orientada a dignificar su cuantía, a recuperar su función estrictamente laboral y a desvincularlo de otros efectos o finalidades distintas»¹⁰², por lo que creaba «un indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para su utilización como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinados beneficios, prestaciones o servicios públicos, que sustituirá al SMI en esta función»¹⁰³. Ahora bien, a pesar de los notables incrementos subsiguientes a dicha fecha en la cuantía del SMI (con algún paréntesis, provocado por la crisis económica global), la ejecutoria de cumplimiento de la Carta Social Europea de nuestro país nada tiene que ver con la de Francia, pues desde el año 1980 sólo cabe anotar en su haber una solitaria y única valoración positiva, que se produjo hace ahora más de treinta y cinco años, durante el período comprendido entre 1 enero 1982 y 31 diciembre 1984 (literalmente, «Pendiente esta información ..., el Comité sólo fue capaz de concluir provisionalmente que la situación [de España] estaba en línea con lo exigido por el artículo 4, apartado 1, de la Carta [*Pending this information ..., the Committee was only able to conclude provisionally that the situation was in line with the requirement of article 4, paragraph 1 of the Charter*])»¹⁰⁴.

Siempre respecto de nuestro país, el último control de cumplimiento del precepto en cuestión de la Carta Social Europea, con la valoración negativa tradicional, corresponde al período comprendido entre 1 enero 2013 y 31 diciembre 2016, aunque se hicieron públicas tres años después (literalmente, «el Comité concluye que la situación de España es de no conformidad con el artículo 4§1 de la Carta de 1961, sobre la base de que [*the Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with Article 4§1 of the 1961 Charter on the grounds that*]), de un lado, «el salario mínimo para los trabajadores del sector privado no asegura un nivel de vida decente [*the minimum wage for workers in the private sector does not secure a decent standard of living*]; y de otro lado, «el salario mínimo para el personal contratado en el empleo público no asegura un nivel de vida decente [*the minimum wage for contractual staff in the civil service does not secure a decent standard of life*])»¹⁰⁵, teniendo a la vista el dato de que el SMI «fue elevado a € 655,20 (€ 9172,80 en 14 pagas) en 2016, por el Real Decreto 1171/2015, de 29 diciembre»¹⁰⁶. Es claro que el próximo procedimiento de control, que cubrirá hasta el año 2020, merecerá igualmente una valoración negativa. Lo reconoce, al modo de una confesión (que, como se sabe, hace prueba plena), el Real Decreto 231/2020, de 4 febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 («en 950 euros/mes», de nuevo en 14 pagas), pues su preámbulo afirma que «el citado incremento tiene por objeto hacer efectivo el derecho a una remuneración equitativa y suficiente que les proporcione a los trabajadores y a sus familias un nivel de vida decoroso, en línea con lo establecido por el Comité Europeo de Derechos Sociales que ha interpretado que dicho umbral se sitúa en el 60% del salario medio de los trabajadores»¹⁰⁷, pero concluyendo -aquí está la confesión- que «elevar el salario mínimo interprofesional a 950 euros mensuales nos acerca [*sic*] a dicha interpretación»¹⁰⁸.

Para el año en curso, acaba de promulgarse el Real Decreto 99/2023, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023. Su preámbulo destaca que «las nuevas cuantías representan un incremento del 8 por ciento respecto de las previstas en el Real Decreto 152/2022,

¹⁰² Cfr. preámbulo, apartado IV, párrafo primero.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafo cuarto.

¹⁰⁴ Véase Conclusiones IX-2 (fechadas el 30 junio 1986).

¹⁰⁵ Véase Conclusiones XXI-3 (fechadas el 24 enero 2019).

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹⁰⁷ Párrafo quinto, inciso primero.

¹⁰⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022»¹⁰⁹, poniendo de relieve que dicho incremento se efectúa «de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional»¹¹⁰, aunque silenciando que su elaboración haya sido fruto del «diálogo social», del que sí fue fruto, en cambio, el Real Decreto inmediatamente precedente, para el año 2022¹¹¹. Con este incremento de «1080 euros/mes» en catorce pagas, el propio preámbulo pone de relieve un hito, pues «se culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, dando cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea y satisfaciendo el compromiso adquirido por el Gobierno de alcanzar la equivalencia al término de la actual legislatura»¹¹². Por supuesto, habrá que esperar hasta el año 2027, al efecto de comprobar si esta afirmación gubernamental resulta avalada y certificada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, especialmente teniendo en cuenta que el citado informe de 2021 de la Comisión Asesora de expertos para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional puso de relieve las dificultades con que se tropezó a la hora de determinar qué debía o no entenderse por salario medio neto nacional español¹¹³. Evidentemente, este hito reciente podría llegar a condicionar las enmiendas que necesariamente tendrá que padecer el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores para transponer el Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, aunque quizá lo más políticamente prudente sería dejar que el criterio valorativo del Comité Europeo de Derechos Sociales marchase por su lado, como hasta ahora ha venido ocurriendo, para positivizar en el Estatuto de los Trabajadores los criterios objetivos de más fácil cumplimiento apuntados por la Directiva.

8. EPÍLOGO CONCLUSIVO

Es claro que la revolución -desde el punto de vista del Derecho originario, formalizado en el apartado 5 del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- que implica la promulgación de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (a transponerse «a más tardar el 15 de noviembre de 2024»), impactará frontalmente sobre la regulación francesa del SMIC, contenida -en lo esencial- en los artículos L 3231-1 a L 3231-12 del Código del Trabajo de 2008, así como en la regulación española del SMI, contenida en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores. En lo tocante al Capítulo II de la Directiva, su impacto sobre el Derecho francés cabe calificarlo de medio-bajo, pues el Código francés del Trabajo cumple a la perfección las exigencias de dicho Capítulo, relativas al procedimiento previo para que el Gobierno actualice la cuantía del SMIC (al actuar allí dos órganos de asesoramiento previos, impecablemente regulados en el Código del Trabajo, que garantizan que el diálogo con los interlocutores sociales representativos sea, a la vez, continuado y eficaz, como la Directiva requiere), aunque tendrá que ser enmendado, para así atender la exigencia del propio Capítulo II de la Directiva de que exista un criterio objetivo de medición del carácter vital del salario mínimo legal (recuérdese, «a tal fin, podrán utilizar [los Estados miembros dotados de un salario mínimo legal] valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60% de la mediana salarial bruta y el 50% del salario medio bruto, y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional»), habiendo y o

¹⁰⁹ Cfr. párrafo segundo.

¹¹⁰ Cfr. párrafo quinto.

¹¹¹ Cfr. párrafo segundo.

¹¹² Cfr. párrafo quinto.

¹¹³ En «II informe de la Comisión Asesora para el Análisis del SMI», fechado el «7 de diciembre de 2022» (puede manejarse su texto a través del sitio oficial en Internet del Gobierno de la Nación, ubicado en <https://www.lamoncloa.gob.es>, con acceso directo en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/191222-Informe-SMI-2023.pdf>), se afirma lo siguiente: «Aunque la comisión, en su informe de 2021 señaló repetida e insistentemente la necesidad de mejorar las fuentes estadísticas disponibles para poder hacer un seguimiento en tiempo real, o por lo menos con un menor retraso temporal, de la evolución salarial. Lo cierto es que, transcurrido un año la comisión se enfrenta a los mismos problemas de insuficiencia de información salarial para estimar el salario medio neto correspondiente a 2022» (p. 13).

conjeturado que Francia tendría fácil llegar a positivizar en su legislación nacional el criterio más exigente de cumplimiento creado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (recuérdese, el «60% del salario medio neto» nacional), pues Francia es un Estado tradicionalmente cumplidor de este criterio (lo declaró el Comité Europeo de Derechos Sociales hasta en seis ocasiones), aunque tampoco sería descartable que se acogiese a los criterios, de mucho más fácil cumplimiento, mencionados por la Directiva. En cambio, el impacto sobre el Derecho español del Capítulo II de la Directiva sólo puede ser calificado de alto, pues el artículo 27 de nuestro Estatuto de los Trabajadores ni se ajusta al procedimiento de diálogo social requerido por la Directiva ni tampoco contiene ningún criterio objetivo de medición del carácter vital de nuestro SMI, habiendo conjeturado yo que el Estado español haría bien en eludir la positivación del criterio de cumplimiento elaborado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, pues España es un Estado tradicionalmente incumplidor, hasta tiempos bien recientes, de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Madrid, Civitas, 1980.
- ÁLVAREZ ALONSO, D.: “Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 151, 2021.
- ANTONMATTEI, P.H.: *Droit du Travail*, 2ª ed., París, LGDJ, 2022.
- ARUFE VARELA, A.: “El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- ARUFE VARELA, A.: “La Canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre «el Contrato de Coalición» de 16 diciembre 2013”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI, 2014.
- ARUFE VARELA, A.: “Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial de los Estados Unidos”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.
- AUZERO, G., BAUGARD, D. y DOCKÉS, E.: *Droit du travail*, 36ª ed., París, Dalloz, 2022.
- CAMPS RUIZ, L.N.: “La protección de los salarios en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- CETTE, G. y WASMER, E.: “La revalorisation automatique du SMIC”, *Revue de l’OFCE*, núm. 112, 2010.
- CONCIALDI, P.: “Le salaire minimum en France: historique et débats”, *La Revue de l’Ires*, núm. 100, 2020.
- DÜWELL, F.J. y SCHUBERT, J. (Ed.): *Mindestlohngesetz. Handkommentar*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.
- FAVENNEC-HÉRY, V., PIERRE-YVES y DUCHANGE, G.: *Droit du Travail*, 8ª ed., París, LGDJ, 2022.
- GAUTIÉ, J.: *Le salaire minimum et l’emploi*, París, Presses de Sciences Po, 2020.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 6, 2022.
- LAKIES, T.: *Mindestlohngesetz. Basiskommentar zum MiLoG*, 5ª ed., Frankfurt a.M., Bund Verlag, 2021.
- LOKIEC, P.: *Droit du Travail*, 3ª ed., París, PUF-Themis, 2022.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: “La (in)aplicación de la Carta Social Europea al personal laboral al servicio del Consejo de Europa. Un estudio normativo y jurisprudencial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, A Coruña, Netbiblo, 2009.

- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La nueva ley alemana reguladora del salario mínimo general. Comentario, estudio contextualizador y traducción castellana”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor-Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021.
- PÉLISSIER, J., LYON-CAEN, A., JEAMMAUD, A. y DOCKÈS, E.: *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ª ed., París, Dalloz, 2008.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “Artículo 27. Salario mínimo interprofesional”, en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), 4ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Cerrando la brecha salarial: la apuesta por la igualdad retributiva por razón de género”, en VV.AA.: *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y DE MARTÍNEZ BARROSO, M. R. (Dir.), Madrid, Sepin Editorial Jurídica, 2019.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Salario mínimo interprofesional”, en VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo VI, artículos 26 a 33*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Madrid, EDERSA, 1982.
- SUPIOT, A.: *Le droit du travail*, París, Presses Universitaires de France, 2019.
- TEIXEIRA ALVES, L.: *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Barcelona, Atelier, 2014.
- VIZCAÍNO RAMOS, I.: “El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales”, *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 3, 2022.
- VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 1998.

Economía,
Sociología e
Historia de las
Relaciones de
Trabajo y del
Estado Social

LABORUM

¿Reforma o Nuevo modelo legal de planes de pensiones de empleo en la lógica garantista del Estado Social de Derecho? La Ley 12/2022: Fortalezas y límites en la teoría y en la práctica

Reform or new legal model of occupational pension plans in the guaranteeing logic of the Social Rule of Law? Law 12/2022: Strengths and limits in theory and practice

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

ENRIQUE MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ *Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.*
Consejero del Consejo Económico y Social de España, en representación de CC.OO.
 <https://orcid.org/0000-0002-0546-0335>

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. «¿Reforma o Nuevo modelo legal de planes de pensiones de empleo en la lógica garantista del Estado Social de Derecho? La Ley 12/2022: Fortalezas y límites en la teoría y en la práctica». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 6 (2023): 165-204.

Resumen

El proceso de reforma del modelo legal de pensiones complementarias privadas no sólo está enmarcado y condicionado por la última revisión y actualización del proceso político jurídico del “Pacto de Toledo” (a su vez necesariamente respetuoso con las previsiones constitucionales ex artículos 41, 50, 93 a 96, en relación con la cláusula de apertura constitucional establecida imperativamente en el artículo 10.2 de la propia Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico), sino que también se encuentra fuertemente condicionado “políticamente” (sin adjetivos) por los compromisos contraídos por el Gobierno español con la Unión Europea en el conocido Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (“Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”), en particular con el Componente 30.R5, relativo a la “Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones”. Se parte del hecho de que hasta ahora, los sistemas complementarios de pensiones han tenido principalmente un carácter individual, con poco éxito en su modalidad de empresa, poco impacto macroeconómico en la incentivación del ahorro a largo plazo y, además, un alto coste fiscal con resultados regresivos. Mediante este proceso de reforma legislativa se pretende revisar el marco regulador del sistema de pensiones complementarias con el fin de impulsar los planes de pensiones de empleo en el ámbito de la negociación colectiva.

Abstract

The process of reforming the legal model of private supplementary pensions is not only framed and conditioned by the latest revision and updating of the legal political process of the “Toledo Pact” (in turn necessarily respectful of the constitutional provisions ex Articles 41, 50, 93 to 96, in relation to the constitutional opening clause imperatively established in Article 10.2 of the Fundamental Rule of our legal system), but it is also strongly conditioned “politically” (without adjectives) by the commitments made by the Spanish Government to the European Union in the well-known Component 30 of the Recovery, Transformation and Resilience Plan (“Sustainability of the public pension system within the framework of the Toledo Pact”), in particular with Component 30.R5, relating to the “Reform and promotion of supplementary pension systems”. The starting point is the fact that until now, supplementary pension systems have been mainly individual in nature, with little success in their corporate form, little macroeconomic impact on the incentive of long-term savings and, in addition, a high fiscal cost with regressive results. The purpose of this legislative reform process is to revise the regulatory framework of the supplementary pension system in order to promote occupational pension plans in the scope of collective bargaining.

Palabras clave

El sistema global de pensiones en el Estado Social de Derecho; pensiones públicas y privadas; planes y fondos de pensiones; planes del sistema de empleo; fondos de pensiones de empleo de promoción pública, planes de pensiones de empleo simplificados.

Keywords

The global pension system in the Social State under the rule of law; public and private pensions; pension plans and funds; employment system plans; publicly promoted occupational pension funds, simplified occupational pension plans.

“Toda época que llega a asumir conciencia de sí misma y conquista esa conciencia a través de una real profundización, no como inmediata y superficial conciencia, advierte que se halla en crisis e identifica su propia transitoriedad con su calificación en crisis. Para cada época, encontrarse y sentirse en crisis significa encontrarse en la historia, o mejor aún en el tiempo”

FLAVIO LÓPEZ DE OÑATE¹

1. LA LEY 12/2022 INICIA LA TERCERA ETAPA LEGISLATIVA DE RECONFIGURACIÓN DEL MODELO

La Ley 12/2022 supone el tercer intento para conseguir la extensión del modelo de previsión social complementaria desde la iniciativa legislativa. Previamente podemos distinguir dos grandes fases históricas claramente diferenciadas².

En la primera etapa, heredera de sucesivos marcos normativos preexistentes en aquel momento, los diferentes mecanismos de protección complementaria actuaban de un modo u otro en conexión con la protección social de carácter pública y obligatoria. Probablemente el caso más habitual lo encontramos en las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social que, una vez establecidas de forma convencional, quedaban a su vez integradas en el ordenamiento jurídico de la propia Seguridad Social y, en consecuencia, quedaban publicadas. Cabe también señalar el caso de las Mutualidades y Montepios, instituciones colectivas caracterizadas por actuar financieramente con un sistema de reparto, bajo el principio de la solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro.

En la segunda etapa, sin embargo, a raíz de la promulgación de la *Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, se pretende conferir un verdadero impulso a los instrumentos puramente privados, externos a la Seguridad Social, marcadamente individualistas, favoreciendo, en fin, una privatización del ámbito de la protección complementaria. El nuevo modelo reconduce, incluso, el resto de modalidades de previsión voluntaria hacia la figura de los planes de pensiones, siendo el ejemplo más claro de ello la externalización obligatoria de los compromisos por pensiones asumidos en su momento por las empresas.

Dicho modelo legal de sistemas complementarios privados y externos al sistema de Seguridad Social se ha afianzado claramente en nuestro país. Su proceso de gestación iniciado a raíz de la promulgación de la Ley 8/1987 supone la implantación en la práctica de un régimen iusprivatista de protección. Todas las intervenciones normativas que se suceden a lo largo de las últimas décadas

¹ LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*, trad. SENTÍS MELENDO, S. y AYERRA REDIN, M., Introducción de G. CAPOGRASSI, edición al cuidado de MONEREO PÉREZ, J.L., Granada, Comares, 2007, p.4.

² Puede consultarse de forma más amplia en MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de Promoción Pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022m de 30 de junio, de regulación para el impulso de los Planes de Pensiones de Empleo*, Murcia, Laborum, 2022. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022.

tienen la finalidad de impulsar el nivel complementario libre, de carácter contractual y privado del sistema de protección social.

El modelo de previsión social vigente no ha surgido por generación espontánea a resultas sin más del juego de la iniciativa privada. Es un *modelo “construido”*, no un modelo “dado”, sin perjuicio de que los operadores jurídicos han intervenido en ello creativamente. En la expansión del mercado de la provisión de las pensiones privada ha desempeñado un lugar determinante los poderes públicos, específicamente a través de un intervencionismo legal de carácter promocional o de alentamiento político institucional (actuando, así, la función promocional del Derecho)³. En efecto, la legislación pública ha intervenido decididamente en la determinación de los espacios encomendados a la previsión privada. Y lo ha hecho a través de una opción de política legislativa basada en tres aspectos fundamentales: el primero, consistente en obligar a las empresas a exteriorizar sus compromisos por pensiones, eliminando, de este modo, el principal inconveniente que ofrecían las mejoras voluntarias instauradas en las empresas, dado que su reconocimiento no suponía garantía alguna de su cobro; en segundo lugar, a través del tratamiento fiscal privilegiado de que han gozado el conjunto de las modalidades de previsión voluntaria, especialmente los planes y fondos de pensiones; y, más recientemente, por medio del impulso dado a la previsión social privada en el marco del sector público.

En relación a la primera cuestión, el actual modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España nace de la necesidad de dotar de garantías a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, normalmente en a través de la negociación colectiva como fuente del Derecho objetivo (cfr. Art. 37.1 CE). En efecto, la necesidad de asegurar las prestaciones complementarias privadas se hace ineludible a partir del instante en que empiezan a fracasar los simples compromisos pactados en convenio colectivo. La constitución de un complemento de pensión en el seno de las empresas, normalmente en materia de jubilación, se hacía sin la puesta en marcha de ningún tipo de sistema de previsión ni fondo acumulativo respecto a las obligaciones con sus empleados⁴. Así, gran parte de los pactos en materia de previsión social empresarial, nacidos en un momento de auge económico⁵ y de *fomento y alentamiento público* institucional, no ofrecían las garantías suficientes, dado que su instauración no iba precedida de un estudio sobre su viabilidad como instrumento de previsión a largo plazo ni tampoco se constituía fondo alguno suficiente para afrontar las obligaciones de pago futuras. A partir de la promulgación de la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, se impone de forma obligatoria la exteriorización de los compromisos por pensiones instrumentados a través de fondos internos. Así, la cobertura de los compromisos por pensiones debía realizarse, salvo excepciones tasadas, de forma obligatoria, a través de la instrumentación externa de los compromisos en planes de pensiones o contratos de seguros, entre los que se incluyen las mutualidades de previsión social. La obligación de exteriorizar se extiende, no sólo sobre el futuro, en lo que a los compromisos que las empresas puedan

³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 124 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, p. 18.

⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma*, Documento de trabajo 137/2008, Madrid, Fundación Alternativas, 2008. Disponible *online* en abierto en la página Web de la Fundación Alternativas; GALLEGOS LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Madrid, Dykinson, 2001.

⁵ Nos referimos a la expansión industrial de los sesenta que llevó a España a situarse entre los países de mayor desarrollo industrial. Bajo esta situación, las empresas que se fueron creando como consecuencia de los Planes de Desarrollo Económico Social, formadas por poblaciones de trabajadores jóvenes, fueron reconociendo beneficios sociales complementarios a los dispensados por los seguros sociales. Se trataba, en definitiva, de “beneficios diferidos” que empezaron a tener presencia en un buen número de empresas. Cfr. SOLER BORDETAS, F.J.: *Fondos de pensiones*, Bilbao, Deusto, 1985, p. 47.

contraer a partir de la entrada en vigor de la norma, sino que también se proyecta sobre las anteriores obligaciones contraídas y financiadas con simples reservas contables.

Ese proceso de exteriorización arroja resultados positivos en lo que a la consolidación de los sistemas complementarios se refiere. La evolución de los planes de pensiones, por ejemplo, desde 1992 muestra que el patrimonio y el número de partícipes de este instrumento de previsión han seguido en España una tendencia alcista durante estos años. No obstante, en un análisis más detallado por modalidad de plan observamos un especial dinamismo en los planes de la modalidad del sistema de empleo. De hecho, este tipo de plan registra una tasa de crecimiento superior a la de los individuales y asociados, sobre todo desde 1996. Más del 60 por 100 de los planes de pensiones del sistema de empleo fueron promovidos en el período 1999-2001, en pleno proceso de exteriorización. Dicho proceso permitió que las empresas y los trabajadores actualizasen sus sistemas de previsión y reordenasen los diferentes complementos pactados, introduciendo una nueva variable en la negociación colectiva. También los seguros colectivos vinculados a las contingencias de riesgo experimentaron un fuerte desarrollo en dicho período. En el año 2000 los flujos del ahorro familiar encaminados hacia sistemas de previsión alcanzaron su máximo histórico (el 34,6%).

No obstante, si bien la exteriorización de los compromisos por pensiones en la mediana y gran empresa fue culminada con éxito (en sectores como el financiero, energético, eléctrico, químico, automoción, etc.), no ocurrió lo mismo en el caso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES). En éstas últimas, los compromisos por pensiones no tenían la magnitud y extensión que en la primera, al tratarse de empresas de sectores como el de la hostelería, comercio minorista, construcción y otras ramas de actividad, como la industria del cuero y el calzado, textil y confección, pastelería, despachos y oficinas, industrias conserveras y de distribución etcétera, donde predominan convenios sectoriales y provinciales, de ámbito supraempresarial⁶.

Un segundo aspecto a resaltar en el modelo de desarrollo de los sistemas complementarios de pensiones es el de la fiscalidad incentivada de los instrumentos que la conforman.

Las medidas de incentivación fiscal adoptadas hasta la fecha han contribuido, sin lugar a dudas, a potenciar los planes de pensiones, especialmente con respecto a la pensión de jubilación. Sin embargo, dicha política pública de aliento promocional de dichos mecanismos presenta ciertos elementos cuando menos discutibles. El primero de ellos está vinculado a las deducciones en la base imponible del partícipe, en el caso de los planes de pensiones, dado que el aumento continuado de los límites a las aportaciones no ha estado plenamente justificado, más bien ha reforzado la situación de partícipes con una mayor capacidad de ahorro. Realmente la política seguida durante esta etapa de incrementar los límites financieros máximos de aportación tiene escasa incidencia práctica en los partícipes de planes de pensiones, de modo que los sucesivos incrementos de aportaciones tan sólo atienden a un grupo minoritario de la población, con rentas elevadas, cuyo objetivo no es tanto constituir el ahorro suficiente para complementar su prestación futura, sino más bien de lo que se trata es de beneficiarse de un potente instrumento de deducción que minimice la factura fiscal⁷.

En segundo lugar, tampoco han estado plenamente justificados los incentivos fiscales a la percepción de prestaciones en forma de capital, como ha ocurrido hasta la reforma de 2007, en la que el cobro de prestaciones en forma de capital tenía una reducción por rendimiento irregular del 40 por 100, ya que con ello se opta por hacer de los instrumentos de la previsión social complementaria

⁶ Vid. Al respecto, GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J.C. y DE PAZ CARBAJO, J.A.: "Previsión social complementaria en España. Situación actual", *Boletín Económico de ICE*, núm. 2738, 2002, pp. 7-20.

⁷ BRAVO FERNÁNDEZ, C.: "Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España", en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 12, 2003, p. 118.

(PSC) meros productos financieros, favoreciendo además, que una vez acaecido el hecho causante de la prestación, ésta se cobre en forma de capital, llevando a consumo inmediato, lo que fue generado con un fin de complemento de las pensiones públicas⁸.

Por otra parte, en tercer lugar, el fomento de estos instrumentos de previsión puede tener un coste demasiado elevado en términos de recaudación fiscal perdida. En efecto, los planes de pensiones están subsidiados fiscalmente, lo que supone para el Estado una pérdida de ingresos fiscales, además de los derivados de la minoración del 40 por 100 de las aportaciones realizadas antes de 2007 señaladas anteriormente, también como consecuencia, de un lado, del diferimiento en el pago del impuesto y, adicionalmente, del posible reducción del tipo nominal al que generalmente tributan las personas jubiladas frente al que tenían que asumir en activo. Esta política de deducciones fiscales ha conllevado una evidente reducción de ingresos para la Hacienda pública, baste con señalar a este respecto que sólo durante el periodo el esfuerzo soportado ascendió a más de 2.348 millones de euros⁹.

Es posible afirmar, de este modo, que en términos generales no parece que con la política fiscal incentivadora de los instrumentos de previsión social voluntaria quede suficientemente garantizada la función social a la que éstos han de atender. Una función que debe caracterizarse por favorecer la universalización de estos mecanismos de protección, creando un ahorro a largo plazo que se vincule con la protección social pública de jubilación a la que han de complementar. Más bien, y especialmente en el caso de los planes y fondos de pensiones, aparecen estrechamente conectados a una estrategia financiera que no es siempre coherente desde una perspectiva de protección social frente a las contingencias pensionables. A lo que hay que añadir además el alto coste que representa dicho sistema de incentivos en un momento de restricción del gasto público, como se sabe.

Finalmente, el tercer ámbito de potenciación de la Protección Social Complementaria ha venido de la mano de lo que he podido llamar como proceso de normalización de los planes y seguros privados de pensiones en el sector público administrativo¹⁰. Una vez superados los obstáculos legales para su implantación en el marco de las Administraciones Públicas¹¹, los planes de pensiones son una realidad en la Administración General del Estado, en la Autonómica, en la Local y en la de carácter Institucional. Y ello pese a que las administraciones públicas citadas hayan sido excluidas de la normativa de instrumentación obligatoria de los compromisos por pensiones (RD 1588/1999, de 15 de octubre¹²). Igualmente, en el caso del sector público empresarial, asistimos a un proceso gradual de instauración de medidas de acción social renovada que tiene a los planes y seguros como principal objeto de estas.

De lo que se ha señalado se puede comprobar la evolución que han experimentado los sistemas complementarios en España. Es manifiesto que se ha existido un esfuerzo legal importante por tratar

⁸ *Ibidem*, p. 165.

⁹ SERRANO PÉREZ, F., GARCÍA DÍAZ, M.A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 188.

¹⁰ *Vid.*, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

¹¹ En general, la protección social complementaria en el sector público ha chocado tradicionalmente con dos tipos de limitaciones: por un lado, con la consideración de pensión pública de las prestaciones complementarias, con la consecuente sujeción a las reglas de concurrencia y al tope de máximo de pensiones y, por otro, con la prohibición de destinar recursos públicos a su financiación. *Vid.* sobre estas dificultades ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “La previsión social complementaria en el sector público”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2004, p. 29. Sobre los cambios operados, *vid.*, LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALAR CARRASCO, M.A.: “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pp. 31-64.

¹² Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.

de instaurar en nuestro sistema de protección social un subsistema de capitalización complementario en las tres direcciones apuntadas: régimen de exteriorización, política de incentivación fiscal e instauración de los planes en el sector público. Hemos asistido, por tanto, en las últimas tres décadas y media a un proceso de creación lento pero progresivo de un sistema de capitalización que conviva con un sistema público de reparto.

En particular respecto a los planes y fondos de pensiones, por ejemplo, y con datos obtenidos a partir del *Informe Estadístico de previsión social complementaria de 2020*¹³ que publica el Ministerio de Economía y Empresa, se contaba (a 31 de diciembre de 2020) con un patrimonio gestionado por los fondos de pensiones de un total de 117.905 millones de euros. Habitualmente se suele destacar este dato comparándolo con otros países para comprobar el escaso peso que tienen los sistemas de capitalización en nuestro país, frente a otros donde el volumen total de inversiones de los fondos de pensiones representa un nivel mayor. Así, como sucede desde hace bastantes años, en el nivel más alto de inversiones sobre el PIB en términos porcentuales, se encuentran en el caso de Dinamarca el 229 por 100 del Producto Interior Bruto o en el de los Países Bajos, representando el 212 por 100. El volumen total de inversiones de los fondos de pensiones en España durante el año 2020 representaba un 14,5 por 100 del PIB. Del total del patrimonio de los fondos de pensiones en España, 35.784 millones corresponden a *planes del sistema de empleo*. Representan, por tanto, el 30,5 por 100, frente a los del *sistema individual* que concentran el grueso del patrimonio (86.426 millones de euros)¹⁴.

Resulta innegable que los planes y fondos de pensiones han tenido una evolución positiva en nuestro país, al menos desde la década de 1990 hasta la crisis de 2008. Dichos instrumentos han sentido la crisis en diferentes aspectos. De un lado, en el número total de cuentas de partícipes de esta modalidad de PSC: desde 2011 se produce una disminución (la primera vez). En el 2017, al igual que en los 6 años anteriores siguió disminuyendo, colocándose en 9,62 millones de cuentas. De otro lado, el efecto se ha apreciado en el volumen total de aportaciones, destacando la reducción de aportaciones en 2012 de casi el 20 por 100 en los planes de empleo, debido principalmente tanto a la reducción de las aportaciones del promotor, como consecuencia de la suspensión temporal de estas aportaciones en algunas empresas, como a la paralización de las contribuciones a los planes de pensiones de las Administraciones Públicas¹⁵.

Por otra parte, resulta interesante comparar algunos datos entre los planes de las modalidades de empleo e individual, para comprobar hasta qué punto presentan notables diferencias en su concepción y puesta en práctica como instrumentos de previsión social. Resulta llamativo, en primer lugar, que la inscripción de los nuevos planes del sistema individual siempre se suele concentrar en los períodos de abril y mayo, así como en los meses de octubre y noviembre, como consecuencia del lanzamiento de las campañas publicitarias de planes de pensiones antes del 31 de diciembre. De otro lado, desde el establecimiento de los planes de pensiones al amparo de la Ley 8/1987, los planes individuales y los planes de empleo presentan una relación inversa respecto al número de partícipes y su participación en la cuenta de posición agregada. Así, mientras los planes individuales

¹³ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: *Informe 2020. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria*, Madrid, Ministerio de Economía y Empresa-DGSFP, 2020. Disponible en: <http://www.dgsfp.mineco.es/es/Publicaciones/DocumentosPublicaciones/memoria%20complementaria%202020.pdf>

¹⁴ La cifra incluye la cuenta de resultados de los planes asociados (865 millones de euros) y los planes individuales (80.561 millones de euros). Sobre el problema de la responsabilidad social de las inversiones de los fondos de pensiones y propuestas coherentes al respecto, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La responsabilidad social de la empresa y los sistemas de pensiones: la inversión socialmente responsable" en VV.AA.: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Granada, Comares, 2012.

¹⁵ Esta suspensión de aportaciones se ha mantenido durante la última década, de acuerdo con las leyes de Presupuestos Generales del Estado para los sucesivos ejercicios desde el 2012 continuando también vigente en el del ejercicio 2023.

captan la mayoría de los partícipes del sector, sin embargo su participación en la cuenta de posición es relativamente pequeña, mientras que en los planes de empleo ocurre lo contrario, menor número de partícipes y mayor volumen de recursos. Las aportaciones medias en los planes de empleo son mayores que en los planes individuales de forma sostenida en el tiempo lo que supone que el total de patrimonio medio por partícipe en empleo resulte mayor que en el sistema individual. También el saldo medio del derecho consolidado de los partícipes de los planes de empleo es más alto que el de los planes individuales. Y finalmente, cabe destacar las diferencias de rentabilidad entre planes, siendo inferior en los de la modalidad individual frente a los de empleo¹⁶.

Para completar el estado de situación de los planes de pensiones de empleo debemos detenernos en su implantación sectorial. Son cuatro sectores de actividad: Eléctrica, Telecomunicaciones, Servicios Financieros, Seguros y Administraciones Públicas, donde predominan las grandes empresas, los que concentran más del 60 por 100 del patrimonio total de estos instrumentos, si bien tan sólo suponen el 13 por 100 del total de planes de empleo. El resto del tejido productivo concentra el mayor número de planes, pero se trata de sectores que no alcanzan el 1 por 100 del patrimonio.

Por su parte ha sido más bien discreto el papel que ha conseguido alcanzar la figura de los planes de pensiones de promoción conjunta, ligados a la negociación colectiva sectorial, y desde el que se había planteado la incorporación de las pequeñas y medianas empresas. Así, a 31 de diciembre de 2020, estaban registrados en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones un total de 354 planes de pensiones de promoción conjunta, en los que si bien se encontraban inscritos 13.590 empresas o entidades, más de la mitad (51,9%) se encontraban en los tramos inferiores a 500 cuentas de partícipes y sólo un 4,8% superaba las 10.000 cuentas de partícipes¹⁷.

Podríamos concluir que existe en nuestro país un sistema complementario de pensiones asentado, pero en modo alguno generalizado entre la población española. Tanto la experiencia negociadora en las empresas como la propia contratación individual de planes en España demuestran que aún se está lejos del objetivo pretendido de implantar de manera definitiva dichos mecanismos, de manera que éstos actúen como verdaderos instrumentos complementarios del sistema público de protección.

Respecto a los instrumentos que forman parte del segundo pilar, se tiene la sensación de que estamos ante una situación de bloqueo, motivado fundamentalmente por la incidencia de la crisis en el sistema de relaciones laborales (con suspensión de aportaciones por parte de las empresas) y también por la culminación hace ya unos años del proceso de exteriorización obligatoria. En la actualidad, se cifra el número de personas cubiertas por planes de pensiones del sistema de empleo en torno a los 2 millones. De ellos, además, muy pocos realizan aportaciones en volumen relevante como para garantizar una adecuada previsión social complementaria en el futuro, así por ejemplo, en 2020 el 60,5 por 100 de los partícipes directamente no hicieron aportaciones o lo hicieron por un importe igual o inferior a 300 euros anuales en un 9,6 por ciento de casos adicionales. El panorama en la previsión social complementaria de carácter individual (el tercer pilar) es también similar. En este caso, son mayores los partícipes (un poco más de 7,4 millones) pero el volumen por partícipe/asegurado es relativamente bajo y sus aportaciones son también mayoritariamente bajas. En el caso de los planes individuales el 67, 8 por ciento de los partícipes tampoco han realizado aportaciones en

¹⁶ Según cálculos realizados por CC.OO para los años 2000-2012, si los planes individuales hubieran obtenido la misma rentabilidad que los planes de empleo, los partícipes del sistema individual contarían con un patrimonio de 59.260 millones de euros; es decir 6.300 millones de euros más, véase CC.OO.: *El sistema de protección social en España*, Madrid, *Cuadernos de Información Sindical*, núm. 39 (2013), p. 58.

¹⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021, pp. 36 y 39. Disponible en la dirección web: <https://dgsfp.mineco.gob.es/es/Publicaciones/DocumentosPublicaciones/memoria%20complementaria%202020.pdf>

2020, y el 6,4 por ciento adicional lo ha hecho por un importe igual o inferior a 300 euros anuales¹⁸. El patrimonio medio acumulado por partícipe en el año 2020 (medido como ahorro medio) en el caso de los planes de pensiones de empleo es de 17.601 €, mientras que en el caso de los planes de pensiones individuales es de 10.974 €¹⁹.

El balance económico de la PSC en España es positivo por cuanto ha terminado por instaurarse un sistema complementario de capitalización. De ello da prueba el salto que se consiguió en el primer tramo temporal de esta etapa, en el periodo 1987-2007, donde el volumen de recursos afectos a los sistemas de previsión privada creció en casi 70 veces²⁰. A partir de entonces el crecimiento ha sido más moderado, singularmente desde la crisis financiera de 2008, hasta situarse en el año 2020 en un volumen total de recursos que concentra más de 62.000 millones de euros²¹.

No obstante, el balance social merece distinta consideración ya que la capacidad manifestada por estos instrumentos para generalizar coberturas de protección social ha sido limitada hasta ahora y sus perspectivas para los próximos años no son mejores²².

La ordenación legal vigente de las pensiones privadas es el resultado de intervenciones normativas de diferente signo adoptadas en momentos históricos distintos. Sobre este particular, ya se ha dado cuenta más arriba de los procesos legislativos más importantes que han tenido como resultado el modelo legal de PSC vigente. Del lado de los planes y fondos de pensiones, nos encontramos con una legislación específica que en la actualidad estaba conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLFPF) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RFPF)²³. Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Log. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP).

Se trata de un modelo legal más o menos acabado que ha tenido cierta estabilidad en los últimos años, pero que, a tenor de las dificultades para generalizar la PSC entre los ciudadanos, sobre todo en el sentido de que los instrumentos que la conforman se constituyan en verdaderos mecanismos de complementación de las pensiones públicas, ha vuelto a ser objeto de importantes retoques. Se trata de cambios puntuales, pero que todos ellos se orientaban en la misma dirección que siempre: la de propiciar la extensión de dichos mecanismos.

¹⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021 pp. 40 y 85

¹⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021 pp. 5 y 6

²⁰ INVERCO: *La Ley de Planes y Fondos de Pensiones; 20 años después*, Madrid, Inverco, 2007, p. 276.

²¹ En concreto la cifra exacta de ahorro gestionado alcanza los 62.658 millones de euros, incluidos la totalidad de instrumentos que integran este segundo pilar: Planes de Pensiones de Empleo (35.784 millones de euros), Seguros colectivos (26.290 millones de euros), Planes de Previsión Social Empresarial (584 millones de euros), *Vid.* DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021 p. 5

²² CC.OO.: *El sistema de protección social en España*, Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39, 2013, pp. 53-59. El estudio señala que se pasó de un volumen de recursos equivalente 3,7 millardos en 1985 hasta los 260 en el año 2007.

²³ Para un análisis de conjunto, consúltese, VV.AA.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2003, espec., pp. 1-139.

2. PRINCIPALES LÍNEAS DE REFORMA DE LA LEY 12/2022 Y SUS PRIMERAS CONCRECIONES PRÁCTICAS

La reforma del sistema de planes de pensiones de empleo realizada desde la Ley 12/2022 parte de la premisa de que, a juicio del legislador, es insuficiente el desarrollo que han alcanzado en España los instrumentos de previsión social complementaria en general y particularmente los planes de pensiones de empleo.

El Preámbulo de la norma que ordena la reforma describe dicha insuficiencia destacando dos hechos. De un lado, y pese a reconocer de forma expresa las particularidades propias de nuestro sistema de pensiones, señala las diferencias de cobertura que presentan estos instrumentos en comparación con otros países de nuestro entorno europeo. En concreto, se llama la atención respecto de que en España los planes de pensiones de empleo apenas alcancen a poco más del 10% de la población activa ocupada y que el nivel de ahorro acumulado en los mismos no llegue al 1% de la masa salarial del conjunto de la población activa ocupada. Unas cifras que comparan con la cobertura europea de estos instrumentos, que se ordena en un amplio margen que oscila entre el 25% y el 60% de la población asalariada en aquellos países en los que los planes se ordenan a través de la negociación colectiva voluntaria, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

De igual forma se destaca la pérdida de peso relativo que acumulan los instrumentos de segundo pilar respecto del conjunto de la previsión social complementaria. Así, el preámbulo de la norma alerta del hecho de que el patrimonio gestionado en los fondos de pensiones de empleo si bien representaba en la década de 1990 el 50% del total de la previsión social complementaria, en la actualidad sólo supone algo más del 25%.

Desde nuestro punto de vista llama la atención el hecho de que el preámbulo de la nueva Ley no se haya detenido a explicar de forma expresa cuáles son las posibles causas que pueden explicar esta situación y, obviando esta fase de evaluación, se haya optado por presentar directamente los objetivos que se persiguen y las medidas con las que se busca alcanzarlos.

Así, los objetivos expresos de la reforma son esencialmente dos. De un lado, revertir esta tendencia y fomentar la potenciación de la previsión social complementaria de corte profesional a partir del desarrollo preferente de los planes de pensiones de empleo, buscando el reforzamiento de su anclaje en la negociación colectiva sectorial y facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, parecen encontrar dificultades para acceder a los mismos.

De otro lado, la reforma busca mejorar la eficiencia de los instrumentos de previsión social empresarial sobre la base de garantizar una mayor dimensión de sus patrimonios. Se busca así favorecer la existencia de fondos de pensiones de empleo con una dimensión adecuada que permita garantizar menores costes de gestión, permitir una distribución de inversiones diversificada y, con todo ello, mejorar los niveles de rentabilidad que los sitúe en la línea con los de otras instituciones de inversión colectiva.

Para alcanzar ambos objetivos, la reforma se ordena en tres líneas de actuación que podríamos señalar como estratégicas.

La primera de ellas consiste en el impulso del papel de la negociación colectiva sectorial de eficacia normativa personal generalizada en todo su ámbito de aplicación mediante la promoción de planes sectoriales que sirvan para encuadrar a los convenios territoriales o de empresa de modo que se facilite así la adscripción de las empresas y de las personas trabajadoras empleadas en ellas.

La negociación colectiva se establece como clave en el proceso de expansión de la previsión social empresarial que busca por esta vía introducirlos en sectores en los que prevalece la presencia de pequeñas y medianas empresas, que hasta ahora sólo han sido capaces de desarrollar planes sectoriales a escala nacional de manera casi testimonial, fundamentalmente a través de los planes de promoción conjunta. El objetivo expreso de la reforma a este respecto se sitúa en “alcanzar la universalidad de estos planes de pensiones de empleo para todos los trabajadores y trabajadoras”; un reto quizá demasiado ambicioso al punto de partida del que nace.

La segunda línea de actuación estratégica consiste en el desarrollo de una regulación específica para el sector público con la que se busca la generalización de los planes de pensiones de empleo para empleados públicos, especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas. No obstante, se señala a este respecto que el alcance de dicha regulación en el sector público ha de entenderse condicionado dentro de los límites que fijen las normas básicas sobre aumentos retributivos.

La tercera y última línea estratégica que promueve la reforma consiste en el desarrollo de planes específicos para trabajadores por cuenta propia o autónoma dentro de la previsión social empresarial. Se busca con ello encauzar de una forma más efectiva el ahorro para la jubilación de este colectivo profesional y permitir con ello una minoración de por comisiones a través de la contratación de los nuevos planes de pensiones simplificados creados en esta reforma.

Enmarcadas en estas tres líneas de actuación estratégica, el nuevo texto legal desarrolla un total de seis medidas concretas con las que se pretende alcanzar los objetivos señalados en la reforma.

2.1. Creación de fondos de pensiones de empleo de promoción pública

Se crean los fondos de pensiones de empleo de promoción pública al que pueden adscribirse tanto planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación como el conjunto de instrumentos de previsión social empresarial.

Se trata de una de las medidas estrellas de la reforma. Básicamente la idea que está detrás de esta iniciativa es la de conseguir garantizar una dimensión adecuada de los patrimonios acumulados por los distintos planes de pensiones de empleo, agrupándolos en el marco de una serie de fondos de pensiones impulsados por la administración pública.

Se prevé que dichos fondos de promoción pública estarán gestionado por el sector privado, pero su modelo legal de gobernanza prevé un papel de pleno control por parte de la administración pública, muy por encima incluso de la capacidad de actuación que se reserva a los propios partícipes y promotores que son quienes finalmente han de asumir el riesgo de su financiación, pero que ahora tendrán un nivel de participación mínimo.

Las nuevas instancias desde las que se plantea el gobierno del nuevo modelo son la Comisión Promotora y de Seguimiento y la Comisión de Control Especial.

La Comisión Promotora y de Seguimiento de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos es un órgano adscrito al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y está compuesto exclusivamente por funcionarios públicos. Tiene encomendada la función de promover la constitución inicial de los fondos de pensiones así como también la práctica totalidad de atribuciones de gobierno de los fondos de pensiones (elección de entidades gestoras y depositarias, elección de política de inversión, nombrar los miembros de la Comisión de Control Especial etc.)

La Comisión de Control Especial, por su parte, es un único órgano que operará para la totalidad de fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. Sus miembros son nombrados por la Comisión Promotora y de Seguimiento y estará compuesta por trece miembros, de los que cuatro serán propuestos por las organizaciones sindicales más representativas, cuatro por las organizaciones empresariales más representativas y cinco por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Sus funciones se limitan, principalmente, a una mera evaluación de los resultados de gestión obtenidos por los diferentes planes de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

2.2. Creación de planes de pensiones de empleo simplificados desde la negociación colectiva sectorial. Objetivos prioritarios: pymes, autónomos y empleados públicos

La reforma ha creado los planes de pensiones de empleo simplificados impulsados en el marco de la negociación colectiva de carácter sectorial.

Junto con la medida anterior constituye el núcleo central de la reforma. Se trata de establecer un nuevo marco regulador que, sobre la base del impulso de la negociación colectiva de ámbito preferentemente sectorial, permita aumentar la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo, singularmente en el caso de la pequeña y mediana empresa. Más relevante incluso parece el hecho de que estos nuevos instrumentos queden abiertos a la incorporación de los colectivos de trabajadores por cuenta propia o autónoma. De la misma forma también se señala como un colectivo prioritario los empleados públicos.

En lo relativo al desarrollo que desde la negociación colectiva sectorial se ha producido hasta el momento, cabe señalar que en mayo de 2022, coincidiendo con la culminación de la tramitación parlamentaria de la Ley 12/2022 y en expresamente animado por ésta (se recoge de forma literal en el art. 52.bis del convenio), las organizaciones sindicales y empresariales del sector han alcanzado el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, por el que se establece el compromiso expreso para que “en el próximo Convenio General introduzca, en su caso, un Plan de Pensiones colectivo que actúe como complemento al sistema público”²⁴. Se trata de un convenio colectivo que regula las condiciones de cerca de 1 millón de trabajadores y miles de empresas.

Está por concretar si el plan de pensiones de empleo que compromete este convenio sectorial finalmente se articula como un plan de pensiones de empleo simplificado o adopta la fórmula tradicional preexistente a la reforma de 2022. En todo caso resulta reseñable el hecho de que el propio convenio colectivo haya previsto de forma expresa tal posibilidad.

Con carácter previo a la reforma ya existían tres planes de pensiones de promoción conjunta de ámbito sectorial, derivados de compromisos establecidos en los ámbitos equivalentes de negociación colectiva. Se trata de los planes de pensiones de los sectores: 1) de comercio de flores y plantas; 2) de centros de jardinería; 3) del sector de bingos. Hasta el momento sus promotores no han señalado si optarán por la transformación de los planes de pensiones, pero en todo caso se trata de instrumentos de una dimensión claramente inferior al que se promueve ahora desde el sector de la construcción.

Las personas trabajadoras autónomas son el segundo colectivo profesional señalado de forma expresa en la Ley 12/2022 como prioritario a la hora de promover su incorporación a los instrumentos

²⁴ Resolución de 23 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, disponible en el enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-13217

de previsión social complementaria con carácter general y a planes de pensiones de empleo abiertos de manera singular.

Para intentar garantizar su incorporación a estos instrumentos la norma ha reformulado el modelo tradicional de límites de aportación exentas de tributación fiscal. En el modelo preexistente se establecía un doble límite de aportaciones, diferenciando las que se realizaban a instrumentos de segundo pilar (de carácter profesional en el marco de las empresas) y de tercer pilar (de carácter individual). De manera que las aportaciones realizadas por empresarios y trabajadores a instrumentos de segundo pilar, por coincidir su objetivo de manera más clara con fórmulas estrictamente relacionadas con la previsión social, tenían acceso a un límite más alto que las realizadas por los trabajadores a título individual a instrumentos voluntarios de tercer pilar, y tradicionalmente más vinculados a fórmulas de mera optimización fiscal²⁵.

Sin embargo, la Ley 12/2022 lleva a cabo una *ruptura del tradicional modelo dual para incluir un tercer ámbito* con singularidad propia y estrictamente reservado a las personas trabajadoras autónomas²⁶. De modo que se establece la posibilidad de las personas trabajadoras por cuenta propia puedan incluirse en los planes de pensiones de empleo simplificados de carácter sectorial y accedan de este modo a un límite de aportaciones exento de tributación fiscal establecido en una cuantía también singular, en este caso intermedia entre las establecidas con carácter general para los instrumentos de segundo y tercer pilar.

La norma prevé incluso que los trabajadores por cuenta propia puedan incorporarse a planes de pensiones de empleo simplificados que se hayan promovido desde la negociación colectiva sectorial y coincidan con su actividad profesional habitual o, alternativamente, sean las propias organizaciones representativas de trabajo autónomo, colegios profesionales, etc. quienes promuevan tales planes de pensiones de empleo simplificados para un sector de actividad dado.

Así, en el año 2023 los trabajadores autónomos que opten por incorporarse a planes de pensiones de empleo simplificados de carácter sectorial podrán acceder a un límite de aportaciones establecido en 4.250 euros anuales, mientras que el límite de aportaciones con carácter general se establece en 8.500 euros anuales en los casos de instrumentos de segundo pilar y en 1.500 euros anuales en los de tercer pilar.

La singularidad que supone establecer un límite máximo de aportación específico y, por tanto, diferente, para las y los trabajadores por cuenta propia si bien resulta coherente con el nuevo modelo de previsión que quiere impulsar la reforma, también supone una clara quiebra del modelo de previsión preexistente. Más aún, cabría señalar que la consideración de los trabajadores por cuenta propia como un sujeto singular, con un tratamiento diferenciado, supone de alguna manera la quiebra del esquema binario tradicional que se articulaba con instrumentos colectivos de segundo pilar en los que quedaban encuadrados los trabajadores y trabajadoras que disponían de una referencia empresarial y colectiva desde la que concretarlos o, alternativamente, mediante instrumentos individuales de tercer pilar en aquellos casos en los que la persona trabajadora no disponía de dicha referencia empresarial y

²⁵ En este mismo sentido apunta, entre otras, la valoración que realiza el propio Bando de España en su Informe anual 2021, donde reconoce que en el ejercicio 2021 las aportaciones a los planes individuales se redujeron en casi un 40% “como consecuencia, principalmente, de la disminución de los incentivos fiscales concedidos a estos planes”, vid: BE: Informe Anual 2021. Banco de España, Madrid, 2022. p. 172 disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/21/Fich/InfAnual_2021.pdf

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de Promoción Pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022 de 30 de junio, de regulación para el impulso de los Planes de Pensiones de Empleo*, Murcia, Laborum, 2022.

colectiva. Ahora se crea un espacio intermedio para los trabajadores por cuenta propia, que le permite acceder a las figuras de previsión colectiva de segundo pilar, pero con algunas reglas diferentes.

Es más que probable que este nuevo modelo reciba una crítica desde una doble perspectiva. De un lado, señalando una diferencia de trato respecto del resto de trabajadores por cuenta ajena que prestan servicio en empresas en las que no existen instrumentos de previsión social complementaria y deben construirlos mediante las figuras de previsión individual, de modo que tienen atribuidos límites de aportación inferiores a los que ahora se establecen para los trabajadores por cuenta propia. De otro lado, señalando también una diferencia de trato respecto de los trabajadores, y aún respecto de los propios empresarios, que quedan encuadrados en instrumentos colectivos por los que disponen de límites de aportación más altos, pese a que ahora los trabajadores autónomos quedan encuadrados en los mismos instrumentos colectivos de previsión.

En lo que respecta a la consideración de los empleados públicos como colectivo de atención prioritaria en lo relativo a su incorporación a planes de pensiones de empleo, resulta, cuando menos, incongruente tal designación con el mantenimiento de la situación que desde el año 2012 impide que las administraciones públicas puedan hacer aportaciones a los planes ya existentes por mandato expreso de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023²⁷.

El objetivo planteado en la Ley 12/2022 de promocionar los planes de pensiones de empleo en la administración pública resulta incompatible con el mantenimiento de la suspensión de aportaciones que se mantiene impuesta en la última década, desde los Presupuestos Generales del Estado de 2012

Con toda probabilidad, mientras subsista tal limitación en las aportaciones empresariales a los planes de empleo del sector público, el único efecto que podrá desplegar la reforma será el que se derive de la

El único efecto que cabe esperar es el de la movilización de los planes de pensiones de empleo que actualmente tienen las administraciones públicas a los nuevos instrumentos de gestión creados en la reforma. De tal modo que los planes de pensiones de empleo ya constituidos se conviertan en planes de pensiones de empleo abiertos y que sus patrimonios pasen a estar ubicados en un fondo de pensiones de empleo de promoción pública. El efecto más lógico que cabe esperarse en este punto de la reforma se limitará al impacto estadístico que en el corto plazo pueda suponer el traslado del exíguo patrimonio que actualmente tiene el Plan de Pensiones de la Administración General del Estado que da cierre del ejercicio 2020 presentaba una cuenta de posición de 615 millones de euros, para un colectivo de 523.715 partícipes²⁸.

2.3. Simplificación de trámites de adscripción y gestión

La Ley 12/2022 promueve la simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones, fundamentalmente mediante la utilización de sistemas de digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro se hagan de forma on-line.

²⁷ La última Ley de Presupuestos Generales del Estado que previó una partida presupuestaria para realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo de las administraciones públicas fue la del ejercicio 2011, en la que establecía la capacidad de destinar hasta un 0,3% de la masa salarial a la financiación de aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación (art. 22.Tres de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011).

²⁸ COMISIÓN DE CONTROL DEL PLAN DE PENSIONES DE EMPLEO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: *Memoria anual 2020 del Plan de Pensiones de Empleo de la AGE*. p. 3

En este punto se fija como objetivo específico no dejar fuera a ninguna persona por causa de la brecha digital.

Deberemos remitirnos al desarrollo reglamentario de la Ley para comprobar cómo se concretan finalmente estos nuevos procesos de simplificación en los trámites.

2.4. Mecanismos de movilidad: plataforma digital común

Se ha establecido el diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores. La puesta en marcha de una plataforma digital común que deberán usar todas las entidades gestoras y depositarias se constituye así como un instrumento especialmente relevante a este respecto.

Una de las innovaciones técnicas más destacadas de la reforma consiste en la creación de una plataforma digital común para todas las entidades gestoras y depositarias que participen en la administración de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. La utilización de esta plataforma digital busca garantizar un modelo común de gestión que sea ágil y de la máxima calidad mediante la normalización de los procesos y su monitorización y supervisión.

La plataforma digital dará así servicio tanto a los promotores como a partícipes y beneficiarios en sus operaciones básicas. Asimismo permitirá el acceso a la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, a la Comisión Promotora y de Seguimiento, así como a las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo y al resto de partes interesadas.

Reglamentariamente se determinarán las características y funcionalidades de la plataforma digital común, que en todo caso observarán las recomendaciones que les sean de aplicación del Esquema nacional de seguridad y el Esquema nacional de interoperabilidad.

La plataforma digital común debe permitir de este modo la trazabilidad del histórico de movimientos económicos de las personas partícipes y de los promotores independientemente de los traslados de plan que se hayan registrado.

Finalmente, se prevé también el desarrollo reglamentario oportuno que ajuste el funcionamiento de la plataforma al cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos.

2.5. Nuevos incentivos fiscales y de Seguridad Social

Entre los elementos más relevantes de la reforma impulsada en el marco de la Ley 12/2022 destaca el diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, respecto del que se dice buscar que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas y en el que se destaca el objetivo de incorporar a los jóvenes de manera más eficaz.

Y señalamos que el diseño de este esquema de nuevos incentivos se ha producido “en el entorno” de la Ley 12/2022 porque, como veremos más adelante, una parte tan relevante de los mismos como los relacionados con los límites de aportación exentos de tributación fiscal se han venido impulsando en las leyes de Presupuestos Generales del Estado de los ejercicios previos a 2022, por lo que estamos ante una línea de reforma de carácter estructural, previa a la propia reforma y de la que la Ley 12/2022 es un instrumento más que contribuye a su consolidación y a extenderlo a otras materias conexas, como es el caso de las cotizaciones de Seguridad Social.

Se ha previsto así una ampliación de los límites fiscales y financieros a las aportaciones a planes de pensiones de empleo previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y un nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social de dichas aportaciones.

Esta medida adquiere mayor importancia en el marco de la diferenciación de política fiscal que en los últimos ejercicios se ha producido entre los instrumentos de segundo y tercer pilar, concentrándose ahora ya de forma muy intensa los beneficios tributarios en los instrumentos de previsión social de carácter colectivo frente a los de carácter estrictamente individual.

Para tener una idea de la dimensión de la reorientación que ha registrado esta política fiscal, baste con señalar que hasta el ejercicio 2015 tanto los planes individuales como los de empleo tenían establecido el límite de aportaciones en 10.000 euros anuales. Sin embargo en el caso de los planes de pensiones individuales, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido reduciendo dicho límite de aportación hasta los 8.000 euros anuales²⁹ en el año 2020, hasta 2.000 euros anuales en el año 2021 y hasta 1.500 euros anuales en el año 2022 y 2023.

Por su parte, la aportación máxima anual a planes de pensiones de empleo en el año 2021 se mantuvo en 8.000 euros anuales y, posteriormente, en el ejercicio 2022 y 2023 se ha incrementado hasta los 8.500 euros anuales.

Se busca así focalizar los beneficios fiscales en aquellas figuras que, por su estricta naturaleza colectiva se financian principalmente por contribuciones empresariales y, por tanto, responden a una lógica claramente orientada a servir como instrumentos de previsión social complementaria; frente a los instrumentos de carácter individual financiados exclusivamente desde la capacidad de renta disponible de las personas y que, por tanto, cabría vincular en una órbita más cercana a instrumentos propiamente de ahorro.

En lo que respecta a los límites de aportaciones exentos de tributación en el IRPF hemos de saludar que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2023 haya venido a corregir, apenas seis meses después de su aprobación, algunas deficiencias técnicas con las que nació en esta materia la Ley 12/2022 y que se habían puesto de manifiesto³⁰.

Básicamente se han corregido los principales efectos que se derivaban del establecimiento original de un sistema de determinación de límites de aportaciones en base a la utilización de coeficientes que no habían previsto una escala progresiva, por lo que el resultado incurría en incoherencias.

El límite de aportaciones para los instrumentos de tercer pilar se establece así en el 30 por 100 de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio, con un límite de 1.500 euros anuales.

Por su parte, en el caso de los instrumentos de segundo pilar, el modelo corregido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2023 establece que dicho límite se incrementará hasta 8.500 euros anuales, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales, o de aportaciones del trabajador al mismo instrumento de previsión social por importe igual o inferior

²⁹ El límite máximo de la reducción general en el IRPF se establecía en la cuantía menor de las siguientes: 8.000 euros de aportación individual o empresarial, o el 30% de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio por la persona declarante.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de Promoción Pública*. op. cit., p. 250

a las cantidades que resulten del siguiente cuadro en función del importe anual de la contribución empresarial:

Importe anual de la contribución	Aportación máxima del trabajador
Igual o inferior a 500 euros	El resultado de multiplicar la contribución empresarial por 2,5
Entre 500,01 y 1.500 euros	1.250 euros, más el resultado de multiplicar por 0,25 la diferencia entre la contribución empresarial y 500 euros
Más de 1.500 euros	El resultado de multiplicar la contribución empresarial por 1

No obstante, en todo caso se aplicará el multiplicador 1 cuando el trabajador obtenga en el ejercicio rendimientos íntegros del trabajo realizado superiores a 60.000 euros procedentes de la empresa que realiza la contribución, a cuyo efecto la empresa deberá comunicar a la entidad gestora o aseguradora del instrumento de previsión social que no concurre esta circunstancia.

A estos efectos, las cantidades aportadas por la empresa que deriven de una decisión del trabajador tendrán la consideración de aportaciones del trabajador.

Finalmente, en el caso de personas trabajadoras por cuenta propia integradas en planes de pensiones de empleo simplificados de carácter sectorial, hasta los 4.250 euros anuales.

El esquema de reducciones se completa con el establecimiento de un límite de aportación de 5.000 euros anuales para las primas a seguros colectivos de dependencia satisfechas por la empresa.

En otro nivel de actuación dentro de las medidas de incentivo se ha establecido también una reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social respecto de los importes de las contribuciones empresariales a los planes de pensiones de empleo. En relación a esta medida la exposición de motivos de la norma prevé esta medida ha de servir como incentivo a la negociación colectiva sectorial para la generalización entre la población trabajadora de este tipo de instrumentos de dimensión colectiva.

Y, más aún, establece que este incentivo ha de operar sin causar ningún perjuicio al sistema público de Seguridad Social, cuya centralidad dentro del entramado institucional que conforma nuestro modelo de protección social en esta reforma se reconoce como inherente a la configuración institucional de nuestro Estado social. Cabría en este sentido explicar que las reducciones de cuotas están expresamente contempladas en la Disposición adicional trigésima segunda TRLGSS, dentro de las funciones de gasto que el Estado debe asumir en la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo. De modo que se prevé así que la Ley de Presupuestos Generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, entre los que se incluirá el coste de esta reducción de cuotas.

2.6. Límite de costes y gastos de gestión

Pese a que los borradores preliminares del anteproyecto incluyeron en el texto articulado una cuantificación expresa del límite de costes de gestión de los planes de empleo colectivos en el 0,30 % de los activos gestionados, sin embargo, esta referencia fue finalmente suprimida del texto articulado aprobado por las Cortes Generales.

La memoria que acompañaba la primera redacción del anteproyecto situaba la cifra del 0,30% como un reto que se fundamentaba por dos razones. De un lado porque en la actualidad los fondos de pensiones de empleo con un patrimonio superior a 100 millones de euros que están sometidos a licitación, esto es, básicamente los planes de pensiones de empleo de empleados públicos, ya tienen niveles base de costes de gestión inferiores al 0,30%, y en la reforma los fondos de empleo de promoción pública aspiran a constituir patrimonios de un mínimo de 250 millones de euros. De otro lado, la memoria alega que los estudios realizados por parte del Ministerio durante la elaboración del anteproyecto, si bien sin citar ninguna fuente oficial, situaban que las cuentas de resultados de las entidades gestoras de fondos de pensiones más significativas permitían operar a largo plazo sin pérdidas con una imputación de costes de gestión del entorno del 0,15%. De modo que, a su juicio, es perfectamente posible que las entidades gestoras adjudicatarias de los nuevos fondos de pensiones de empleo de promoción pública puedan trabajar por debajo del límite del 0,30% en los costes de gestión aunque en el proceso de lanzamiento sus costes sean más elevados.

No obstante, en la redacción final del texto legal de la reforma esta medida se limita a una referencia en el preámbulo de la norma en la que se defiende que los planes de pensiones de empleo deben proporcionar a los partícipes el máximo valor de la gestión a los costes más eficientes posibles, dentro de los máximos normativamente establecidos para ello. De modo que parece llamar a un desarrollo reglamentario posterior para concretar la medida.

Adicionalmente, el preámbulo de la Ley hace en este punto conecta la mejora de la gestión y la limitación de costes también a la transparencia de la información a los partícipes, de modo que todo ello redunde en la garantía de la máxima rentabilidad posible del instrumento.

Puesto que el articulado (artículo 62.4 TRLPPF) se remite al desarrollo reglamentario habrá que estar a lo que finalmente se concrete en el mismo para determinar el verdadero alcance que finalmente adquiere el compromiso genérico de limitación de los costes de gestión. Y habida cuenta de que el actual marco reglamentario (artículo 84 del Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto) ya dispone unos límites a este respecto, habrá que estar a la concreción que finalmente se establezca para valorar si realmente esta declaración genérica de limitación de costes implica un marco normativa verdaderamente novedosa e innovador.

3. EVALUACIÓN DE RESULTADOS Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

Podríamos compartir que tras casi cuatro décadas del comienzo de la implantación del actual modelo de previsión social complementaria parece necesario una actualización de su marco regulatorio orientándolo a su *relanzamiento*³¹.

Y, si bien aún es evidentemente demasiado pronto para poder hacer una valoración completa del resultado que puede desplegar la Ley 12/2022, sí podemos apuntar lo que, desde nuestro punto de vista, son, en unos casos, insuficiencias del esquema propuesto y, en otros, posibles líneas de quiebra sobre las que cabría operar para proponer su reorientación.

³¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021; MONEREO PÉREZ, J.L., OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: *Reformas de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

3.1. Reforzar la dimensión social del sistema complementario

No obstante, a nuestro juicio, el objetivo de dichas medidas no debería ser otro que potenciar principalmente la *lógica social* presente en estos instrumentos de previsión, de tal manera que se conviertan definitivamente en auténticos mecanismos complementarios del sistema público y obligatorio.

Hasta ahora, el desarrollo de los regímenes voluntarios que representan los planes y fondos de pensiones y el resto de mecanismos que integran aquéllos no ha venido acompañado de un proceso de integración lógico en el sistema de relaciones institucionales que supone un modelo de protección social. Todo ello hace que el ciudadano considerado en una dimensión general, así como las empresas y trabajadores desde un plano particular, no lleguen a apreciar la funcionalidad real de dichos instrumentos en el cuadro protector general de las pensiones. Al contrario, en muchos casos los planes y fondos de pensiones han podido servir más como estrategia financiera (de optimización fiscal) que como instrumento de complementación de las pensiones públicas suficientes y adecuadas.

Dicho objetivo de implantar de manera definitiva dichos mecanismos, de modo que éstos actúen como verdaderos instrumentos *complementarios* del sistema público de protección, pasa necesariamente por apoyar con carácter preferente los *planes del sistema de empleo*. Para que la cobertura que ofrecen los sistemas de previsión complementarios alcance a una población cada vez más amplia se tiene que potenciar los planes del segundo pilar, es decir, los de carácter profesional ligados a la relación laboral. Es ésta la tendencia reformista que siguen los países más avanzados de nuestro entorno, con la cual se persigue la materialización de fórmulas de capitalización en los sistemas de protección social concertadas a nivel empresarial o sectorial. En todo caso, y mientras se perfecciona el grado de cobertura de la previsión social empresarial, cabe pensar en un número importante de personas dispuestas a acceder, sobre todo, a un *plan individual*, especialmente de aquéllos que quieran aprovecharse de la flexibilidad que caracteriza a este tipo de planes, al objeto de poder modular el régimen de aportaciones de acuerdo a sus necesidades personales de previsión. No cabe, además, desdeñar la importancia que tiene igualmente la previsión individual en conjunción con los planes de empleo, especialmente si se tiene en cuenta la *tasa media de reemplazo* -ingresos por jubilación frente al salario previo a la jubilación- que es del 58.7 por 100, según cálculos de la OCDE. Con esta tasa, hay suficiente margen que permitiría no sólo la intervención de los planes del sistema de empleo como única alternativa de previsión social complementaria.

3.2. No cabe la importación mimética de modelos externos: cuentas nocionales, mochilas austríacas o NEST británico

Un problema recurrente que presenta el desarrollo de la previsión social complementaria en España, es la tendencia de pretender la importación de modelos de otros Estados cuando, aparte de los límites constitucionales, la realidad social y empresarial es diametralmente distinta. Intentar promover sistemas como las cuentas nocionales suecas, sin su tasa de actividad o la mochila austríaca, sin su tasa de empleo y con nuestra tradicional tasa de temporalidad (deberemos confirmar cómo evoluciona a partir de la reforma laboral establecida en el Real Decreto-ley 32/2021³²), supone incurrir en el grave error de ignorar la realidad contextual y las sinergias de toda institución con el sistema de protección social de cada País.

Resulta significativo, por ejemplo, que la transformación nuestro sistema de pensiones en un sistema individual de cuentas nocionales, parta del presupuesto no explicitado de otorgar pensiones

³² Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

menos generosas (caída de la pensión inicial) y la exigencia de alargar la vida laboral para evitar así los efectos de dicha caída de la cuantía de la pensión pública. Paralelamente se introduciría un sistema de capitalización complementario individual para todos los trabajadores. Se conformaría así un nuevo sistema mixto que supondría en sí mismo un cambio radical del modelo global de pensiones, que facilitaría, después de un periodo transitorio (a medio o largo plazo), la privatización gradual de los regímenes profesionales contributivos. Esto explica, en gran medida, la creciente apuesta de las entidades financieras (a nivel internacional y nacional) por este modelo de pensiones de cuentas individuales nocionales *acompañado de suyo de la introducción de un sistema de capitalización complementario para todos los trabajadores*. Y ello sin desconocer que este modelo se está implantando ya en algunos países europeos.

Hay que tener en cuenta que el avance en la generalización de los sistemas de empleo (segundo pilar de sistema global de pensiones) es estrictamente necesario tanto el compromiso de los empleadores como atender al interés de los trabajadores adecuadamente representados, el cual está directamente relacionado con la estabilidad en el empleo y con mejores salarios o retribuciones por el trabajo prestado.

En el mismo sentido cabría traer a colación el ejemplo del NEST (Nacional Sabin Emplomen Trust) del Reino Unido. No es sólo que la mera creación del propio NEST sea fruto del fracaso del nivel de cobertura que había sido capaz de alcanzar el sistema de pensiones preexistente en el país británico, o la extrema volatilidad de sus valores, que ha obligado al Banco de Inglaterra en octubre y noviembre de 2022 a “rescatar” la deuda pública en la que estaban invertidos el grueso del patrimonio de los llamados *Definid Benedito Pensión SCH emes* (Planes de Pensiones con Prestación Definida), que aseguran una retribución anual fija de los pensionistas británicos³³.

La objeción que aquí se señala, no se limita a destacar las limitaciones de los modelos alternativos, sino que parte de la definición misma de nuestro modelo de pensiones. En las circunstancias actuales la propuesta de giro radical hacia la obligatoriedad de los planes de pensiones del sistema de empleo no parece viable desde el punto de vista de la Política del Derecho (que en sí misma es sustancialmente “política”), aunque siempre merece consideración. Es preferible así buscar otro tipo de medidas de fomento selectivo a favor de los Planes del Sistema de Empleo (los auténticos regímenes profesionales complementarios de las pensiones de la Seguridad Social). La diferenciación en la fiscalidad parece un avance importante, pero quizás insuficiente por sí sola.

Debe afirmarse, sin duda, la utilidad complementaria de los sistemas de capitalización. Como señalan las propias conclusiones parlamentarias del Pacto de Toledo (2003) “*El recurso a las pensiones privadas, basadas en la capitalización a través de regímenes profesionales o individuales, también puede ser un instrumento válido para aliviar la presión sobre las finanzas públicas*”³⁴ (Recomendación 7ª), pero sin poner en cuestión su carácter estrictamente complementario y por imperativo constitucional la calidad (en términos de suficiencia “desmercantilizadora”) de las pensiones públicas (*Cfr.* El grupo normativo garantista formado por los artículos 41y 50, en relación

³³ Vid. EL PAIS: “El Banco de Inglaterra interviene por tercera vez para frenar el pánico financiero en los fondos de pensiones”, noticia publicada el 11 de noviembre de 2022, disponible en: <https://elpais.com/economia/2022-10-11/el-banco-de-inglaterra-interviene-por-tercera-vez-para-frenar-el-panico-financiero-en-los-fondos-de-pensiones.html>

³⁴ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Texto del Informe y votos particulares. BOCG,2003 pg.23 disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D_596.PDF

con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución jurídica como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico)³⁵.

Por otra parte, la separación financiera conforme a la naturaleza de las prestaciones públicas, no supone que el Estado no pueda -como ya lo está haciendo- realizar aportaciones para garantizar la sostenibilidad financiera de las prestaciones contributivas con cargo a impuestos (no se olvide que la responsabilidad última de la garantía de las pensiones públicas, contributivas y no contributivas, recaen sobre el Estado ex artículos 41 y 50 de la Constitución, en relación con el artículo 12 de la Carta Social Europea). El principio de solidaridad y de redistribución (que se hace acompañar coherentemente del principio de suficiencia y adecuación de las pensiones públicas) no pueda quedar completamente extramuros del nivel contributivo del sistema de pensiones públicas, porque precisamente la Seguridad Social Contributiva se basa en la ruptura del sinalagma -que sí es el propio de la técnica previsora de los seguros- entre cuota/prima y prestación objeto de cobertura. Por ello el criterio de racionalización interna del sistema público de pensiones consistente en la separación de fuentes de financiación en atención a la naturaleza de las prestaciones (contributivas y no contributivas) no supone necesariamente que el nivel contributivo no reciba aportaciones con cargo a presupuestos generales del Estado. Por otra parte, el modelo ideal-tipo de financiación a través del sistema de reparto exige reforzar y depurar el régimen de cotizaciones sociales (incrementándolas mediante técnicas de destope, cotización por ingresos reales de los trabajadores autónomos, aumentos de cotización por expulsión de personal a través de su sustitución por sistemas automatizados o robótica, prohibición sistemática de la reducción de cotizaciones sociales para llevar a cabo pretendidas políticas de empleo o facilitar las reestructuraciones empresariales -objetivos que deben quedar extramuros del sistema de Seguridad Social y de su subsistema de pensiones públicas e imputarse a presupuestos generales del Estado por vía impositiva externa al Sistema-, etcétera).

Poco futuro tienen los planes de pensiones del sistema de empleo sin estabilidad en el empleo: si se pretende que crezca, y hacerlo con calidad, habrá de garantizarse una estabilidad en el empleo y, en su caso, las garantías suficientes de accesibilidad y conservación en las transiciones en el mercado de trabajo.

Por lo demás, los modelos extranjeros - y de los de los países de la Unión Europea- no se pueden importar porque son una parte de un sistema más amplio, o por decirlo metafóricamente, son una pieza de un “puzzle” cuyo conjunto ha de ser considerado en su totalidad. De ahí el grave error de importar sin más modelos como las “cuentas nocionales” o la llamada “mochila austriaca”. Toda institución y su posible reforma han de insertarse en su contexto para ser adecuada y eficiente como condición de posibilidad.

3.3. Profundizar la diferenciación de los incentivos en virtud de la función social del instrumento

Un elemento sin duda acertado de la nueva reforma consiste en la reorientación que se ha dado a lo que cabría señalarse como el *tratamiento promocional*, de estos instrumentos, haciéndolo más selectivo y focalizando el grueso de los incentivos sobre los planes de pensiones del sistema de empleo (también los asociados) y menos sobre los planes del sistema individual.

Si bien ambos tienen una naturaleza complementaria, en realidad, no tienen la misma función socio-económica. En los individuales, preside ante todo la finalidad financiera, mientras que los del

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental”, en *RTSS*. CEF, núm. 429, 2018.

sistema de empleo, tiende a dominar la finalidad social (de protección social; ahorro finalista). Por ello, la política de gastos fiscal que generan no debe ser la misma, tiene que diferenciarse y favorecer más a los planes del sistema de empleo. Hay que tener en cuenta que *el aproximadamente el 80 por 100 de los partícipes en los planes y fondos de pensiones son de la modalidad del sistema individual* (en la lógica del ahorro generalista e indiferenciado respecto a los fines de previsión/provisión social complementaria), siendo de significar que esta modalidad hace prevalecer más el plan en la lógica de un producto financiero, usado para conseguir beneficios fiscales significativos. La modalidad del sistema de empleo debe tener un trato más favorable que los individuales, precisamente haciendo prevalecer la dimensión social sobre la estrictamente económico-financiera concurrente y coexistente en esta institución jurídica.

Reténgase, además, que la reducción de la política a favor de los planes individuales generaría un menor coste fiscal para el Estado que podría destinarse a financiar las pensiones públicas. Por tanto, es necesario establecer una desaparición de tales instrumentos en el sentido de hacer primar decididamente a los planes del sistema de empleo o regímenes complementarios profesionales frente a todos los demás. En particular, sería necesario privar de todo tratamiento fiscal privilegiado o preferente respecto al común u ordinario a los planes individuales de pensiones (esto supone replantear contundentemente el modelo parificador establecido desde el año 2006 en nuestro país).

Lo anterior remite a un aspecto de enorme importancia en los últimos años, marcados especialmente por la crisis económico-financiera y las medidas de reforma legislativa adoptadas en los sistemas de pensiones. Y es que, como se sabe, se han producido unas políticas de “ajuste”, “contención” y “reducción” del gasto público social, las cuales sólo se han venido aplicando al sistema público de pensiones, y no a los sistemas privados. Ello resulta cuestionable si tiene en cuenta el fracaso de la previsión privada en términos de su funcionalidad socio-económica, por su mala respuesta frente a la crisis actual (vulnerabilidad ante la volatilidad de los mercados financieros). De ahí que, a nuestro juicio, sería necesaria una reflexión en profundidad sobre la legitimidad democrática de la subvención fiscal a los planes privados de pensiones. En este sentido se podría pensar en una reducción significativa de las ventajas fiscales otorgadas -en general- a los sistemas de previsión privados en un momento donde el sistema público requiere de ingresos para garantizar su equilibrio financiero, máxime si se tiene en cuenta que el gasto fiscal de dichos subsidios representa alrededor del 0,16 por 100 del PIB y que los mismos resultan claramente regresivos, con el 20 por 100 de unidades fiscales de mayor renta concentrando el 70 por 100 de los mismos.

Por lo demás, aceptada la necesidad de relanzar los planes de corte profesional, en modo alguno sería adecuado que dicho apoyo a los mismos se llevara a cabo a través de la incorporación de un *pilar de carácter mixto*, donde un porcentaje de las aportaciones obligatorias se destine a un fondo capitalizado. En favor de esta tesis se ofrecen argumentos nada desdeñables, pero como se ha puesto de manifiesto conviven importantes *riesgos* en esta propuesta reformadora (un efecto redistributivo claramente regresivo, un potencial descenso de las tasas de cobertura, la introducción de una lógica netamente individualista, etc.). Por todo ello, a nuestro juicio, debe seguirse apostando porque los planes y fondos de pensiones sean un *régimen voluntario y complementario* del sistema público y obligatorio de protección. Debe descartarse, por tanto, un modelo de protección social dividido en dos grandes bloques, organizado uno de ellos como público y otro como privado, ambos igualmente obligatorios, basado el primero en la solidaridad intergeneracional y soportado el segundo en el ahorro individual capitalizado. En esta línea se mueve el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) en el que se considera que “los planes de pensiones de reparto obligatorios deben seguir desempeñando un papel fundamental para garantizar las pensiones futuras y, por ello, debería

prestárseles una atención especial con objeto de invertir la tendencia observada en muchos países de la UE hacia la reducción de las tasas de sustitución³⁶.

Toda reforma de los sistemas complementarios privados debe partir de un nivel de suficiencia del sistema público atendiendo a las respectivas lógicas operativas en los niveles contributivos y no contributivos. En esa lógica de complementariedad, la reforma debería fomentar el ahorro finalista de previsión a través de los fondos de pensiones, que se genere fundamentalmente a través de la negociación colectiva, y que, además, origine prestaciones en forma de renta de sustitución complementarias del sistema público de pensiones. Enfatizar la finalidad provisoria de pensiones supone realzar la función de los fondos privados de pensiones como instrumentos de ahorro-provisión que se van depositando para que cuando se produzca el hecho causante de la pensión privada el interesado perciba una renta (sistema de capitalización, en virtud del cual cada sujeto interesado recibe al final de su vida activa la pensión que se corresponde con los recursos acumulados y que el sistema capitaliza a lo largo del tiempo invirtiéndolos en activos privados que generen intereses o rendimientos que participan de las fluctuaciones del mercado).

3.4. Participación, control y garantía

El objetivo de *generalizar la previsión social complementaria* pasa necesariamente por la adopción de un conjunto de medidas tendentes todas ellas a fortalecer la imagen que los ciudadanos y los agentes sociales y económicos tienen de dichos instrumentos como verdaderos sistemas de seguridad de carácter complementario, especialmente en tres ámbitos de ordenación de dichas instituciones: de un lado, en el *acceso* a dichos regímenes; de otro, en la *participación y control* en los mismos; y, por último, en los *mecanismos de garantía*.

En primer lugar, si se quiere seguir intentando promover la *participación en los planes de pensiones* de manera generalizada se hace necesario corregir algunos aspectos que están dificultando aquélla. Fundamentalmente, debe eliminarse el mantenimiento en la normativa reguladora de los planes de pensiones del sistema de empleo de un *período de permanencia previa en la empresa promotora* a efectos de la integración del participante en el plan. Como se ha puesto de manifiesto, con este requisito se impide en la práctica el acceso a los planes de pensiones del sistema de empleo de los trabajadores con contratos de corta duración, lo que supone un tipo de discriminación indirecta. Los efectos perniciosos de esta medida resultan evidentes, pero se agravan todavía más atendiendo a la estructura del empleo actual caracterizado por una creciente temporalidad. En efecto, el colectivo potencialmente afectado resulta lo suficientemente importante, de ahí que no sea indiferente el establecimiento de un tiempo mínimo de prestación de servicios con el promotor a efectos de la integración de los empleados en el plan. Por tanto, el criterio temporal no deviene en un factor favorecedor de la ampliación del ámbito de aplicación de los sistemas privados de pensiones, al contrario se incide en la desprotección de los colectivos de trabajadores más desfavorecidos, trasladando los efectos de la segmentación laboral al ámbito de los mecanismos de protección social complementaria.

De otro lado, si se quiere mejorar el acceso a los regímenes profesionales como vía estratégica de generalización de la previsión social complementaria se debe seguir potenciando el papel de la *negociación colectiva*, muy especialmente en lo que se refiere a la instauración e implantación a través de ella de planes sectoriales o de promoción conjunta. Como se ha podido comprobar, estos planes tienen una nula o escasa presencia, pese a que los mismos presentan una serie de ventajas indudables frente a los planes de pensiones de carácter empresarial (*racionalización de costes* para

³⁶ CESE: White paper on Pensions. Consulta, aprobada el 12/07/2012, referencia: SOC/457-EESC-2012-1582, disponible en: <https://www.eesc.europa.eu/es/our-work/opinions-information-reports/opinions/white-paper-pensions>

las empresas implicadas, *comisiones más bajas* de las entidades gestoras y depositarias, etc.). Se trata, por lo demás, de la mejor (cuando no la única) opción para que los planes de pensiones del sistema de empleo continúen creciendo dado el volumen de trabajadores pertenecientes a pequeñas y medianas empresas sometidos gran parte de ellos a convenios de sector. En este punto, se hacen necesarios nuevos estímulos legales que favorezcan la articulación colectiva sectorial de los planes de empleo.

En segundo lugar, *la garantía de participación de los individuos* en la estructura de gestión y control de toda la dinámica de funcionamiento del plan parece en todo punto irrenunciable. Es más, se ha postulado en las páginas precedentes *un papel predominante de los partícipes en las comisiones de control del plan*. Entendiendo que corresponde a los partícipes y beneficiarios la titularidad de los fondos, se debía otorgar a éstos un papel preeminente en el ejercicio de la competencia de supervisión del funcionamiento y ejecución de los planes, con mayor razón si cabe en los de la modalidad de aportación definida, ya que la inadecuada gestión del patrimonio podía acarrear peores prestaciones. Igual posición cabía sostener para el caso de los de prestación definida, pese a que se pudiera defender un idéntico protagonismo para el promotor atendiendo al mayor riesgo que éste asume en este tipo de planes. En cualquier caso, debe mantenerse el *sistema de mayorías reforzadas* para la adopción de acuerdos como forma de atender la posición empresarial que postula un papel más relevante en dicho órgano y de salvar el obstáculo de un posible veto por la mayoría de los partícipes.

Finalmente, la mayor o menor relevancia de los planes y fondos de pensiones va a depender de los mecanismos de garantía que su sistema normativo establezca ante determinadas vicisitudes (especialmente, ante las crisis empresariales en los planes de empleo). Pues bien, se ha defendido aquí la necesidad de *crear instituciones de carácter público o semipúblico* capaces de garantizar los compromisos adquiridos con los trabajadores y no satisfechos en virtud del acaecimiento de determinadas situaciones (insolvencia) o de exigir, en último término, *el aseguramiento obligatorio de las prestaciones* derivadas de los planes. Por otra parte, los recursos acumulados en los fondos de pensiones -adscritos a finalidades de previsión social complementaria de las pensiones- deben invertirse hacia activos más seguros y reformando los criterios de valoración para reducir los efectos de las fluctuaciones financieras y las variables inflacionistas que tanto inciden sobre los sistemas financieros de capitalización.

En las decisiones de inversión debe potenciarse la capacidad decisoria de los sujetos protegidos, partícipes y beneficiarios. Los fondos de pensiones deberán adoptar políticas socialmente responsables y garantizar una influencia determinante de los partícipes (comunidad de partícipes cotitulares de los recursos acumulados afectos con fines de provisión de las pensiones) y beneficiarios en la gestión de las inversiones. Como se ha dicho, el fondo de pensiones puede considerarse hasta ahora una especie de “capital gris” porque los derechos de propiedad que incorpora constituyen una zona nebulosa o plomiza³⁷.

En esta línea, resulta absolutamente imprescindible resolver las carencias de la reglamentación de la UE en la materia, tal y como sugiere la propia Comisión en su documento *Libro Verde: en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*³⁸. En dicho documento se apuntan algunos aspectos a tener en cuenta para dar mayor seguridad a las pensiones privadas capitalizadas. En primer lugar, los efectos de la crisis financiera sobre los sistemas de pensiones privadas pueden mitigarse con unas buenas políticas económicas y de finanzas públicas y con una regulación mejor. Ejemplo de ello son las garantías de rendimientos mínimos y las composiciones de

³⁷ BLACKBURN, R.: *El futuro del sistema de pensiones. Crisis financiera y Estado de Bienestar*; Madrid, Akal, 2010, pp. 203 y sigs. (“El tenebroso mundo del capital gris”).

³⁸ COMISIÓN EUROPEA: Libro Verde: en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, COM (2010) 365 final. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5551&langId=es>

la cartera de valores de riesgo decreciente al aproximarse la edad de jubilación, que aunque tengan un coste pueden reducir la volatilidad a corto plazo. Mejorando las prácticas de inversión y el diseño de los planes puede mitigarse considerablemente el riesgo e incrementarse la capacidad de respuesta a los contratiempos, consiguiéndose así un mejor equilibrio entre riesgos, seguridad y asequibilidad tanto para los ahorradores como para los proveedores. El reparto colectivo del riesgo a través de sistemas híbridos, por ejemplo un sistema de aportación definida con una garantía de rendimiento mínimo, o un sistema mixto de prestación definida y aportación definida, podría cambiar la tendencia actual hacia sistemas de aportación definida individualizados. En segundo lugar, resulta obligado mejorar el régimen de solvencia para los fondos de pensiones. Se aboga por promover en los Estados miembros sistemas de garantías de las prestaciones de pensión, quizá coordinados o facilitados a nivel de la UE, previendo incluso una eventual compensación de las pérdidas excesivas de los sistemas de aportación definida. En tercer lugar, la tendencia hacia estos últimos sistemas acentúa la necesidad de una comunicación clara y transparente. Parece necesario, en este punto, facilitar la toma de decisiones con conocimiento de causa.

3.5. Limitar las opciones de fragmentación

La fragmentación del sistema de previsión como resultado del ejercicio de las facultades reconocidas en el artículo 4.1.a), párrafo 6º, TRLPFP (diversificación de aportaciones y/o creación de subplanes) plantea serias dudas sobre si el principio de no discriminación consagrado en el TRLPFP puede resultar compatible con aquéllas. En el primer caso, la posibilidad de admitir diferencias en las aportaciones del promotor a sus partícipes puede resultar menos criticable, visto desde el plano del principio de igualdad, dado que en algunos casos será razonable la adopción de aquella medida al objeto de poder atender las diversas circunstancias profesionales en las que se pueda encontrar el trabajador (por ejemplo, los de mayor edad). Sin embargo, más difícil resultará la aceptación del supuesto de la diferenciación en subplanes del colectivo laboral de una misma empresa afectado por un mismo plan general, ya que la heterogeneidad que se alcanza con ellos puede suponer una ruptura del principio de unidad de protección de los planes, y no se dan en el ordenamiento legal suficientes garantías como para evitar en la práctica situaciones discriminatorias.

Y es que la articulación de subplanes plantea, por un lado, el riesgo de escindir en grupos el colectivo asegurado y crear para cada uno de ellos distintos niveles de protección, provocando una ruptura del principio de universalidad de cobertura y, por otro lado, una fragmentación de la representación del colectivo asegurado en el seno de la comisión de control, con la consiguiente corporativización de ésta. En verdad, el análisis que hemos realizado con anterioridad de la ordenación jurídica de los subplanes en modo alguno sirve para despejar las dudas acerca de su compatibilidad con el principio legal de no discriminación; más bien al contrario, dado que el sistema positivo puede acentuar los problemas de adecuación de tal medida con la *ratio* que inspira el mencionado principio antidiscriminatorio.

Igualmente, la posibilidad de que la fragmentación de la plantilla en colectivos diferenciados en el ámbito del sistema de previsión pueda tener lugar sin el control de la negociación colectiva, bastando con que tal medida se prevea en el reglamento del plan, resulta criticable. A nuestro juicio, el cambio normativo que se ha producido en este punto entraña mayores riesgos desde el punto de vista del mandato antidiscriminatorio, ya que, si bien hasta ahora la preceptiva intervención de la autonomía colectiva podía atenuar los efectos negativos de la eventual configuración del plan en subplanes, lo cierto es que en la actualidad los elementos de contradicción con el principio de no discriminación son más evidentes, dado que los criterios de establecimiento de subplanes se pueden acordar a través de pactos adoptados por sujetos que no tienen por qué representar los intereses generales de todos los trabajadores o empleados.

En conclusión, hay que considerar que las dudas que suscita la figura jurídica del subplan aconsejan, hoy como ayer, su replanteamiento, cuando no su directa eliminación. Pese a que se pueda reconocer que esta técnica diversificadora pueda tener cierta utilidad para atender las circunstancias especiales en que se hallen determinados colectivos, especialmente en el caso de los trabajadores de edad avanzada, lo cierto es que ese resultado se puede obtener a través del recurso a otras vías jurídicas previstas en el TRLPFP sin necesidad de la división de la plantilla en colectivos diferenciados. A nuestro juicio, resulta más acorde con el principio legal de no discriminación la opción de realizar tratamientos diferenciados o peculiares para grupos homogéneos en el marco de un único plan, con intervención, supervisión y control de la autonomía colectiva, pudiéndose diferenciar entre las aportaciones del promotor y, derivativamente, entre las prestaciones económicas a recibir por los sujetos protegidos.

3.6. Legislar la delimitación jurídica de las aportaciones empresariales

Una de las cuestiones que no ha merecido una solución legal expresa es la relativa a la naturaleza jurídica de las contribuciones empresariales. El modelo legal ha omitido cualquier pronunciamiento al respecto, y aún hoy no existe un criterio uniforme sobre este particular. La decisión que se adopte sobre esta cuestión resulta crucial si tenemos en cuenta los efectos jurídicos que se desprenden de ella. Existen varios factores que están contribuyendo a hacer más difícil la tarea interpretativa de este asunto.

En primer lugar, uno de estos factores tiene que ver con la propia evolución normativa que ha experimentado la ordenación jurídica del salario. Hasta la reforma laboral de 1994, las aportaciones empresariales que se pudieran efectuar para financiar los planes no tenían consideración salarial en virtud de la normativa específica sobre salarios vigente en ese momento. Sin embargo, la derogación expresa de esta normativa reglamentaria en virtud de la Ley 11/1994 dejó sin solución la cuestión relativa a la calificación jurídica -salarial o no- de las aportaciones del empresario realizadas con fines de previsión voluntaria a favor de sus empleados, dado que no existía en el nuevo modelo normativo una exclusión manifiesta de aquéllas del concepto de salario. Como es lógico, esta indefinición normativa, la cual es la que pervive en la actualidad, daba paso a la posibilidad de inferir interpretaciones diferentes con respecto a la naturaleza salarial de las aportaciones empresariales.

El segundo de los aspectos que ha influido igualmente en la falta de una solución unívoca en la consideración de la calificación jurídica de las contribuciones empresariales a planes de pensiones está relacionado con los cambios que han afectado a la retribución en general de los trabajadores. En efecto, el salario como coste esencial para los empresarios no podía permanecer ajeno a las influencias que en el ordenamiento laboral ha tenido el debate de la flexibilidad.

Así, factores como la automatización e informatización, la transformación de la gran empresa, el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, la redistribución cuantitativa y cualitativa de mano de obra, la inversión de las relaciones de fuerza entre capital y trabajo y, en fin, la modificación del clima y la cultura empresarial han contribuido a transformar el panorama de las relaciones laborales y, en concreto, el modelo salarial como variable dependiente de los anteriores elementos.

Conforme a esta nueva orientación, decididamente flexibilizadora, se destaca la adopción de una perspectiva económica del salario en la que se tiende a obtener una consideración conjunta de los componentes del coste global del factor trabajo: de un lado, el salario directo, que retribuye directamente los servicios prestados y que son recibidos por los trabajadores de su empleador; de otro, el salario social o diferido, integrado por las cotizaciones o aportaciones económicas de la Seguridad Social y de previsión social (pública o privada) y, asimismo, por las prestaciones de previsión y

Seguridad Social. En atención a ello, en concreto, a esta dimensión unitaria del salario debido a la preponderancia de una perspectiva económica en su análisis, se valorizan los diversos componentes del salario social como elementos de ajuste de la estructura salarial. En definitiva, la fisonomía del esquema del salario refleja la intercambiabilidad de sus elementos. Por ello, no debe extrañar que, en bastantes ocasiones, en el ámbito de la negociación colectiva las reivindicaciones salariales de los trabajadores no atendidas en su totalidad por el empresario se palien o compensen con la introducción de medidas de previsión.

Pues bien, esta maleabilidad de la estructura del salario, específicamente por lo difusa que se presenta en la actualidad la franja que separa lo salarial de lo extrasalarial, hace difícil que se puedan ofrecer criterios válidos a la hora de proceder a la catalogación jurídica de nuevas fórmulas retributivas. Esto resulta especialmente significativo en el caso de las contribuciones empresariales a planes de pensiones del sistema de empleo. Su consideración extrasalarial ha estado vinculada a la vieja noción de mejora voluntaria de la Seguridad Social. La radical distinción que cabe hacer entre ambas técnicas de previsión social voluntaria impide una asimilación en este sentido, por lo que su estricta valoración como partidas extrasalariales debe atender a otras consideraciones no relacionadas directamente con aquéllas. Más evidente resulta el supuesto de los planes de adquisición directa de acciones o de adquisición de los derechos de opción en un momento futuro. Su incardinación en la noción jurídica de salario no deja de plantear dudas razonables en función de si se hace prevalecer el criterio del estatus del trabajador o su conexión directa con la prestación laboral individualmente considerada.

El tercero de los factores que ha condicionado del mismo modo la elaboración de una propuesta definitiva acerca de la consideración salarial (o no) de las contribuciones empresariales a un régimen complementario (plan de pensiones) profesional está directamente relacionado con la conceptualización funcional e instrumental del salario y su estructura que ofrece el ordenamiento comunitario. La posibilidad de acudir a la legislación comunitaria a efectos de arrojar luz sobre esta cuestión ha resultado un trabajo infructuoso, teniendo en cuenta que la noción jurídica de retribución que ofrece el vigente artículo 157 del TUE (anterior 141 TCE) está orientada al servicio de sus específicos fines de política del Derecho, a saber, garantizar el principio de igualdad salarial. Así, en razón de lo dispuesto por el artículo 157 TUE, que considera retribución el “salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”, el Tribunal de Justicia comunitario no ha tenido ningún problema, conforme al criterio teleológico perseguido por la norma de referencia, en acoger en el concepto de retribución las prestaciones concedidas por un régimen complementario³⁹. Por ello, la extensión material expansiva del concepto de salario a efectos de la aplicación del artículo 157 TUE podía servir para justificar la consideración salarial de la participación

³⁹ Conforme al artículo 157 del TUE (antiguo artículo 141 TCE): “1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

financiera del promotor en un plan. Sin embargo, se vuelve a insistir, esta noción extensiva *ad hoc* de salario y de estructura salarial proporcionada por la legislación comunitaria, más allá del salario entendido como contraprestación directa del trabajo dependiente, no resulta trasladable a nuestro ordenamiento interno, dado que el artículo 26.1 ET proporciona una lectura más restrictiva al exigir que el salario sea una compensación económica del esfuerzo laboral. En definitiva, la posibilidad de acogerse a la noción de retribución propiciada por la normativa comunitaria debe relativizarse a tenor de su carácter instrumental para garantizar el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo⁴⁰.

De hecho, esta visión amplificada del concepto de retribución que maneja el TJUE en los supuestos de verificación de situaciones de discriminación no sirvió para considerar como salario *ex artículo 157 TUE* las contribuciones que el empresario realizaba para garantizar el pago futuro de las prestaciones comprometidas⁴¹.

Precisamente el cuarto de los elementos que ha incidido en la problematización de la naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales tiene que ver también con el perfil que del salario han ofrecido diferentes ramas del ordenamiento jurídico. Concretamente, la normativa tributaria se refiere a las contribuciones o aportaciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones, así como a las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones en los términos previstos por la disposición adicional 1ª TRLPFP para considerarlos como rendimientos íntegros del trabajo [artículo 16.1. e) TRLIRPF]. Por ello, esta valoración de las aportaciones empresariales como rentas o rendimientos del trabajo dependiente podría servir para justificar su naturaleza salarial. Sin embargo, resulta aceptado por la doctrina que el valor configurador en este punto del ordenamiento fiscal no es definitorio a efectos jurídico-laborales, admitiéndose que el concepto tributario es más amplio que el laboral. Y es que aquella noción resulta funcional a los efectos pretendidos por el ordenamiento tributario, aglutinando conceptos retributivos que tienen naturaleza salarial y otros que no la tienen desde la perspectiva del ordenamiento laboral (dietas, gastos de locomoción, etc.), por lo que también aquí se debe relativizar la posibilidad de acudir a esta normativa a la hora de resolver el dilema de la naturaleza salarial (o no) de las contribuciones empresariales a un plan de pensiones del sistema de empleo. De hecho, la propia jurisprudencia se ha encargado de reiterar la imposibilidad de trasladar lo dispuesto en este punto en la normativa fiscal a la legislación laboral.

Idéntica situación se produce con la delimitación legal del “salario cotizable” a efectos de la Seguridad Social. Así, conforme al artículo 109.2 TRLGSS, quedan excluidas de la base de cotización las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras [letra f)]. Esta previsión podría servir para postular el carácter extrasalarial de las contribuciones del promotor al plan, de reconducirse éstas al término amplio de mejoras. Pero de forma más concreta es el artículo 23.2, f), a) del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, el que se encarga de establecer expresamente esta equiparación a los efectos de su exclusión de la base de cotización. En particular, se indica que se consideran mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los empresarios

⁴⁰ Sobre la problemática de la naturaleza jurídica extrasalarial de las contribuciones a los planes de pensiones y el significado de la normativa comunitaria al respecto (aunque con referencia a los precedentes artículos 141 y 142 del TCE, en una redacción mantenida en lo sustancial), véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁴¹ Véase, paradigmáticamente, la STJUE de 3 de junio de 2021, C-624/19. ECLI: EU:C:2021:429, y las sentencias en ella citadas. Es de señalar que en su fallo el TJUE declara, por otra parte, que: “El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un «trabajo de igual valor», al que se refiere ese artículo”.

“a los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores, a que se refieren los artículos 192 y 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que el beneficio obtenido o que pudiera llegar a obtenerse por el interesado suponga una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social en el que se hallen incluidos dichos trabajadores”. Por tanto, en razón de esta previsión se podría defender la naturaleza extrasalarial de las contribuciones empresariales al plan. Sin embargo, una interpretación correcta del precepto, en el que únicamente se dejan fuera del salario cotizable las contribuciones empresariales que sirvan para el pago futuro de prestaciones configuradas en estricta complementariedad con las dispensadas por el Régimen General de la Seguridad Social en su modalidad contributiva (la gran mayoría, por otro lado), nos obliga a insistir, de nuevo, sobre la dificultad de exportar las reglas de un ordenamiento (el de seguridad social) a otro (el laboral). Y es que, al igual que ocurría con el ordenamiento fiscal, las normas de cotización contienen una definición legal de salario cotizable de *carácter estipulativo y estrictamente funcionalizado* a la aplicación de la normativa de Seguridad Social, sirviendo únicamente a sus fines singulares.

Como se ve, el conjunto de los factores mencionados poco han ayudado a conformar definitivamente una teoría sólida en relación con la catalogación jurídica de las aportaciones empresariales a los sistemas de previsión. Por el contrario, más bien han contribuido a que la doctrina se encuentre dividida entre aquéllos que las consideran como salariales y aquellos otros que las integran entre las percepciones de naturaleza extrasalarial. Los primeros ponen de manifiesto la existencia de una finalidad remunerativa, coexistente, por lo demás, con la de previsión del plan. Los segundos no aprecian aquélla y anudan las aportaciones a los fines de previsión del plan.

Teniendo en cuenta toda esta problemática, parece en todo punto necesario una intervención normativa al respecto que clarifique cuanto antes este asunto, dados los efectos jurídicos que tal decisión conlleva. A nuestro juicio, y pese a las propuestas de inclusión de las aportaciones empresariales de previsión en la noción legal de salario *ex* artículo 26.1 ET, consideramos que éstas deben considerarse como percepciones económicas de naturaleza extrasalarial. Aunque las mencionadas propuestas deban calificarse de intentos ciertamente loables de dotar a los planes, más en concreto, a la participación financiera del promotor en ellos, de connotaciones salariales, lo cierto es que no parece que el ordenamiento regulador de general afectación, no sólo el específico, de esta fórmula de previsión acoja esta caracterización. Más bien, cabe sostener que, en general, sigue predominando la función social de previsión respecto de la presencia de aparentes connotaciones salariales, sobre la base de los contratos de trabajo o, en su caso, de las situaciones jurídicas de carácter estatutario (y en relación con las cuales se constituyen las relaciones jurídicas de previsión del personal), en las obligaciones contributivas y de prestación correspondientes a los regímenes privados de previsión.

3.7. Vuelta al principio de primacía de los partícipes en el control de los planes

Pese a las críticas, el principio de primacía de los partícipes en el seno de la comisión de control ha merecido estar plenamente justificado atendiendo a dos datos normativos: primero, de acuerdo con la rotunda declaración de los artículos 8.4 LPFP (Ley 8/1987) y 10.2 RFPF (RD 1307/1988), en el sentido de que la titularidad de los bienes y recursos afectos al plan correspondía a los partícipes y beneficiarios y, segundo, conforme a lo establecido por el artículo 4 LPFP (Ley 7/1987), con la condición de sujetos protegidos con derecho originario propio que ostentaban los partícipes.

A nuestro juicio, se trataba de una respuesta jurídica satisfactoria, dado que resultaba acorde con la naturaleza de los planes y fondos de pensiones como contratos colectivos de previsión, de manera que la solución dada por la anterior LPFP en orden a otorgar un papel predominante a los partícipes en las comisiones de control del plan parecía acertada, ya que de esta forma se subrayaban

los elementos mutualísticos de estos instrumentos de previsión. La posición jurídica prevalente de los partícipes no hace sino subrayar precisamente la situación jurídica de cotitularidad y corresponsabilidad limitada que tienen los partícipes en el sistema en vista de la satisfacción de un interés común de previsión consistente en hacer frente a las consecuencias o situaciones de necesidad producidas por la verificación de un riesgo común a todos los sujetos protegidos en situación coasociativa.

Por tanto, correspondiendo a los partícipes y beneficiarios la titularidad de los fondos, se debía otorgar a éstos un papel preeminente en el ejercicio de la competencia de supervisión del funcionamiento y ejecución de los planes, con mayor razón si cabe en los de la modalidad de aportación definida, ya que la inadecuada gestión del patrimonio podía acarrear peores prestaciones. Igual posición cabía sostener para el caso de los de prestación definida, pese a que se pudiera defender un idéntico protagonismo para el promotor atendiendo al mayor riesgo que éste asume en este tipo de planes.

En cualquier caso, debe mantenerse el sistema de mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos como forma de atender la posición empresarial que postula un papel más relevante en dicho órgano y de salvar el obstáculo de un posible veto por la mayoría de los partícipes.

En este mismo sentido cabría también llamar la atención respecto de la conveniencia de revisar tanto las competencias como la composición de la Comisión Promotora y de Seguimiento de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, y la Comisión de Control Especial de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, creadas en la Ley 12/2022. Ya hemos señalado que en el modelo de gobernanza institucional que se ha establecido para los nuevos instrumentos de previsión social de empleo la participación tanto de los promotores como de los partícipes se reduce en ocasiones hasta un papel que roza lo meramente testimonial en favor de la de los representantes de la administración pública.

En nuestra opinión, ambas comisiones deberían reajustar su composición garantizando la participación efectiva de partícipes y promotores en los términos señalados antes. Respecto de las competencias de la Comisión promotora y de seguimiento debería limitarse exclusivamente a las actuaciones propias de puesta en marcha de los fondos de pensiones de promoción pública y a garantizar desde la misma un sistema permanente de supervisión pública. La Comisión de control especial, por su parte, debería asumir las competencias propias de las comisiones de control y seguimiento tradicionales (política de inversión, etc.).

De no hacerse de este modo, el modelo de gobernanza diseñado en la reforma para los nuevos instrumentos de previsión social parece limitarse a garantizar una suerte de nuevo marco de externalización de compromisos de pensión; sin que se haya previsto para ellos un régimen de supervisión y participación institucional que les garantice un nivel de participación ni tan siquiera equivalente al que el modelo preexistente establece para los instrumentos de previsión social complementaria de empleo tradicionales.

3.8. Avanzar en la resolución de la brecha de género

Es cierto que se han tomado ya algunas medidas, como por ejemplo el apartado 2º del artículo 5.1.a) TRLFPF, que establece que, en todo caso, debe garantizarse el desarrollo de medidas correctoras para evitar la brecha de género. Pero no debe olvidarse que existe una *lógica interna del sistema* laboral (desigualdad salarial; trabajos peor retribuidos o precarios; mayor incidencia de género en la economía sumergida, etcétera) y, en no poco, el sistema de protección social (reglas en el sistema de protección que reproducen la desigualdad en los mercados, por ejemplo, la ya mejor resulta cuestión

del trabajo a tiempo parcial y sus lagunas de cotización; la falta de atención compensatoria de los trabajos de cuidados; la no consideración del trabajo productivo) contraria a la igualdad de género.

La misma conexión entre pensión pública-pensión privada complementaria interactúan de manera que se reproduce un consolida la desigualdad en los dos ámbitos del Sistema Global de Pensiones, públicas y privadas.

Ello obliga a establecer un conjunto de medidas más incisivas y articuladas para contrarrestar la brecha de género en las pensiones públicas y privadas (pensiones dignas en igualdad y equidad)⁴².

4. REFLEXIONES JURÍDICO-CRÍTICAS Y CONCLUSIONES FINALES: DIAGNÓSTICO DEL MODELO LEGAL Y ENFOQUE PROPOSITIVO

Este proceso de reforma no sólo está enmarcado y condicionado por la última revisión y actualización del proceso político jurídico del “Pacto de Toledo” (a su vez necesariamente respetuoso con las previsiones constitucionales ex artículos 41, 50, 93 a 96, en relación con la cláusula de apertura constitucional establecida imperativamente en el artículo 10.2 de la propia Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico), sino que también se encuentra fuertemente condicionado “políticamente” (sin adjetivos) por los compromisos contraídos por el Gobierno español con la Unión Europea en el conocido Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (“Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”), en particular con el Componente30.R5, relativo a la “Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones”⁴³. Se parte del hecho de que hasta ahora, los sistemas complementarios de pensiones han tenido principalmente un carácter individual, con poco éxito en su modalidad de empresa, poco impacto macroeconómico en la incentivación del ahorro a largo plazo y, además, un alto coste fiscal con resultados regresivos. Mediante esta reforma se pretende revisar el marco regulador del sistema de pensiones complementarias con el fin de *impulsar los planes de pensiones de empleo en el ámbito de la negociación colectiva*, preferentemente sectorial. Para ello, se prevé la aprobación de un nuevo marco jurídico para el impulso de los planes de pensiones de empleo con el fin de dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o autónomos que actualmente no tienen acceso a estos instrumentos de segundo pilar. Como novedad, podrán articularse a través de fondos de pensiones de promoción pública que introducirán competencia en el sector, mejorando la eficiencia de costes. Se favorecerá, además, la movilidad de los trabajadores entre empresas gracias a la posibilidad de traspasar los derechos por las aportaciones realizadas en la empresa de origen.

⁴² De gran interés, LÓPEZ INSUA, M.M.: “La protección de las personas mayores desde la perspectiva de género”, en PERÁN QUESADA, S. Y VILA TIerno, F. (DIRS): *La protección de Seguridad Social de las personas mayores. Retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 489-522; GRAU PINEDA, C.: *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 53 y sigs., y la bibliografía allí citada.

⁴³ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, 2022, espec., Cap. 1. (“La garantía constitucional del modelo global de pensiones. El proceso político jurídico del Pacto de Toledo y sus desarrollos”), pp. 53 y sigs., y cap. 3 (“Los compromisos de reforma de las pensiones contraídos en el Plan de recuperación, transformación y Resiliencia presentado a la Unión Europea”), pp. 69 y sigs., *passim*.

Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L., Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El mantenimiento del sistema y la intensidad protectora de las pensiones públicas en España: El Acuerdo de Concertación Social de 2021”, en VV.AA.: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social Español*, MONEREO PÉREZ, J.L., Y MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS.), Granada, Comares, 2021, pp. 265 y sigs.; VV.AA.: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, HIERRO HIERRO, F.J. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2021, *passim*.

Para extender su uso, se desplazará la fiscalidad actualmente favorable de los planes individuales hacia los planes de empleo procedentes de la negociación colectiva. El objetivo es la extensión de estos planes complementarios vinculados al empleo, de manera que la población cubierta aumente desde los dos millones de trabajadores actuales a trece millones en 2030 y hasta alcanzar el 80% de la población activa ocupada cubierta en el largo plazo; y que los activos bajo gestión, en términos de PIB, pasen de menos del 3% al 9% al final de esta década y un 18% en 2040 y un 31% en 2050, convirtiéndose en una fuente fundamental de financiación privada de las inversiones para la transición energética y digital. Esta reforma está en línea con las directrices de la UE relativas a la Unión de Mercados de Capitales, la Directiva de Supervisión de Fondos de Pensiones (IOPR II) y la de Finanzas Sostenibles.

En esta dirección reformista *se motiva* la reforma propuesta indicando -en el plano de la política del Derecho- que el sistema no cumple en la actualidad con su principal objetivo que es el de incentivar el ahorro finalista para la jubilación. De hecho, se afirma, que es fiscalmente regresivo y se presenta como un producto financiero con un alto coste lo que conlleva una escasa participación de la población más joven (únicamente los planes de pensiones del sistema de empleo, sometidos a un principio de no discriminación más estricto, abarcan a la población joven más eficazmente). Así lo ha puesto de manifiesto la AIREF y queda reflejado en los siguientes datos. Un 69% de los planes de pensiones en España se formalizan a través de la modalidad individual, mientras que únicamente un 31% a través de la modalidad de empleo. El 10% de la población con más renta se beneficia de dos terceras partes de las reducciones fiscales por aportaciones a los planes. El volumen global de fondos de pensiones no supera el 10% del PIB (incluyendo las tres modalidades de planes de pensiones individuales, asociados y de empleo), muy por debajo de la media de los países de la Eurozona (35% del PIB), con la particularidad de que mientras los planes individuales crecen moderadamente, los planes de empleo permanecen estancados en el entorno de los 34.000 millones de euros desde 2014 y con una tendencia a la baja del número de partícipes desde 2011.

Para ello el Gobierno se compromete a plantear una serie articulada de medidas:

- Creación de fondos de pensiones de empleo de promoción pública, gestionados por el sector privado, al que puedan adscribirse planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación.
- Extender la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial, para lo cual se han de establecer mecanismos e incentivos que hagan efectiva esta extensión.
- Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones usando especialmente la digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro sean on-line.
- Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores.
- Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz.

— Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo por debajo del 0,30% de los activos gestionados desde 2014 y con una tendencia a la baja del número de partícipes desde 2011.

En cuanto al *colectivo considerado como objetivo preferente* de la reforma legislativa que se propone e impulsa se señala que La reforma tiene un carácter sectorial de modo que pretende cubrir a toda la población trabajadora, incluyendo singularmente a los trabajadores autónomos y los menores de 35 años. Asimismo, se pretende la extensión progresiva de los planes de empleo entre los empleados públicos, unos 3 millones de empleados, dada la heterogeneidad de la cobertura ente los diversos niveles de administración territorial, estableciendo unos estándares mínimos.

La implementación de la reforma se realizará a través de distintos instrumentos legislativos, señaladamente utilizando la Ley de presupuestos generales del Estado, que en sí mismo constituye un *instrumento de planificación económica y social* del Estado constitucional. Ya en ese momento se precisaba que Los Presupuestos Generales del Estado para 2021 ya desplazan el tratamiento de la fiscalidad asociada a planes de pensiones individuales a favor de este pilar de empresa; mientras que su Disposición Adicional 40 del mismo contempla la promoción pública de fondo de pensiones de empleo. Al propio tiempo se resaltaba que esta reforma cualitativa -pero ni radical ni rupturista en su alcance- se llevaba a cabo contando con la participación y el consenso de todos los sectores y organizaciones interesadas e involucradas (Involucración de *stakeholders*). Esta reforma viene avalada por la recomendación 16 del Pacto de Toledo recientemente ratificado por el pleno del Congreso de los Diputados. Como protagonistas de la negociación colectiva, el papel de los interlocutores sociales es fundamental, de ahí que sea éste uno de los asuntos que el Gobierno ha planteado en la mesa de diálogo social. También se confía en tener el respaldo de las asociaciones profesionales de actuarios, de planificadores financieros y de la organización de consultores de pensiones Asimismo se espera tener el respaldo de las asociaciones de gestores de inversión colectiva y del sector asegurador.

Ya se constataba que el *desafío más importante es lograr la implantación de la modalidad del sistema de empleo a través de la negociación colectiva*.

Esa implementación a través de instrumentos legislativos estatales y de los convenios colectivos y otros mecanismos jurídicos funcionalmente adecuados para materializarla ha caracterizado el proceso de reforma durante buena parte del años 2021-2022 (Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022; Ley 12/2022, de 30 de junio, etcétera), en la que puede considerarse primera fase, que en sí misma ya ha enlazado con una segunda fase de puesta en marcha y realización efectiva del proceso de reforma en cuestión durante el presente año 2023. Es manifiesto que estamos hablando de un *proceso de reforma permanente* y que, en consecuencia, las reformas no acabarán aquí. Por lo demás, se insiste, las reformas en materia de pensiones públicas y privadas tienen que coordinarse con la planificación de las medidas de transformación del sistema productivo (incluida la transición digital y ecológica, a la cual adule también el mismo Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 16 de junio de 2021⁴⁴); y asimismo

⁴⁴ En el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aparece nítidamente estas connotaciones. Así en cuanto a la “Contribución a la transición ecológica” precisa que al ser un componente que solo incluye reformas y no incluye inversiones no hay contribución a la transición ecológica directa. No obstante, los fondos de pensiones de promoción pública, enmarcados dentro de la reforma de los sistemas complementarios de pensiones, tendrán una política de inversiones socialmente responsable. En la medida en que el sector de los planes de pensiones de empleo lidera en España las *inversiones con criterios medioambientales, sociales y de buen gobierno*, se espera que estos principios guíen la gestión de activos y que sean un elemento tractor de las finanzas sostenibles que dinamice tanto a los planes individuales como a los fondos de inversión. Por su parte, respecto a la “Contribución a la transición digital” se indica que “con carácter general, al tratarse de un componente que solo incluye reformas y no incluye inversiones no hay contribución a la transición digital. No obstante, los fondos de pensiones de promoción pública *tendrán una gestión digital desde el principio*. Una parte sustancial de las reformas

con políticas de rentas salariales y extrasalariales de acompañamiento y políticas laborales orientadas a la consecución del pleno empleo de calidad *en las transiciones profesionales*⁴⁵. Todas ellas son necesarias para alcanzar el objetivo de sostenibilidad tanto de los sistemas públicos de pensiones como de los regímenes privados de ahorro-pensión. Una política de empleo y de rentas salariales permitirá que haya posibilidad real en el sistema de empresas (pymes y grandes empresas) poder disponer de recursos suficientes para ingresar cotizaciones al sistema público de pensiones y aportaciones contributivas diferidas a los sistemas de pensiones privadas (señaladamente, a la modalidad de planes y fondos de pensiones). De este modo *la mejora de los salarios reales y percepciones económicas diferidas a recibir por los trabajadores es una necesidad para todos los componentes -públicos y privados- del Sistema Global de Pensiones*. En otras palabras, la precariedad salarial y del empleo pone directamente en cuestión la sostenibilidad de los sistemas contributivos públicos y privados de pensiones⁴⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta en el enfoque global de pensiones la combinación público y privado (en el marco del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho), no se puede obviar el diseño del objetivo *general de la reforma de las pensiones* precisado por el propio Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Componente 30, que puede considerarse como el *presupuesto de política del Derecho de la Reforma en materia de pensiones*), a saber: “*La reforma de las pensiones está orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su adecuación y suficiencia en la protección frente a la pobreza, y garantizando la equidad intergeneracional*”. Apoyándose en el amplio consenso parlamentario sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo, se propone la puesta en marcha de un paquete de medidas complementarias entre sí que serán elevadas al diálogo social e incluyen: I) La separación de fuentes de financiación; II) La puesta en marcha de un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo; III) La continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas; IV) Adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación; V) El establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los autónomos basado en ingresos reales que refuerce la integración y convergencia de los regímenes de pensiones; y VI) La revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando el desarrollo de planes de pensiones de empleo (segundo pilar) a través de la negociación colectiva.

1ª. En este contexto, y como primera conclusión, cabría destacar la necesidad de recuperar un nivel de acuerdo político y social suficiente como premisa previa para garantizar que el sistema de previsión social complementaria se desarrolla en el marco de estabilidad que resulta imprescindible para un ámbito de protección social tan relevante. Sería, además, imprescindible que dicho nivel de acuerdo alcanzase tanto a la evaluación de la situación en la que se encuentra este ámbito, las causas últimas que lo motivan, y las líneas de reforma que, en su caso, deben ponerse en marcha para garantizar el papel que debe jugar en el conjunto de nuestro sistema de protección social y, por extensión, en el conjunto de la economía. De otro modo será imposible garantizar un modelo de previsión social complementaria estable y de éxito.

complementarias del sector de planes de pensiones incluye la reingeniería digital de las operaciones para facilitar la movilización de los planes de los partícipes y la mejora de los procesos de información y operaciones básicas”.

⁴⁵ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011. Hay que tener en cuenta que nos movemos en una transición epocal -un cambio de paradigma- respecto de las transformaciones operadas en el mundo de la empresa y del trabajo, en cuyo marco es necesario redistribuir los riesgos y las rentas (retribuciones y beneficios).

⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, 2022.

Probablemente la principal limitación de la reforma que implica la Ley 12/2022 deviene precisamente en el escaso nivel de acuerdo social y político que ha sido capaz de concitar. No ha contado con el acuerdo previo en el Diálogo Social de sindicatos y empresarios, en el Congreso sólo consiguió aprobarse por mayoría simple (mayoría de los votos presentes, que no de la totalidad de la cámara) y en el Senado necesitó utilizar un trámite técnico de aprobación ante la imposibilidad de conseguir obtener siquiera la mayoría simple⁴⁷.

El contenido material de la propia reforma supone una limitación de la participación que se prevé en los nuevos instrumentos para los partícipes (trabajadores) y promotores (empresas), que ahora se reducen a un mero papel testimonial. En su lugar la capacidad de gobierno de los nuevos instrumentos se transfiere a una suerte de superestructura pública, reservada para personas expertas en la materia. Subyace así la idea de que el problema de la limitada cobertura que había obtenido el modelo preexistente de planes de pensiones de empleo es, en realidad, un problema de su modelo de gobernanza y de la limitada dimensión financiera que ha sido capaz de generar.

Cabría concluir así que el nuevo modelo de gobernanza establecido en la Ley 12/2022 en realidad parece limitarse a establecer una suerte de nuevo marco de “externalización” de compromisos de pensión sobre los colectivos diana señalados por el legislador como prioritarios: empleados públicos, personas trabajadoras empleadas en pequeñas y medianas empresas y trabajadores por cuenta propia; sin que se haya previsto para ellos un régimen de supervisión y participación institucional que les garantice un nivel de participación equivalente al que el modelo preexistente establece para los instrumentos de previsión social complementaria de empleo tradicionales.

2ª. Quizá en parte derivada de la carencia de participación y acuerdo político y social, se echa en falta una política global y de conjunto que aglutine los diversos instrumentos de la previsión social voluntaria conforme a unos principios ordenadores comunes no permite establecer los vínculos de unión y complementación adecuados y deseables con el sistema público de Seguridad Social. El desarrollo de los regímenes voluntarios que representan los planes y fondos de pensiones y el resto de mecanismos que integran aquéllos no ha venido acompañado de un proceso de integración lógico en el sistema de relaciones institucionales que supone un modelo de protección social. Todo ello hace que el ciudadano y las empresas (junto con los trabajadores que tienen que implantar los planes) no lleguen a apreciar la funcionalidad real de dichos instrumentos en el cuadro protector general de las pensiones. Al contrario, en muchos casos los planes y fondos de pensiones han podido servir más como estrategia financiera (de optimización fiscal) que como instrumento de complementación de las pensiones públicas. Por lo demás, las continuas reformas legislativa y especialmente la introducida por la Ley 12/2022, obliga a una revisión de conjunto sobre el modelo normativo de regulación legal de los planes y fondos de pensiones.

3ª. En este modelo integrado de instrumentos de previsión social complementaria debe garantizarse la centralidad de los planes y fondos de pensiones frente al resto instrumentos privados de protección (seguros complementarios planes de previsión asegurados, planes de previsión empresaria., etc.)⁴⁸.

⁴⁷ Para un análisis detallado del limitado apoyo parlamentario reunido durante la tramitación parlamentaria de la Ley 12/2022, Vid: MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones...*, op. cit. 2022, pp. 17-24.

⁴⁸ En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008, pp. 8-9. https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/3b06cc92763279bf37e57b9290d0895c.pdf

4ª. Debe seguir siendo un mecanismo de protección complementario de carácter voluntario, nunca sustitutivo (sea por vía directa o indirecta) del sistema prestacional público⁴⁹; y por tanto también de las cotizaciones sociales encaminadas a su sostenibilidad (Artículo 41 y normas concordantes de la Constitución Española que regulan el bloque constitucional en materia de pensiones: artículos 41, 50, interpretados *imperativamente* con arreglo a los artículos 10.2 y 93 a 96 de la propia Norma Fundamental). Son irrenunciables los principios de suficiencia (en las respectivas lógicas de los niveles contributivos y no contributivos) y de solidaridad y adecuación de las pensiones públicas. El nivel contributivo mantendría una financiación mixta (cotizaciones, principal, e impuestos complementaria interna), mientras que el nivel no contributivo tendría una exclusiva financiación a través de impuestos. La última reforma acordada en el proceso del Pacto de Toledo no pretende en sí un cambio de modelo del sistema de financiación de reparto de las *pensiones públicas*, dejando al régimen de capitalización para los instrumentos de previsión privada (que en cuanto tales no son Seguridad Social)⁵⁰. *Rectius*: Cualquier modelo legal de Seguridad Social tiene que respetar el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social ex artículo 41 -el cual constituye un límite infranqueable para una revisión *in peius*- en necesaria interpretación conforme a los artículos 10.2 y 93 a 96 del texto fundamental.

5ª. En este proceso se mantienen la opción de apostar por el mantenimiento del modelo vigente de sistema global de pensiones (público y privado) con elementos de revisión paramétricos pero no sistémicos⁵¹. Lo que implicaría el rechazo hacia una transición hacia el modelo de “cuentas nocionales”. Las “cuentas nocionales” derivan hacia un régimen de capitalización individual que rompe con el principio de solidaridad e importa para nuestro país un modelo foráneo que está enmarcado en una lógica redistributiva distinta y más amplia (en lo relativo a la “política de rentas”) y dentro de una cultura jurídica diversa a la lógica de la Seguridad Social de nuestro país. Sin olvidar que en nuestro modelo constitucional es responsabilidad de los poderes públicos *mantener* (lo que implica una garantía constitucional cuya efectividad última pesa sobre los poderes públicos, no que no recaer exclusivamente sobre los sujetos protegidos, vincula con el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada⁵²) pensiones públicas suficientes y adecuadas (artículos 41 y 50 de la Constitución,

⁴⁹ MARTIN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: “¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico en relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación”, en VVAA.: *La Encrucijada de las pensiones públicas del Sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2022, pp 467-498.

⁵⁰ En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 25, 2020, pp. 13-32.

⁵¹ Para un análisis más amplio de esta cuestión, entre otros, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos sociales “desmercantilización” a las pensiones públicas”, en VV.AA.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, VILA TIerno, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanc, 2022, pp. 41-121; y TORTUERO PLAZA, J.L.: “¿Las reformas de los sistemas de pensiones perfilan adecuadamente el nuevo modelo exigible a la jubilación?”, en VV.AA.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, VILA TIerno, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanc, 2022, pp.122-154

⁵² Sobre el significado y alcance jurídico de la garantía normativa de los derechos de Seguridad Social (entre los que se incluye, lógicamente, el derecho a las pensiones públicas, como derecho matriz de estructura jurídica compleja), véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, MONEREO ATIENZA Y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir. y Coords.), 2017; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social”, en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, VICENTE PALACIO, M.A. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 187-228.

en relación con el estándar de garantía multinivel de los derechos de Seguridad Social a través de la norma de apertura constitucional ex artículo 10.2 CE).

6ª. Debemos rechazar la revisión cualitativa -opción rupturista- del modelo en la dirección de una transición ordenada y paulatina hacia un sistema de cuentas individuales nocionales de contribución definida, en la que la pensión se calcula exclusivamente desde una dimensión estrictamente aseguradora sobre la base de una provisión estrictamente matemática respecto de las aportaciones realizadas durante toda la vida laboral, con igualación de la tasa de acumulación de los derechos de pensión en función de las cotizaciones realizadas, ajuste individualizado de un factor de sostenibilidad establecido a partir de la evolución de la esperanza de vida, etc.

7ª. Los planes y fondos de pensiones deben seguir siendo un instrumento de previsión social privada de complementario de carácter voluntario.

En efecto, no cabe ninguna duda de que en la actualidad cobra mayor fuerza la idea de la interrelación entre el sistema público y obligatorio de protección y los mecanismos privados (entre ellos los planes), trasladándose este aspecto a la propia configuración del modelo de protección social global. Ello comporta la transformación de los sistemas de pensiones en sistemas mixtos con una clara influencia entre los dos mecanismos, públicos y privados. Se impone, por tanto, en el diseño global del sistema de previsión una referencia conjunta a la protección social pública y a la protección social privada, como modo de anudar las dos finalidades preferentes en el Estado del bienestar, es decir, el mantenimiento de un nivel público en régimen de reparto y la configuración de un nivel privado en régimen de capitalización estricta. De este modo, la reformulación de los sistemas de pensiones debe atribuir a los instrumentos de previsión voluntaria de carácter privado un papel más integrativo en el cuadro protector global.

Por tanto, se asiste hoy al diseño de un sistema de protección social mixto, público y privado, de carácter integrador, en el que los planes y fondos de pensiones, junto con el resto de los mecanismos de previsión voluntarios, están llamados a desempeñar un papel fundamental. Ahora bien, el problema con el que se encuentra el legislador es la diversidad de opciones con las que cuenta a la hora de combinar el elemento público y privado de protección. Lejos quedan ya las propuestas maximalistas de reforma del sistema de financiación de las pensiones, especialmente las enunciadas en el famoso documento del Banco Mundial, "Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento" (1994, reiterado en otros documentos posteriores), de modo que el proceso de reforma social podría adoptar diferentes enfoques en función de la realidad de cada país, pero, en definitiva, todas las estrategias pasarían por la cooperación entre el sector público y privado en la tarea de garantizar que las personas estén aseguradas públicamente frente a los riesgos previsibles y, al mismo tiempo, hagan también provisión privada para su jubilación.

Aceptada la necesidad de la interrelación entre ambos sistemas, público y privado, se podrían apuntar dos tendencias reformadoras: la estrictamente complementaria y externa al pilar profesional, fuertemente incentivada fiscalmente y de naturaleza voluntaria, y aquella otra de carácter mixto en la que se distinguirían dos componentes dentro del sistema público contributivo y obligatorio, uno de reparto y otro capitalizado. Sin duda alguna, resultan loables los planteamientos de reconstrucción de los sistemas estatales de pensiones como fórmula de redistribución del riesgo a través de la incorporación de un pilar de carácter mixto, donde un porcentaje de las aportaciones se destine a un fondo capitalizado. En favor de esta tesis se ofrecen argumentos nada desdeñables, desde la incorporación de mayores dosis de garantía al sistema al combinar dentro de un mismo pilar los dos instrumentos financieros, a la unidad de actuación que lo caracterizaría, dado que las políticas de empleo irían vinculadas a la extensión de la cobertura del sistema de pensiones. Al mismo tiempo,

se produciría una redefinición ideológica del papel del Estado y se posibilitarían nuevos canales de participación de los ciudadanos, tanto en forma individual como colectiva.

Pero, al lado de estas razones en favor de una mayor presencia de la capitalización, conviven importantes riesgos en las propuestas reformadoras. En lo que respecta a los países latinoamericanos, se han puesto de manifiesto importantes deficiencias, que van desde un efecto redistributivo claramente regresivo a un descenso de las tasas de cobertura. Además, la combinación reparto/capitalización que propugnan las reformas europeas supone la incorporación al sistema público de carácter colectivo y redistributivo de una lógica netamente individualista, al valorar el esfuerzo de cotización con las prestaciones, de modo que convivirían en el interior del sistema de protección profesional y contributivo principios y valores distintos según cada método de financiación. Precisamente, al institucionalizarse el individualismo en el marco general de las pensiones obligatorias e internas al sistema, debería tenerse en cuenta de qué modo se van a hacer compatibles la equidad social, propia del método de reparto, con la equidad individual de las fórmulas de capitalización. La defensa exacerbada de la combinación reparto/capitalización en el pilar profesional en razón del argumento de la dispersión del riesgo no debería hacernos olvidar que se trata de un aspecto mucho más complejo de lo que parece, ya que las pensiones privadas capitalizadas no siempre logran el objetivo de la diversificación del riesgo e, incluso, suelen introducir riesgos adicionales.

Por todo ello, a nuestro juicio, debe seguirse apostando por que los planes y fondos de pensiones sean un régimen voluntario y complementario del sistema público y obligatorio de protección. Debe descartarse, por tanto, un modelo de protección social dividido en dos grandes bloques, organizado uno de ellos como público y otro como privado, ambos igualmente obligatorios, basado el primero en la solidaridad intergeneracional y soportado el segundo en el ahorro individual capitalizado⁵³.

La idea fuerza es la colaboración institucional y normativa entre el sector público y el privado en la tarea de garantizar que las personas estén aseguradas públicamente frente a los riesgos previsibles y, al mismo tiempo, hagan también provisión privada para su jubilación con carácter complementario⁵⁴.

8ª. Un enfoque global de pensiones, públicas y privadas, tiene necesariamente que articularse con las políticas orientadas al pleno empleo de calidad. Las pensiones públicas suficientes y adecuadas y las mismas pensiones privadas contributivas requieren, desde una lógica de racionalidad jurídica y económica garantista, la implantación de un modelo de relaciones laborales basado en la calidad del empleo, en la calidad del producto y de los servicios y la innovación permanente, frente al modelo basado en la competitividad por la precariedad laboral y la reducción generalizada de los costes -directos e indirectos- del factor trabajo (entendido tan sólo como trabajo abstracto mercantilizado)⁵⁵.

⁵³ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008, pp. 40-42 https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio/documentos_archivos/3b06cc92763279bf37e57b9290d0895c.pdf

⁵⁴ En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado y en el sistema de pensiones. Estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 77 y sigs., y pp.147 y sigs.

⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2018, *passim*. En este sentido se puede distinguir entre un modelo neoliberal de flexibilidad y competitividad basado en la precariedad y en la reducción de los costes del trabajo y un modo social-garantista basado de flexibilidad y competitividad basado en la calidad del empleo, del producto y en la innovación permanente. Para esta construcción doctrinal originaria, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción el Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2017; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del Siglo XXI”, en VV.AA: *El Estatuto de los Trabajadores 40 Años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social”, Asociación

9ª. Como hemos señalado antes, el preámbulo de la Ley 12/2022 no se detiene a evaluar las causas concretas que pueden explicar el escaso desarrollo de los instrumentos de segundo pilar en España.

No obstante, parece claro que en opinión de quienes han impulsado esta reforma tiene más peso el modelo jurídico y singularmente el modelo de gobernanza de los planes de pensiones de empleo, antes que los condicionantes de carácter socio-económico que se derivan de nuestro modelo productivo (proliferación de empresas de reducido tamaño, estructura salarial con poco peso de los complementos variables, etc.). De ahí que la nueva Ley se centre prioritariamente sobre el marco jurídico de estos instrumentos en la idea de que ello corrija la situación que se pretende modificar.

Quizá quienes han impulsado la reforma, antes que por la inacción, hayan optado por intervenir en las materias sobre que tienen mayor capacidad de intervención, cuestión que puede resultar incluso loable, siempre que se comparta la orientación de las medidas. Pero no parece razonable articular una reforma que pretende una revisión del modelo preexistente sin detenerse siquiera a señalar el papel central que juega la financiación privada en los planes de pensiones de empleo. Sin aportaciones empresariales, salario a la poste de las personas trabajadoras, no es posible mantener un sistema complementario de pensiones. Por tanto, garantizar un modelo productivo de alto valor añadido y un empleo de calidad resultan elementos imprescindibles para el mantenimiento de este y cualquier otro ámbito de la protección social.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “La previsión social complementaria en el sector público”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2004.
- BE: *Informe Anual 2021*. Banco de España, Madrid, 2022
- BLACKBURN, R.: *El futuro del sistema de pensiones. Crisis financiera y Estado de Bienestar*, Madrid, Akal, 2010.
- BRAVO FERNÁNDEZ, C.: “Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 12, 2003
- CC.OO.: *El sistema de protección social en España*, Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39, 2013.
- CESE: *White paper on Pensions*, 2012.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Texto del Informe y votos particulares*, 2003.
- CE: *Libro Verde: en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, 2010.
- COMISIÓN DE CONTROL DEL PLAN DE PENSIONES DE EMPLEO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: *Memoria anual 2020 del Plan de Pensiones de Empleo de la AGE*, 2020.
- DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: *Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021*, 2020.
- GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J.C. y DE PAZ CARBAJO, J.A.: “Previsión social complementaria en España. Situación actual”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2738, 2002.
- GALLEGO LOSADA, R.: *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Madrid, Dykinson, 2001.
- GRAU PINEDA, C.: *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2020.
- INVERCO: *La Ley de Planes y Fondos de Pensiones; 20 años después*, Madrid, Inverco, 2007,

Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2020, pp. 41-102; MORENO VIDA, M.N.: “La gobernanza de las relaciones laborales”, en VV.AA: *El futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp. 233-272.

- LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004.
- LÓPEZ INSUA, M.M.: “La protección de las personas mayores desde la perspectiva de género”, en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social de las personas mayores. Retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, PERÁN QUESADA, S. y VILA TIERNO, F. (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2022.
- MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: “¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico en relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación”, en VV.AA *La Encrucijada de las pensiones públicas del Sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, Murcia, 2022.
- VV.AA: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir. y Coord.): *El Índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social Español*, Granada, Comares, 2021.
- VV.AA.: *Salud y sanitaria en tiempos de Pandemia Covid-19*, MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., MORENO VIDA, M.N., VILA TIERNO, F., ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters Aranzadi, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social”, en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, VICENTE PALACIO, M.A. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos sociales “desmercantilización” a las pensiones públicas”, en VV.AA.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, VILA TIERNO, F. y GUTIERREZ BENGOCHEA, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanc, Valencia, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El sistema multinivel de protección de las personas mayores”, en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social de las personas mayores. Retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, PERÁN QUESADA, S. Y VILA TIERNO, F. (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La política del derecho comunitario de apoyo a los planes privados de pensiones: nuevas medidas para su relanzamiento”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas/núm. 137, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de Promoción Pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022 de 30 de junio, de regulación para el impulso de los Planes de Pensiones de Empleo*, Murcia, Laborum, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L., OJEDA AVILÉS, A. y GUTIERREZ BENGOCHEA, M.: *Reformas de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 25, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, 2ª edición ampliada y actualizada, Murcia, Laborum, 2022.
- SERRANO PÉREZ, F., GARCÍA DÍAZ, M.A. y BRAVO FERNÁNDEZ, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004.
- SOLER BORDEETAS, F.J.: *Fondos de pensiones*, Bilbao, Deusto, 1985.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: ¿Las reformas de los sistemas de pensiones perfilan adecuadamente el nuevo modelo exigible a la jubilación?, en VV.AA.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, VILA TIerno, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- VV.AA.: *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, VILA TIerno, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Crónica
Legislativa,
Doctrina judicial
y Noticias
bibliográficas

LABORUM

Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
 <https://orcid.org/0000-0002-0600-8332>

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. Medidas urgentes de carácter económico y social

-Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad (BOE 28-12-2022)

Convalidación por Resolución de 24 de enero de 2023, en BOE 27-1-2023

Con este real decreto-ley se adopta un sexto paquete de medidas para articular la respuesta de política económica frente a la guerra de Ucrania a partir del 1 de enero de 2023, adaptándola al contexto de inflación actual, concentrando su actuación en los colectivos vulnerables del incremento en el precio de los alimentos y otros bienes de primera necesidad y en los sectores más afectados por la subida de la energía.

Las medidas del real decreto-ley se centran en cinco ámbitos principales: (I) energía (II) alimentos (III) transporte (IV) industria gas intensiva (V) estabilidad económica y financiera (VI) escudo social. Adicionalmente, se incluyen medidas dirigidas a extender la protección a las familias y empresas afectadas todavía por la erupción de la isla de La Palma así como otras medidas de carácter urgente.

En el ámbito social destacan las siguientes medidas:

- 1) Se modifica la disposición transitoria cuarta.6 LGSS, con la finalidad de prorrogar, hasta el 31 de diciembre de 2023, lo establecido en la misma, en relación con la jubilación parcial de los trabajadores de la industria manufacturera.
- 2) Se prorroga la medida excepcional prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (antes artículo 18 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por el que se acordó una moratoria contable para excluir las pérdidas de 2020 a los efectos de la determinación de causas de disolución de sociedades de capital para evitar la liquidación de empresas que resultaban viables en unas condiciones de funcionamiento de mercado normales, que hubiera provocado importantes efectos tanto sobre la estabilidad económica como sobre las empresas y los puestos de trabajo. Considerando necesario mantener dicha medida, se establece que, a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas, no se computarán las de los ejercicios 2020 y 2021 durante un período de 3 ejercicios contables.
- 3) Igualmente, dadas las dificultades actuales de las actividades agrarias, pesqueras y de transporte, se prorroga, igualmente por un plazo de tres meses más, el régimen extraordinario de

aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social a que se refieren el artículo 2 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, el artículo 37 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, y el artículo 28 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

- 4) En el ámbito de las medidas de carácter social, dirigidas a evitar un aumento de la desigualdad, destacan las relativas al suministro mínimo y la lucha contra la pobreza energética y las relativas al aumento del ingreso mínimo vital y pensiones no contributivas y protección en el ámbito de la vivienda. Además se introduce una línea directa de ayuda a personas físicas de bajo nivel de ingresos y patrimonio, de 200 euros de cuantía en pago único, que se dirige a quienes hayan sido asalariados, autónomos o desempleados en 2022, con el fin de paliar situaciones de vulnerabilidad económica, no cubiertas por otras prestaciones de carácter social, como es el caso de las pensiones o el ingreso mínimo vital. Para la percepción de esta ayuda, se establecen unos máximos de ingresos y patrimonios conjuntos en función de la convivencia en el domicilio.
- 5) En materia de Seguridad Social, se extiende, con efectos de 1 de enero de 2023, para todo el año, el incremento extraordinario de la prestación del ingreso mínimo vital que se estableció en el artículo 45 del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, complementándose el porcentaje que deba aplicarse a dicha prestación para su actualización de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023 en un porcentaje igual a la diferencia entre aquél y el 15 por ciento, de modo que el ingreso mínimo vital experimente para 2023 un 15 por ciento de incremento respecto de la cuantía que tenía a 1 de enero de 2022. Lo mismo se establece respecto al incremento extraordinario de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que estableció el art. 45 bis del citado real decreto-ley.
- 6) En atención a la situación de vulnerabilidad de las personas beneficiarias de la prestación del ingreso mínimo vital, especialmente de las unidades familiares con menores, y para evitar el daño derivado del reintegro inmediato de cantidades indebidamente percibidas, se establece que no serán exigibles las cantidades que no superen el 65 por ciento de la cuantía mensual de las pensiones no contributivas, cuando en la unidad de convivencia se integre, al menos, un beneficiario menor de edad. Se pretende evitar con ello una reducción tal de la cuantía total mensual del ingreso mínimo que haría que la situación de especial protección se agravase, colocando al menor en una situación de precariedad mayor que la que se pretende evitar mediante el reconocimiento del derecho al ingreso mínimo vital.
- 7) Además, este Real Decreto-ley extiende algunas de las medidas específicas destinadas a apoyar a los ciudadanos y empresas afectados por la erupción del volcán de La Palma. Entre ellas, se prorrogan las medidas previstas en la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, y prorrogada por la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, y por el artículo 25 del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, referidas a los expedientes de regulación temporal de empleo derivados de las situaciones de fuerza mayor provocadas por la erupción volcánica; la prestación extraordinaria por cese de actividad que vinieran percibiendo los trabajadores autónomos; y la prórroga durante tres meses más del régimen extraordinario de aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social establecido en el artículo 10 del Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre.

8) El real decreto-ley incorpora también otras medidas urgentes para cubrir algunas lagunas que están teniendo un impacto muy negativo desde el punto de vista económico o social:

- Se modifica la LGSS para permitir la actividad de los profesionales jubilados y contribuir así a paliar la falta de facultativos de atención primaria, médicos de familia o pediatras en el Sistema Nacional de Salud.
- Se establece una prórroga la vigencia del Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, durante el periodo necesario para garantizar los trabajos de la mesa de diálogo social.
- Se prorrogan las medidas de acompañamiento precisas para asegurar la protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo. Así, el real decreto-ley adapta al nuevo periodo de apoyo público que se extiende hasta el 30 de junio de 2023 las medidas en el ámbito laboral de apoyo a las personas trabajadoras del artículo 44 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo así como en el artículo 1.Diez del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, de forma que:
 - a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos.
 - b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

1.2. NORMAS LABORALES

-Salario mínimo interprofesional. Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023. BOE 15-2-2023

En cumplimiento del artículo 27.1 ET, se procede mediante este real decreto a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2023, tanto para las personas trabajadoras que son fijas como para las que son eventuales o temporeras, así como para las empleadas y empleados de hogar.

Las nuevas cuantías representan un incremento del 8 por ciento respecto de las previstas en el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, cuyos efectos fueron prorrogados mediante el artículo 100 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, el real decreto incorpora reglas de afectación en una disposición transitoria única con el objetivo de evitar que el incremento del salario mínimo interprofesional provoque distorsiones económicas o consecuencias no queridas en los ámbitos no laborales que utilizan el salario mínimo interprofesional a sus propios efectos.

Con esta subida del 8 por ciento, de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional se atiende al derecho a una remuneración equitativa y suficiente y se culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, cumpliendo lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea.

- El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 36 euros/día o 1080 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.
- Para las personas trabajadoras eventuales, así como las temporeras y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días se fija en 51,15 euros por jornada legal en la actividad, que incluye la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias correspondientes al salario de treinta días en cada una de ellas.
- Para las empleadas y empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, conforme al artículo 8.5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se fija en 8,45 euros por hora efectivamente trabajada, incluyendo todos los conceptos retributivos.

1.3. EMPLEO

-Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. BOE 1-3-2023

Esta ley persigue la implementación de la Reforma 5 «Modernización de políticas activas de empleo» del Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y con ella se busca establecer el marco de ordenación de las políticas públicas de empleo y regula el conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Nacional de Empleo. Pretende, por tanto, promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de mejorar la empleabilidad e impulsar la cohesión social y territorial.

Asimismo, con esta ley se persigue implantar un concepto nuevo de política de empleo y dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo.

La ley se estructura en seis títulos, dedicados respectivamente a la política de empleo, los servicios públicos y privados de empleo, las políticas activas de empleo la cartera de servicios y los servicios garantizados y compromisos de las personas y entidades demandantes de empleo, la financiación y la evaluación de la política de empleo.

1) El *Título I, sobre la política de empleo*, se divide en tres capítulos:

- El primero contiene disposiciones generales, dirigidas a concretar el objeto de la Ley, definir la política de empleo y otros conceptos básicos, sus objetivos y principios rectores.

- La Ley pretende implantar un concepto moderno de la política de empleo, para dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad, a través de una garantía de servicios que facilite un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación y ofrecer una atención singularizada a personas y entidades usuarias durante los procesos de intermediación o colocación laboral.
 - El Capítulo II pretende reforzar la cohesión y mejorar la *gobernanza del Sistema Nacional de Empleo*, con una configuración más amplia, eficiente e inclusiva.
 - Conforman el Sistema Nacional de Empleo la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas. Las Corporaciones Locales y las demás entidades públicas, así como las privadas que participen en la implementación de políticas de empleo, en coordinación o colaboración con los servicios públicos, tendrán el carácter de colaboradoras de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas.
 - El Capítulo III pretende lograr la *convergencia* necesaria entre las políticas de empleo de las distintas administraciones con competencias en la materia para la consecución de objetivos comunes. Utiliza como instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, que tendrá vigencia cuatrienal, el Plan Anual y el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo.
- 2) El Título II se refiere a la ordenación básica de los servicios públicos de empleo de las distintas administraciones territoriales y de las entidades privadas de empleo y se estructura en cuatro capítulos:
- El Capítulo I, de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley, procede a la regulación de la *Agencia Española de Empleo*, en la que ha de transformarse el Servicio Público de Empleo Estatal y que supone el cambio de organismo autónomo en agencia estatal. En la Ley se autoriza su creación y mediante Real Decreto se regularán las condiciones de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A., en la Agencia Española de Empleo.
 - El Capítulo II se refiere a los *servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas*, que garantizan, en el ámbito de sus respectivas competencias, la gestión y desarrollo de las políticas activas de empleo, así como la prestación de los servicios de empleo, comunes y complementarios, previstos en la Ley.
 - El Capítulo III hace referencia a las *entidades colaboradoras* de los servicios públicos de empleo, que pueden tener carácter público, destacando en este sentido las entidades locales, así como también podrán ser entidades privadas que presten servicios de empleo. La prestación de estos servicios tiene naturaleza de servicio público, con independencia de la entidad que la realice.
 - El Capítulo IV regula el *personal del Sistema Nacional de Empleo*, conformado por el personal de los servicios públicos de empleo de las distintas administraciones con competencias en materia de empleo, que procurarán mantener una plantilla

que reúna perfiles técnicos y de gestión con la suficiente especialización.

El personal de las entidades privadas participará a través de los mecanismos de información y actuación que establece la Ley y la adecuación y profesionalización de sus plantillas se valorará a través de los correspondientes indicadores en los procedimientos de colaboración.

- 3) El *Título III tiene por objeto las políticas activas de empleo*, optando la ley por una configuración amplia e integradora de las mismas: son tales aquellos servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo, mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo y elevar sus posibilidades de acceso a un empleo, por cuenta ajena o por cuenta propia, digno y reducir las brechas de género.

Corresponde su diseño e implantación, en el ámbito de sus respectivas competencias, a la Agencia Española de Empleo y a los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su eventual gestión mediante colaboración público-pública o público-privada, cuando así se considere adecuado. Tales políticas serán objeto de balances o memorias anuales, cuya elaboración queda encargada a la Agencia Española de Empleo y a los servicios autonómicos.

— El Capítulo II se refiere a la *empleabilidad*, que se erige en elemento nuclear de la política de empleo.

- La Ley configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo.
- Se establece la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad.
- El Sistema Nacional de Empleo mantendrá y actualizará el catálogo de instrumentos de empleabilidad.
- La mejora de las habilidades de comunicación oral y escrita, y el manejo útil de herramientas digitales y tecnológicas se configuran como competencias básicas para la empleabilidad.
- Se apela de manera especial, a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad.

— El Capítulo III tiene por objeto la *intermediación*, configurado de manera amplia y omnicomprensiva. En la misma quedan así subsumidas cuatro categorías de actuaciones:

- La prospección y captación de ofertas de trabajo;
- La puesta en contacto de ofertas de empleo con personas que persiguen su colocación o recolocación;
- La selección de personas que se estiman idóneas para un puesto de trabajo;

- La puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente para los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral.

Los *Agentes de la intermediación* en el mercado de trabajo se realizará únicamente a través de:

- a) Los servicios públicos de empleo.
- b) Las agencias de colocación, sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal.
- c) Aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas trabajadoras en el exterior.

Asimismo, las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo, podrán realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas participantes en los mismos, sin que deban constituirse como agencias de colocación.

— El Capítulo IV se refiere a la *coordinación de las políticas activas y las políticas de protección frente al desempleo*.

— El Capítulo V se dedica a *colectivos de atención prioritaria* para la política de empleo.

- Se identifican estos colectivos que han de ser generadores de una acción de empleo suficientemente diferenciada.
- En la Ley son objeto de especial atención: aquellas personas que abandonan la condición de persona demandante de servicios de empleo pese a no haber obtenido éste; personas en situación de exclusión social; mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor infrarrepresentación femenina; jóvenes y personas con discapacidad.

Entre otros colectivos considerados de atención prioritaria se encuentran las personas LGTBI, en particular trans, las personas de mayores de cuarenta y cinco años, las personas migrantes, las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, las mujeres con baja cualificación, las mujeres víctimas de violencia de género, las personas en situación de exclusión social, las personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos étnicos o religiosos, así como las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, las personas afectadas por drogodependencias o las víctimas del terrorismo.

- La perspectiva de género tiene que impregnar de modo transversal las políticas de empleo.

- 4) El *Título IV de la Ley incorpora el catálogo de servicios garantizados*, los compromisos a asumir y la *cartera de servicios* derivados de las políticas activas de empleo y se estructura en dos capítulos.

— La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo incluirá:

- a) Servicios de orientación para el empleo personalizada, integral e inclusiva.
- b) Servicios de intermediación, colocación y asesoramiento a empresas.
- c) Servicios de formación en el trabajo.
- d) Servicios de asesoramiento para el autoempleo, el emprendimiento viable y la dinamización del desarrollo económico local.

- 5) El *Título V tiene por objeto el régimen presupuestario*. Se propone llevar a cabo una profunda revisión del marco financiero, para que la Ley no se convierta en una mera declaración de voluntad.

- 6) El *Título VI se refiere a la evaluación de la política de empleo*.

- 7) Dentro de las disposiciones adicionales y finales destacan:

— Disposición adicional sexta y Disposición adicional séptima. Acceso y consolidación del empleo de personas trabajadoras jóvenes y de las mujeres:

Para garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de las personas trabajadoras jóvenes y de las mujeres, con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo juvenil y la tasa de desempleo femenino no se equipare a la tasa de desempleo total, se entenderá que no constituye discriminación por motivos de edad y por motivos de sexo en el ámbito del empleo y la ocupación la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las personas jóvenes y de las mujeres, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por razón de sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de los jóvenes de dieciséis y diecisiete años, las medidas prioritarias deben focalizarse en promover su reincorporación al sistema educativo o la mejora de cualificaciones.

— *La Disposición final octava modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:*

- *Se modifica el artículo 27, apartado 2 ET*, en relación con la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional: Se establece que, a efectos de determinar la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional, en su cuantía, tanto anual como mensual, «se tendrán en cuenta tanto el periodo de devengo como

la forma de cómputo, se incluya o no el prorrateo de las pagas extraordinarias, garantizándose la inembargabilidad de la cuantía que resulte en cada caso. En particular, si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del salario mínimo interprofesional mensual y en el caso de que en el salario mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual prorrateado entre doce meses.

- Se *modifica el apartado 2 del artículo 51 ET* estableciendo que, en el marco del procedimiento del despido colectivo, el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social «además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir».

Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE 11-1-2023)

(Convalidación mediante Resolución de 24 de enero de 2023, del Congreso de los Diputados en BOE 27-1-2023)

Con este Real Decreto Ley se pretende dar cumplimiento a la Reforma 7 «revisión de las subvenciones y bonificaciones a la seguridad social», del Componente 23 del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que tiene como objetivo simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia mediante una mejor orientación, teniendo en cuenta la revisión del gasto (spending review) llevada a cabo por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), y su adecuación a los nuevos principios contenidos en la regulación del marco contractual introducido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

La Exposición de Motivos señala, críticamente, que el mandato de realización de una política orientada al pleno empleo contenido en el art. 40 CE ha sido objeto de tratamiento a través de un amplio e intenso conjunto normativo e institucional que bajo la denominación de «política de empleo» se ha referido, no solo ni exclusivamente a las denominadas políticas activas de empleo y dentro de estas a la actividad de fomento del empleo, sino también a la propia regulación sustantiva de la normativa laboral. De forma que en las últimas décadas se ha atribuido a las reformas de la regulación de las condiciones de trabajo un papel excesivamente central en la política de fomento del empleo, con efectos no siempre positivos, como se ha puesto de manifiesto con la opción legal de promocionar la contratación temporal como instrumento de fomento del empleo.

En la actualidad no existe un marco jurídico único para la regulación de los incentivos a la contratación y otras medidas de empleo financiadas con reducciones o bonificaciones en las cotizaciones sociales, existiendo una excesiva fragmentación y dispersión de normas que va en detrimento de la transparencia, eficacia y eficiencia de tales medidas. A ello se añaden otros problemas como la desactualización o falta de homogeneización de algunas medidas, principalmente, en las

cuantías de los incentivos; la ausencia de un régimen común de disposiciones generales aplicables a todas ellas y las debilidades en los sistemas de información, coordinación y evaluación existentes.

I. Por lo que se refiere al contenido de la regulación de incentivos:

- 1) El Real Decreto-ley tiene por objeto regular los incentivos destinados a promover la contratación laboral, así como otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad financiados mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, o desarrollados mediante otros instrumentos de apoyo al empleo.
- 2) Se establecen los objetivos de la norma, unos generales, en el marco de las políticas activas de empleo, y otros específicos, y se contemplan servicios garantizados de información, formación y acompañamiento.
- 3) Se determinan las personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo.

— El artículo 4 se refiere a las personas destinatarias de la contratación laboral incentivada:

- a) Se presta especial atención a las personas vulnerables o de baja empleabilidad (personas de atención prioritaria), considerándose como tales las personas incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria previstos en la Ley de Empleo.
- b) Por otro, incluye como destinatarias a personas trabajadoras que, en determinados supuestos, vean transformados sus contratos temporales en indefinidos o que vean mejorada su contratación por conversión de contratos indefinidos a tiempo parcial en contratos indefinidos a tiempo completo, o de contratos fijos discontinuos a contratos indefinidos ordinarios.

— El artículo 5 se refiere a las personas trabajadoras destinatarias de otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable.

— El artículo 6 contiene las definiciones de personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo.

- 4) Los artículos 7 y 8 se refieren a la determinación y los requisitos de los beneficiarios.

Podrán serlo las empresas u otros empleadores, las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, las sociedades laborales o cooperativas por la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo, así como las entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro.

— No podrán ser beneficiarios las Administraciones Públicas así como los organismos públicos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas.

— El artículo 9 regula las obligaciones de mantenimiento del empleo, que se unifican para todos los contratos incentivados.

- Se desarrollan las cuantías y duración y mantenimiento de beneficios; exclusiones para beneficiarse de los incentivos a la contratación; incompatibilidad y concurrencia de beneficios; y, por último, reintegros.
 - Se establecen las exclusiones a los incentivos a la contratación.
- 5) El capítulo II referente a los incentivos y otros instrumentos de apoyo al empleo, contiene:
- Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta.
 - Bonificaciones por la contratación de mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos, así como en diversos supuestos de conciliación.
 - Bonificaciones por la contratación de personas en situación de exclusión social y desempleadas de larga duración y víctimas del terrorismo.
 - Bonificaciones a la contratación formativa y su transformación en contratos indefinidos, así como a la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de personas que realizan formación práctica en empresas, las bonificaciones a la formación en alternancia y las previstas de manera específica para el contrato predoctoral.
 - Bonificaciones de apoyo al empleo en la economía social y en ámbitos o sectores específicos.
- 6) Dentro del capítulo II, la sección 2.^a prevé otros instrumentos de apoyo al empleo, tales como:
- Acuerdos por el empleo en el marco de la negociación colectiva (artículo 32).
 - Reserva de empleo (artículo 33).
 - Planes de igualdad en las empresas (artículo 34).
 - Pactos locales y comarcales de empleo (artículo 35).
- 7) Se regulan un conjunto de normas comunes a las bonificaciones en la cotización, relativas a la aplicación, control, coordinación de los beneficios en las cotizaciones de la Seguridad Social y acreditación de los requisitos.
- 8) El capítulo III se refiere a la financiación y evaluación de estos incentivos.
- 9) En las disposiciones finales se llevan a cabo reformas en diversas normas, destacando las reformas introducidas en la LGSS.
- Una parte importante de las modificaciones operadas en la LGSS conciernen a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad artística, tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena.

- La disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía y su desarrollo por el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, permitían, por vez primera, la compatibilidad entre la percepción de la pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social y los ingresos obtenidos por la realización de cualquier actividad de creación artística que genere derechos de propiedad intelectual.
- Esta regulación, si bien facilitaba la actividad artística, se ha revelado insuficiente para permitir que todo el caudal intelectual revierta a la sociedad puesto que se centraba sólo en la creación artística que genera derechos de propiedad intelectual.
- Por ello, este real decreto-ley introduce en la LGSS el nuevo artículo 249 ter, que permite la compatibilidad de la actividad artística por cuenta propia o ajena con la percepción del importe íntegro de la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social, sin más obligación que solicitar el alta y cotizar en el régimen que corresponda por contingencias profesionales.
- Se establece esta misma posibilidad para los trabajadores por cuenta ajena, conforme al nuevo artículo 153 ter, con una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre empresarios y trabajadores.

Esta compatibilidad se extiende a las pensiones de jubilación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos mediante la modificación del artículo 318 d), así como la cotización durante la compatibilidad de la pensión y la actividad artística, aunque exclusivamente a cargo del trabajador, de acuerdo con el nuevo artículo 310 bis.

- Con el mismo objetivo de facilitar la actividad artística, se modifica el artículo 363.5 LGSS, de manera que los beneficiarios de una prestación no contributiva mantengan y compatibilicen el percibo de su pensión con rendimientos de su actividad artística que no superen el umbral del salario mínimo interprofesional.
- Se adiciona una nueva letra m) al apartado 2 del artículo 305 LGSS para incluir a quienes ejercen una actividad artística por cuenta propia entre los colectivos que se declaran expresamente comprendidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- Con el fin de garantizar la necesaria seguridad jurídica y la coherencia interna, y su congruencia en relación con lo previsto respecto de los expedientes de regulación temporal de empleo, se modifica la disposición adicional cuadragésima cuarta LGSS, para asegurar la cobertura de las exigencias comprometidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su componente 23.
- Se atiende a la especial situación de autónomos artistas con bajos ingresos, entendida en los términos previstos en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, estableciendo en el artículo 313 bis una cotización reducida que permita a los autónomos artistas compatibilizar su actividad creativa y su inclusión en el sistema de Seguridad Social. La disposición transitoria quinta determina cuál será la base de cotización para 2023.

- Se incluye en la LGSS la regulación de la prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.
- Esta prestación estará dirigida a quienes no tengan derecho a la prestación contributiva por desempleo, salvo que la tengan suspendida y acrediten la actividad y cotizaciones en el sector artístico previstas para esta prestación especial por desempleo, que podrán optar por percibir la prestación especial generada por las nuevas cotizaciones efectuadas, en cuyo caso la prestación contributiva quedará extinguida.
 - La duración de la prestación por desempleo será de 120 días y su cuantía será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, salvo cuando la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos sesenta días de prestación real de servicios en la actividad artística sea superior a 60 euros, en cuyo caso será igual al 100 por ciento del IPREM.
- 10) La disposición final primera modifica el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, para extender a las pensiones de jubilación a cargo del Régimen Especial de la Seguridad Social de Clases Pasivas del Estado la misma compatibilidad respecto de la actividad artística por cuenta ajena o por cuenta propia que se establece para las pensiones de jubilación del resto de regímenes del sistema en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- 11) En cuanto a la entrada en vigor de esta norma se prevé una demora de la entrada en vigor hasta el 1 de septiembre de 2023, *vacatio legis* que resulta necesaria para la adopción de las medidas de gestión imprescindibles para su aplicación y por razones de seguridad jurídica.
- No obstante, la prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas artistas y de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad tiene un período de *vacatio* hasta el 1 de julio de 2023
- Se establecen además otros períodos distintos de *vacatio* y excepciones a la misma en la Disposición final decimotercera.

1.4. EXTRANJEROS

-Contrataciones en origen. Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023. BOE 29-12-2022

Mediante esta Orden se lleva a cabo una revisión en profundidad del modelo de orden para la gestión colectiva de contrataciones en origen, como consecuencia del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, que ha introducido modificaciones sustanciales en el Título VIII (gestión colectiva de contrataciones en origen) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Estos procedimientos están destinados a la cobertura de aquellas vacantes en las que, atendiendo a la situación nacional de empleo, se requiere la contratación de trabajadores extranjeros en origen. Esta contratación podrá realizarse:

- Para cubrir puestos de naturaleza estacional, de temporada o campaña, a través de migración circular.
- Pero también para la gestión colectiva de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, a través de migración estable.

Estos dos modelos de contratación -estable y circular- podrán realizarse de forma genérica y nominativa, y admiten formas de tramitación ordinaria y unificada, según el número de empleadores involucrados.

Además, la reforma del Reglamento adecúa el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, minimizando los contratos temporales y permitiendo su adaptación al contexto económico actual:

- La contratación de trabajadores extranjeros en origen deja de basarse en formatos asociados a la naturaleza temporal de los contratos, siempre dentro del marco establecido por la Directiva 2014/36/UE, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, que establece un tiempo máximo de nueve meses dentro de un periodo de doce meses para este colectivo.
- Los programas de migración circular cambian el paradigma de contratos temporales concedidos de año en año para adecuarse a la lógica de la contratación fijo-discontinua, en la que se compatibiliza el carácter imperativo del retorno anual al país de origen con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida.
- El nuevo modelo de migración circular incorpora autorizaciones de cuatro años, que permitirán trabajar a estas personas extranjeras un máximo de nueve meses por año, en las condiciones establecidas por su autorización de residencia y trabajo.
- Tras la vigencia de esta autorización de cuatro años, existe la posibilidad de la prórroga por periodos de cuatro años de la misma, u optar por la residencia y trabajo en España, no asociada al retorno, a través de una autorización de residencia y trabajo de dos años de duración.

Esta orden entrará en vigor el 1 de enero de 2023 y mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023. En ella se regula:

- Las disposiciones generales relativas a la gestión colectiva de ofertas de empleo: características de las mismas; sujetos legitimados para solicitar la gestión colectiva de ofertas de empleo; garantías para los trabajadores; causas de denegación de la gestión colectiva de ofertas de empleo y de exclusión de trabajadores.
- Disposiciones relativas a los proyectos de migración circular: periodo anual de trabajo; cumplimiento del compromiso de regreso; requisitos y procedimiento de autorización

de cambios de empleador y de provincia; prórroga y modificación de las autorizaciones de migración circular a autorizaciones de residencia y trabajo.

- Disposiciones relativas a los proyectos de migración estable: elementos básicos de la contratación colectiva para proyectos de migración estable y determinación de puestos estables.
- La gestión de ofertas genéricas de empleo en migración circular y estable: procedimiento y documentación; selección de los trabajadores en el exterior; procedimiento relativo a autorizaciones de residencia temporal y trabajo derivadas de la gestión de ofertas genéricas de empleo.
- La gestión de ofertas de empleo de carácter nominativo: modelos de solicitud y documentación; presentación de solicitudes y órgano de tramitación; tramitación y resolución.
- Los procedimientos de gestión de ofertas de empleo de forma unificada y concatenada.
- En los Anexos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y X se establecen los diferentes modelos y documentación.
- En el Anexo IX se establecen las condiciones de habitabilidad de los alojamientos para trabajadores migrantes de temporada y campaña en la agricultura.

-Resolución de 22 de febrero de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el primer trimestre de 2023.

Para la confección del presente Catálogo, el Servicio Público de Empleo Estatal ha tenido en cuenta criterios técnicos acerca del impacto sobre el empleo de la inclusión de las ocupaciones relacionadas con el sector de Marina Mercante, así como de los entrenadores y deportistas profesionales. Estos criterios se han establecido conjuntamente con las unidades de la Administración General del Estado, que por su ámbito de actividad tienen autoridad y conocimiento sobre las materias relacionadas con dichas ocupaciones.

1.5. EMPLEO PÚBLICO

-País Vasco. Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco. BOE 6-1-2023

Señala la Exposición de Motivos que esta ley se enmarca en el objetivo de racionalización y modernización de la función pública. Por ello activa aquellos elementos que pueden resultar más innovadores, como son la dirección pública profesional, la carrera profesional, la evaluación del desempeño, el sistema retributivo y los sistemas de provisión de puestos de trabajo.

1. En el título preliminar se establecen el objeto de la ley y los principios de actuación y gestión informadores de la misma.

-Sobresale el ámbito de aplicación: la ley se aplica al personal funcionario, laboral y eventual, en los términos recogidos en la propia ley, que están al servicio de alguna de las administraciones públicas, instituciones u órganos que componen el sector público vasco.

La ley se configura como norma de carácter integral: se aplica no sólo al personal funcionario público, sino también, en todo lo que les resulte de aplicación, al propio personal laboral y extiende la aplicabilidad de determinados contenidos de la misma a las entidades participadas o financiadas mayoritariamente por las administraciones públicas vascas.

2. El título I tiene por objeto la regulación de los órganos del empleo público vasco y de sus propias competencias.

3. El título II de la ley se ocupa del personal al servicio de las administraciones públicas vascas, estructurándose en dos capítulos:

- Se enumeran las clases de personal y el tratamiento específico del personal funcionario de carrera, del personal funcionario interino y del personal laboral.
- El personal de confianza y asesoramiento especial, aun siendo considerado clase de personal, se regula de forma diferenciada, dadas las singularidades relevantes que muestra frente al resto de personal.
- Entre otros aspectos, se contempla la duración máxima de los programas de carácter temporal, con la finalidad de evitar la reproducción de un mal endémico en la Administración: la alta temporalidad de su personal.

4. Se incorpora en el título III un elemento novedoso en el marco legal del empleo público vasco: la «dirección pública profesional», que se define como aquel conjunto de puestos de trabajo que cada administración pública determina de tal naturaleza en uso de sus potestades de autoorganización.

5. El título IV regula la ordenación y estructura del empleo público:

- Se regulan los instrumentos de ordenación y planificación del empleo público, como pueden ser las agrupaciones de puestos de trabajo, conocidas como «áreas funcionales», y los análisis de las funciones y características de los distintos puestos de trabajo.
- La ley opta por establecer una regla general de funcionarización del personal al servicio de las administraciones públicas vascas, pero prevé un amplio listado de ámbitos tasados en los que es posible establecer un vínculo de naturaleza laboral. Se determinan expresamente las funciones públicas cuyo ejercicio, en todo caso, queda reservado a personal funcionario.
- La concepción de la relación de puestos de trabajo busca la flexibilidad del modelo.
- Se regulan los planes de ordenación del empleo público vasco, la oferta de empleo público, las plantillas presupuestarias y el registro de personal.
- Se presta especial atención a la evaluación del desempeño.

6. El título V regula la adquisición y la pérdida de la condición de personal empleado público.

- Entre los aspectos que se contemplan en este título V, se encuentra la instauración de las reglas para dilucidar la petición de prórroga en el servicio activo que pueda cursar el personal funcionario y los principios y requisitos de acceso al empleo público vasco.

7. El título VI, sobre selección y formación del personal empleado en el sector público vasco:

- Se regulan los procesos y sistemas de selección del personal empleado público, donde se regulan los diferentes procedimientos de acceso al empleo público, las bases de convocatoria y los instrumentos de selección.
- Se establecen los órganos de selección del empleo público vasco, apostando por su profesionalización, y se establece una serie de interdicciones en torno a determinados colectivos de personas que no pueden formar parte de estos órganos con el fin de salvaguardar el principio de imparcialidad, la objetividad y la profesionalidad en el desarrollo de los diferentes procesos selectivos. Se prevé, asimismo, la posibilidad de configurar órganos permanentes de selección.

8. En el Título VII se regula la carrera profesional, como uno de los elementos cuyo desarrollo posibilitará la implantación en las distintas administraciones públicas de nuevas políticas en la gestión de los recursos humanos.

- La ley incorpora las diferentes modalidades de carrera profesional previstas por el legislador básico, pero además incluye la posibilidad de que las administraciones públicas no solo prevean la carrera vertical y horizontal, sino además una carrera mixta que combine ambas modalidades.

9. El título VIII tiene por objeto los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, entre los cuales se regulan los diferentes supuestos de movilidad.

- Se regulan en este título las comisiones de servicio, otros procedimientos de provisión de puestos de trabajo, así como la regulación de los procesos de reasignación de efectivos, que vienen vinculados a la aprobación de planes de ordenación del empleo público. La regulación de estos procedimientos de provisión, por un lado, racionaliza algunos de los elementos tradicionales de este sistema y, por otro, flexibiliza su uso para las diferentes administraciones públicas vascas.

10. El sistema retributivo se define en el título IX. La ley ha pretendido resaltar más su aspecto de instrumento de gestión que el de derecho del personal empleado público.

- Se consagran los principios generales relativos al régimen retributivo -bajo el principio de a igual trabajo, igual salario-, y se incorporan algunos principios novedosos en garantía de la igualdad de género o de la transparencia y de la publicidad.

11. Las situaciones administrativas del personal funcionario se regulan en el título X.

- Una de las principales novedades es la regulación de la situación administrativa del personal directivo público profesional en el sector público, permitiendo a dicho personal mantener la vinculación con su administración de origen, con respeto de sus derechos a mantener la reserva del puesto de procedencia y a progresar en la carrera profesional.
- La ley recoge una regulación con una amplia tipología de situaciones administrativas, con algunas singularidades de la situación administrativa de servicio en otras administraciones públicas, e incorpora novedades relevantes en lo que respecta a la

excedencia voluntaria con reserva de puesto y a la excedencia voluntaria para prestar servicios en el sector público.

- La ley regula, también, todo el régimen de situaciones administrativas derivado de la aplicación de planes de ordenación del empleo público, especialmente con la reasignación de efectivos.
- Se establecen las situaciones administrativas en las que puede encontrarse el personal funcionario interino y la posibilidad de que los respectivos convenios colectivos puedan contemplar la aplicación de las situaciones administrativas previstas al personal empleado público laboral.

12. La ley regula también los derechos y deberes del personal empleado público (Título XI); la responsabilidad disciplinaria (título XII); la normalización lingüística en el empleo público vasco (título XIII); y las peculiaridades propias de la negociación colectiva en las administraciones públicas vascas (título XIV).

13. Las disposiciones adicionales regulan, entre otros, aspectos tales como los criterios de integración en cuerpos y escalas, medidas de acción positiva en el acceso al empleo público de determinados colectivos, determinadas especificidades relacionadas con el personal directivo público profesional, los planes de igualdad o la prórroga en el servicio activo.

- Entre las disposiciones adicionales, merece especial mención la Disposición adicional vigesimoctava (*Personal laboral por tiempo indefinido, en cumplimiento de sentencia judicial*), destinada a regularizar la situación del personal laboral temporal por tiempo indefinido en cumplimiento de sentencia judicial: se posibilita la adopción por parte de las administraciones públicas vascas de diversas medidas destinadas a solventar la situación desencadenada por efecto de la declaración judicial que reconoce el carácter indefinido del contrato.
- Destaca también la Disposición adicional vigesimosegunda, relativa a las *condiciones de trabajo del personal laboral subrogado*.
 - Respetando los derechos y obligaciones que se encuentren consolidados en el momento de la integración, al personal laboral procedente de otras administraciones o entes instrumentales, en el que se subroga la Administración general e institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, le resultará de directa aplicación, con carácter exclusivo, el convenio de colectivos laborales al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, o el convenio o acuerdo de condiciones de trabajo sectorial que corresponda en virtud de la administración o ente instrumental en el que se encuentre destinado.
 - El personal laboral subrogado será encuadrado de oficio en los grupos profesionales incluidos en el respectivo convenio de personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
 - En ningún caso le resultarán de aplicación a dicho personal laboral subrogado los convenios, pactos o acuerdos a los que se encontraban sometidas sus condiciones de trabajo con anterioridad a la subrogación.

1.6. NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SELECCIÓN)

-Pensiones. Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023. BOE 28-12-2022

Conforme al título IV de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, se establece que las pensiones experimentarán en 2023 con carácter general un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2022.

- De acuerdo con tales disposiciones legales, este real decreto establece una revalorización general de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, del 8,5 por ciento.
- Igualmente, se fija una revalorización del 8,5 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de las pensiones de Clases Pasivas.
- Idéntico porcentaje de incremento experimentarán las cuantías de los límites de percepción de pensiones públicas, así como los importes de los haberes reguladores aplicables para la determinación inicial de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado y de las pensiones especiales de guerra.
- También se fijan las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de la Seguridad Social y en las pensiones de Clases Pasivas.
- Asimismo, se establecen las cuantías de las prestaciones familiares de la Seguridad Social y de los subsidios económicos contemplados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. También se fija la revalorización para el año 2023 de las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana.

-Incapacidad temporal. Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. BOE 5-1-2023

El objeto principal de este real decreto es la modificación del artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, adaptó la regulación vigente hasta entonces en dicha materia a los avances que se habían ido produciendo en la coordinación de actuaciones por parte de los servicios públicos de salud, de las entidades gestoras de la Seguridad Social y de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Ese real decreto incidía en los mecanismos de gestión de la incapacidad temporal con el fin

de aligerar trámites y obligaciones burocráticas y potenciaba la utilización de las nuevas tecnologías para el intercambio de datos, así como la coordinación y la colaboración entre los distintos actores implicados.

En el diseño de gestión regulado en el citado Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, se mantuvo el *modus operandi* tradicional conforme al cual el facultativo entrega a la persona trabajadora, además del parte médico destinado a la misma, una copia en papel de los partes médicos de baja, confirmación y alta médica para que la presente, en un plazo determinado, en la empresa, la cual, a su vez, ha de cumplimentar ciertos datos requeridos en los mismos y remitirlos a la entidad gestora.

El grado de desarrollo actual de los sistemas informáticos permite prescindir de la entrega a la persona trabajadora de la copia en papel del parte médico destinada a la empresa y de su presentación por aquella en esta y la puntual comunicación a la empresa, directamente por la administración, de la expedición de los partes médicos. Igualmente resulta posible que aquella comunique a la administración los datos adicionales que esta precise para la gestión y control de la situación de incapacidad temporal y de la prestación correspondiente a la misma, así como de la compensación en la cotización, en su caso, de lo abonado en pago delegado, sin necesidad de la previa presentación del parte por la persona trabajadora.

De este modo, además, se evitan a la persona trabajadora obligaciones burocráticas que, precisamente por estar en incapacidad temporal, pueden resultarle gravosas.

Este cambio es el objeto principal de este real decreto, a cuyo fin se modifica el artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

- Se establece que el servicio público de salud o, en su caso, la mutua o la empresa colaboradora remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.
- El Instituto Nacional de la Seguridad Social, a su vez, comunicará a las empresas los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos del servicio público de salud o de la mutua, referidos a sus personas trabajadoras, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su recepción en dicho Instituto, para su conocimiento y cumplimiento, en su caso.
- Junto a ello se introducen en el citado real decreto otras modificaciones de menor alcance:
 - Por una parte, se introduce un nuevo párrafo al final del artículo 2.3 en el cual se explicita que, en cualquiera de los procesos contemplados en ese apartado, el facultativo podrá fijar la correspondiente revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso. Con ello, se trata de evitar eventuales dudas interpretativas.
 - Por otra parte, en la nueva redacción del artículo 7 no se incorpora una previsión similar a la recogida, hasta la fecha, en su apartado 4, respecto a la posibilidad de suspender la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de las prestaciones económicas por incapacidad temporal en caso de la no transmisión

de los datos a que vienen obligadas conforme a ese mismo artículo. Y ello porque el citado incumplimiento ya constituye una infracción sancionable a través del correspondiente procedimiento.

-Cotización. Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 BOE 31-1-2023

Conforme al artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que establece las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, mediante esta Orden se dictan las normas necesarias para su aplicación y desarrollo.

- A través de esta Orden se reproducen las bases y tipos de cotización y, conforme al art. 148 LGSS, se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.
- Asimismo, fija los topes máximo y mínimo de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Como consecuencia de la prórroga del salario mínimo interprofesional establecida por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, hasta tanto no se apruebe el salario mínimo interprofesional para el año 2023, las bases de cotización de todos los grupos profesionales previstas en esta orden tendrán carácter provisional hasta que, mediante una nueva orden ministerial, se aprueben de forma definitiva.
- En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para los trabajadores por cuenta ajena, será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.
- A su vez, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial o exclusión de alguna contingencia.

También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social.

Por último, debe señalarse que en la orden se han introducido las modificaciones necesarias para adecuar su contenido a las recientes reformas legales en materia de Seguridad Social con incidencia en la cotización, entre ellas las fijadas por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad; las establecidas en el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, en el que se modifica el sistema de cotización del Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, o las

derivadas de la cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional previsto en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

1.7. OTRAS NORMAS CON EFECTOS EN EL ÁMBITO LABORAL

-Lucha contra la corrupción. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. BOE 21-2-2023

Con la aprobación de esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019. Dicha Directiva regula aspectos mínimos que han de satisfacer los distintos cauces de información a través de los cuales una persona física que sea conocedora en un contexto laboral de una infracción del Derecho de la Unión Europea, pueda dar a conocer la existencia de la misma [«whistleblowers»]:

- Obliga a contar con canales internos de información a muchas empresas y entidades públicas porque se considera que es preferible que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños.
- Exige, además, la determinación de otros canales de información, denominados «externos», con el fin de ofrecer a los ciudadanos una comunicación con una autoridad pública especializada, lo que les puede generar más confianza al disipar su temor a sufrir alguna represalia en su entorno.

Estos dos claros objetivos de la Directiva, proteger a los informantes y establecer las normas mínimas de los canales de información, se incorporan en el contenido de esta ley.

1. El título I precisa la finalidad y el ámbito de aplicación de la ley:

- La finalidad de la norma es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma.
- En cuanto a su ámbito de aplicación, además de proteger a quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, esta ley abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico.

Se amplía el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves. Se excluyen del ámbito de aplicación material los supuestos que se rigen por su normativa específica, esto es, por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937.

- Respecto al ámbito subjetivo (personas que están protegidas frente a posibles represalias), se extiende la protección a todas aquellas personas que tienen vínculos profesionales o laborales con entidades tanto del sector público como del sector privado, aquellas que

ya han finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en período de formación, personas que participan en procesos de selección.

Comprende en todo caso a: las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; los autónomos; los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

También se extiende el amparo de la ley a las personas que prestan asistencia a los informantes, a las personas de su entorno que puedan sufrir represalias, así como a las personas jurídicas propiedad del informante, entre otras.

2. El título II de la ley contiene el régimen jurídico del Sistema interno de información que abarca tanto el canal, entendido como buzón o cauce para recepción de la información, como el Responsable del Sistema y el procedimiento.

- Se establece la preferencia por el Sistema interno de información, pero el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere.
- La configuración del Sistema interno de información debe reunir determinados requisitos, entre otros, su uso asequible, las garantías de confidencialidad, las prácticas correctas de seguimiento, investigación y protección del informante y la designación del responsable de su correcto funcionamiento.
- Se permite la comunicación anónima.
- La ley diferencia la extensión de la obligación de configurar estos canales internos en el ámbito de las organizaciones privadas de las que pertenecen al sector público:

a) En el ámbito privado:

- Estarán obligadas a configurar un Sistema interno de información todas aquellas empresas que tengan más de cincuenta trabajadores.
- En los grupos de empresas, la sociedad dominante debe implantar la adecuada organización y coordinación de los canales en cada una de las entidades que forman parte de aquel.
- Atendiendo al coste que esta nueva carga pueda generar en las empresas, la ley admite que aquellas que, superando la cifra de cincuenta trabajadores, cuenten con menos de doscientos cincuenta, puedan compartir medios y recursos para la gestión de las informaciones que reciban, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa.
- No obstante, con independencia del número de empleados, se obliga a contar con un Sistema interno de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, así como a las fundaciones que de los mismos dependan, siempre que reciban fondos

públicos para su financiación. La razón de esta exigencia se ampara en el singular papel constitucional que tienen estas organizaciones conforme a los artículos 6 y 7 de la Constitución Española.

- b) Con relación al sector público, la ley ha extendido en toda su amplitud la obligación de contar con un Sistema interno de información.

Han de configurar tal Sistema todas las Administraciones públicas, las autoridades independientes u otros organismos que gestionan los servicios de la Seguridad Social, las universidades, las sociedades y fundaciones pertenecientes al sector público, así como las corporaciones de Derecho Público, todos los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como aquellos mencionados en los Estatutos de Autonomía.

Si bien la Directiva atribuye a los Estados miembros la decisión de dispensar de algunas obligaciones a los municipios de menos de diez mil habitantes, esta ley no contempla esta excepción, pero permite que estos municipios puedan compartir medios para la recepción de informaciones con otras Administraciones que ejerzan sus competencias en la misma comunidad autónoma, aunque ello no exime de que cada administración local tenga un responsable de su sistema interno de informaciones.

3. El título III de la ley regula el canal externo de información.

- Se crea la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., prevista en el título VIII, como responsable del canal externo de información, dotándolo de garantías de independencia y autonomía.
- Se regula el canal externo ante el que podrán informar las personas físicas, ya sea directamente, ya con posterioridad a la previa formulación de información ante el canal interno.
- Se regula el procedimiento de recepción de las comunicaciones, que pueden llevarse a cabo de forma anónima o con reserva de la identidad del informante, y de su forma, escrita o verbal; la fase instructora; la emisión de informe por la Autoridad Independiente de Protección del Informante; y, en su caso, la remisión al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía Europea, cuando resulten afectados los intereses financieros de la Unión Europea, o a otra autoridad u organismo competente.
- La resolución que adopte la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. no podrá ser objeto de recurso alguno, ni administrativo ni jurisdiccional, sin perjuicio de la posible impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que se pudiera incoar a raíz de las investigaciones realizadas.
- El informante por el hecho de comunicar la existencia de una infracción penal o administrativa no tiene la condición de interesado, sino de colaborador con la Administración. De manera que las investigaciones que lleven a cabo se inician siempre de oficio y de conformidad con el procedimiento establecido en la LPAC.

- Se prevé el conjunto de derechos y garantías que ostenta el informante en el procedimiento de comunicación externa ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.
- Se prevé la posible implantación de canales externos de información por parte de las comunidades autónomas.

4. El título IV regula la obligación de proporcionar información adecuada y accesible sobre los canales de comunicación interna y externa; la publicidad de la información y el registro de informaciones

5. El título V se ocupa de la revelación pública y las condiciones para la aplicación del régimen de protección establecido en el título VII: cuando se haya realizado la comunicación por canales internos y/o externos sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto; o cuando se advierta una amenaza inminente para el interés general, o exista un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona.

6. El título VI regula el régimen del tratamiento de datos personales que deriven de la aplicación de esta ley, que debe realizarse de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento general de protección de datos, con la Directiva (UE) 2016/680 y con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- Se establece que el dato de la identidad del informante nunca será objeto del derecho de acceso a datos personales y se limita la posibilidad de comunicación de dicha identidad sólo a la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad administrativa competente.
- Se establece la obligación de contar con un delegado de protección de datos.

7. El título VII constituye el eje de la ley: las medidas de protección para amparar a aquellas personas que alertan sobre infracciones graves que dañan el interés general; medidas de apoyo y de protección frente a represalias; y supuestos de exención y atenuación de la sanción, cuando una persona que hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información sea la que informe de su existencia con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador.

8. El título VIII regula la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I, su naturaleza y funciones, régimen jurídico y organización.

9. El título IX establece el régimen sancionador, necesario para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación.

10. La disposición transitoria segunda establece un plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la ley (a los veinte días de su publicación en el BOE) para el establecimiento de Sistemas internos de información y adaptación de los ya existentes por parte de las Administraciones, organismos, empresas y demás entidades obligadas a contar con un Sistema interno de información.

Como excepción, en el caso de las entidades jurídicas del sector privado con doscientos cuarenta y nueve trabajadores o menos, así como de los municipios de menos de diez mil habitantes, el plazo previsto se extenderá hasta el 1 de diciembre de 2023.

Los canales y procedimientos de información externa se regirán por su normativa específica, estableciéndose para su adaptación un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Libertad sindical

-STEDH 17-01-2023 SCASO HOPPEN Y SINDICATO DE EMPLEADOS DE AB AMBER GRID c. LITUANIA

Art. 14 (+ Art. 11) - Marco legal y revisión judicial que brinda garantías adecuadas contra el despido discriminatorio de un líder sindical por motivos de carácter, comportamiento o relaciones laborales - Despido por tales motivos que no contravengan inherentemente los derechos de los sindicatos y sus miembros - Art. 11 que no prohíbe el despido de un miembro o líder de un sindicato sin el consentimiento del sindicato - Falta de los solicitantes para establecer un caso prima facie de discriminación por afiliación sindical - Deficiencias de los procedimientos ante la Inspección de Trabajo del Estado subsanadas mediante una revisión exhaustiva ante los tribunales administrativos y civiles - Los solicitantes tienen la oportunidad adecuada de presentar su caso.

-STS 954/2022 13-12-2022 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

La Sala IV confirma la desestimación de la demanda de tutela de la libertad sindical, basada en el incumplimiento del deber de información a los Delegados Sindicales de CGT de los acuerdos de la comisión de seguimiento del “Acuerdo de disponibilidades” suscrito por la empresa y varios sindicatos, entre los que no se encuentra el demandante CGT.

Tras reiterar el contenido y alcance del derecho a la información sindical, ex art 10.3 LOLS y 64 ET, reconoce el derecho de los delegados sindicales a recibir la información que se reclama en la demanda. Seguidamente argumenta, al tratarse de un proceso en el que se denuncia vulneración de derechos fundamentales, sobre la aportación de indicios suficientes para invertir la carga de la prueba.

En el caso, se desestima la pretensión pues consta en la sentencia recurrida que los delegados sindicales reciben la misma información que el comité de empresa lo que impide que pueda prosperar cualquier expectativa relativa a la vulneración del mencionado derecho a la información, frente a la taxativa convicción alcanzada por la sentencia recurrida, cuyas conclusiones no han sido desvirtuadas.

2.2. Negociación colectiva

-STS n° 969/2022 Social 20/12/2022. Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO

CONVENIO COLECTIVO DE APLICACIÓN. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Se trata de dilucidar cuál es el convenio colectivo de aplicación para la determinación de la existencia o no de diferencias salariales, de un trabajador que prestaba servicios como operario jardinero para una empresa que tiene la condición de Centro Especial de Empleo y que había contratado con un determinado hotel la prestación de servicios auxiliares en donde prestaba servicios el trabajador demandante.

Se dictamina que a los trabajadores que desarrollan su actividad en centros especiales de empleo les es de aplicación el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a

personas con Discapacidad independientemente del sector de actividad que realicen. Es jurídicamente inviable que los sujetos de esta relación laboral especial se rijan por un convenio colectivo pactado para trabajadores con relación ordinaria, sin que la menor retribución resulte discriminatoria. Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina.

El TS declara que debe aplicarse el convenio colectivo propio de los Centros Especiales de Empleo, que no el sectorial de limpieza, siguiendo el criterio sentado por las sentencias del TS de 9 de diciembre de 2015, Rec.- 135/2014; de 2 de febrero de 2017, RCU. 2012/2015 y de 6 de febrero de 2020, RCU. 646/2017, que estudian el convenio que debe aplicarse cuando la empresa demandada tiene la condición de CEE, siendo su actividad la realización de tareas de limpieza de edificios mediante contratas, afirmando que los trabajadores del CEE han de regir sus relaciones por el convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dedique en tanto estén vinculados a esa específica figura empresarial mediante la relación laboral especial (RD 1368/1985) que define el ámbito de aplicación del citado convenio.

2.3. Derecho de huelga

-STS 953/2022 13-12-2022 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

La sentencia anotada, recaída en casación ordinaria, confirma el fallo combatido que declaró contraria a derecho la huelga convocada a nivel nacional el 19-12-2012 en Correos y Telégrafos por la CGT.

La sentencia hace suyas las argumentaciones de la Sala de origen y declara que la huelga es ilegal porque la considera abusiva por la forma en la que se ha desarrollado, al convocarse de manera indefinida y prolongarse durante más de cinco años, durante los que la organización convocante incita a los trabajadores a secundar la huelga de forma intermitente para fines distintos de los que fue convocada, y ha causado trastornos organizativos y daños materiales a la empresa, de especial relevancia y trascendencia. Asimismo, es fraudulenta, porque el sindicato convocante ha promovido que los trabajadores y funcionarios afectados por la convocatoria eludiesen el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y se tiene por acreditado que el sindicato favorece que los trabajadores la utilicen estratégicamente los sábados, vísperas de festivos, puentes, al regreso de vacaciones, tras la finalización periodos de IT.

2.4. Prohibición de discriminación en el empleo

-STJUE 12-01-2023, Asunto 356/21, J.K. y TP S.A., con intervención de: PTPA,

«Procedimiento prejudicial - Igualdad de trato en el empleo y la ocupación - Directiva 2000/78/CE - Artículo 3, apartado 1, letras a) y c) - Requisitos de acceso a la actividad por cuenta propia - Condiciones de empleo y ocupación - Prohibición de discriminación basada en la orientación sexual - Empresario independiente que trabaja sobre la base de un contrato de prestación de servicios - Terminación y no renovación de un contrato - Libertad de elegir a la otra parte contratante».

2.5. Contrato fijo discontinuo

-SAN nº 162/2022 Social 05/12/2022

LLAMAMIENTO DE TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS. PLAZO. CONVENIO COLECTIVO. Se establece que la indicación convencional de que el contrato fijo discontinuo pueda

emplearse para servicios sorpresivos es contraria a los arts. 15 y 16 ET. Consecuentemente son nulas las previsiones previstas en el convenio para atender los llamamientos del empresario con preaviso temporal inferior al plazo de 48 horas. Adicionalmente, se declara la nulidad por ilegalidad de diversos párrafos de un convenio colectivo de una empresa relativos a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, concurrencia de convenios y festivos. Se estima parcialmente la demanda.

2.6. Movilidad geográfica

-STS 959/2022 14-12-2022 Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Los trabajadores demandantes fueron contratados por la demandada para prestar servicios como mecánicos en centros de trabajo itinerantes. Si bien los actores realizaban formaban parte de los mecánicos del parte de maquinaria de Fuenlabrada, eran destinados habitualmente para la prestación de servicios en centros itinerantes situados, incluso, en el extranjero.

El 6 de julio de 2018 la empresa y la representación de los trabajadores acordaron el traslado del personal del centro de Fuenlabrada al de Pancorbo, si bien se entendió que los actores no estaban afectados por el traslado, dada su prestación de servicios en centros itinerantes.

La sentencia de suplicación confirma la de instancia que calificó la decisión empresarial como un traslado injustificado. Recurre la empresa en casación unificadora. Y la sentencia anotada, con remisión a la STS de 14 de octubre de 2004 (Recurso 2464/2003), estima el recurso, a la luz de lo recogido en los arts. 40 ET y 79 del VI convenio colectivo del sector de la construcción.

Razona la Sala IV que a las empresas con centros itinerantes no les resultan de aplicación las reglas del art. 40.1 ET, pues el traslado se produce cuando el cambio se produce a un único centro de trabajo, pero no cuando los servicios se prestan en varios centros, en cuyo caso se está ante desplazamientos a que se refiere el art. 40.4 ET. Sin que el hecho de que también los actores hayan prestado servicios en el centro de Fuenlabrada, que fue cerrado, obste a la anterior conclusión.

2.7. Tiempo de trabajo

-STSJ Comunidad de Madrid nº 731/2022 Social 19/12/2022

JORNADA DE TRABAJO. CONCRECIÓN HORARIA. ACTIVIDADES EXTRAESCOLARES DE LOS HIJOS. Se fija que no procede la adaptación de la jornada de la trabajadora al turno de mañana por la participación de uno de sus hijos en una actividad extraescolar. Las actividades extraescolares forman parte de la educación y formación integral de los menores, pero debe recordarse que son facultativas y no preceptivas, por lo que aunque deben adaptarse a las circunstancias familiares y profesionales, no puede pretenderse que una vez seleccionadas se tengan que adaptar a la jornada laboral a costa de la imposición al empresario de una modificación en su propia organización empresarial. Se desestima el recurso de suplicación.

-STS 1011/2022 23-12-2022 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

El sindicato solicita en su demanda de conflicto colectivo deducida contra la Sociedad Aragonesa de Gestión Medioambiental la declaración de nulidad del calendario laboral y de la bolsa de horas fijados por la empresa para 2020, así como la condena a la fijación de una jornada diaria de trabajo de 7,17 horas. Dicha pretensión fue desestimada en la instancia.

La Sala IV, tras rechazar la modificación del relato fáctico, recuerda la doctrina previa, conforme a la cual es la empresa a la que corresponde la elaboración del calendario laboral, sin perjuicio del respeto a las normas de derecho necesario. Asimismo, no existe obligación empresarial de incluir en el calendario el horario de trabajo, salvo acuerdo colectivo.

Se razona que los trabajadores afectados por el conflicto tienen la condición de fijos discontinuos a jornada completa y no de trabajadores a tiempo parcial. Y el establecimiento de una jornada irregular permitida por el art. 34.2 ET viene apoyado por el acuerdo empresa/trabajadores de fijar un “ciclo 5/2” que suponía reducir el número de días de trabajo de cada semana y acordar dos días obligados de descanso semanal, que antes no se disfrutaban, de modo que con el nuevo sistema se trabajan menos horas a la semana. Por tanto, la bolsa de horas que pudiere crearse para los trabajadores al fijar el “ciclo 5/2” derivado del acuerdo alcanzado, ha de estimarse válida por ser compatible con la previsión del art. 21.3 del convenio. Se desestima el recurso.

2.8. Salario

-STSJ Canarias nº 792/2022 Social 02/12/2022

PAGA EXTRAORDINARIA. DEVENGO EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. Se establece que cuando la persona trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal, solo devenga prestaciones por esta contingencia, pero no tiene derecho al devengo de salario, incluyendo las pagas extraordinarias. Inexistencia de previsión en el convenio colectivo de aplicación o pacto individual que permita computar el periodo de incapacidad temporal como tiempo de trabajo efectivo a efectos de devengo de las pagas extraordinarias. Se estima el recurso de suplicación.

2.9. Fondo de Garantía Salarial

-STS 951/2022 02-12-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

FOGASA- El trabajador, ahora recurrente, prestaba servicios para una empresa que fue declarada en situación de concurso. El administrador concursal accedió a su solicitud de excedencia voluntaria reconociéndole, con carácter de mejora voluntaria y como condición más beneficiosa, un derecho a la reserva de un puesto de trabajo de igual o similar categoría y no únicamente un derecho preferente de reincorporación.

La Sala IV resuelve que la meritada mejora será esgrimible frente a empresa o, en su caso, a la administración concursal pero no frente al FOGASA que es un tercero sobre el que no pueda hacerse recaer una decisión en la que no ha participado ni la ha suscrito. Y es que al FOGASA no se le puede imponer una obligación de pago «más allá de los supuestos tasados» como así dispone la STS 714/2020, 23 de julio de 2020, RCU 3455/2017.

En los casos de excedencia voluntaria la jurisprudencia, interpretando la normativa aplicable, ha establecido que el excedente voluntario no tiene derecho a la indemnización correspondiente a la extinción por causas objetivas, por lo que ninguna responsabilidad al respecto puede tener el FOGASA. Si al excedente voluntario se le ha mejorado lo que la ley le reconoce (el mero derecho preferente al reingreso), esa mejora no le es oponible al FOGASA ni responde por ella. Se trata de una mejora que va más allá de los supuestos legales y tasados de los que responde el FOGASA, que no puede vincularle ni hacer surgir su responsabilidad.

2.10. Sucesión de empresa. Subrogación

-STS 963/2022 15-12-2022 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

No hay sucesión de empresa cuando las comitentes a las que revierte el servicio de limpieza no asumen ni el personal de la contratista, ni sus medios materiales, procediendo, por el contrario, a contratar a sus propios trabajadores y a adquirir los medios materiales que necesitaban para desarrollar el servicio. El hecho de que, para ello, se contrate a trabajadores nuevos no determina que opere la sucesión prevista en el art. 44 del ET.

Tampoco opera la sucesión convencional prevista en los convenios provincial y estatal de limpieza, pues las empresas a las que revierte el servicio no son empresas de limpieza y, por tanto, no quedan sometidas a sus disposiciones.

Como consecuencia, al producirse la reversión del servicio de limpieza por finalización de la contrata inicial, la antigua contratista debió haber tramitado un despido colectivo porque se extinguieron por causas productivas los contratos de 76 trabajadores. Al no haberlo hecho así, debe declararse nulo por aplicación del art. 124.11 de la LRJS.

El hecho de que la mayoría del personal de limpieza hospitalaria sean mujeres no supone que el despido vulnere derechos fundamentales, al haberse acreditado la existencia de razones que explican la reversión del servicio de limpieza, que excluyen el móvil espurio. No es óbice para realizar un pronunciamiento de condena frente a una determinada empresa el hecho de que los trabajadores no recurrieran en su momento la absolución en la sentencia de instancia de dicha empresa.

2.11. Despido nulo

-SJS nº 1 de Gijón nº 419/2022 Social 15/11/2022

DESPIDO NULO. INCAPACIDAD TEMPORAL. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ENFERMEDAD. Se confirma la nulidad del despido de una trabajadora en base a la aplicación de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ante la existencia de actos que causan discriminación por razón de la edad. Adicionalmente se fija que, acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, por lo que para la restauración del orden, se debe establecer una indemnización a favor de la trabajadora. Se estima parcialmente la demanda.

2.12. Despidos colectivos

-STS 960/2022 14-12-2022 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Como consecuencia de la pandemia y del estado de alarma la empresa demandante vio afectada su actividad y solicitó que se constatará la existencia de fuerza mayor sobre los contratos de trabajo de una parte significativa de su plantilla.

Se resolvió que no había quedado constatada la fuerza mayor y la empresa considera que los supuestos de fuerza mayor (art. 22.1 RDL 8/2020) son *numerus apertus*, además de que la situación de la empresa es subsumible en la fuerza mayor delineada a efectos del COVID. El recurso no ha llenado las exigencias legales y jurisprudenciales que presiden la revisión de la crónica judicial de instancia.

En cuanto al segundo motivo, la STS 1274/2021 de 15 diciembre (Rec. 179/2021, Arcelormittal) ha sentado las bases para la resolución de asuntos similares. Como se ha advertido en sentencias previas, no todas las consecuencias de la Covid-19 encajan en la noción de fuerza mayor acuñada por el artículo 22 RDL 8/2020, debiendo reconducirse, cuando ello sea así, en su caso, a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contempladas en el artículo 23 RDL 8/2020. En el caso de autos la ausencia de pedidos por parte de clientes habituales o el cierre de establecimientos que tenían permitida su actividad, como concluye la sentencia recurrida, no daría lugar a la apreciación de fuerza mayor en los términos del art. 22 del RD Ley 8/2.020, sino a la posible concurrencia de una causa ETOP de las previstas en el art. 23 de la misma norma.

-STS 962/2022 15-12-2022 Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Se confirma pronunciamiento de instancia que califica de ajustado a derecho el despido colectivo, porque el recurso se limita a reproducir literalmente lo que ya se decía en la demanda, sin combatir los razonamientos y la conclusión del órgano judicial.

La sentencia recurrida desestima que se haya vulnerado el deber de negociar realmente de buena fe, pues la situación económica progresivamente negativa y con decreciente facturación, así como la declaración de concurso son factores que justifican la parquedad de propuestas concretas, así como la brevedad de la negociación.

Rechaza también la sentencia de instancia que las codemandadas constituyan un grupo de empresas a efectos laborales, excluyendo que existiera confusión patrimonial, unidad de caja o utilización fraudulenta de la dirección unitaria, y por ello rechaza que se infringiera el deber de aportar la documentación preceptiva del grupo. Y afirma que concurre la causa económica dado el resultado negativo del ejercicio 2019 reiterado e incrementado en 2020; añadiendo respecto del control de proporcionalidad y de razonabilidad que no cabe censurar el cierre de una empresa con tal deficiente trayectoria económica y cuya futura viabilidad se intentó a través de la refinanciación, pues ello supondría un indebido juicio de oportunidad.

2.13. Seguridad y salud

-STJUE 22-12-2022, C-392/2021, TJ e Inspectoratul General pentru Imigrări,

GAFAS EN EL TRABAJO. Los empresarios deben proporcionar a los trabajadores gafas o lentillas graduadas para el trabajo siempre que los reconocimientos médicos demuestren que son necesarios. No se exige que el trabajo con pantallas de visualización tenga que ser la causa directa de la deficiencia visual. Ahora bien, esta obligación puede cumplirse, bien mediante la entrega directa de dispositivos correctores especiales, bien mediante el reembolso de los gastos que el trabajador haya tenido que efectuar, pero no mediante el abono de un complemento salarial de carácter general (de penosidad).

El TJUE interpreta la normativa de salud en trabajos con pantallas de visualización para establecer la obligación del empresario de facilitar dispositivos correctores especiales a los trabajadores.

2.14. Aspectos procesales

-STS 952/2022 13-12-2022 Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

La ejecución provisional de una sentencia de despido tiene un marco jurídico sustantivo propio y singularizado con un cauce procesal específico distinto a la ejecución definitiva, aunque, en principio, no difieran en orden a los importes del salario a considerar.

El derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos comprende a aquellas que, aun resultando erróneas o contrarias a la Ley, no han sido recurridas y han devenido en firmes, por lo que no cabe pretender que en la ejecución de esa sentencia se rectifiquen los errores o disposiciones contrarias a la Ley que se hayan cometido.

A los efectos del art. 206.4 de la LRJS, no contradice lo ejecutoriado la resolución recaída en un incidente de ejecución que tiene por objeto determinar si los salarios a percibir por los trabajadores afectados por un despido colectivo declarado nulo debe ser el fijado en el convenio colectivo vigente al tiempo del despido o el establecido en otro posterior, cuestión que no fue planteada con anterioridad al proceso de ejecución definitiva.

-STS 7/2023 10-01-2023 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Incongruencia omisiva. Existiendo vulneración de derecho fundamental y habiendo interesado la demanda indemnización por daño moral, incurre en incongruencia omisiva la sentencia de suplicación que omite pronunciarse sobre ello por no haberse formulado específico motivo de recurso.

Aplica doctrina general sobre incongruencia omisiva y específica sobre silencio judicial respecto de consecuencias inherentes a determinada declaración judicial, en línea con la STS 666/2016 (que es la referencial). De acuerdo con Ministerio Fiscal, anula STSJ Madrid 95/2020 y retrotrae actuaciones.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. RELACIONES DE TRABAJO

BENAVENTE TORRES, I.: *El convenio estatutario*, Comares, 2022, pp. 208.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERRANDO GARCÍA, F. (Dir.): *Guía práctica de planes de igualdad en las empresas privadas y públicas*, Ediciones Laborum, 2023, pp. 174.

CRUZ VILLALÓN, J.: *Políticas de rentas salariales, salario mínimo y negociación colectiva*, Bomarzo, 2022, pp. 519.

GARCÍA GONZÁLEZ, G.: *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Editorial Dykinson, 2023, pp. 208.

GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Editorial Tecnos, 2023, pp. 448.

GUINDO MORALES, S. y ORTEGA LOZANO P. (Dir.): *Medidas de reestructuración interna empresarial desde las perspectiva jurídico laboral*, Laborum, 2022, pp. 496.

GUINDO MORALES, S. y ORTEGA LOZANO P. (Dir.): *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Laborum, pp. 487.

LASAOSA IRIGOYEN, E.: *Adaptación de la jornada de trabajo y de la forma de prestación por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral*, Editorial Aranzadi, 2023, pp. 160.

LÓPEZ INSUA, B. MONEREO PÉREZ, J.L. PERÁN QUESADA, S. y VICENTE PALACIO, A.: *La regulación de la gestión indirecta en la negociación colectiva (subcontratación y empresas de trabajo temporal)*, Laborum, pp. 188.

MONEREO PÉREZ, J., MORENO VIDA, M.N. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.): *Empleo y protección de las personas con discapacidad en Andalucía*, CABALLERO PÉREZ, M.J. y MUROS POLO, A. (Coords.), Granada, Comares, 2023, pp.653.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., BLÁZQUEZ AGUDO, E.: *La contratación laboral tras la reforma 2022*, Editorial Tecnos, 2023, pp. 152.

PÉREZ GUERRERO, M^a.L.: *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi, 2022, pp. 140.

TRUJILLO PONS, F. (Dir.): *Tratado Práctico del despido*, Atelier, 2023, pp. 848.

3.2. PROCEDIMIENTO LABORAL

POYATOS I MATAS, G.: *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Editorial Aranzadi, 2022, pp. 352.

3.3. EMPLEO PÚBLICO

BOLTAINA BOSCH, X.: *Los procesos selectivos de estabilización del empleo público temporal. Comentarios a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de reducción de la temporalidad y normas de desarrollo*, Editorial Bomarzo, 2022, pp. 200.

DESENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en la Administraciones públicas*, Bomarzo 2023, pp. 224.

DE LA IGLESIA AZA, L.: *Régimen jurídico del personal estatutario*, Editorial Bomarzo, 2023, pp. 264.

3.4. OBRAS GENERALES Y OTRAS

BLÁZQUEZ AGUDO, E. y SIERRA HERNÁIZ, E. (Dir.): *Transición justa desde la perspectiva de género*, Editorial Aranzadi, 2023, pp. 240.

KELSEN, H.: *Sociedad y Naturaleza*, edición a cargo de MONEREO PÉREZ, J.L., Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022, pp. 344.

LANDABURU CARRACEDO, M.J.: *Derechos fundamentales, Estado social y trabajo autónomo*, Bomarzo Editorial, 2023, pp. 407.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo Editorial, 2023, pp. 217.

MARÍN ALONSO, I., IGARTUA MIRÓ, M.T. y SOLÍS PRIETO, C. (Dir.): *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del Trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad*, Editorial Aranzadi, 2023, pp. 498.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Thompson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 939.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

-Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía, por Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A. (Dir.), Editorial Comares, 2022, páginas: 672.

Comentado por:

SHEILA LÓPEZ VICO

Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

Como parte de la prestigiosa Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por el profesor José Luis Monereo Pérez y publicada por la editorial Comares, tenemos el placer de recensionar

como novedad bibliográfica la monografía titulada “Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía”.

Esta obra nace con el fin de otorgar un tratamiento completo y actualizado a una materia de indudable relevancia y complejidad en el marco del derecho laboral, y que no es otra que la protección jurídico social y laboral de las personas con discapacidad en nuestro país. La protección jurídica de las personas con discapacidad ha constituido una preocupación constante en nuestro mercado laboral, ante la patente discriminación que históricamente han venido sufriendo las personas que integran dicho colectivo. Con el fin de afrontar dicha situación, son diversas las medidas e iniciativas que tanto en el plano nacional como internacional se han emprendido en las últimas décadas, entre las que cabe destacar por su relevancia la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006, habiendo sido esta la que marcó un punto de inflexión en lo que al tratamiento jurídico de dicho colectivo se refiere. Partiendo del acervo normativo nacional e internacional existente en esta materia, ponen el foco de atención los diversos autores que componen esta obra en el impacto que dichas medidas han tenido en las personas que integran dicho colectivo en el marco de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En aras de ofrecer una visión completa y crítica de esta relevante cuestión, dividen los autores esta monografía en dos partes diferenciadas aunque inevitablemente ligadas entre sí. En concreto se alude en la primera parte de esta obra a aquellas cuestiones que podrían enmarcarse dentro del derecho básico al trabajo, mientras que en la segunda de ellas se ofrece un tratamiento exhaustivo de aquellas ligadas al sistema de protección social público. Veámoslo con mayor detalle:

Bloque I: “Empleo y políticas activas de empleo de las personas con discapacidad en Andalucía.” Este primer bloque se encuentra integrado por un total de once capítulos a través de cada uno de los cuales se entra a analizar en detalle la situación jurídico laboral a la que actualmente se enfrentan las personas con discapacidad en nuestra Comunidad Autónoma. Para ello, son diversos y relevantes los temas que en materia de empleo recogen los autores, no sin antes realizar un previo recorrido por el marco regulador que, tanto en el plano nacional, internacional como autonómico, resulta aplicable en esta materia. Entre otras cuestiones, se analiza la representación que este colectivo de trabajadores tiene actualmente en el mercado de trabajo ordinario. En este punto, evidencian los autores la baja representación que en dicho marco tiene el citado colectivo, y en consecuencia, las distintas políticas públicas y mecanismos establecidos en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a dicha situación. Asimismo, se hace alusión en este bloque a los denominados como enclaves laborales, como figura creada precisamente en nuestro sistema con el fin de garantizar una más fácil y pacífica transición del empleo protegido al empleo ordinario, mostrando sin embargo los datos el escaso éxito que, pese a su larga trayectoria legal, ha mostrado tener esta última en la consecución de dicho fin. Por otro lado, se estudia el emprendimiento o autoempleo como medida de inclusión de las personas con discapacidad, resaltando los autores el protagonismo creciente que en nuestro entorno económico está mostrando tener esta última. Así, se plasman por medio de este estudio algunas de las diversas medidas que para potenciar dicha forma de empleo se han implementado en Andalucía. También en el marco del empleo público son diversas las estrategias y medidas implementadas para lograr la incorporación en dicho sector de las personas con discapacidad, no pudiendo omitirse en este punto la figura de la reserva de empleo al ser esta una de las principales vías por medio de las cuales se ha tratado de conseguir en el sector público la inclusión laboral de este colectivo de trabajadores. También se estudia posteriormente el papel que la reserva de empleo y otras figuras afines ocupan actualmente en el marco de la negociación colectiva, para lo cual los autores llevan a cabo un análisis detallado y riguroso de las principales cláusulas que diversos convenios colectivos en nuestra comunidad autónoma incorporan sobre el empleo de las personas con discapacidad. Junto a los diversos temas citados son otras muchas las cuestiones recogidas por medio de esta monografía

como son las medidas específicamente recogidas en Andalucía en materia de prevención de riesgos laborales, las medidas de empleo establecidas para el colectivo de trabajadores que padecen una discapacidad de carácter intelectual o el papel que el teletrabajo tiene -y está llamado a tener- en la inclusión laboral de las personas con discapacidad. En relación a esta última cuestión recogen los autores un análisis exhaustivo del impacto real que esta forma de trabajo -protagonista durante los momentos críticos de la pandemia- ha tenido en el trabajo de este colectivo de trabajadores, permitiendo ello evidenciar los riesgos y peligros existentes en dicho marco y el tratamiento que los mismos han recibido desde un punto de vista legal y convencional.

Bloque II: “La protección social de las personas con discapacidad en Andalucía.” El segundo gran bloque de esta obra lo componen un total de trece capítulos y se centra, como reza su título, en analizar cómo se está abordado, en términos generales, la protección social de las personas con discapacidad en Andalucía. La amplitud que presenta la materia descrita hace que nos encontremos en este bloque ante temas de muy diversa naturaleza, pero todos ellos centrales en torno a la cuestión objeto de estudio. Así, en primer término se parte analizando la atención que a este colectivo de personas se le ha dado por parte de los servicios sociales tanto en el plano estatal como especialmente en el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, destacando las distintas vías de actuación legalmente previstas y retos y desafíos aún pendientes. Por otro lado, se recoge una especial referencia al tratamiento jurídico de la discriminación por razón de discapacidad, recogiendo para ello tanto la normativa legal como los principales pronunciamientos judiciales que en el plano nacional y europeo se han promulgado en los últimos años. Una cuestión que no podía ser omitida de este estudio es el de la dependencia, ya que si bien ambas nociones no tienen por qué venir unidas, la realidad práctica muestra como en numerosas ocasiones nos encontramos ante personas con discapacidad que adicionalmente se encuentran en situación de dependencia, especialmente cuando sumamos el factor de la edad. Así, dedican los autores algunas páginas a estudiar el sistema para la autonomía y la dependencia en Andalucía en su conjunto y las distintas medidas y prestaciones que el mismo ofrece. También se hace una especial alusión a la figura de los centros residenciales y centros de día dentro del marco de los servicios sociales para la promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia. El derecho a la salud de las personas con discapacidad, su marco jurídico regulador y los distintos órganos sobre los que en nuestra comunidad autónoma recae la protección del mismo es otra de las cuestiones a la que se dedican diversos capítulos en este bloque, tratando los mismos, entre otros puntos, la cuestión de la coordinación de los servicios sanitarios y aquellos de carácter social en nuestra comunidad autónoma -haciendo en el mismo una especial referencia a la incidencia que en este marco tuvo la pandemia del COVID-19 y, por supuesto, a aquellas cuestiones que afectan de manera directa a las personas con discapacidad-, la educación sanitaria de las personas con discapacidad, la garantía de la accesibilidad, etc. Finalmente, se cierra este capítulo y la monografía haciendo alusión a la problemática actualmente existente en lo que respecta a la protección jurídico legal otorgada a este colectivo como consumidores, aludiendo especialmente el autor al encaje de este colectivo dentro de la noción de consumidores vulnerables recogida en el marco Ley 4/2022 de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica y de la Nueva Agenda del Consumidor 2020-2025.

Como puede deducirse de las breves pinceladas recogidas por medio de la presente recensión, nos encontramos ante una obra de una elevada calidad jurídica que aborda de manera concisa, y de principio a fin, una materia compleja y amplia como es la protección social y laboral de las personas con discapacidad. La profesionalidad y rigurosidad de los distintos autores que han participado en la misma se refleja en cada una de las páginas que componen la monografía, enriqueciendo el tratamiento de esta materia por medio del análisis de los diversos pronunciamientos judiciales, legales y convencionales que en los últimos años han ido produciéndose en torno a cada uno de los conceptos analizados por medio de la misma.

Asimismo, presenta la particularidad de centrarse específicamente en el tratamiento jurídico de esta cuestión en el marco específico de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de que a lo largo de la misma, como hemos visto, se recojan también aquellas cuestiones que, pese a ser de carácter estatal o incluso internacional, repercuten significativamente en la protección de este colectivo.

Por todo lo indicado, podemos afirmar con total seguridad que esta obra marcará un antes y un después en el tratamiento y análisis en materia de empleo y protección social de las personas con discapacidad, al ser actualmente el estudio más completo y profundo que en el marco territorial en el que se circunscribe se ha realizado sobre esta cuestión. De este modo, no puedo concluir sin recomendar la atenta y detenida lectura de esta obra que sin duda se alzará como obra de obligada referencia en el tratamiento jurídico social de la discapacidad.

-La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público. Por Baquero Aguilar, J. Editorial Laborum, 2022, páginas 216.

Comentado por:

JAVIER TORRES SÁNCHEZ
Graduado en Derecho
Universidad de Málaga

El ordenamiento jurídico español, integrado por las diferentes normas promulgadas a lo largo de estos más de cuarenta años de democracia en nuestro país, ha permitido dotar a aquellas personas que residen en España, tanto físicas como jurídicas, de un régimen jurídico en el que se erige como pilar fundamental la protección de los principios y derechos enunciados en la Constitución Española de 1978, nuestra Carta Magna. Para ello, se han dictado múltiples disposiciones normativas, de distinto rango, con el afán de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias derivadas de los cambios producidos en nuestra sociedad a través de la aparición de diferentes realidades y situaciones que anteriormente no existían o no se habían tenido en consideración, así como con la finalidad de perfeccionar las normas ya decretadas y erradicar ciertas lagunas legales que acaben dotando a los ciudadanos de mayor certeza y seguridad jurídica, así como de mayor protección a sus derechos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no es perfecto y siguen apreciándose ciertas lagunas legales que generan situaciones de desprotección o de posibles discriminaciones indirectas, ya sea por falta de interés o desidia en el legislador, o por falta de acierto en las soluciones legales planteadas en determinados momentos.

Una de esas situaciones en la que se pone en jaque determinados derechos y principios enunciados en nuestra Carta Magna es la provocada por la subcontratación de servicios públicos, que ha tenido como principal consecuencia el acceso indirecto de los trabajadores afectados por la misma al empleo público. Se trata de un asunto muy recurrente en el debate jurídico, jurisdiccional e incluso político de los últimos años, pero al que se le sigue sin encontrar una solución eficaz que garantice la primacía de las condiciones de mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, estrechamente ligadas y conectadas con el derecho de igualdad en el acceso al empleo público. Esta situación ha llevado al Profesor Baquero Aguilar a publicar, a través de Ediciones Laborum, el libro titulado *La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público*, en el que se analizan las consecuencias derivadas del uso frecuente de la subcontratación laboral de los servicios públicos en España, las diferentes modificaciones legales que se han aprobado en los últimos años y los resultados generados por éstas, así como el impacto directo que tiene en la desprofesionalización del sector público de nuestro país y en el acceso a éste en desigualdad de condiciones.

Este libro está estructurado en 5 capítulos, entre ellos apreciamos un capítulo introductorio y un capítulo en el que se enumeran y desarrollan una serie de reflexiones finales como resultado de la investigación llevada a término. Empero, el núcleo de la obra se plasma en tres capítulos claramente diferenciados en los que se pueden destacar el análisis del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; la desatención y la falta de respeto o amparo de los principios constitucionales generados por la denominada *“huida del derecho administrativo”*.

No es atrevido afirmar que la subcontratación de servicios públicos, como práctica recurrente y habitual en España, es un hecho innegable, es decir, en las Administraciones Públicas se ha abusado de la subcontratación de servicios, hasta el punto de poder entender que se ha acabado por implantar como modelo de gestión habitual de los servicios públicos de nuestro país. Este exceso se da especialmente en determinados sectores de nuestra Administración y ha solido traer aparejado unos elevados niveles de contratación temporal, que en algunos casos incluso se ha podido considerar -como así lo han reconocido determinadas sentencias judiciales- como contratación en fraude de ley por parte de la Administración Pública. La mala praxis es tal, que según indican algunos parámetros analizados, la temporalidad en el sector público es bastante superior a la que se da en el sector privado.

No obstante, desde mi humilde punto de vista, lo inconveniente no es el modelo de subcontratación de servicios públicos para situaciones extraordinarias y de urgente necesidad, sino que ésta haya sido un modelo de gestión de servicios públicos cada vez más habitual que haya acabado teniendo como consecuencia final la implantación de un sistema de acceso al empleo alejado de las condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Lo cual es completamente contradictorio con el modo de acceso al empleo público previsto por nuestra Constitución, en los artículos 23 y 103 de la misma. Además, es conveniente afirmar que enumerar los problemas derivados de esta situación supone ir en contra de los derechos adquiridos por los trabajadores que se benefician de tales circunstancias, sino el anhelo de protección de los principios y derechos enunciados en nuestra Constitución que, evidentemente, favorece al óptimo desarrollo de la Administración Pública.

Por tanto, como bien indica el Profesor Baquero Aguilar, es evidente que no todos los trabajadores acceden al empleo público en igualdad de condiciones ni en las mismas circunstancias, lo cual no deja de ser paradójico desde el momento en el que el artículo 23.2 de nuestra Constitución establece que los ciudadanos *“tienen el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”*, estrictamente relacionado con lo señalado en el artículo 103.3 CE *“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*, estableciendo así nuestra Carta Magna la necesidad de que los procesos de ingreso al empleo público estén regidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad en todo el extenso y enmarañado Sector Público de nuestro país y no exclusivamente en lo que se podría denominar *“empleo público ordinario”*. Esta desatención a los principios constitucionales se ve agravada sobremedida cuando nos referimos a los denominados *“procesos blandos”* de acceso al empleo público que suelen llevarse a término a través del modelo de concurso-oposición en el que se valora, entre otras cosas, la experiencia laboral dentro de la Administración. Dicho de otro modo, aquellos ciudadanos que se presenten a este proceso de selección y hayan desempeñado algún trabajo dentro de nuestro Sector Público institucional partirán con ventaja frente a aquellos aspirantes que no hubiesen tenido tal oportunidad, aunque para desempeñar dicho trabajo no tuvieran que pasar ningún proceso selectivo en el que se garantizase un régimen de estricta competencia con otros aspirantes respetando los principios constitucionales ya mencionados con anterioridad.

Por todo lo anterior, es manifiesto que la subcontratación de los servicios públicos distorsiona el modelo de acceso al empleo público de acuerdo a los principios constitucionales, pudiendo llegar a poner en riesgo la eficiencia que de éstos se requiere, así como su propia “*supervivencia*” en condiciones óptimas teniendo en cuenta el deber de sometimiento a límites presupuestarios, especialmente si se tiene en cuenta la complejidad y dimensión de nuestro Sector Público, conformado por numerosos organismos públicos y entes instrumentales. En palabras del Profesor Monereo Pérez: “*la externalización comporta numerosos problemas en la esfera iuslaboral, y de mayor envergadura cuando se trata de supuestos en los que estén implicados alguna Administración Pública o un ente público instrumental, porque, entre otras cosas, entra en juego directamente el interés público en el mantenimiento en condiciones de eficiencia del servicio público*”, eficiencia del Sector Público que se encuentra claramente expuesta, entre otros motivos, por su desprofesionalización como consecuencia de la reversión de la subcontratación de los servicios públicos.

Por consiguiente, si se quiere dotar a tales problemas de una solución eficaz, se requiere por parte de los poderes públicos articular una respuesta contundente, clara y precisa en forma de reforma normativa profunda que pretenda eliminar todas aquellas aporías normativas que colocan a cierto colectivo de trabajadores y, por ende, de ciudadanos, en una especie de “*limbo legal*”, asegurando para ello el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. Pero, para esto, habrá que preguntarse si existe verdadera voluntad política o, como es de prever, seguiremos poniendo “*parches normativos*” que no solventen tales situaciones tan problemáticas.

-Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial, por Francisco Trujillo Pons, editorial Aranzadi, 2023, 348 páginas

Comentado por:

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-1248-6015>

El tema del derecho a la desconexión digital constituye otro punto candente y conflictivo. Entiendo que quizás el legislador ha regulado esta materia de una manera sutil o, incluso, tímida. Lo que, al término, conlleva a que no se avance en pro de una protección a la salud, a la *privacy* del trabajador y a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Vivimos actualmente insertos en la sociedad digital 4.0, lo que nos exige mejorar la competitividad y el crecimiento empresarial. El problema es que este auge del trabajo a distancia y del teletrabajo ha permitido, de un lado, trabajar desde cualquier lugar y en cualquier momento y, de otro, flexibilizar las obligaciones laborales lo que puede ir en detrimento de los derechos fundamentales de los trabajadores. La falta de una correcta política de prevención de riesgos laborales determina que, en muchas ocasiones, los trabajadores estén continuamente interconectados, incluso, tras la finalización de la jornada laboral. Se puede hablar así de “*tecno-estrés, tecno-fatiga*” o “*tecno-adicción*”. Todo esto está determinando el surgimiento de enfermedades o trastornos en la salud del trabajador, entre los que destacan riesgos psicosociales como el estrés, la ansiedad o el *burnout*.

En aras de favorecer un derecho a la salud mental, se publica a principios del año 2023, por la editorial III Aranzadi, una importante monografía colectiva titulada: “*Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial*”. La obra tiene por Director y Coordinador al profesor, Francisco Trujillo Pons, Profesor Ayudante Doctor (acreditado a TU) de la Universitat

Jaume I (UJI). Esta obra recoge, de manera exhaustiva, las ponencias y trabajos presentados al I Congreso Internacional: “Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial” que se desarrolló durante los días 24 y 25 de noviembre de 2022 en el Salón de Actos de la Escuela de Doctorado de la UJI de Castellón. Este Congreso se desarrolló en el marco del Proyecto de Investigación de la Generalitat Valenciana obtenido gracias a las subvenciones a Grupos de Investigación Emergente (GE 2022, GVA CIGE/2021/038), y de cuyo Investigador Principal es el profesor Francisco Trujillo. Como autores, se presenta un selecto conjunto de personalidades (profesores, investigadores abogados, médicos especialistas en medicina del trabajo, representantes sindicales...) provenientes de las diferentes ramas jurídico-sociales y cuya puesta en común permite al lector adquirir un inestimable conocimiento acerca de la temática expuesta, fundamentado en un agudo enfoque heterogéneo. Y es que la controvertida cuestión de la salud mental se comprende mejor cuando se confronta desde diferentes perspectivas de análisis.

Se trata de un trabajo de investigación muy atractivo y original, ya que apenas se pueden hallar monografías como la presente, que aborden cada una de las controvertidas cuestiones que en nuestra sociedad se suceden en torno a este importante elemento social de la “desconexión digital” y la “digitalización de las relaciones laborales” una forma tan pulida, completa, exhaustiva e innovadora, y mucho menos que indaguen con semejante sagacidad en la esencia misma de la problemática contemporánea.

La estructura general que sigue el libro es la siguiente: “1. El trabajo en plataformas digitales y sus riesgos asociados en materia de salud. Derecho a la desconexión digital en el trabajo. 2. O deber de abstencio de contacto do empregador: entre a lei e a práctica. Reflexoes a partir da experiencia portuguesa. 3. Derecho a la desconexión digital: alcance y límites. Ejemplos prácticos de protocolos de desconexión digital. ¿Hacia un nuevo enfoque del tiempo de trabajo?. 4. Los límites a la videovigilancia desde la perspectiva de la jurisprudencia y la desconexión digital desde la perspectiva de la regulación y protocolos. 5. El derecho a la desconexión digital desde la óptica de la dirección estratégica de personas. 6. Tecnología y empleo: nuevos desafíos para el derecho del trabajo. Tecnología y trabajo en las resoluciones judiciales. 7. Pauta práctica para hacer uso de tu derecho (y tu deber) a la desconexión digital. 8. Vidas hiperconectadas: acciones desde la prevención de riesgos psicosociales. 9. La emergencia de proteger la salud mental de las personas trabajadoras con un derecho a la desconexión garantista y práctico. 10. Ciberviolencia sexual de género en el trabajo y desconexión digital: medidas preventivas en la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. 11. Retórica empresarial y manipulación del individuo: el enmascaramiento de la precariedad. 12. La nueva responsabilidad social de las empresas y los límites a la conectividad en el trabajo. 13. Psicoeducación: la clave hacia una desconexión digital saludable para los empleados. 14. La tecnología a disposición de las empresas: una aliada para la mejora de las condiciones de trabajo. 15. La desconexión digital razonable para favorecer la salud y el bienestar de las personas trabajadoras, desde la perspectiva de la vigilancia de la salud. 16. La desconexión digital para un trabajo decente”.

En definitiva, nos hallamos ante un sugestivo volumen que cubre perfectamente y de manera pormenorizada: “Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial”. Se conforma así un manual excepcional de necesaria consulta, para todo aquél que desee adentrarse y enriquecerse con este complejo mundo *digitalizado*. Finalmente, queda por resaltar el amplio, cuidado y detallado material monográfico, documental y científico seleccionado por los distintos autores para la elaboración de este trabajo, así como el riguroso y concienciado orden que sigue en su redacción. Todo ello ofrece al estudioso una rica fuente de conocimientos laborales perfectamente estratificada y sistemática de todos y cada uno de los elementos que han hecho y hacen de ésta una temática de arduo encaje en el modelo legal vigente.

Crónica
Administrativa
en materia de
Relaciones de
Trabajo

LABORUM

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ *Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.*
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

RESOLUCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2023 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

INSTRUCCIONES PROVISIONALES PARA LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 1/2023, DE 10 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN LABORAL Y MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS ARTISTAS.

1. INTRODUCCIÓN

El día 11 de enero de 2023 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas las personas artistas, algunas de cuyas normas afectan a la protección por desempleo.

Su disposición final octava da nueva redacción a los artículos 33 y 34 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril -que regulan el procedimiento para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas y la compensación de prestaciones por desempleo, respectivamente-, y su disposición final novena añade un nuevo apartado 4 bis, en el artículo 6 del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, a fin de establecer que el plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento de liquidación será de seis meses.

Conforme a lo establecido en la disposición final decimotercera, las modificaciones a las que se refiere el párrafo anterior entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E., es decir, el día 12 de enero de 2023. Y de acuerdo con la disposición transitoria tercera, no se aplicarán a los procedimientos iniciados con anterioridad a dicha fecha.

El apartado Cinco de la disposición final cuarta del Real Decreto ley 1/2023 da nueva redacción al artículo 153 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que regula la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato, a fin de establecer que los seis meses que se deben utilizar para el cálculo de la base de cotización promedio son los inmediatamente anteriores al mes previo al del inicio de la situación, posibilitando de esta manera el

cálculo inmediato de dicha base de cotización promedio. Esta modificación también entró en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E., es decir, el día 12 de enero de 2023.

Por otra parte, su disposición final tercera modifica regla 1ª del artículo 10.1 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo relativa a la capitalización de las prestaciones por desempleo en el caso de incorporación como personas socias en cooperativas y en sociedades laborales, que tiene dos objetivos: facilitar el acceso de los trabajadores a los recursos económicos necesarios para poder adquirir las acciones o participaciones de entidades de la Economía Social y promover un empleo estable y de calidad en línea con las reformas del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, y el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. De acuerdo con el Preámbulo del Real Decreto ley, *así, contribuye a la consolidación y el crecimiento de las cooperativas y sociedades laborales ya existentes, mediante la incorporación de sus personas trabajadoras a la condición de personas socias trabajadoras o de trabajo*, lo que mejora de la calidad y estabilidad del empleo.

Al no encontrarse entre los supuestos exceptuados previstos en la Disposición final decimotercera del Real Decreto ley 1/2023, esta modificación entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2023.

Finalmente, el apartado Catorce de la disposición final cuarta del Real Decreto ley 1/2023 añade una nueva disposición adicional quincuagésima primera en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que regula la prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

Conforme a lo establecido en la letra e) de la Disposición final decimotercera del Real Decreto ley 1/2023, esta disposición adicional quincuagésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social entrará en vigor el 1 de julio de 2023.

Para la aplicación de forma homogénea por todas las Direcciones Provinciales del SEPE, de las normas citadas anteriormente, se dictan las presentes.

2. INSTRUCCIONES

PRIMERA. PROCEDIMIENTO PARA EL REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

De acuerdo con lo establecido en las disposiciones finales octava y decimotercera del Real Decreto ley 1/2023, con efectos del día 12 de enero de 2023, el artículo 33 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 33. Procedimiento para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

1. Cuando el trabajador perciba indebidamente prestación o subsidio por desempleo, el Servicio Público de Empleo Estatal procederá de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Acordará el inicio del procedimiento de reintegro informando al interesado de su derecho a formular alegaciones en el plazo de diez días.

b) Transcurrido dicho plazo, y valoradas las alegaciones si se hubiesen formulado, dictará resolución declarando la existencia o inexistencia de percepción indebida de las prestaciones y, en su caso, la cuantía del cobro indebido.

El plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución será de seis meses.

2. El trabajador dispondrá de un plazo de treinta días, a partir de la notificación de la resolución, para reintegrar la cuantía de la prestación o subsidio indebidamente percibidos. Transcurrido dicho plazo, sin que haya sido obtenido el reintegro de la deuda, en los casos en los que no se pueda aplicar la compensación o descuento según contempla el artículo 34, o bien cuando, procediendo dicha compensación o descuento, no hubiera sido posible cancelar la deuda en su totalidad, se aplicará lo establecido en el artículo 84 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

3. En los supuestos previstos en los párrafos a), c) y e) del artículo 23.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, el Servicio Público de Empleo Estatal, previa valoración de las circunstancias concurrentes, podrá exigir al empresario/s responsable/s el reintegro de la deuda, conforme al procedimiento regulado en los apartados anteriores.

Cuando la empresa deba de responder de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora, en cuanto responsable solidaria o directa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 23.2 y 43.3 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se seguirá el procedimiento previsto en los apartados anteriores.

4. Contra la resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal que exija el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, el trabajador o el empresario, en su caso, podrán interponer, en el plazo de treinta días contados a partir del día siguiente al de la notificación, reclamación previa en los términos establecidos en el artículo 71 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.»

En consecuencia:

1. Si el trabajador percibe indebidamente prestación o subsidio por desempleo el SEPE acordará el inicio del procedimiento de reintegro, informando al interesado de su derecho a formular alegaciones en el plazo de diez días.

2. Transcurrido el plazo de que dispone el interesado para formular alegaciones, y, en su caso, tras su valoración, se dictará resolución declarando la existencia o inexistencia de percepción indebida de las prestaciones, así como, si procede, la cuantía del cobro indebido.

3. Se establece expresamente que, en los procedimientos de reintegro iniciados a partir del 12 de enero de 2023 - fecha de entrada en vigor del Real Decreto ley 1/2023 - el plazo máximo de que dispone la entidad gestora para resolver y notificar la resolución será de seis meses.

Ha de tenerse en cuenta que este plazo de seis meses es únicamente aplicable cuando se trate de procedimientos de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, y no resulta aplicable a los procedimientos de revisión de derechos, para los que el plazo para resolver y notificar la resolución continúa siendo de tres meses.

En consecuencia, cuando se trata de procedimientos en los que conjuntamente se revisan derechos y se reclaman los cobros indebidos, el plazo para resolver y notificar la resolución a los interesados continúa siendo de tres meses, por ser el más favorable a éstos.

4. Se mantiene el plazo de 30 días hábiles de que dispone el trabajador a partir de la notificación de la resolución, para reintegrar la cuantía de la prestación o subsidio indebidamente percibidos.

Si no se reintegra la deuda en el plazo señalado, se dará inicio al procedimiento de apremio, salvo que la deuda se esté compensando con otra prestación.

5. Se establece que se aplicará el procedimiento establecido en este mismo artículo cuando deba exigirse al empresario el reintegro de la deuda en los supuestos en que la empresa sea declarada responsable solidaria de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora - en los supuestos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social siguientes:

- a) Cuando haya dado ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de prestaciones o no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad.
- b) Cuando haya efectuado declaraciones o facilitado, comunicado o consignado datos falsos o inexactos que hayan dado lugar a que las personas trabajadoras obtengan o disfruten indebidamente de prestaciones, o cuando haya habido connivencia con ellos para la obtención de prestaciones indebidamente superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones.
- c) Cuando haya incrementado indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones.

6. Además, se dispone que este mismo procedimiento establecido en el artículo 33 del Real Decreto 625/1985 es el que se seguirá en los casos previstos en el artículo 43.3 de la LISOS, en los que la empresa es la responsable directa.

7. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, el trabajador o el empresario pueden interponer reclamación previa frente a la resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal que exija el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. Dicha reclamación deberá interponerse en el plazo de treinta días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución.

8. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.6 del mismo Real Decreto 625/1985, en el caso de que se produzca un pago indebido al trabajador, motivado por su colocación conocida tras la elaboración de la nómina de prestaciones, y por un importe que no supere los 10 días de derecho, la entidad gestora podrá, sin más trámite, dictar resolución comprensiva de la exigencia de su reintegro, y de la compensación o descuento de su importe de la sucesiva percepción de las prestaciones o subsidios por desempleo, de no producirse dicho reintegro. La resolución será recurrible (...).

Por tanto, en el caso de que la deuda generada por la colocación del trabajador no supere los diez días de derecho, sin más trámite, se podrá dictar la resolución exigiendo la devolución del cobro indebido o su compensación del importe de la próxima prestación o subsidio en el caso de que no se haya producido dicho reintegro.

SEGUNDA. COMPENSACIÓN DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Con efectos del día 12 de enero de 2023, el artículo 34 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 34. Compensación de prestaciones por desempleo.

1. El Servicio Público de Empleo Estatal podrá efectuar las correspondientes compensaciones o descuentos en la prestación por desempleo que sean de su competencia, para resarcirse de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador.

2. A los efectos de la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, cuando el solicitante de prestaciones por desempleo tuviera deudas pendientes con la entidad gestora, como consecuencia de haberse declarado la percepción indebida de prestaciones con anterioridad a la solicitud, se iniciará la compensación de la deuda con cargo al nuevo derecho hasta que el beneficiario haya reintegrado las cantidades pendientes o le sea concedido el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda. Cuando iniciado el procedimiento de reintegro regulado en el artículo anterior y, antes de dictarse resolución, el interesado solicitase una nueva prestación, y siempre que el importe del primer pago de la prestación derivada del reconocimiento del nuevo derecho fuera superior al de la deuda, podrá compensarse la cantidad adeudada y percibir la diferencia a su favor si el beneficiario manifiesta su conformidad.

3. En aquellos casos en los que por la Entidad Gestora se revisase la duración o cuantía de las prestaciones por desempleo, o los periodos de percepción, por la concurrencia sobrevenida de causas de suspensión o incompatibilidad reguladas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, únicamente se iniciará el procedimiento de reintegro por el exceso de cuantía resultante de la compensación entre las cantidades efectivamente percibidas y las que se hubiesen debido percibir.»

En consecuencia:

1. Si se hubiera dictado resolución declarando la percepción indebida de prestaciones por parte de un trabajador, y posteriormente éste solicitara nuevas prestaciones por desempleo, se iniciará la compensación de la deuda con cargo al nuevo derecho hasta que el beneficiario haya reintegrado las cantidades pendientes o hasta que le sea concedido el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda.

- a) No obstante, a los efectos de efectuar dicha compensación de las cantidades indebidamente percibidas, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en virtud de la cual, si bien no tiene por qué respetarse el salario mínimo interprofesional, sí que ha de garantizarse la percepción por el interesado de la cuantía equivalente a la de las pensiones no contributivas de Seguridad Social. (Sentencia de 11 mayo 2006 - RJ 2006\2400- , Sentencias de 30/9/00 , 10/1/2001, 02/02/200, 3/2/2005, así como la más reciente Sentencia núm.1093/2016, de 21 diciembre -RJ\2016\6186 .

En el mismo sentido que la doctrina jurisprudencial citada, el artículo 4.1.d) del Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, que regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, según la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1506/2000, de 1 de septiembre, dispone lo siguiente:

(...) en los supuestos en que (...) resulte un importe neto a percibir inferior a la cuantía, en cómputo anual, de las pensiones de jubilación e invalidez, en la modalidad no contributiva (...) y siempre que no se perciban ingresos de capital o trabajo personal que excedan del importe fijado, asimismo, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el reconocimiento de los complementos para las pensiones inferiores a la mínima, en modalidad contributiva, la entidad gestora ampliará el plazo máximo que fuera necesario

para garantizar, como mínimo, la percepción de la pensión en la cuantía correspondiente a las citadas pensiones no contributivas.

En base a ello, y teniendo en cuenta, además, que el propio artículo 34 del Real Decreto 625/1985, textualmente establece que *se iniciará la compensación de la deuda con cargo al nuevo derecho hasta que el beneficiario haya reintegrado las cantidades pendientes o le sea concedido el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda*, si durante el plazo de que dispone para reintegrar la cuantía indebidamente percibida solicitara un nuevo derecho, se le informará de que en el mismo acto puede solicitar la compensación parcial mensual de su deuda, que se reconocerá si acredita insuficiencia de recursos propios y, en su caso, de la unidad familiar.

b) Si durante el plazo de que dispone para reintegrar la cuantía indebidamente percibida ni la devuelve ni solicita su fraccionamiento ni solicita un nuevo derecho, se procederá conforme a lo establecido en el artículo 33 del Real Decreto 625/1985. No obstante, si el trabajador solicita un nuevo derecho antes de haber remitido el cobro indebido a la Tesorería General de la Seguridad Social para el inicio del procedimiento de apremio, sin perjuicio de aplicarle el recargo correspondiente, también se le informará de la posibilidad de solicitar su compensación parcial mensual.

c) La solicitud de la compensación parcial deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- Libro de familia
- Certificado de empadronamiento colectivo, en el que consten todas las personas convivientes
- Última declaración del IRPF del solicitante
- Declaración en la que conste nombre, apellidos y DNI/NIE de todos los miembros de la unidad familiar (cónyuge e hijos menores de 26 años), sus rentas mensuales actuales, derivadas del trabajo personal, prestaciones y otras ayudas sociales, rentas de capital mobiliario o inmobiliario y cualesquiera otras que perciban o tengan derecho a percibir.

No resulta necesario aportar dicha documentación si se es beneficiario de la renta activa de inserción, del subsidio extraordinario o de cualquier otro subsidio por desempleo distinto del subsidio para mayores de 45 años sin responsabilidades familiares o del subsidio para mayores de 52 años, puesto que, en estos casos, ya ha quedado acreditada la carencia de rentas de la unidad familiar.

En todo caso, se reconocerá la compensación parcial cuando el trabajador solicite que la cuantía neta a percibir mensualmente de su protección por desempleo sea igual a la cuantía de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, siempre que carezca de otras rentas. Si obtuviera otras rentas, su importe se tendrá en cuenta a los efectos de determinar la cantidad a compensar mensualmente.

A fin de aplicar lo anterior, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 17.1 del Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023, la cuantía de las pensiones no contributivas queda establecida para 2023 en 6.402,20

euros anuales, que se abona en catorce pagas, por lo que su cuantía mensual asciende a 457,3 euros mensuales. Por otra parte, durante el año 2023, tanto la cuantía del subsidio por desempleo como de la renta activa de inserción ascienden a 480 euros mensuales.

2. En el caso de que se hubiera iniciado el procedimiento de reclamación de cobros indebidos previsto en el artículo 33, pero en la fecha de la solicitud de la nueva prestación por parte del trabajador aún no se hubiera dictado resolución declarando su percepción indebida de prestaciones, si el importe del primer pago a realizar fuera superior a la deuda, y el deudor diera su conformidad, podrá compensarse y abonarle únicamente la diferencia a su favor.

Por tanto, para que pueda compensarse la totalidad del cobro indebido en el primer pago a realizar, abonando al trabajador únicamente la diferencia a su favor, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

- Que con anterioridad a la fecha de solicitud de la nueva prestación se haya iniciado el procedimiento de reclamación de cobros indebidos, pero en dicha fecha aún no se haya dictado la correspondiente resolución declarando la percepción indebida de las prestaciones por desempleo.

Se considera que ya se ha iniciado dicho procedimiento si, al menos, se ha acordado dicho inicio por la entidad gestora, informando al interesado de su derecho a formular alegaciones.

En caso de que, en la fecha de la solicitud de la nueva prestación o subsidio, el acuerdo del inicio del procedimiento de reintegro no se hubiera notificado al interesado o de que no conste en el expediente justificante de dicha notificación, la misma se deberá efectuar en el mismo acto de presentación de dicha solicitud. En este caso, el trabajador firmará en ese momento el “recibi” de dicha comunicación.

- Que el importe del primer pago a realizar sea superior al de la deuda.
- Que el trabajador dé su conformidad a dicha compensación -que deberá constar por escrito-.

3. En los supuestos en los que, como consecuencia de la concurrencia sobrevenida de causas de suspensión o incompatibilidad se revisase la duración, la cuantía o los periodos de percepción de las prestaciones, se compensarán las cantidades efectivamente percibidas y las que se debieron percibir, y solo se iniciará, en su caso, el procedimiento de reintegro previsto en el artículo 33 del RD 625/1985, por la diferencia entre ambas.

En estos casos, tanto en la comunicación como en la resolución:

- Se expondrán los hechos que determinan la revisión del derecho a la protección por desempleo, así como el importe de las prestaciones indebidamente percibidas como consecuencia de dicha revisión.
- Se reconocerá el derecho del trabajador a percibir la protección por desempleo que corresponda, haciendo constar todos los datos que configuran la misma: fecha de inicio, base reguladora, base de cotización, periodo de ocupación cotizada, días de derecho, etc.

- Se declarará la compensación de las cantidades efectivamente percibidas con las que se debieron percibir.
- Se declarará la percepción indebida de la cantidad resultante de restar a la cantidad percibida la que se debió percibir durante el periodo que corresponda.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Abogacía del Estado en su informe del pasado día 24 de noviembre de 2022 - por tanto, anterior a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto ley 1/2023, cuya disposición final octava ha dado nueva redacción al artículo 34 del Real Decreto 625/1985 -. Establece dicho informe lo siguiente:

(...)

El presupuesto fáctico básico al que nos referimos es el de aquellas situaciones en que la obligación de reintegro (del receptor de la prestación por desempleo) nace por la concurrencia temporal de una causa que determina que su percepción sea indebida (por incompatibilidad o falta temporal de un requisito o suspensión, por ejemplo), pero resulta que por la manera que la propia regulación configura el derecho a la prestación, la duración del periodo legal de cobro debe ampliarse más allá de los límites temporales en los que se reconoció inicialmente, normalmente durante un periodo análogo a aquel durante el cual se cobró indebidamente y que el SEPE no reconoció formalmente, ni tampoco pagó.

(...)

Si analizamos con atención el supuesto de hecho que nos ocupa, la faceta que afecta al reintegro es una incidencia de la que surge el derecho y la obligación correspondiente (anverso y reverso de la misma moneda) a la devolución de la prestación indebidamente cobrada (derecho de reintegro en favor del SEPE y obligación por el beneficiario) que genera un derecho de crédito nuevo, pero la faceta que se refiere a la ampliación del plazo inicial de percepción de la prestación no es más que una modificación de las condiciones de la prestación (una mayor duración) que amplía la obligación de pagarla, con el consiguiente derecho a cobrar en el beneficiario. Ambos forman parte del derecho a la cobertura de la contingencia del desempleo, que se articula en pagos periódicos, dentro de las condiciones en que se reconoció y por ello es necesario que el SEPE dicte los concretos actos administrativos, mediante los que se declaren cada uno de aquellos (reintegro y ampliación del periodo de pago), para garantizar sus derechos al beneficiario, así como su eventual discusión (administrativa y judicial), aunque nada impide que tales actos se puedan hacer en una misma y única resolución (como hace el SEPE), siempre que dicha declaración contenga todas las garantías materiales y procesales para el administrado.

Al analizar a este caso (particularmente, en relación con este segundo aspecto) más que ante una compensación de créditos (crédito y deuda), en estricto sentido técnico jurídico, nos encontramos ante la liquidación/ajuste del montante (de los pagos periódicos) de la prestación que hace el gestor al beneficiario, en los que existe una casi completa identificación subjetiva, objetiva y de actividad (lugar tiempo y forma, concatenados causalmente) entre los dos montantes de los créditos y deudas. A ello hay que añadir el principio de inmediata ejecutividad que se predica de los actos administrativos que permite aceptar un margen mayor de actuación para llevar a cabo dicha liquidación (descuento o compensación, en sentido material).

(...)

Por lo que, en principio y presuponiendo que se cumplen todos y cada uno de los requisitos a los que se condicionan, tanto el reintegro, como la ampliación del plazo de pago del subsidio, no encuentro un reparo de legalidad que formular a la indicada operativa del SEPE.

Y por ello, concluye con lo siguiente: *Esta Abogacía del Estado no encuentra reparo de legalidad que formular conceptualmente a la operativa que sigue el SEPE (siempre que responda a los parámetros que indico en el cuerpo de este informe) para la denominada “regularización de prestaciones por desempleo”.*

TERCERA. PLAZO MÁXIMO PARA NOTIFICAR LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO LIQUIDATORIO DE LAS APORTACIONES A REALIZAR POR LAS EMPRESAS CON BENEFICIOS QUE REALICEN DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A TRABAJADORES DE CINCUENTA O MÁS AÑOS.

La disposición final novena del Real Decreto ley 1/2023, añade un nuevo apartado 4 bis en el artículo 6 del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, con la siguiente redacción:

«4. bis. El plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento de liquidación será de seis meses.»

Conforme a lo establecido en la disposición final decimotercera, dicho apartado está vigente desde el día 12 de enero de 2023, y de acuerdo con la disposición transitoria tercera, no se aplicará a los procedimientos iniciados con anterioridad a dicha fecha.

En consecuencia, en los procedimientos de liquidación de las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, iniciados a partir del día 12 de enero de 2023, el plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento liquidatorio de las aportaciones económicas que deben satisfacer las empresas incluidas en el supuesto previsto en la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, será de seis meses.

CUARTA: PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA PARA QUE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON CONTRATO INDEFINIDO EN UNA SOCIEDAD LABORAL O COOPERATIVA ADQUIERAN LA CONDICIÓN DE SOCIAS EN LAS MISMAS.

La Disposición final tercera. Dos del Real Decreto ley 1/2023, vigente - conforme a lo establecido en la Disposición final decimotercera - desde el día 1 de septiembre de 2023, modifica la regla 1ª del artículo 10.1 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social, que queda redactada como sigue:

«1.ª La entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo, a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración o constituirlos y a las personas que trabajen en la sociedad laboral o cooperativa con una relación laboral de carácter indefinido que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, que pretendan adquirir la condición de persona socia trabajadora o de trabajo en dicha sociedad laboral o cooperativa.»

En estos supuestos, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio.

Quienes capitalicen la prestación por desempleo, también podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que deducirá el importe relativo al interés legal del dinero.

En los supuestos en los que se prevé la capitalización sin estar en situación legal de desempleo, la solicitud de la prestación y de la capitalización será simultánea y la fecha de esta se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.»

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el primer párrafo del apartado 1 del citado artículo 10 -que es el que incluye las reglas-, y cuya redacción no ha sido modificada, dispone lo siguiente:

1. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 228 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se mantendrá lo previsto en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, incluidas las modificaciones incorporadas por normas posteriores, en lo que no se opongan a las reglas siguientes (...)

Por tanto, puesto que en las reglas del citado artículo 10.1 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social, no se establece lo contrario, se mantienen los requisitos establecidos en el artículo 2 del citado Real Decreto 1044/1985, en virtud del cual:

Podrán solicitar el pago de la prestación (...) quienes no habiendo hecho uso de tal derecho en los cuatro años inmediatamente anteriores tuvieran pendientes de percibir la totalidad o parte de las mensualidades que en derecho les correspondan siempre que el número de éstas sea igual o superior a tres.

Otro de los requisitos establecidos en el Real Decreto 1044/1985 es el de haber cesado con carácter definitivo en su actividad laboral. Este requisito se mantiene, con la excepción prevista en el artículo 10.1 de la Ley 5/2011, y, por tanto, para que los trabajadores de una cooperativa o sociedad laboral tengan derecho a acceder al pago único, exclusivamente pueden mantener vigente la relación laboral indefinida con la entidad en la que pretenden incorporarse como socios trabajadores o de trabajo. Por ello, procederá la denegación del pago único si además de dicha relación laboral mantienen otra a tiempo completo o parcial, o como fijos discontinuos.

En consecuencia:

1. A partir del día 1 de septiembre de 2023, fecha de entrada en vigor de la nueva redacción de la regla 1ª del artículo 10.1 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social, podrán obtener el pago único de la prestación contributiva por desempleo, además de las personas trabajadoras a quienes se reconocía este derecho con anterioridad, quienes pretendan adquirir la condición de persona socia trabajadora o de trabajo en una sociedad laboral o cooperativa y cumplan las siguientes condiciones:

- a) Trabajar en la sociedad laboral o cooperativa en la que se pretenda adquirir la condición de socio trabajador o de trabajo con una relación laboral de carácter indefinido.

No se exige tener una determinada antigüedad en la empresa, y puesto que la norma no excluye a los indefinidos a tiempo parcial ni a los fijos discontinuos, el contrato por tiempo indefinido podrá ser a tiempo completo, parcial o fijo discontinuo. Por tanto, dichas personas figurarán de alta en la Seguridad Social con contrato códigos 100, 109, 130, 139, 150, 189, 200, 209, 230, 239, 250, 289, 300, 309, 330, 350 o 389.

- b) No mantener vigente otra relación laboral distinta de la prevista en la letra a) anterior.
- c) Reunir todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, salvo el de estar en situación legal de desempleo. Por tanto, dichas personas trabajadoras han de cumplir los siguientes requisitos:

c.1. Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.

c.2. Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el artículo 269.1) TRLGSS dentro de los seis años anteriores a la fecha de la solicitud.

En el caso de que no acrediten suficiente periodo de ocupación cotizada para tener derecho al reconocimiento inicial de una prestación por desempleo de nivel contributivo, será suficiente con que tengan suspendida una prestación por desempleo de nivel contributivo, siempre que las mensualidades pendientes de percibir sean tres o más.

En su caso, también es posible que los solicitantes tengan el derecho de opción al que se refiere el artículo 269.3 TRLGSS.

c.3. No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que no tuvieran acreditado el período de cotización requerido para ello.

- d) No haber hecho uso del derecho al pago único en los cuatro años inmediatamente anteriores.

2. La solicitud de la prestación por desempleo de nivel contributivo y de la capitalización se efectuarán simultáneamente por la persona trabajadora.

3. A efectos del reconocimiento y el cálculo de la prestación, la fecha de la solicitud se asimilará a la de la situación legal de desempleo.

4. El derecho nacerá a partir del día siguiente al de la solicitud. Puesto que la fecha de la solicitud del derecho se asimila a la de la situación legal de desempleo, en estos supuestos no existe la posibilidad de solicitud extemporánea.

5. La base reguladora de la prestación por desempleo, conforme a las normas de carácter general, será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos ciento ochenta días anteriores a la fecha de la solicitud.

6. El abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio.

Sin embargo, puesto que, en este caso, la entidad ya se encuentra constituida, no es posible destinar el pago único a gastos de constitución ni puesta en funcionamiento de la misma, ni al pago de tasas ni a servicios específicos de asesoramiento, formación e información.

Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, previa deducción del importe relativo al interés legal del dinero.

7. Estos trabajadores también podrán solicitar, y que se les reconozca el abono mensual de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, de acuerdo con la regla 2ª del artículo 10.1 de la Ley 5/2011, de Economía Social.

8. La regla 3ª del artículo 10.1 de la Ley de Economía Social establece que la solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo, según lo establecido en las reglas 1.ª y 2.ª, en todo caso deberá ser de fecha anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral. Por tanto, en el caso de los trabajadores con contrato indefinido en la sociedad laboral o cooperativa, la solicitud del pago único deberá ser de fecha anterior a aquella en la que adquieran, de forma estable, su condición de socios trabajadores o de trabajo en la cooperativa o en la sociedad laboral.

QUINTA. COTIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA O SUSPENSIÓN DE CONTRATO

El apartado Cinco de la disposición final cuarta del Real Decreto ley 1/2023 da nueva redacción al artículo 153 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que regula la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato, disponiendo que, a los efectos de determinar la aportación empresarial por contingencias comunes y profesionales, los seis meses que se deben utilizar para calcular el promedio de las bases de cotización son los inmediatamente anteriores al mes previo al del inicio de la situación de suspensión o reducción y no los inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha situación.

La nueva redacción de este párrafo es la siguiente:

En estos supuestos, las bases de cotización a la Seguridad Social para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales, estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al mes anterior al del inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. Para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el período de los seis meses indicados.

Además, añade un nuevo párrafo para establecer las bases de cotización a tener en cuenta cuando los trabajadores hayan causado alta en la empresa en el mes anterior al inicio de cada situación de suspensión o reducción de jornada, o en el mismo mes del inicio de dicha situación:

No obstante, en los supuestos en que la persona trabajadora haya causado alta en la empresa en el mes anterior al inicio de cada situación, o en el mismo mes del inicio de la situación, para el cálculo de dicho promedio se tomarán las bases de cotización en la empresa afectada correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio de la situación, o al mes del inicio de situación, respectivamente.

En relación con ello, se recuerda que, desde el 31 de diciembre de 2021, fecha de entrada de vigor del Real Decreto ley 32/2021, de 28 de diciembre - cuyo artículo 3.2 añadió el artículo 153 bis al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -, las empresas tienen obligación de mantener de alta y de ingresar las cuotas correspondientes a la aportación empresarial correspondiente a los trabajadores afectados por la suspensión de sus contratos o reducción de la jornada de trabajo en virtud de los artículos 47 o 47 bis del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en procedimiento concursal, con independencia de dichos trabajadores perciban prestaciones por desempleo o no las perciban.

Dispone el primer párrafo del artículo 153 bis TRLGSS lo siguiente:

En los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 o 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, la empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial.

SEXTA. PRESTACIÓN ESPECIAL POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS SUJETAS A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ARTISTAS Y DE QUIENES REALIZAN ACTIVIDADES TÉCNICAS Y AUXILIARES

El apartado Catorce de su disposición final cuarta añade una nueva disposición adicional quincuagésima primera en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que regula la prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

Conforme a lo establecido en la letra e) de la Disposición final decimotercera del Real Decreto ley 1/2023, esta disposición adicional quincuagésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social entrará en vigor el 1 de julio de 2023, por lo que se aplicará a partir de dicha fecha.

La redacción de la disposición adicional quincuagésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social es la siguiente:

«Disposición adicional quincuagésima primera. Prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

1. Las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, tendrán derecho a la prestación por desempleo especial

regulada en la presente disposición, en los términos y condiciones establecidas en la misma.

2. Podrán acceder a esta prestación las personas a las que se refiere el apartado anterior que reúnan las condiciones siguientes:

- a. No tener derecho a la prestación contributiva por desempleo regulada en el título III, con la salvedad prevista en el apartado 3.*
- b. Cumplir todos los requisitos establecidos en el artículo 266, excepto el previsto en su letra b).*
- c. Acreditar sesenta días de alta con prestación real de servicios en la actividad artística en los dieciocho meses anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior.*

Alternativamente, se podrá acceder cuando se acrediten cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, por alta con prestación real de servicios en la actividad artística o por regularizaciones anuales ya realizadas, durante un periodo mínimo de 180 días, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior.

3. Quienes tengan suspendida la prestación contributiva por desempleo regulada en el título III y además acrediten la actividad y cotizaciones en el sector artístico previstas en los apartados 2.b) y c) de esta disposición, podrán optar por percibir la prestación especial generada por las nuevas cotizaciones efectuadas, en cuyo caso la prestación contributiva quedará extinguida.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.c), no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior las cotizaciones acreditadas en los seis años anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, incluyendo las correspondientes a posibles regularizaciones que pudieran efectuarse con posterioridad a dicho reconocimiento, hayan sido o no computadas para el acceso a la prestación especial.

5. Si la prestación especial se solicita dentro del plazo de los quince días siguientes a la fecha de la situación legal de desempleo en la actividad artística, el derecho nacerá el día siguiente al de dicha situación legal de desempleo. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo, así como la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300.

Quien acredite cumplir los requisitos exigidos, pero presente la solicitud transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el párrafo anterior, tendrá derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.

6. La duración de la prestación por desempleo prevista en esta disposición será de 120 días.

7. La cuantía de esta prestación especial será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, salvo cuando la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos sesenta días de prestación real de servicios en la actividad artística sea superior a 60 euros, en cuyo caso será igual al 100 por ciento del IPREM.

8. Durante el período de percepción de la prestación por desempleo especial prevista en esta disposición, la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación. La base de cotización coincidirá con la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social.

9. *Una vez extinguida esta prestación especial, el trabajador podrá obtener de nuevo su reconocimiento cuando vuelva a encontrarse en situación legal de desempleo, reúna los requisitos exigidos al efecto y haya transcurrido un año, al menos, desde la fecha de dicha extinción.*

10. *La prestación especial quedará extinguida si su titular accede a la protección por desempleo de nivel contributivo o asistencial prevista en el título III de este texto refundido o al Programa de Renta Activa de Inserción regulado en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.*

11. *El agotamiento de la prestación regulada en esta disposición no constituye un supuesto de acceso a los subsidios previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 274 ni al subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años previsto en el artículo 280 de este texto refundido. Dicho agotamiento, tampoco dará derecho a acceder a la Renta Activa de Inserción en los supuestos en los que para ello se exige agotar una prestación o subsidio por desempleo. No obstante, en el caso de haber percibido la prestación especial tras haber agotado una prestación contributiva, se podrá acceder al subsidio por agotamiento de ésta, siempre que se solicite en el plazo de doce meses siguientes a dicho agotamiento.*

12. *Esta prestación será incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o por cuenta ajena o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública. No obstante lo anterior, sí será compatible con la percepción de derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen.*

En lo no previsto en esta disposición, serán de aplicación a la prestación especial regulada en la misma, las normas contenidas en el título III de este texto refundido, a excepción del capítulo III.»

6.1. Requisitos para acceder a la prestación especial de artistas:

A partir del día 1 de julio de 2023, podrán acceder a esta prestación especial las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, que cumplan todos los requisitos exigidos por el artículo 266 del TRLGSS, excepto el de tener cubierto el período mínimo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Concretamente, para acceder a esta prestación especial, se han de cumplir los siguientes requisitos:

- a) No tener derecho a un alta inicial de la prestación por desempleo de nivel contributivo ordinaria prevista en el Título III del TRLGSS. Por tanto, si se tiene derecho al alta inicial de la prestación contributiva ordinaria no es posible percibir esta prestación especial.
- b) Estar afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.
- c) Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300.

d) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el periodo de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada.

e) Acreditar:

— O bien 60 días de alta en Seguridad Social con prestación real de servicios en la actividad artística dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido computados para el reconocimiento de un derecho anterior.

— O bien, 180 días de cotización en el régimen general de la Seguridad Social por alta con prestación real de servicios en la actividad artística o por regularizaciones anuales, dentro de los seis años anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, ya practicadas, que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior.

No obstante, lo anterior, para el reconocimiento del derecho a la prestación especial, se utilizarán todas las cotizaciones acreditadas en los seis años anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, o, en su caso, las acreditadas desde la fecha del anterior reconocimiento, sean o no en actividades artísticas, técnicas o auxiliares de éstas. También se entenderán utilizadas las cotizaciones correspondientes a posibles regularizaciones de periodos anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo, aunque no hubieran sido computadas para el reconocimiento de la prestación especial.

En consecuencia, a los efectos de futuros reconocimientos, se considerarán utilizadas todas las cotizaciones hasta la fecha de la situación legal de desempleo en virtud de la cual se reconoce el derecho a la prestación especial, sean o no como artista, técnico o auxiliar.

f) No realizar actividad por cuenta propia, aunque su realización no implique su inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, ni por cuenta ajena a tiempo completo o parcial.

g) No ser beneficiario de cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública. A estos efectos no se tendrá en cuenta la percepción de derechos de propiedad intelectual ni de derechos de imagen.

h) Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.

i) Presentar la solicitud de la prestación especial a partir del día 1 de julio de 2023.

Una vez se haya extinguida esta prestación especial, el trabajador podrá obtener de nuevo su reconocimiento, cuando vuelva a encontrarse en situación legal de desempleo, siempre que cumpla todos los requisitos anteriormente expuestos, y haya transcurrido, al menos, un año, desde la fecha de la extinción de la prestación especial anterior, es decir, hayan transcurrido, al menos, trescientos sesenta y cinco días desde la fecha de extinción de la anterior hasta la fecha del nacimiento de la nueva.

6.2. Derecho de opción

En el supuesto de que la persona trabajadora cumpliera todos los requisitos para acceder a la prestación especial de artistas, y, además, tuviera una prestación contributiva ordinaria suspendida, podrá optar por aquella que más le interese, es decir, podrá optar entre reanudar la prestación ordinaria suspendida o acceder a la nueva prestación especial. Dicha opción no será posible si la prestación por desempleo ordinaria se encontrara extinguida por cualquier causa, incluida la de haber trabajado por cuenta ajena durante trescientos sesenta días o más.

Si opta por percibir la prestación especial generada por las nuevas cotizaciones efectuadas, la prestación contributiva ordinaria quedará extinguida. Si opta por reanudar la prestación ordinaria las cotizaciones que hubieran generado la prestación especial no se considerarán utilizadas.

6.3. Solicitud. Nacimiento del derecho

Solicitada dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la situación legal de desempleo *en la actividad artística*, el derecho nacerá el día siguiente al de dicha situación legal de desempleo.

Si se solicita fuera de dicho plazo, el derecho se reconocerá a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.

El plazo de los quince días hábiles para solicitar la prestación especial quedará suspendido por la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia con alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.

Por tanto, si durante el plazo de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la situación legal de desempleo en la actividad artística, técnica o auxiliar, la persona interesada inicia uno o varios trabajos en una actividad distinta de las anteriores, podrá solicitar la prestación especial en plazo, siempre que lo haga en los quince días hábiles siguientes a la finalización del último trabajo realizado.

6.4. Duración

La duración de la prestación por desempleo especial de artistas será de 120 días.

6.5. Cuantía

Con independencia de que se tengan o no hijos a cargo, y de las horas trabajadas, la cuantía de esta prestación especial será la siguiente:

- Si la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos 60 días de prestación real de servicios en la actividad artística es superior a 60 euros, la cuantía de la prestación será igual al 100 por ciento del IPREM.
- Si la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos 60 días de prestación real de servicios en la actividad artística es inferior o igual a 60 euros, la cuantía de la prestación será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento.

6.6. Cotización a la Seguridad Social

Durante el periodo de percepción de esta prestación especial, la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación.

La base de cotización coincidirá con la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social.

6.7. Suspensión y extinción del derecho

De acuerdo con el segundo párrafo del apartado 12 de la disposición adicional quincuagésima primera del Real Decreto ley 1/2023, *en lo no previsto en esta disposición, serán de aplicación a la prestación especial regulada en la misma, las normas contenidas en el título III de este texto refundido, a excepción del capítulo III.*

Por tanto, la prestación especial de artistas se suspenderá y extinguirá por las causas establecidas en los artículos 271 y 272 del TRLGSS, y, en su caso, su reanudación se efectuará conforme a lo establecido en las normas de carácter general contenidas en el Título III del TRLGSS.

Además, y de acuerdo con el apartado 10 de la citada disposición, la prestación especial quedará *extinguida* si su titular accede a:

- La protección por desempleo de nivel contributivo o asistencial prevista en el título III de este texto refundido o
- El Programa de Renta Activa de Inserción regulado en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

Lo anterior no implica que la prestación especial quede extinguida cuando el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la prestación por desempleo de nivel contributivo o asistencial, sino únicamente cuando efectivamente acceda a las mismas.

El agotamiento de la prestación especial para artistas no constituye un supuesto de acceso a:

- Los subsidios por agotamiento de la prestación contributiva previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 274 ni al subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años previsto en el artículo 280 de este texto refundido.
- La Renta Activa de Inserción en los supuestos en los que para ello se exige agotar una prestación o subsidio por desempleo.

No obstante, en el caso de haber percibido la prestación especial tras haber agotado una prestación contributiva, se podrá acceder al subsidio por agotamiento de ésta, siempre que se solicite en el plazo de doce meses siguientes a dicho agotamiento.

Esta posibilidad no supone modificación de los plazos de solicitud del subsidio por agotamiento de la prestación contributiva previstos en los artículos 275 y 276 TRLGSS en función de que se cumplan o no los requisitos de carencia de rentas y/o de responsabilidades familiares en la fecha del hecho causante y en el mes anterior, o dentro del plazo de un año desde entonces. Por tanto, si

cumpliendo todos los requisitos para su reconocimiento - incluido el de carencia de rentas propias y/o el de responsabilidades familiares - el subsidio se solicita fuera de plazo, se reconocerá con días consumidos - excepto los correspondientes a los días de trabajo o de percepción de la prestación especial.

Sin embargo, si durante el plazo de espera de un mes, o durante el plazo de solicitud del subsidio, el interesado inicia un trabajo como artista o técnico o auxiliar de dicha actividad, tras cuyo cese con situación legal de desempleo solicita la prestación especial, una vez agotada ésta, y tras cumplir, en su caso, los días del mes de espera que le resten, podrá solicitar el subsidio por agotamiento de la contributiva, sin días consumidos.

6.8. Compatibilidades e incompatibilidades

Además de las situaciones de incompatibilidad de las prestaciones por desempleo previstas en el Título III del TRLGSS, aplicables también a esta prestación especial, la misma es incompatible:

- Con las actividades por cuenta propia, aunque no impliquen inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.
- Con el trabajo por cuenta ajena, a jornada completa o a tiempo parcial.
- Con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública.

Es compatible con la percepción de derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen.

6.9. Acceso a futuros derechos

Con independencia de las cotizaciones tenidas en cuenta para el reconocimiento de la prestación especial, no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior las cotizaciones acreditadas en los seis años anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, incluyendo las correspondientes a posibles regularizaciones que pudieran efectuarse con posterioridad a dicho reconocimiento.

Madrid, 31 de enero de 2023

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL
GERARDO GUTIERREZ ARDOY

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*

Abreviatura: RECRT

Editor: Ediciones Laborum, S.L.

ISSN: 2792-7962

ISSNe: 2792-7970

Inicio de Publicación: 2021

Periodicidad: Trimestral

Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en <http://revista.laborum.es>.

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: – Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas.

Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: <https://url.laborum.es/xtgco>

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábica (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
 - Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
 - Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
 - Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital <https://revista.laborum.es>, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimiento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* <http://url.laborum.es/equiporecrt> o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.
- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos

evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* <https://revista.laborum.es>). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.
- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:
 - a) Originalidad.
 - b) Actualidad y novedad.
 - c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
 - d) Significación para el avance del conocimiento científico.
 - e) Calidad metodológica contrastada.
 - f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).
- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La “Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)” se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Committee on Publication Ethics*: <http://publicationethics.org/resources/code-conduct>

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la “Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)” han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de “declaración de originalidad” que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor

mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.
- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la “Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)” y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales. Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La “Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)” opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.
- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

- Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- Editorial (E)*
- Estudios Doctrinales (ED)*
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

*Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que
figuran al inicio de la revista.*