

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

158/2021
Tercer Trimestre

158

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

158

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 158/2021

Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

De la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto.....	11
EDUARDO ROJO TORRECILLA	
El derecho social al ingreso mínimo vital.....	45
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?	121
CAROLINA GALA DURÁN	
Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras	161
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	
El trabajo autónomo ante las nuevas formas de organización empresarial en el contexto de la economía digital.....	183
BELEN FERNÁNDEZ DOCAMPO	
El Acuerdo Marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada	213
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	

2. MERCADO DE TRABAJO

La complejidad del sector de la estiba: un análisis económico-jurídico para el caso español.....	247
FERNANDO GONZÁLEZ LAXE, ASUNCIÓN LÓPEZ ARRANZ E ISABEL NOVO CORTI	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad de Sevilla

Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE 291

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

De la recta interpretación del art. 2 e) de la LRJS y de la inequívoca jurisprudencia de la Sala Cuarta al respecto 305

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía..... 315

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajalci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecorridos, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 158/2021**

Third Trimester

INDEX

1. STUDIES

From the judgment of the Supreme Court of September 25, 2020 to RDL 9/2021. The employment relationship of delivery drivers of delivery companies	11
EDUARDO ROJO TORRECILLA	
The social right to the minimum living income.....	45
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
The new supplement of contributory pensions for the reduction of the gender gap: what starts badly, ends badly?.....	121
CAROLINA GALA DURÁN	
Algorithms and right to information of the representation of working persons	161
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	
Self-employment in the face of new forms of business organisation in the context of the digital economy	183
BELEN FERNÁNDEZ DOCAMPO	
The European Framework Agreement on digitisation. The necessary protagonism of the collective bargain.....	213
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	

2. LABOUR MARKET

The complexity of the stevedoring sector: an economic-legal analysis for the Spanish case.....	247
FERNANDO GONZÁLEZ LAXE, ASUNCIÓN LÓPEZ ARRANZ E ISABEL NOVO CORTI	

3. JUDICIAL COMMENTS

COMMUNITY SOCIAL LAW

University of Seville

Non-face-to-face availability guard and working time in accordance with
Directive 2003/88/EC 291

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

LABOUR PROCEDURAL LAW

University of Jaen

The correct interpretation of Article 2(e) of the LRJS and the unequivocal
case-law of the Fourth Chamber in this regard 305

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 315

DE LA SENTENCIA DEL TS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020 AL RDL 9/2021. LA RELACIÓN LABORAL DE LOS REPARTIDORES DE LAS EMPRESAS DE REPARTO

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Empresa, trabajador, relación de trabajo, Tribunal Supremo, Real Decreto-Ley

En el presente artículo se ha pretendido destacar la importancia de la reciente normativa reguladora de la relación laboral de quienes prestan servicios para las empresas de reparto, subrayando la presunción de laboralidad reforzada que puede extraerse de la puesta en común del nuevo marco legal con la ya existente en el art. 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y también con relación al art. 1.1. El punto de partida ha sido el análisis de la trascendental sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020, siguiendo con la historia de la negociación del acuerdo social que, tras varios meses de debates, se ha convertido en el RDL 9/2021. La importancia de la titularidad de la aplicación informática con la que se presta el servicio deviene un elemento esencial en la nueva regulación para reforzar si cabe la presunción de laboralidad que se enmarca en una visión de las relaciones de trabajo donde la flexibilidad organizativa no es incompatible en modo alguno, más bien al contrario, con la existencia de una relación laboral asalariada.

ABSTRACT

Key words: Company, worker, employment relationship, Supreme Court, Royal Decree-Law

This article has sought to highlight the importance of the recent legislation regulating the employment relationship of those who provide services for delivery companies, underlining the presumption of reinforced employment that can be drawn from the pooling of the new legal framework with that already existing in art. 8.1 of the Workers' Statute Law and also in relation to art. 1.1. The starting point has been the analysis of the transcendental ruling of the Supreme Court of 25 September 2020, following the history of the negotiation of the social agreement which, after several months of discussions, has become RDL 9/2021. The importance of the ownership of the computer application with which the service is provided becomes an essential element in the new regulation to reinforce, if possible, the presumption of employment, which is framed in a vision of employment relationships in which organisational flexibility is in no way incompatible, quite the contrary, with the existence of a salaried employment relationship.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. Y LLEGÓ EL TS Y DECLARÓ LA LABORALIDAD DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LOS REPARTIDORES Y SUS EMPRESAS
 - 2.1. Examen de la sentencia de 25 de septiembre de 2020
 - 2.2. Una nota al auto de 18 de mayo de 2021
3. EL DIÁLOGO SOCIAL TRIPARTITO QUE FINALIZÓ EN ACUERDO. LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN CONTRACTUAL
 - 3.1. Lanzamiento de una consulta pública
 - 3.2. El desarrollo del proceso negociador
 - 3.3. La obtención del acuerdo
4. LA PRESUNCIÓN REFORZADA DE LABORALIDAD EN EL RDL 9/2021 DE 11 DE MAYO
 - 4.1. El valor del acuerdo
 - 4.2. Examen del preámbulo de la norma
 - 4.3. Análisis del texto articulado
5. RECAPITULACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

El 25 de septiembre de 2020 el Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo fallaba, por unanimidad (Rec. 4746/2019), que la relación contractual entre la empresa Glovo y un repartidor era laboral, y rechazaba de plano la tesis de que aquella era una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. Casi ocho meses más tarde, el auto dictado el 18 de mayo (Rec. 1618/2020) inadmitía a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Deliveroo, manifestando que carecía de interés casacional por haberse interpuesto contra una sentencia cuya decisión era coincidente “con la doctrina sentada por esta Sala”. En la citada sentencia se trataba, como ya he indicado, de un litigio individual, mientras que en el auto se daba respuesta a un conflicto colectivo iniciado en procedimiento de oficio.

En efecto, el primer litigio se inició en sede judicial con una demanda por despido que fue resuelta por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, dictada el 3 de septiembre de 2018, que consideró inexistente la relación laboral y encontrarnos ante un trabajador autónomo. El recurso de suplicación fue desestimado por sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada el 19 de septiembre de 2019 (Rec. 195/2019, con un voto particular discrepante en el que se defendía la laboralidad de la relación), y contra dicha resolución judicial se interpuso RCU, aportándose como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del TSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (Rec. 1143/2019), justamente la primera en la que un TSJ reconocía, confirmando la sentencia de instancia, la laboralidad de la relación. El segundo se interpuso por la parte empresarial, Deliveroo, contra la sentencia dictada, con unanimidad de sus miembros, por el Pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 17 de enero

de 2020 (Rec. 1323/2019) que desestimó dos recursos de suplicación, interpuestos por la parte empresarial y por un grupo de repartidores que alegaron en instancia inexistencia de relación laboral, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid el 22 de julio, que declaró existente una relación contractual laboral asalariada de 552 repartidores con la empresa.

Solo una semana antes de dictarse el auto, el Consejo de Ministros aprobaba el “Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, norma que era fruto del acuerdo alcanzado el 10 de marzo en el marco del diálogo social tripartito entre las autoridades ministeriales laborales y las organizaciones empresariales y sindicales, es decir tras varios meses de negociación. La norma fue convalidada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de junio (195 votos a favor, 151 en contra y dos abstenciones), habiéndose publicado dicho Acuerdo en el BOE del 19 de junio, y se acordó su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, encargándose su conocimiento, con competencias legislativa plena, a la Comisión de Trabajo, inclusión, Seguridad Social y Migraciones, por lo que pudiera haber algún cambio sobre el texto que analizaré en este artículo, si bien me parece muy poco probable, en atención a las tesis defendidas por las distintas fuerzas parlamentarias en el Pleno del 10 de junio, que se alteren las paredes maestras de la norma, y si acaso fuera así creo que sería para reforzar aún más la nota de laboralidad de la relación ¹.

Pero no adelantemos acontecimientos y ciñámonos a la realidad jurisprudencial y normativa existente. Por tanto, el propósito de este artículo es analizar primeramente los ejes básicos de la sentencia del TS, reiterados implícitamente por el posterior auto, que fijaron las líneas básicas, reiterando doctrina jurisprudencial anterior, de la relación contractual laboral asalariada entre las empresas de reparto y el personal que efectúa tales tareas y por consiguiente presta servicios para aquellas. A continuación, procederé a examinar la negociación tripartita desde su inicio hasta llegar a la firma del acuerdo, o dicho de otra forma, al análisis de los distintos textos puestos sobre la mesa del debate y relativos a la laboralidad de la

¹ Puede leerse el debate sobre la convalidación del RDL en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-110.PDF . En la presentación del RDL, la Ministra de Trabajo y Economía Social, Yolanda Díaz, expuso que “... la sentencia de nuestro Tribunal Supremo estableció que en estas plataformas puede existir un castigo algorítmico, como se le conoce comúnmente, que exige disponibilidad y aplica consecuencias si la persona trabajadora no cumple con las expectativas o no se adapta a lo exigido. La nueva disposición adicional vigesimotercera normativiza lo establecido en esta sentencia, dotándolo de dimensión general para referirlo a todas las plataformas de distribución. Es, por tanto, una norma declarativa cuyas finalidades son la certeza y la seguridad jurídica...”.

relación contractual, que en una primera fase iba referida también a otros ámbitos empresariales de la economía de plataformas. Por fin, me detendré con atención y detalle en la norma recientemente aprobada y cuya entrada en vigor se producirá tres meses después de su publicación en el BOE, es decir el 12 de agosto, pasando revista a las distintas aportaciones doctrinales que ya se han pronunciado sobre el contenido jurídico de la nueva disposición adicional vigésimo tercera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por último, formularé una breve recapitulación final mirando al futuro de estas relaciones de trabajo y de muchas otras que se dan en parecidos términos en las empresas de la economía de plataformas cuya actividad requiere la presencialidad de quienes prestan los servicios, siendo distinta por tanto la situación de quienes lo hacen a través de plataformas que operan on line y sobre cuyas relaciones jurídicas sigue habiendo un amplio debate tanto en España como en el ámbito europeo e internacional, y buena prueba de ello son las aportaciones efectuadas en documentos de la Comisión Europea y de la Organización Internacional del Trabajo.

Para finalizar esta introducción deseo manifestar que el artículo es continuación, ampliación y perfeccionamiento del estudio que vengo realizando desde hace ya casi seis años de la vida laboral en sede judicial, preferentemente, de las empresas de la economía de plataformas, y muy en especial de aquello en lo que se concentra este artículo, que es la naturaleza jurídica de la relación contractual entre los repartidores (también denominados mensajeros, riders, glovers, incluso “mejoradores del estilo de vida”) y las empresas para las que prestan sus servicios, que me ha llevado al estudio de más de cuarenta sentencias de Juzgados de lo Social, Tribunales Superiores de Justicia y TS, y por supuesto también al examen de las resoluciones judiciales dictadas en muchos otros países, con atención especial en los europeos. Por ello, me permito remitir a todas las personas interesadas que deseen ampliar sus conocimientos sobre todo aquello que se explica en este artículo, obviamente limitado en su extensión por mor de las necesidades de la Revista, a mi blog², e igualmente al del profesor Ignasi Beltrán de Heredia³ que recoge, en un inestimable trabajo que hay que agradecer, todas las resoluciones judiciales dictadas en Estados de los cinco continentes sobre la naturaleza jurídica de la relación que une a una empresa de la economía de plataforma y a quien presta servicios para ella.

² <http://www.eduardorojotorrecilla.es>

³ <https://ignasibeltran.com/>

2. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN DEBIDO A LA PANDEMIA

2.1. Examen de la sentencia de 25 de septiembre de 2020

Con prontitud centra la Sala las cuestiones a las que debe dar respuesta según los términos del RCU: “1) Si existió una relación laboral entre el actor, que había prestado servicios como repartidor para la empresa Glovoapp23 SL (en adelante Glovo), y esta empresa. 2) Si la sentencia recurrida incurrió en contradicción e incongruencia al resolver el motivo de suplicación relativo a las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo después de negar la existencia de una relación laboral. La parte recurrente sostiene que, si no existe contrato de trabajo, el órgano judicial tiene vedado pronunciarse sobre los citados extremos”.

¿Aprecia el TS la contradicción requerida para poder entrar a conocer del fondo del litigio? Sí, ya que en ambas sentencias concurre la triple identidad requerida procesalmente (“hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”) respecto a la acción de despido ejercitada. Las discrepancias entre la forma de prestación de servicios que se plasman en las dos sentencias son solo consecuencia, razona con pleno acierto a mi parecer la Sala, el resultado “de la distinta actividad probatoria y de la diferente apreciación de la prueba realizada en cada litigio”, que no desvirtúa en modo alguno la contradicción requerida y alegada, ya que los hechos, fundamentos y pretensiones son sustancialmente idénticos y una sentencia declara inexistente la relación laboral mientras que otra se pronuncia en sentido afirmativo.

Llegamos a un punto nuclear del escrito de impugnación y de la fundamentación jurídica de la sentencia, y sobre el que ya habido pronunciamientos judiciales anteriores de rechazo de la tesis empresarial, además de numerosas aportaciones doctrinales sobre esta temática. Se trata de la petición de elevación de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y así se expone tal petición en el fundamento de derecho cuarto: “Esta parte procesal sostiene que la controversia litigiosa constituye un tema de dimensión europea que afecta a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios recogidas en los arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE); así como a los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, la parte demandada considera que la cuestión debatida afecta al concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Por ello solicita que esta Sala plantee dicha cuestión prejudicial para garantizar el efecto útil de dicho Derecho, para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y por el interés general de la cuestión examinada”.

¿Qué respuesta da el alto tribunal a la petición de elevación de la cuestión prejudicial? En primer lugar, y acudiendo tanto a la normativa comunitaria (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE) como a la consolidada jurisprudencia del TJUE al respecto (citando la de 30 de enero de 2019, asunto C-587/17), expone que los tribunales nacionales cuyas decisiones, como ocurre en este caso, no sean susceptibles de recurso alguno en derecho interno “no están sujetos a una obligación incondicionada de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE”, ya que no será necesario cuando se comprueba “que la cuestión suscitada no es pertinente, que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ya ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, debiendo valorarse la existencia de tal eventualidad en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión”.

Pues bien, el “portazo” del TS a la tesis de la pretendida restricción a la libertad de prestación de servicios por parte de los glovers se sustenta en que a su parecer “no existen dudas razonables” para que se eleve la cuestión prejudicial, y no las hay porque, subraya el TS, las cuestiones prejudiciales solicitadas por la parte recurrida “parten de presupuestos que no se corresponden con la efectiva prestación de servicios realizada por el demandante”. Parece, pues, que al TS no le convence en absoluto la tesis de la pretendida autonomía y libertad organizativa del “glover” en la prestación de sus servicios.

No olvida en modo alguno el TS referirse al auto del del TJUE de 22 de abril de 2020 (asunto C-692/19), sobre el que se ha construido en gran medida la tesis de la necesidad de que el TJUE se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de la prestación de los “riders” por considerar que la doctrina judicial española ampliamente mayoritaria (todas las sentencias de los TSJ menos la recurrida) podría estar vulnerando la libre prestación de servicios protegida por la normativa comunitaria. La Sala repasa su contenido y subraya, dato de especial interés, que se trata de un auto y que por ello el TJUE se limitó a reproducir jurisprudencia anterior o que llegó a la conclusión de que no había ninguna duda razonable, a la par que añade que la resolución judicial establece que la inaplicación de la Directiva 2003/88/CE por la que se regulan determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo “se excluye cuando la independencia del prestador del servicio parezca ficticia y cuando exista una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador, lo que corresponde determinar al Tribunal nacional”. Y nuevamente aquí, a partir de las manifestaciones anteriores, el TS subraya que del mencionado auto se evidencia que no es necesario en modo alguno elevar la petición de decisión prejudicial, ya que el debate jurídico se limita a determinar si hay subordinación entre el repartidor y la empresa, y ello debe resolverse (me vienen obviamente a la mente los arts. 1.1 y 8.1 de la LET) por el tribunal nacional

“valorando las concretas circunstancias del caso litigioso”, tal como han venido haciendo, obviamente, los JS y TSJ que se han pronunciado al respecto.

A partir del FD decimoquinto se entra en la resolución del conflicto, exponiendo primeramente los argumentos del TSJ en la sentencia recurrida, y que también fueron de la sentencia de instancia, y explicando a continuación qué tipo de empresa es Glovo, cuáles son sus características y en qué condiciones regula la prestación de servicios por parte de los repartidores. Como aportación personal, creo que la sentencia del TS hubiera podido hacer alguna referencia a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, y muy especialmente a su art. 10, aun cuando puede objetarse a mi tesis que la Directiva no era de aplicación al caso, por la fecha de su publicación y posterior necesidad de trasposición, y que por ello hubiera sido únicamente un obiter dicta en la sentencia.

Si hemos de hacer caso a los requisitos meramente formales, es decir aquello que consta en el contrato, el TS es del parecer, y no le falta razón, en que algunas cláusulas militarían en contra de la existencia de una relación contractual laboral, tales como “la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas”. Pero inmediatamente, acude a la realidad material y va desgranando punto por punto como la pretendida formalidad se convierte en algo completamente distinto de la pretendida autonomía y libertad de la que se dice que tienen los “glovers”, y lo hace a partir de la constatación de los hechos probados y que, al margen de la calificación que le otorgó la sentencia recurrida, demuestran los estrictos controles que lleva a cabo la empresa hacia sus repartidores. Me permito reproducir un fragmento de la argumentación que va justamente en esta dirección:

“... la teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada. Es cierto que en los hechos probados de autos se afirma que el trabajador podía rechazar pedidos sin penalización alguna. Pero también se declara probado que los repartidores con mayor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados (hecho probado séptimo)”, y en la práctica “este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución”.

También le merece especial importancia a la Sala, muy acertadamente a mi parecer dado que cada vez más se está implantando en muchas empresas, que sean los clientes quienes puedan valorar la prestación del repartidor, algo que en la sociedad del siglo XXI debe constituir, así lo dijeron TSJ y lo confirma el TS, un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo, sin que por otra parte quepa desconocer que esa valoración de la clientela ya era tomada en consideración,

ciertamente con mucha menos intensidad que en la actualidad, para controlar a las personas trabajadoras, en épocas anteriores.

A continuación, y siempre partiendo de los hechos probados, la Sala va desgranando la existencia de otros indicios que avalan de forma clara e indubitada una relación de dependencia o subordinación del Glover hacia la empresa: la geolocalización del glover mientras realizaba su actividad; la precisión de las condiciones como debía prestarse; el proporcionar al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario; el abono de una compensación económica por el tiempo de espera; la introducción el contrato, formalmente de trabajador autónomo económicamente dependiente, de causas de extinción (ej.: transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza) que son una copia literal de causas de despido disciplinario tipificadas en el art. 54 de la LET; en fin, en una mención que a mi parecer puede englobar también la nota de ajenidad en el mercado, la Sala constata que quien dispone de la información para la organización del negocio, como por ejemplo la relativa a los comercios adheridos a la plataforma de la empresa o los pedidos que se realizan por los clientes, es únicamente de Glovo, sin que el glover tenga participación alguna al respecto.

Despejadas las dudas sobre la existencia del presupuesto sustantivo de dependencia o subordinación, la Sala se adentra (FJ vigésimo) en el examen de la existencia o no del requisito de la ajenidad, y ya sabemos que la respuesta será afirmativa, exponiendo primeramente, y enlazando de forma directa con la última manifestación efectuada respecto al presupuesto de la dependencia, que Glovo no es una mera intermediaria entre los clientes finales y los repartidores ya que “ni los comercios, ni los consumidores finales a quienes se realiza el servicio de reparto son clientes del repartidor, sino de Glovo”. La forma como se confeccionan las facturas (por parte de Glovo, y solo siendo necesario por el glover su firma) es otro claro indicio al respecto.

¿Hay ajenidad en los riesgos? Sí, porque a pesar de las condiciones contractuales formalmente pactadas, como que la parte trabajadora asumía frente al cliente los daños o pérdidas que pudiera sufrir la mercancía durante el transporte, y de los riesgos que pudiera sufrir por la utilización de un vehículo propio, hay que prestar atención, nuevamente insiste la Sala, con acierto, en “las concretas circunstancias de la prestación de servicios”, por lo que no puede decirse, y la Sala se apoya en varias sentencias anteriores, “que concurriera en el actor el binomio riesgo – lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”.

¿Hay ajenidad en los frutos? Sí, ya que la empresa, con lenguaje jurídico clásico por parte de la Sala, “se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redonda en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo”, sin el que el glover tenga ninguna participación en los acuerdos establecidos entre la empresa, los comercios adheridos a la plataforma

y los clientes, siendo fijados los precios por aquella, así como la tarifa que percibe aquel por cada servicio prestado y los gastos adicionales por kilometraje y tiempo de espera.

¿Hay ajenidad en los medios? Sí. Aunque de forma algo más prudente que las tesis expuestas en diversas sentencias de los TSJ, el TS subraya la desproporción entre la importancia de los medios puestos por la parte trabajadora, vehículo y móvil, con el de la empresa y que es de obligada, y necesaria, utilización, para poder llevar a cabo la prestación del servicio, la plataforma digital, “al margen de la cual no es factible la prestación del servicio”, a lo que añade que la marca bajo la que opera el glover no es una suya propia, como podría corresponder a un auténtico trabajador autónomo, sino de la empresa para la que presta el servicio.

En definitiva, y tras esta muy cuidada y argumentada fundamentación, la Sala llegará a la conclusión de estar en presencia de una relación contractual laboral, y no autónoma, entre el Glover y la empresa, reiterando a modo de síntesis todas las tesis anteriormente expuestas en un excelente resumen efectuado en el FD vigésimo primero, en el que aporta alguna reflexión adicional sobre la importancia de la gestión algorítmica por parte de la empresa para la organización del trabajo de los glovers.

2.2. Una nota al auto de 18 de mayo de 2021

Añado a continuación una breve nota relativa al auto de 18 de mayo. Su interés doctrinal radica en las afirmaciones contenidas en el quinto párrafo del fundamento de derecho primero, y que consolidan sin duda, o al menos ese es mi parecer, la presunción reforzada de laboralidad que se recoge en la nueva DA 23ª de la LET, y que debería servir de guía para juzgados y tribunales laborales cuando se susciten nuevos conflictos en los que esté en juego la declaración de laboralidad de personas trabajadoras de otras empresas de la economía de plataformas que no sean aquellas reguladas concretamente por el RDL 9/2021.

La Sala se refiere a los cambios operados en las nuevas realidades organizativas y productivas empresariales (aunque algunas, de nuevo solo tienen el uso de aplicaciones tecnológicas, pues poca novedad, más bien retroceso, puede calificarse aquella o aquellas que llevan a las personas trabajadoras a trabajar 10 y 11 horas diarias por salarios, perdón facturas, muy bajos en su cuantía), y subraya, con toda razón, que plantean “problemas de protección jurídica, entre otros. A ellos ha tratado la Sala de dar respuesta en su sentencia de 25 de septiembre de 2020 respecto a la concreta cuestión planteada, pero que puede tener consecuencias jurídicas de mucho más amplio alcance, sobre la laboralidad de los trabajadores de las empresas de reparto en la economía de plataformas. Por su interés, reproduzco un fragmento de la tesis expuesta por la Sala:

“... la sentencia incorpora una interesante alusión a la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de trabajador que apunta hacia una definición de la relación de trabajo actualizada, expansiva e inclusiva, capaz de comprender a toda persona que realice una actividad real y efectiva para otro y, sin duda, con vocación de proteger las nuevas formas de empleo, en concreto, las desarrolladas en las plataformas digitales de empleo. Asimismo, la sentencia anotada hace referencia a la propia jurisprudencia tradicional sobre las notas que definen el trabajo en los términos del ET y que, como la misma resolución señala, «la existencia de una nueva realidad productiva obliga a adoptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 CC). En esta línea, resulta relevante esta decisión judicial porque incorpora nuevos indicios de laboralidad”.

3. EL DIÁLOGO SOCIAL TRIPARTITO QUE FINALIZÓ EN ACUERDO. LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN CONTRACTUAL

3.1. Lanzamiento de una consulta pública

En las conversaciones y negociaciones para la regulación normativa que finalmente se ha plasmado en el RDL 9/2021 hubo una dedicación importante al derecho de la representación del personal a conocer los algoritmos utilizados por la empresa en la organización de trabajo, y un intento por parte sindical, que finalmente no llegó a buen puerto, de regular un registro de empresas de la economía de plataformas. Se trata sin duda alguna de una temática de extraordinaria importancia de cada al futuro de las relaciones de trabajo y que se ha plasmado, más modestamente de lo que eran las pretensiones iniciales de las organizaciones sindicales y también de las autoridades ministeriales laborales, en la modificación del art. 64 de la LET. Como he indicado con anterioridad, queda fuera de mi análisis en este artículo, dedicado únicamente a la regulación de la laboralidad de la prestación de trabajo por parte de los repartidores.

El gobierno lanzó el mes de junio de 2020 una consulta pública “previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre determinados aspectos de la prestación de trabajo por cuenta propia y ajena del trabajo a través de plataformas”,

Era voluntad del Ministerio de Trabajo y Economía Social avanzar en el pleno reconocimiento de los derechos laborales de los repartidores, y probablemente también de otras personas trabajadoras en las variadas empresas de la economía de plataformas. Desde una perspectiva más general, la búsqueda de la ciudadanía social es un claro objetivo del MITEOS. Ese debate no versa solo sobre las personas

trabajadoras de las empresas de la economía de plataformas, sino también sobre las muchas y variadas formas atípicas de empleo, en las que los derechos laborales y de protección social quedan, cuando existen, muy disminuidos. En este punto, la normativa comunitaria europea es sin duda un punto de apoyo, en especial la Directiva 1999/70/CE que acoge en su anexo el acuerdo marco entre los agentes sociales sobre la contratación de duración determinada, la Directiva 1152/2019 sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles (aun cuando aún no ha finalizado el plazo para su transposición al ordenamiento jurídico interno), y por supuesto, con sus luces y sombras, la jurisprudencia del TJUE.

3.2. El desarrollo del proceso negociador

El mes de noviembre se iniciaron las negociaciones, con un documento sometido a debate en la mesa del diálogo social, y las cuestiones que suscitaba en punto a seguir con un debate que, ciertamente, ya tenía como punto de referencia obligada a tomar en consideración la jurisprudencia del TS. Todo ello, se decía, “a fin de adaptar la ley a la realidad social, para lograr un mercado de trabajo más justo y flexible, y para atajar las conductas que atenten contra los derechos de los trabajadores y nuestro sistema de Seguridad Social”.

El documento llevaba por título “Anteproyecto de Ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías”. Se anunciaba que la futura norma pretendía “articular de manera segura y con las certezas necesarias para los distintos sujetos implicados, una realidad económica nueva que debe garantizar la protección de quienes son trabajadores, aun cuando puedan prestar servicios de un modo que se aparta del tradicional -trabajo esporádico o intermitente, sin un lugar físico determinado, sin jornada ni horario preestablecido, con una retribución por hora de trabajo-, pero que están o pueden estar sometidos al control de la prestación, a un poder informático y tecnológico de nivel superior sobre los procesos y los resultados”. En definitiva, el objetivo perseguido debía ser “proporcionar una regulación suficiente que dé respuestas adecuadas al fenómeno descrito aclarando las notas de laboralidad y distinguiendo lo accesorio o instrumental- el uso de los medios tecnológicos- de lo esencial- la existencia de auténticas relaciones subordinadas y dependientes prestadas dentro del círculo rector y organizativo de la empresa, evitando el uso desproporcionado de soluciones judiciales a veces contradictorias, con la inseguridad jurídica y la desprotección que esto genera para las personas trabajadoras afectadas”. De lograr tal objetivo ello permitiría igualmente, según el documento sometido a consulta, “diferenciar el régimen jurídico de situaciones que tienen como único denominador común el uso de plataformas o medios digitales, pero en las que concurren aspectos esenciales diferenciados, potenciando un uso seguro de las nuevas tecnologías como fórmulas flexibles de prestación del trabajo por cuenta propia, con el valor añadido de una descentralización productiva eficiente y cualificada que se encuentra en la base

misma del desarrollo de trabajos susceptibles de ser desempeñados en régimen de autonomía, y que no es posible asumir por parte de las empresas”.

El denominado Anteproyecto de Ley, presentado como primer documento, constaba sólo de tres artículos y una disposición adicional pero todos ellos con una trascendencia jurídica innegable, en especial la regulación ex novo de una inclusión declarativa en la LET, a imagen y semejanza, pero justamente desde una perspectiva totalmente contraria, de la exclusión que llevó a cabo la Ley 11/1994 de 19 de mayo, de “la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”.

El art. 1 definía cuál es el objetivo de la norma, en sintonía con lo anteriormente expuesto, si bien con un lenguaje mucho más claro y directo: por una parte, “evitar la huida del derecho del trabajo eventualmente propiciada por las nuevas formas de prestación de servicios a través de las nuevas tecnologías, en especial de las plataformas digitales”; por otra, como contrapunto de la anterior y desde un enfoque empresarial, “la protección de la competencia leal entre las empresas a cuyos servicios acceden las personas consumidoras a través de plataformas digitales”, por entender, y con acierto a mi parecer, que esa regulación sería “en interés de todas las empresas y personas que participan en el mercado”. El texto presentado a debate se refería a dos ámbitos de actividad (según lo dispuesto en la nueva DA 23ª de la LET que se proponía incorporar), los de “reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas” y “servicios en el ámbito del hogar familiar”, si bien dejando la puerta abierta a su ampliación a otros sectores de actividad en donde las empresas de la economía de plataforma tienen una importante presencia.

La nueva DA 23ª sería el eje central de la nueva normativa, que apuesta fundamentalmente a mi parecer por potenciar la tesis de la ajenidad en el mercado que tan brillantemente construyera el profesor Manuel Ramón Alarcón en el ya lejano año 1986⁴, año que, casualidades de la vida, fue el mismo en el que se dictó la histórica sentencia del TS sobre los mensajeros en la que se reconoció la laboralidad de la prestación, y que se encuentra ya plenamente plasmada en la jurisprudencia del TS, con el valor fundamental dado a la aplicación informática con la que operan tanto repartidores como clientes y que es propiedad de la empresa, y puede también encontrar perfecta acogida en la Directiva 1152/2019. Además, se aprovechaba la oportunidad para redefinir la figura jurídica del sujeto empleador.

⁴ “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 28, 1986, págs. 495 – 544.

La redacción propuesta de la nueva DA era la siguiente:

“1. La inclusión en el ámbito de organización y dirección de la empresa, y en consecuencia, las condiciones establecidas en el artículo 1.1 de esta norma, concurren cuando el ejercicio por parte del empleador o empleadora de las prerrogativas de organización y dirección se efectúa de forma implícita, especialmente cuando la persona que presta los servicios pueda ver afectadas sus condiciones de trabajo, el mantenimiento de su empleo, el volumen del mismo o la retribución, como consecuencia de la autonomía en la forma de prestar el trabajo o en el cumplimiento de las condiciones que pudieran haberse establecido, incluyendo la libertad de horario”.

2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer de los activos clave para su ejecución.

3. Está incluida en el ámbito de aplicación de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos a través de cualquier clase de medios, incluidos los tecnológicos o derivados de algoritmos, bajo el control, aún indirecto o derivado, en su caso, de operaciones matemáticas, de la que ofrece este servicio, en los siguientes ámbitos:

- a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas
- b) Servicios en el ámbito del hogar familiar”.

El texto analizado en la segunda reunión fue el documento presentado por las organizaciones sindicales y que ciertamente fue aceptado en gran medida por el MTES, La “contrapropuesta” aceptó todas las aportaciones sindicales a los preceptos cuya modificación se proponía, con la única excepción de la relativa al art. 43 de la LET, regulador de la cesión de trabajadores, que fue rechazada.

Ahora bien, sí hubo modificaciones en la segunda redacción propuesta por el MITE de la DA 23ª con respecto a la propuesta sindical, que a mi parecer tenían por finalidad, sin entrar en absoluto en contradicción en el fondo de aquella, acotar y precisar más jurídicamente a qué personas trabajadoras y a qué empresas afectaría la norma. Adjunto el texto comparado de la propuesta sindical y de la del MTES. La letra negrita de la propuesta sindical se refiere a las modificaciones introducidas a la primera versión del MTES.

Propuesta sindical	Contrapropuesta MTES
<p>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</p> <p>1. Se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta ley las personas contratadas para la prestación de servicios a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la forma o modalidad en la que esta se abone por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales.</p> <p>Las notas de dependencia y ajenidad a las que se refiere el artículo 1.1 de esta ley concurren aun cuando las prerrogativas de organización, dirección y control se realicen mediante la gestión algorítmica del servicio. Entre otras fórmulas, concurren cuando el control del servicio prestado se realiza mediante instrumentos digitales que permiten el seguimiento, geolocalización, verificación de las circunstancias de cumplimiento del encargo, la valoración o supervisión efectuada por clientes o destinatarios finales. También concurren cuando la persona que presta los servicios pueda ver afectadas sus condiciones de trabajo, el mantenimiento de su empleo, el volumen del mismo o la retribución, como consecuencia de la autonomía en la forma de prestar el trabajo o en el cumplimiento de las condiciones que pudieran haberse establecido, incluyendo la libertad de horario, y aun cuando exista utilización habitual por parte de quien presta servicios de equipos y herramientas de su propiedad en el desarrollo de la actividad laboral.</p>	<p><i>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</i></p> <p><i>1. Se presume existente una relación laboral en los términos del apartado 1.1 de esta ley entre las personas contratadas por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales, y las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes titulares de dichas plataformas, cuando las facultades de organización, dirección y control de la actividad laboral se ejerciten mediante la gestión algorítmica del servicio, manifestándose de forma implícita a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo, cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, tenga repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera otras condiciones de trabajo.</i></p>

Propuesta sindical	Contrapropuesta MTES
<p>2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer, por sí misma o a través de otra persona física, jurídica o comunidad de bienes de los activos clave para su ejecución o por haber concertado todo o parte de la ejecución de servicios por otros.</p> <p>No tendrán la consideración de activos clave para la ejecución del servicio los equipos, herramientas o elementos que se usan en la prestación aportados por la persona trabajadora.</p> <p>3. La inclusión de estas relaciones en el ámbito de aplicación de esta ley conlleva, entre los demás derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo, que la dotación y el mantenimiento de los medios, equipos y herramientas vinculados al desarrollo de la actividad así como a la totalidad de los gastos derivados de la misma corresponden a la empresa.</p> <p>De igual forma, sin perjuicio de la potestad disciplinaria que pueda ejercerse en su caso por la empleadora, las personas trabajadoras no responden frente al cliente ni asumen el riesgo del buen fin del servicio.</p>	<p><i>2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial o promotor de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer por sí misma o a través de otra u otras persona física, jurídica o comunidad de bienes de los activos clave para su ejecución o por haber concertado todo o parte de la ejecución del servicio con otros.</i></p>

Propuesta sindical	Contrapropuesta MTES
<p>4. La representación legal de las personas trabajadoras tendrá derecho a toda la información relativa a los parámetros y reglas de toma de decisión utilizados por los algoritmos utilizados por la empresa que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo. Esta información deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral”</p> <p>3. Están incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos, en cualquier actividad, a través de cualquier clase de medios, incluidos los tecnológicos o derivados de algoritmos, bajo el control, aún indirecto o derivado, en su caso, de operaciones matemáticas, de la que ofrece este servicio. Entre otras, están incluidas:</p> <p>a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas</p> <p>b) Servicios en el ámbito del hogar familiar</p>	<p>3. <i>De conformidad con lo dispuesto en los puntos 1 y 2, está incluido en el ámbito de aplicación de esta ley el trabajo de las personas que presten servicios retribuidos bajo el poder de organización, dirección y control de un empleador o empleadora que los ejerce a través de la gestión algorítmica del servicio, entre otras, en las actividades de:</i></p> <p><i>a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas</i></p> <p><i>b) Servicios en el ámbito del hogar familiar</i></p>

Durante el proceso negociador, un nuevo documento ministerial redujo el ámbito de aplicación de la nueva regulación básicamente al sector de la restauración (recuérdese que es al que le afecta directamente la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Social del TS el 25 de septiembre en el caso Glovo), mientras que las organizaciones sindicales consideraban que la regulación debía ser de aplicación a todas las empresas que trabajan en las mismas condiciones respecto a la organización de su trabajo para el personal que les presta servicios y que aparece formalmente considerado como sujeto acogido al régimen del trabajo autónomo.

Paso a continuación al examen del documento presentado en la mesa del diálogo social por parte de las organizaciones sindicales el 3 de diciembre, como contrapropuesta al texto del MITEs presentado el 26 de noviembre.

Propuesta MITES	Propuesta sindical
<p>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</p> <p>1. Se presume existente una relación laboral en los términos del apartado 1.1 de esta ley entre las personas contratadas por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales, y las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes titulares de dichas plataformas, cuando las facultades de organización, dirección y control de la actividad laboral se ejerciten mediante la gestión algorítmica del servicio, manifestándose de forma implícita a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo, cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, tenga repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera otras condiciones de trabajo.</p> <p>2. Concorre la condición de empleador o empleadora, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la presente norma, en la persona física o jurídica o comunidad de bienes, proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales cuando sea el agente primordial o promotor de la actividad en el mercado, bien por realizar una labor de coordinación y organización del servicio productivo, bien por disponer por sí misma o a través de</p>	<p><i>Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley</i></p> <p><i>1. Están incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley aquellas actividades respecto de las cuales las facultades de organización, dirección o control se manifiesten de forma implícita, especialmente a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo o cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, pueda tener repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera condiciones de trabajo.</i></p> <p><i>2. La condición de empleador conforme al artículo 1.2 de esta ley concurre en las empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales cuando estas sean el agente principal de la actividad en el mercado o cuando aporten o controlen los activos esenciales para su ejecución o cuando las facultades empresariales de organización, dirección o control se manifiesten de forma implícita en los términos establecidos en el apartado anterior.</i></p>

Propuesta MITES	Propuesta sindical
<p>otra u otras persona física, jurídica o comunidad de bienes de los activos clave para su ejecución o por haber concertado todo o parte de la ejecución del servicio con otros.</p> <p>3. De conformidad con lo dispuesto en los puntos 1 y 2, está incluido en el ámbito de aplicación de esta ley el trabajo de las personas que presten servicios retribuidos bajo el poder de organización, dirección y control de un empleador o empleadora que los ejerce a través de la gestión algorítmica del servicio, entre otras, en las actividades de:</p> <p>a) Reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas</p> <p>b) Servicios en el ámbito del hogar familiar</p>	<p>3. <i>De conformidad con lo dispuesto en los dos apartados anteriores, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de esta ley el trabajo de las personas que prestan servicios retribuidos cualquiera que sea la forma o modalidad en que se esta se abone, en la actividad consistente en el reparto o distribución, por parte de una proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales.</i></p> <p><i>La inclusión de estas relaciones en el ámbito de aplicación de esta ley conlleva, entre los demás derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo, que la dotación y el mantenimiento de los medios, equipos y herramientas vinculados al desarrollo de la actividad laboral así como la totalidad de los gastos derivados de la misma corresponden a la empresa.</i></p>

En el acuerdo de gobierno PSOE-UP de 30 de diciembre de 2019, y en el bloque dedicado a “consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad”, se incluía un apartado dedicado al impulso de la lucha contra el fraude laboral siendo una de las áreas en la que debían concentrarse los esfuerzos la siguiente: “Impulsaremos la lucha contra el fraude laboral: “identificaremos relaciones extra laborales que deberían articularse a través de contratos de trabajo como por ejemplo falsos autónomos, falsos cooperativistas y falsos becarios. Perseguiremos el fraude de los falsos autónomos, prestando especial atención a las situaciones en las que los ingresos obtenidos por los trabajadores y las trabajadoras procedan de un único cliente o empleador”.

Y en efecto, el MITES había intentado un acuerdo con las organizaciones sindicales y empresariales, en la mesa del diálogo social, para lograr la regulación normativa laboral asalariada de la prestación de servicios de quienes lo llevan

a cabo para empresas de la economía de plataformas, y no únicamente, aunque sin duda sería una parte muy importante, de quienes trabajan para las empresas de restauración. No fue posible que ese acuerdo, trasladado después al ámbito normativo, viera la luz en 2020. En el balance de la actividad de 2020, el MITES daba debida cuenta de que el dialogo social “continúa trabajando, con varias mesas abiertas, entre ellas la que aborda la regulación de los falsos autónomos, uno de los compromisos del Ejecutivo”.

En una reunión posterior, celebrada el 20 de enero, el MITES presentó una nueva propuesta bastante más escueta, desde luego, que otros documentos con los que se había trabajado con anterioridad en la mesa del diálogo social, tanto presentados por el MITES como por las organizaciones sindicales.

La modificación de la LET radicaría en la incorporación de una nueva disposición adicional vigésimo tercera, con el título, no causal en absoluto a mi parecer, de “Inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley”, y digo que no es casual porque aquello que pretendía el legislador, o al menos así me lo parece, era reforzar para un sector concreto de actividad y para las personas que prestan sus servicios en empresas de dicho sector, la nota de laboralidad de la prestación que ya existiría claramente a mi entender (y por supuestos en el del TS y de todas las sentencias de TSJ, menos unas, que han debido pronunciarse al respecto) si se aplica correctamente el art. 1, y el art. 8.1 de la LET, pero que las empresas habían tratado de desvirtuar por la vía de formalización de contratos aparentemente con trabajadores autónomos y más aparentemente aún con una autonomía organizativa y de prestación de servicios que “la realidad de las cosas”, es decir cómo se trabaja realmente, han desmontado de manera gradual y paulatina, siendo aquí digno de elogio el trabajo llevado a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La redacción propuesta era fruto, así me lo parece, de muchas idas y vueltas de las propuestas ministeriales y de las presentadas por las organizaciones sindicales, hasta intentar llegar a un punto de síntesis que en cualquier caso debe tener como punto de referencia obligada la reciente sentencia del TS de 25 de septiembre, y afecta de forma expresa a las empresas de restauración que son las que se han visto implicadas en los conflictos que han llegado a los juzgados y tribunales.

La redacción propuesta en el último documento ministerial era la siguiente:

“1. En aplicación de lo previsto en esta ley, concurre la condición de empleadora en aquellas empresas proveedoras de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales que sean agente primordial de la actividad en el mercado o aporten o controlen los activos esenciales, aun cuando las facultades empresariales de organización, dirección o control se manifiesten de forma implícita o indirecta, sea o no a través de la gestión algorítmica del servicio, incluyendo los supuestos en que una eventual flexibilidad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea solo

aparente, bien llevar aparejada la posibilidad de cualquier consecuencia negativa o perjuicio algorítmico, bien poder tener repercusión en el mantenimiento de su trabajo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo.

2. De conformidad con lo previsto en el apartado anterior, se entienden incluidas en el ámbito de esta ley las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución por parte de una proveedora de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos informáticos o digitales, de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceros, a través de cualquier clase de medios, incluidos los tecnológicos o derivados de algoritmos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1.3 de esta norma”.

De la redacción del precepto me surgían algunas cuestiones que paso a exponer:

Mientras que el primer párrafo se refería con carácter general a todas las empresas que se ajustaran a los criterios fijados, en el segundo se hacía una mención expresa a las empresas, permítaseme la síntesis, de los repartidores. Por consiguiente, parece que el legislador quería reforzar el segundo flanco, mientras que no se cerraba la puerta en modo alguno a que la norma fuera de aplicación a todas aquellas que se encuadren en el primer grupo.

Por ello, y aún sin citarlo, la nueva disposición adicional reformularía el concepto de sujeto empleador incluido en el art. 1.2 LET, ampliándolo para dar cabida a toda empresa que sea la auténtica empleadora y con independencia del mayor o menor grado de flexibilidad en la prestación de sus servicios por parte del personal.

La terminología a que las facultades empresariales de organización, dirección o control “se manifiesten de forma implícita o indirecta, sea o no a través de la gestión algorítmica del servicio”, parece querer dar cumplimiento a los criterios que han ido elaborándose por los TSJ y el TS para reconocer la existencia de relación de trabajo cuando aparentemente no lo fuera, y esta tesis se ve a mi parecer reforzada por las afirmaciones que se contienen con posterioridad en el precepto, esto es las de ratificación de esa presunción de laboralidad en la que se incluirán “los supuestos en que una eventual flexibilidad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea solo aparente, bien llevar aparejada la posibilidad de cualquier consecuencia negativa o perjuicio algorítmico, bien poder tener repercusión en el mantenimiento de su trabajo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo”, manifestaciones que como es bien sabido son aquellas relativas a las cuestiones problemáticas que se han suscitado en prácticamente todos los conflictos que han llegado a los juzgados y tribunales.

3.3. La obtención del acuerdo

En la reunión celebrada el 23 de febrero por la mesa tripartita del diálogo social el MITES puso sobre la mesa una nueva propuesta, que pretendía ser la última, sobre la regulación del trabajo de las personas que prestan servicios de reparto para las empresas de la economía de plataformas, que llevaba por título “Acuerdo de la mesa de diálogo social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales”.

Obsérvese la diferencia significativa, que obviamente se trasladará después a su contenido, con el título del primer documento sometido a debate, “Anteproyecto de Ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías”, con el carácter pretendidamente omnicomprendivo de este y el mucho más limitado, a un solo tipo de empresas en un único sector de actividad, del segundo.

El texto, contenía un artículo con dos apartados y una disposición final única en la que se disponía que la norma entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Al objeto de mi estudio, interesa destacar la incorporación de una nueva disposición adicional vigesimotercera en la LET, que llevaría por título “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” y con este contenido “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

Dicha presunción entiendo que ya queda claramente recogida tanto en el marco normativo vigente, en una interpretación integradora y flexible, atendiendo a la realidad de las nuevas realidades organizativas y productivas empresariales, tanto del art. 11 como del 8.1 de la LET y poniéndolo en relación con la exposición de motivos y el texto articulado de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, si bien la nueva redacción no dejaría lugar a dudas, reforzando la presunción de laboralidad, cuando estuviéramos en presencia de un sujeto empleador que ejerza las facultades empresariales en los términos previstos en dicha propuesta, y limitándose de momento a las empresas de reparto de productos, lo cual deja dudas e interrogantes sobre la regulación contractual en otras empresas de otros sectores de actividad de la economía de plataformas y que pueden estar también perfectamente afectados por la presunción de laboralidad ya vigente en el art. 8.1 LET.

Finalmente, el 10 de marzo hubo acuerdo sobre la regulación objeto de atención en este artículo, que quedó plasmada en un comunicado conjunto del MITES y las organizaciones sindicales y empresariales, titulado “El Gobierno y los interlocutores sociales alcanzan un acuerdo sobre los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales”. En dicho, breve, comunicado, se explicaba que “Se reconoce la presunción de laboralidad para los trabajadores que presten servicios retribuidos de reparto a través de empresas que gestionan esta labor mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Además de lo anterior, y para todos los ámbitos, la representación legal de los trabajadores deberá ser informada de las reglas que encierran los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial que pueden incidir en las condiciones laborales por las que se rigen las plataformas, incluyendo el acceso y mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles”. En cuanto al contenido de la norma, se procede a la modificación de la LET mediante la introducción de una nueva disposición adicional vigesimotercera, por una parte, y de una nueva letra, d) al art. 64, que recordemos que regula los derechos de información y consulta y competencias de la representación del personal en la empresa. Procederé a la explicación del contenido de la nueva DA 23ª en el epígrafe posterior, una vez que ya vio la luz pública en el BOE de 12 de mayo.

4. LA PRESUNCIÓN REFORZADA DE LABORALIDAD EN EL RDL 9/2021 DE 11 DE MAYO

El Consejo de Ministros celebrado el martes 11 de mayo, aprobó un nuevo RDL, núm. 9 de 2021 que modifica la LET. El texto se publicó en el BOE al día siguiente, y su disposición final segunda dispone que entrará en vigor a los tres meses de su publicación, es decir el 12 de agosto. El citado texto procede a la modificación de la LET, según se recoge expresamente en su título, “para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales

Poco podían imaginarse quienes realizan este trabajo, las y los repartidores, mensajeros o riders, que iban a ser objeto de tanta atención (bueno, no exactamente ello sino las condiciones en que desarrollan su actividad) por los medios de comunicación y redes sociales, por el mundo académico, por la ITSS, y por los Juzgados y Tribunales laborales, aunque muy probablemente ello no hubiera existido si las relaciones de trabajo se hubieran conceptualizado desde sus inicios como lo que realmente son y así ha sido declarado por la inmensa mayoría de sentencias de JS y de TSJ de Justicia, y por supuesto por el TS, es decir relaciones laborales contractuales por cuenta ajena, a las que son de aplicación la normativa laboral y de Seguridad Social general.

La nueva norma ha provocado, desde el día de su aprobación un muy amplio número de análisis y comentarios por la doctrina académica laboralista, por profesionales de la abogacía y graduados sociales, escudriñando ya con mucha atención las modificaciones incorporadas a la LET, tanto por lo que se refiere a la laboralidad de los repartidores como en cuanto al derecho a la información que se reconoce a la representación del personal sobre los algoritmos utilizados por la empresa en la organización del trabajo. Se ha destacado la importancia del acogimiento en sede normativa de la tesis del TS y se ha recalcado que “la norma viene a poner fin a un debate jurídico que estaba ya terminado, por más que algunas plataformas se empeñaran en mantenerlo vivo”, al mismo tiempo que ha destacado, y con razón, la importancia de la modificación operada en el art. 64 de la LET ya que la norma “afecta a todas las empresas, cuando modifica el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores con carácter general”⁵. Cuestión distinta, ya la apunto, es la problemática que puede suscitarse, de hecho ya se suscita, si se acude a la subcontratación por parte de estas empresas y en realidad la empresa que pone a disposición los trabajadores contratados, aun cuando tenga entidad propia conforme a derecho, no cumpla con las obligaciones empresariales propiamente dichas y que en realidad estarían a cargo de las empresas de reparto que aunque no contraten directamente siguen teniendo efectivamente el poder de dirección y organización de la actividad empresarial.

Como es lógico, no han faltado las valoraciones de las organizaciones sindicales, tanto las que han estado presente en la mesa del diálogo social y en la que se cerró a mediados de marzo el acuerdo que ahora se ha convertido en norma legal, como quienes no estuvieron y que manifiestan duras críticas al nuevo texto. Por el contrario, se observa silencio en las organizaciones empresariales, muy probablemente porque ya se manifestaron al respecto sobre el acuerdo social, y también sin duda por las disputas y polémicas que el texto, y más exactamente el reconocimiento de la laboralidad de los repartidores, ha provocado entre las empresas del sector.

La lectura de los artículos publicados sobre el RDL 9/2021 permiten tener una visión más amplia no solo de su contenido sino también de su importancia, y de las dudas jurídicas que plantea su redacción y de las interpretaciones que pueden efectuarse tanto de la laboralidad como de la información reconocida a la representación del personal sobre los algoritmos.

Tampoco cabe olvidar que sigue habiendo un sector doctrinal que mantiene la bandera de una regulación propia y diferenciada para este colectivo de la del personal trabajador por cuenta ajena, apoyándose en su interpretación de las normas comunitarias y de la regulación existente en otros países europeos, si bien se olvida,

⁵ Rodríguez-Piñero Royo, M. “Por fin la ley Rider” <http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/> (consulta: 15 de junio).

o más bien no lo trata, de aquello que, basándose en la realidad de la prestación, han debido juzgar los juzgados y tribunales laborales españoles, y previamente en varios casos muy relevantes la ITSS en sus actuaciones por presunta (y después confirmada en sede judicial) vulneración de la normativa en materia de Seguridad Social.

Dividiré mi exposición en estos bloques: en primer lugar, me detendré en el valor del acuerdo alcanzado en la mesa del diálogo social, algo en lo que se ha detenido la doctrina laboralista⁶ Analizaré a continuación el preámbulo de la norma, que sorprendentemente ha pasado, al menos hasta este momento casi desapercibido para quienes han analizado la norma, con alguna excepción⁷ Seguirá después el examen de la nueva disposición adicional vigésimo tercera de la LET y la polémica jurídica suscitada sobre el tipo de presunción plasmado en la norma, *iuris tantum*, algo más que fuerte, casi *iuris et de iure*, no compartiendo la tesis de quien sostiene⁸ que “el ámbito de aplicación de la presunción general parece quedar reducido”. La bondad jurídica de la reforma ha sido expresamente destacada⁹ al afirmar que el legislador no ha considerado a los repartidores como “menores necesitados de protección”, sino que “lo que ha hecho es clarificar y dar certidumbre a una relación que se encontraba al margen del derecho social, en un intento de equilibrar la situación de los miembros integrantes de esta forma de trabajar con quienes se sirven de su actividad”.

4.1 El valor del acuerdo

La primera parte estaría dedicada a destacar la importancia del acuerdo alcanzado en la mesa del diálogo social y ahora ya incorporado a una norma

⁶ Cruz Villalón, J. “Una presunción plena de laboralidad de los riders” <https://jesusercruzvillalon.blogspot.com/2021/05/una-presuncion-plena-de-laboralidad-de.html> (consulta: 14 de junio); Baylos Grau, A. “Por fin la norma sobre los repartidores de plataformas (Ley riders)” <https://baylos.blogspot.com/2021/05/por-fin-la-norma-sobre-los-repartidores.html> (consulta: 14 de junio); Pérez del Prado, D. “La ley rider: un muy buen comienzo” <https://forodelabos.blogspot.com/2021/05/la-ley-rider-un-muy-buen-comienzo.html> (consulta: 15 de junio).

⁷ Además del artículo del profesor A. Baylos, vid Molina Navarrete, C. “La “Ley” de personas repartidoras en plataformas online (“riders”): ¿pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital? <https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-precariado-digital/> (consulta: 17 de junio).

⁸ Todolí Signes, A. “Nueva Ley Rider. Texto y un pequeño comentario a la norma”. <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/> (consulta: 14 de junio).

⁹ Eguaras Mendiri, F. “Paternalismo y Derecho Laboral”. *Revista Jurisdicción Social*, núm. 222, mayo 2021, págs. 12-29. <http://www.juecesdemocracia.es/2021/06/02/revista-jurisdiccion-social-222-mayo-2021/>

legal sin tocar una coma de su contenido, acompañado de un amplio y detallado preámbulo de explicación y justificación del texto articulado y de la necesidad de su aprobación por la vía de un RDL, es decir por motivos de extraordinaria y urgente necesidad según lo dispuesto en el art. 86 de la Constitución.

Quienes hemos seguido desde su inicio las conversaciones y negociaciones sobre la regulación de la relación jurídica del personal dedicado al reparto en el ámbito de las empresas de la economía de plataformas, o como reza el título del RDL “en el ámbito de plataformas digitales”, y hemos tenido acceso a información de primera mano sobre su desarrollo, sus avances y retrocesos, sus dimes y diretes, su posible fracaso por la imposibilidad de llegar a un acuerdo y quedando entonces obligado el gobierno a regular unilateralmente la relación, sabemos que no ha sido un camino de rosas y que ha habido muchas espinas en el camino, y que las expectativas generadas por los primeros documentos eran, probablemente, bastante exageradas con respecto a la posibilidad de alcanzar un acuerdo tripartito, sin olvidar ni mucho menos las distintas “sensibilidades” que sobre la regulación del personal de reparto en tales empresas, y en general de todo aquel que trabaja para las plataformas digitales, existen en el seno del gobierno, ya que no son ningún secreto las diferencias existentes entre las áreas social y económica.

Por tanto, el acuerdo finalmente alcanzado puede decepcionar a quienes leen únicamente el texto final, y por supuesto también a quienes han sido sujetos activos de la negociación (la UGT ha valorado positivamente la norma, pero ha criticado con dureza que no se haya ido más lejos por la actitud empresarial y por no haber impuesto el MITES tesis más contundentes jurídicamente hablando), y ya he escuchado en más de una ocasión el conocido refrán “para ese viaje no se necesitan tantas alforjas”. Así, desde sectores sindicales o asociativos muy beligerantes con la situación que ha provocado tanta conflictividad judicial, si bien se ha reconocido que “siempre es más positivo todo fortalecimiento de presunción de ser un asalariado de la empresa”, se critica que la norma solo “presume” y no “obligue”, y de ahí se deduce, algo que ciertamente puede ocurrir pero que no creo que sea por donde se encauce la estrategia empresarial, que “...los litigios judiciales continuarán, las empresas no cambiarán su posicionamiento porque el ‘problema’ continúa individualizado”¹⁰ En la misma línea, se afirma que seguirá habiendo conflictos sobre la existencia de la relación laboral asalariada y se critica duramente (quizás olvidando que toda negociación tiene contrapartidas, ya se compartan o no), que el MITES “finalmente ha querido contentar a la patronal y poco a los trabajadores”.¹¹

¹⁰CGT de Catalunya. « Ley Rider : mucho ruido para nada ». <https://www.tercerainformacion.es/articulo/catalunya/11/05/2021/cgt-de-catalunya-ley-rider-mucho-ruido-para-nada/> (consulta: 14 de junio).

¹¹ ridersderechos. “Un paso insuficiente, nada que celebrar”. <https://www.ridersderechos.org/?p=3260> (consulta: 13 de junio).

Sin embargo, no cabe reducir el valor del acuerdo, y así ha sido subrayado¹² compartiendo por mi parte su tesis de que “el hecho de que esta novedad legal se haya producido a resultas de un laborioso acuerdo de concertación social refuerza la legitimidad de la medida y le otorga dosis superiores de eficacia y efectividad”. Respaldo del diálogo social que también ha sido valorado positivamente y pidiendo más al gobierno en la regulación del trabajo en plataformas digitales al afirmar que “el diálogo social (y la acción del Gobierno) debiera plantearse cuáles han de ser los siguientes pasos en la regulación de esta forma particular de prestación de servicios”¹³. En parecidos términos¹⁴, se manifestaba que “estamos una norma que posee la gran virtud de venir avalada por un acuerdo tripartito en el que han participado activamente los representantes de los empresarios y que sirve para consolidar a nivel normativo los resultados de un proceso de calificación como laboral de la actividad de los trabajadores de las plataformas digitales previamente zanjado a nivel jurisprudencial”. En fin, la importancia de un acuerdo ha sido también destacada¹⁵ al recordar que “la negociación, larga y complicada entre las partes sociales en una mesa de diálogo que se constituyó a finales de octubre de 2020, se prolongó hasta llegar al acuerdo alcanzado el 10 de marzo de este año, cinco meses después”.

Una negociación compleja, no solo desde su inicio sino por las influencias y presiones que las plataformas de reparto ha ejercido sobre el mundo político y sindical, y por supuesto también sobre su personal, desde que se iniciaron los primeros conflictos, y de ello da buena y detallada cuenta el informe de la UGT “Análisis de la presión política y social de las plataformas de reparto”¹⁶, que pone “blanco sobre negro” todas y cada una de las actuaciones empresariales más allá del mundo jurídico. La introducción no deja lugar a dudas de aquello que ha pretendido explicar el documento: “Este informe trata, precisamente, sobre la presión que han ejercido en el colectivo de repartidores en busca de dar paso a un movimiento que las respaldara: las asociaciones pro-plataformas. Un grupo de trabajadores que defiende a rajatabla el modelo instaurado por las empresas y que intentan impedir cualquier introducción de normas mínimas en el sector. Bajo esa meta, han librado una intensa campaña para imponer una verdad específica: la ley los precarizará

¹²Vid. artículo del profesor Cruz Villalón.

¹³Vid artículo del profesor Pérez del Prado.

¹⁴Sanguinetti Raymond, W. “La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad” <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/> (consulta: 14 de junio).

¹⁵Vid artículo del profesor Baylos Grau.

¹⁶https://www.ugt.es/sites/default/files/analisis_presion_politica_social_plataformas_reparto-informe.pdf (consulta: 12 de junio).

y les quitará el empleo. Para ello, han estado dispuestas a utilizar todo tipo de medios, cayendo deliberadamente en la persecución y represión sindical”.

Y para quienes descalifiquen, o minusvaloren, el texto por su contenido, me permito recordar que los tribunales laborales, y muy especialmente el TS, han destacado la relevancia de acuerdos alcanzados en procedimientos de despidos colectivos para reconocer su validez cuando han sido suscritos por un número de representantes del banco social que llevaban consigo la representación de un elevado porcentaje de los trabajadores afectados por los despidos; o lo que es lo mismo, han valorado la importancia del acuerdo alcanzado entre los sujetos negociadores. ¿No les parece que podría aplicarse el mismo criterio, más reforzado aún ya que se trata de un acuerdo sin fisuras, cuando, hipotéticamente hablando, se vuelva a plantear un conflicto en sede judicial sobre la laboralidad de la prestación del personal de reparto, de tal manera que no sea solo la presunción, más que fuerte, de laboralidad plasmada en la nueva disposición adicional de la LET, sino el reconocimiento pleno de dicha laboralidad por los agentes sociales, el que deba llevar a juzgados y tribunales a tomarlo en consideración?

Quede aquí una reflexión, y propuesta para debate, que lleva a mi conclusión de que un acuerdo siempre es relevante, tanto por el valor de fortalecimiento social de los sujetos negociadores como por su impacto en la interpretación de la norma que lo ha acogido.

4.2. Examen del preámbulo de la norma

Pasemos al segundo bloque, el relativo al examen del preámbulo de la norma, en el que indudablemente se nota el buen conocimiento del mundo del trabajo y de la normativa laboral y de su interpretación jurisprudencial por parte de quienes lo han redactado, y que, tal como he indicado con anterioridad, ha pasado hasta el momento bastante desapercibido, al salvo de algunas excepciones como he indicado con anterioridad.

La primera tesis o idea central del texto es la necesidad de compatibilizar los avances tecnológicos con el progreso de la sociedad, de toda la sociedad, jugando un papel relevante el acuerdo social y la normativa laboral para lograr que las mejoras que posibilitan tales avances (un tanto quizás exageradamente se habla de “revolución tecnológica”) vayan de la mano con la protección de las personas trabajadoras, que son la parte o el eslabón más débil de la relación contractual, y todo ello en el marco, bien planteado y que debe ser concretado en cada empresa de “la gestión de los recursos humanos y mejora de la productividad de las empresas”.

Tras explicar sucintamente el contenido de la norma, que no se olvide que presta atención primeramente a la nueva redacción del art. 64 LET y más adelante a la nueva disposición adicional (algo completamente lógico ciertamente, pero que se presentaba en orden contrario en algunos documentos presentados durante los

debates), se resalta el buen y riguroso trabajo de la ITSS para “descubrir” que detrás de la formalidad de un trabajo autónomo, de un contrato de TRADE, existía (principio de prevalencia de la realidad) una auténtica relación laboral asalariada, por concurrir todas las notas o presupuestos sustantivos recogidos en el art. 1.1 de la LET, convenientemente interpretados algunos a la luz de las nuevas realidades organizativas y productivas empresariales.

Principio de prevalencia de la realidad material sobre la formal, que no solo se recoge de forma expresa en la sentencia del alto tribunal de 25 de septiembre de 2020, sino que también ya había quedado plasmado en jurisprudencia anterior, así como también la necesidad de adaptación de los presupuestos sustantivos. Un homenaje a la histórica sentencia de 26 de febrero de 1986 (núm. 915/1986), es su cita en este preámbulo, que demuestra cómo ha cambiado la tecnología y que ello no implica necesariamente un cambio en la conformación de las relaciones entre las empresas y quienes prestan sus servicios para ellas, siendo también referenciadas otras varias del alto tribunal, con lo que supongo, por haber sido bien seleccionadas, que el legislador ha querido enfatizar en el preámbulo aquello que se plasma en el texto articulado, es decir la dirección, organización y poder sancionador empresarial, “aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica, de las condiciones de trabajo o del servicio prestado”, de tal manera que dicha gestión y la titularidad de la plataforma digital son “los activos claves y esenciales de la actividad”.

Puede observarse en la explicación, y justificación de la norma, cómo se trata de justificar que la flexibilidad en la organización y prestación del trabajo no es obstáculo alguno para la existencia de laboralidad, y así ha quedado plasmado en las actas de la ITSS y en numerosas y bien documentadas sentencias, ya que tal “flexibilidad y libertad” es solo aparente, ya que como muy bien se recoge en el preámbulo es apariencia “por llevar en realidad aparejada consecuencias o repercusiones en el mantenimiento del empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo”. Una sentencia referenciada con amplitud es la de 20 de enero de 2015 (Rec. 587/2014), que analiza cómo han ido evolucionando, en especial, las notas de dependencia y ajenidad.

En el debate sobre el valor de la presunción de laboralidad a la que se refiere la disposición adicional vigésimo tercera de la LET ha pasado desapercibida la mención contenida en el preámbulo al art. 20 de la LET, es decir al ejercicio del poder de dirección empresarial “que puede ser ejercido de numerosas maneras”, y la mención expresa al art. 8.1 para valorar “la naturaleza real del vínculo, el contenido de las prestaciones, y la configuración asimétrica y efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, como un elemento necesario para garantizar el efecto útil y protector que corresponde al derecho laboral”, todo ello en perfecta coherencia a mi parecer con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el concepto de trabajador y con las posibilidades interpretativas que abre tanto la introducción como el texto articulado

de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE.¹⁷

No cabe duda, o al menos así me lo parece, de la dificultad de encajar una reforma laboral como la que se ha operado en el marco de una norma que debe justificarse por motivos de extraordinaria y urgente necesidad, si bien tiene una clara justificación a mi parecer no sólo por la necesaria seguridad jurídica para quienes operan en el mundo del trabajo, sino también por la sorprendente, jurídicamente hablando, inaplicación inmediata de la sentencia del TS, con argumentos tales como que respondía a un supuesto contractual distinto del actualmente existente (o de los sucesivos cambios que se han ido operando en la regulación de las relaciones entre empresas y repartidores a medida que los juzgados y tribunales iban reforzando la laboralidad real de la prestación frente al carácter formalmente autónomo de la misma).

Va más allá del texto normativo, a mi parecer, el preámbulo cuando, tras insistir en la presunción reforzada de laboralidad de una relación de trabajo algo más moderna pero que no altera la existencia de los presupuestos sustantivos, afirma que se pretende no solo declarar expresamente, con presunción más que fuerte la laboralidad de la prestación llevada a cabo para las empresas, ya operen estas “con formas de trabajo estándar o no estándar”, expone que la norma incorpora mecanismos “para conseguir su cumplimiento y aplicación efectivos”.

En este punto, sin perjuicio de la aplicación de la normativa general laboral, y de intentar llegar a un acuerdo colectivo (harto difícil en unas relaciones en donde las empresas no reconocen dicha laboralidad) con eficacia erga omnes, sí sería conveniente plantearse de qué forma la normativa legal puede ayudar a tomar en consideración algunas particularidades de estas prestaciones, y teniendo además como referencia la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, sobre tiempos de trabajo y períodos de descanso, y además buscar la extensión de la norma, ya que “una regulación general y omnicompreensiva del trabajo en plataformas digitales resulta a todas luces necesaria”¹⁸.

¹⁷En sentido contrario se manifiesta la profesora Sánchez Uran, Y. “Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE”. Revista Derecho Social y Empresa, núm. 14, enero a junio de 2021. <https://www.dykinson.com/revistas/revista-derecho-social-y-empresa/concepto-de-trabajador-y-economia-digital-respuesta-en-el-contexto-internacional-y-en-el-derecho-de-la-ue/9139/> (consulta: 10 de junio).

¹⁸Vid artículo del profesor Pérez del Prado.

4.3. Análisis del texto articulado

Toca ya adentrarse en el texto articulado, un artículo único por el que se modifica la LET. Esta es la modificación introducida en la nueva DA 23^a:

“Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

Como era lógico suponer, este precepto es el que ha generado más debate hasta el momento en la doctrina laboralista, siendo mi parecer, ya lo he adelantado, el de estar ante una presunción que va más allá de su carácter *iuris tantum*, una presunción “más que fuerte” si se dan los requisitos requeridos por el precepto y que fortalecen la presunción general de la laboralidad ya plasmada en el art. 8.1 LET, sin olvidar que tanto el nuevo precepto como el art. 8.1 tiene directa, y necesaria, relación con los requisitos requeridos por el art. 1.1 LET, en la interpretación efectuada por el TS, para conceptualizar la existencia de una relación laboral asalariada.

Hay diversas y distintas tesis sobre la relevancia y el carácter de la presunción que aparece plasmada en la nueva disposición adicional. Con los obligados límites de un artículo como el que estoy redactando, señalo algunas de las mismas por parte de la doctrina laboralista.

Se ha manifestado que la referencia al artículo 8.1 hace pensar que es una presunción *iuris tantum*, “puesto que este precepto del Estatuto contiene una de este tipo”, y de ello deduce que “cabría, por tanto, la prueba en contrario que acreditara que los servicios prestados a la plataforma no lo han sido bajo un contrato de trabajo sino con un título jurídico diferente¹⁹. Más contundentemente se afirma que estamos ante una presunción de laboralidad “para cuya activación se establecen más requisitos que para activar la presunción general del art. 8.1 ET”. Cree que la presunción establecida por la disposición adicional “exige -o parece exigir- bastantes más requisitos para su aplicación”, por lo que es del parecer que “parece quedar reducido” el ámbito de aplicación de la presunción general, y manifiesta, siempre con bastante prudencia, que “Así, a primera vista, tiene poco sentido que una normativa, que tiene por objetivo reducir la conflictividad, y conseguir la laboralidad de los repartidores en plataforma, añada una carga superior de presupuestos o requisitos de “activación” de los ya existentes antes de la norma”,

¹⁹Vid artículo del profesor Rodríguez-Piñero Royo.

considerando que la redacción del precepto es consecuencia de las “dificultades de alcanzar un acuerdo en el dialogo social” y por ello de estar ante una norma que satisface “intereses contrapuestos”, decantándose finalmente por la presunción *iuris tantum*²⁰, si bien el sustento en la mención al mantenimiento de la exclusión del art. 1.3 g) LET no creo que afecte en absoluto a la valoración que se haga de la presunción en un sentido u otro, ya que perfectamente hubiera podido no incluirse esa mención en la norma (recordemos su origen en 1994 como consecuencia de la conflictividad existente en el sector del transporte) y seguiría abierto el debate.

También se ha expuesto que “una lectura atenta, desapasionada o prejuiciosa, de la letra no aclara lo que se dice quiere decir. Expresamente remite al art. 8.1 y exige que la plataforma ejerza facultades de dirección y organización ex art. 1 ET. Entonces ¿qué aporta realmente esta regla, si lo que dice es que serán personas con relación laboral las que presten servicios en el ámbito de dirección y control algorítmico?” si bien no se descarta que pudiera llegarse a tratar de una presunción *iuris et de iure*, aunque ciertamente tampoco lo tiene claro, y buena parte de este debate radica en que la norma introduce “más incertidumbre que claridad, pues traicionando su misión, con lo que confunde más que innova”.

En sentido radicalmente contrario, y en términos con los que ya he apuntado mi acuerdo, defendiendo la presunción más que fuerte recogida en la nueva norma encontramos a otro sector doctrinal. Se ha destacado²¹ que es la mención al art. 8.1 LET la que abona ese planteamiento, por tratarse de un precepto que “precisamente recoge esta presunción plena cuando concurren los elementos de ajenidad y dependencia”, Estamos en presencia de una variante de la subordinación que puede demostrarse claramente con los indicios expresamente indicado en la norma, y que deberá llevar al reconocimiento de la existencia de laboralidad. Y en la línea que antes he apuntado, conviene señalar lo que se apunta respecto a la problemática (de poca afectación ahora a nuestro debate) sobre el art. 1.3 g LET: “Del mismo modo que a principios de los noventa se estableció una exclusión plena para los transportistas, que expresamente se mantiene por remisión en la nueva disposición, ahora se introduce una presunción de inclusión plena, igualmente fuerte, para los repartidores de mercancías con uso de algoritmos si se dan las premisas de la norma”.

En los mismos términos se afirma²² que la concurrencia de los requisitos requeridos por la norma hará innecesario el debate que ha estado en el centro de toda la conflictividad judicial desde la primera sentencia dictada por el JS núm. 6 de Valencia el 1 de junio de 2018, con la que “inauguraba” la “saga repartidores de empresas de la economía de plataformas”, es decir, “la intensidad mayor o

²⁰Vid artículo del profesor Todolí Signes.

²¹Vid artículo del profesor Cruz Villalón.

²²Vid artículo del profesor Baylos Grau.

menor de la dependencia o subordinación de las personas que trabajan para una empresa de reparto a través de plataformas digitales”. Es claro y contundente el criterio defendido: “la ley presume de manera terminante que la inclusión en el ámbito laboral se produce en cuanto se trate de una actividad de reparto gestionada u organizada mediante algoritmos a través de una plataforma digital”.

Desde otro planteamiento, que no niega en absoluto, todo lo contrario, la importancia de la norma²³, se manifiesta que “es muy discutible... que el legislador haya dado lugar a una auténtica presunción de laboralidad, por lo que seguramente hacemos mal en intentar extraer consecuencias desde esta perspectiva, puesto que ni esa es su naturaleza, ni cumple en realidad esa función”, tesis que desarrolla con amplitud y que expone que “las cosas serían distintas, y se podría hablar con propiedad de una presunción, si se hubiese optado, por ejemplo, por señalar que el trabajo prestado a través de plataformas digitales de reparto se presume incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, salvo prueba en contrario que demuestre el carácter autónomo de la prestación de quien lo realiza o su condición de empresario, dotado de la infraestructura y los medios necesarios para el desarrollo de esa actividad”. Bueno, no me parece en absoluto contrapuesta esta tesis a la de quienes defendemos la existencia de una presunción más que fuerte, ya que justamente la existencia de esos indicios de laboralidad son los que pueden justamente llevar a considerar incluido ese trabajo en el ámbito de aplicación del art. 1.1 LET. ¿Se puede llegar, a través de distintas interpretaciones de la norma, a un mismo resultado? Así me lo parece. Y en cualquier caso, a efectos de determinar la carga de la prueba, introduciendo un apunte de carácter procesal, no está de más recordar el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”; o la doctrina jurisprudencial sobre a quién corresponde demostrar la existencia de vacantes, o no, cuando la empresa comunica a la parte trabajadora que no puede proceder a su reincorporación tras una excedencia voluntaria por no haber vacantes “de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”.

En conclusión, es muy cierto que toda lectura de una norma debe hacerse sin prejuicios y de forma desapasionada..., y ello no impide llegar a valoraciones y tesis distintas, diversas total o parcialmente, o concordante de forma total o parcial. Quede esta afirmación para el debate.

²³Vid artículo del profesor Sanguineti Raymond.

5. RECAPITULACIÓN FINAL

Concluyo quedando abierto, como no puede ser de otra forma, a debatir las tesis y a retocar, modificar, cambiar, o confirmar las expuestas, en el marco de una franca y serena discusión, algo que debe ser el santo y seña de la vida académica (debería serlo también de la política, pero no parece, lamentablemente, que se vaya por esos derroteros). Y lo hago reiterando un parecer defendido desde hace bastante tiempo y que creo que sigue siendo plenamente válido: las relaciones de trabajo siguen siendo conflictivas, la desigualdad de partes sigue existiendo, la subordinación al poder de dirección, organización y disciplinario del empleador, también; la reformulación del presupuesto substantivo de la ajenidad, para atender a las nuevas (algunas no tanto, ni mucho menos) realidades laborales basadas en aplicaciones informáticas, no obsta a que éste siga existiendo. Y, más allá, aquello que se considera del todo punto necesario es que toda persona trabajadora, asalariada o autónoma, tenga unos derechos laborales y de protección social garantizados. O, al menos, es lo que defendemos quienes creemos que la existencia de tales derechos garantiza, mínimamente al menos, la necesaria cohesión social que debe existir en toda sociedad democrática. Y tanto en el presente como en el próximo futuro cobra, y cobrará, especial importancia de qué forma se trabaja y cuáles son las condiciones de trabajo en que se presta el servicio.

EL DERECHO SOCIAL AL INGRESO MÍNIMO VITAL

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“La vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. [...]. En cualquier momento dado la substancia del Derecho corresponde muy de cerca –hasta donde quepa– con lo que en ese momento se entiende por conveniente, pero su forma y mecánica, como así también el grado en el que puede llegar a producir los resultados deseados, dependen en mucho de su pasado”

OLIVER WENDELL HOLMES Jr. (2020, p.5)

EXTRACTO

Palabras clave: Seguridad Social no contributiva, Asistencia Social, rentas mínimas, ingreso mínimo vital

La creación de una Renta Mínima de ámbito estatal se hacía cada vez más necesaria, configurada como derecho social al Ingreso Mínimo Vital. La LIMV la ha establecido en un nivel todavía de “perfil bajo” o modesto, pero resulta innegable que está destinado a acrecentarse en su ideal de cobertura por razones estructurales. El IMV es un subsidio condicionado (integrado en el Sistema jurídico-institucional de la Seguridad Social no contributiva o asistencial); un subsidio no contributivo *focalizado* a los pobres y personas en situaciones de exclusión social severa. Esta medida de renta de subsistencia (IMV) no constituye nada parecido a un primer paso hacia la instauración de una Renta Básica Universal e Incondicionada. Pero cabe decir que tampoco excluye su posible implantación en un futuro ciertamente lejano y marcado por la incertidumbre propia de la que se ha dado en llamar “sociedad del riesgo”. Dejemos que las generaciones futuras decidan sobre las distintas opciones imaginables de política de garantías de rentas de subsistencia para garantizar el derecho a la existencia digna de la persona en una sociedad civilizada.

ABSTRACT

Key words: Non-contributory social security, social assistance, minimum income, minimum living income

The creation of a State-level Minimum Income became increasingly necessary, configured as a social right to Minimum Living Income. The LIMV has established it at a level that is still “low profile” or modest, but it is undeniable that it is destined to increase its ideal of coverage for structural reasons. The IMV is a conditional subsidy (integrated into the legal-institutional system of the non-contributory social security or assistance); a non-contributory subsidy targeted at the poor and people in situations of severe social exclusion. This subsistence income measure (IMV) is nothing like a first step toward the establishment of a Universal and unconditional Basic Income. But neither does it exclude its possible implementation in the certainly distant future, marked by the uncertainty inherent in what has been called the “risk society.” Let future generations decide on the various conceivable options for the policy of subsistence income guarantees to guarantee the right to a dignified existence of the person in a civilized society.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN GENERAL. EL MODELO IDEAL-TIPO DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN
2. LA CONDICIÓN JURÍDICA E INSTITUCIONAL PARA LA PLENA EFECTIVIDAD DE LA RENTA MÍNIMA: LA SUPERACIÓN DEL PREEXISTENTE MODELO ESPAÑOL DESVERTEBRADO DE RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS
3. EL INGRESO MÍNIMO VITAL COMO RENTA MÍNIMA DENTRO DEL SISTEMA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL NO CONTRIBUTIVA
4. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1. INTRODUCCIÓN GENERAL. EL MODELO IDEAL-TIPO DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN

Como se analizará después, el Ingreso Mínimo Vital se inserta dentro del modelo ideal-tipo de las llamadas rentas mínimas de inserción, pero con la caracterización jurídica de ser una nueva prestación no contributiva integrada en el Sistema de Seguridad Social, lo que, entre otras cosas, le dota de una garantía jurídica reforzada (Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital, en adelante, LIMV).

El *modelo ideal-tipo* (sobre el “modelo ideal-tipo”, es clásica la aportación de Max Weber, Monereo Pérez, J.L., 2013a, pp. 55 ss., 110 ss.) de renta mínima de inserción, es una fórmula general de protección social que atiende a las situaciones de pobreza y a las situaciones de exclusión social vinculadas al trabajo. La medida se aleja de las tradicionales técnicas de ayuda asistencialista y viene a reconocer un derecho social condicionado y subsidiario en relación a los demás instrumentos de protección social pública. Se formaliza en un convenio de inserción donde el sujeto asume obligaciones jurídicas establecidas en un programa de inserción profesional. Con ello se trataría de buscar una solución integral al problema de la cohesión social. Pero la renta mínima de inserción está sujeta a comprobación de ingresos o recursos del individuo y de la familia o unidad de convivencia; y está sometido a obligaciones de los sujetos beneficiarios (Monereo, J.L., 2018a; Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo, A., 2020). Afronta el problema de la cohesión social a que abocarían los problemas de la pobreza y de la exclusión social si no se predisponen los instrumentos de corrección y defensa social que suponen las medidas públicas de protección social. Es así que se reclama el principio constitucional de solidaridad como soporte de la intervención social del poder público, el cual se consagraría en el constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho; “forma Estado”, ésta, que se muestra contraria a la pretendida neutralidad social y económica (y, por supuesto, al naturalismo económico) de la Constitución y las consiguientes obligaciones positivas de intervención que pesan sobre el Estado y los demás poderes públicos. De ahí la conformación de una “Constitución Socio-Económica” del Estado Social en la Norma Fundamental (Monereo, J.L., 2006a, 2006b, 1996a, 2001; Ferrajoli, L., 2014; Irti, N., 2004, pp.3 ss.).

Y ello en un periodo de convulsión y de transición entre dos épocas históricas, profundamente marcado por el desarrollo de las fuerzas productivas y tecnológicas, por las crisis estructurales y por el impacto como “hecho social total” de la pandemia Covid-19. Ciertamente, la Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales —en la dirección más solvente— se califica técnicamente de «hecho social total», en el sentido específico de que impacta y convulsiona el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social (Monereo, J.L., 2020a).

La experiencia de las rentas mínimas de inserción o de solidaridad (en adelante, RMI) ha tenido una especial relevancia en España a través de la iniciativa desplegada —muy fragmentada y falta de una mínima homogeneidad en los modelos de organización de los dispositivos y medidas establecidas— por las Comunidades Autónomas al amparo formal de sus competencias en materia de asistencia social (art. 148.1.20ª CE, relativo a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de “Asistencia social”) y la inacción deliberada del Estado en esta materia (salvo la figura próxima, pero de distinta configuración técnica, de la Renta Activa de Inserción, en el marco de la protección estatal por desempleo de la Seguridad Social¹). Las CCAA han realizado una labor fundamental en la cobertura de este vacío de regulación estatal (tan sólo con la excepción puntual de la aludida renta activa de inserción en el marco de la protección legal por desempleo de la Seguridad Social). Esta técnica protectora no es una mera técnica de ayuda —va más allá de la lógica pasiva y estigmatizante de la asistencia social típica clásica—, pues configurada como derecho social combina, en una doble dimensión, el subsidio económico con las medidas de inserción laboral, las cuales son expresión de las políticas activas de empleo (Monereo, J.L. y Molina, C., 1999 y 1998; Monereo, J.L., 2009a; Vila, F., 2016; Goerlich, J.M., 2016) [Para las políticas de activación garantista de la protección pública del empleo en la lógica del Estado del Bienestar “activo”, puede consultarse, Monereo, J.L., 2015a y López Insua, B.M, 2015]. Con esta conceptualización general, las rentas mínimas de inserción o integración presentan los siguientes rasgos caracterizadores:

Primero. No tienen una proyección subjetiva universal, pues se someten a requisitos de ingresos o de recursos, no solo individuales sino familiares; y además suelen fijar un límite mínimo de edad para su percepción (lo que puede desproteger a los jóvenes excluidos del mercado de trabajo y sobrecarga a las

¹ RD 1369/2006, de 24 de noviembre, sucesivamente modificaciones y en algunos casos de carácter *in peius* a través del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (señaladamente, se subordina el reconocimiento del derecho a la renta activa de inserción a la pérdida de un empleo previamente desarrollado, con lo que ello tiene de efecto expulsivo).

familias con insuficiencias en el nivel de recursos). Si las RMI se entienden como rentas mínimas de existencia digna no parece coherente este tipo de exclusiones por razón de la edad. También se cuestiona el carácter universalista de acceso y disfrute debido a que suele exigirse la residencia legal, aunque este requisito puede quedar flexibilizado por la simple exigencia de empadronamiento de las personas migrantes en situación administrativa irregular.

Pero, además, podría encontrar un reconocimiento como zócalo mínimo en una Directiva en el Derecho Social de la Unión Europea. Un sistema de transferencias sociales para la Unión podría asumir una función legitimadora y adherente a la intensificación del proceso de construcción de una Europa unida basada en la garantía de los derechos sociales y en la superación del déficit democrático (reténgase la Resolución del Parlamento Europeo sobre rentas mínimas). La RMI tiene la virtualidad de ir más allá de un ingreso reparador y de compensación, pues incorpora la garantía de un derecho a la reinserción laboral, como garantía del derecho al trabajo, que –eso sí– está condicionada por la suscripción de un compromiso que impone obligaciones al sujeto beneficiario pero también a los poderes públicos. Es por tanto, un convenio que entraña obligaciones jurídicas para bilaterales, sujeto beneficiario y poderes públicos actuantes.

Segundo. Presentan una estructura jurídica e institucional compleja en diversas vertientes. En primer lugar, tienen carácter individualizado (que incluye itinerarios personalizados de inserción laboral) que se formaliza a través de un convenio de inserción en virtud del cual el sujeto beneficiario adquiere deberes de conducta que condicionan la continuidad de las prestaciones (subsidios y servicios instrumentales que reciben, como, por ejemplo, formación profesional). En segundo lugar, el condicionante de un cierto nivel de recursos disponibles por el sujeto y la unidad familiar de pertenencia determina un penetrante control administrativo de los recursos disponibles en cada momento –casi obsesivo– (ejercido en nuestro Estado Social Autonómico a través de las Comunidades Autónomas). Vista desde las dos perspectivas (control de los compromisos asumidos; control de recursos obtenidos dinámicamente), la RMI comporta un fuerte *control público social* de los comportamientos del sujeto beneficiario de las medidas económicas y pro-activas que se consagran en la RMI. Un control que es instrumental, pero que también presenta consecuencias negativas. La tecnología de los informes al respecto sobre las familias o unidades de convivencia, puesta a punto por el sistema público, puede convertirse fácilmente en una fórmula extensiva de control social, cuyos agentes están dirigidos por instancias enmarcadas en la red administrativa y disciplinaria del Estado o poder público.

Tercero. La RMI es sin duda un *derecho social de desmercantilización* (como son todos los derechos sociales a prestaciones positivas) (Monereo, J.L., 1996a, pp. 44 ss.), pero es un derecho que no tiene exclusivamente una dimensión individual, sino también “colectiva”, pues normativamente está referido a la “unidad familiar”

entendida de manera amplia y flexible (uniones de hecho, familia monoparental, unidad de convivencia o dependencia económica, etcétera). El reconocimiento y cuantía se dirige a los hogares, se focaliza a la unidad familiar o de convivencia y no tanto individualmente. Este enfoque difumina y desdibuja la idea de un verdadero derecho subjetivo individual. Puede, así, que paradójicamente haya pocos incentivos para formar una unidad familiar o unidad de convivencia. Se sitúa en la lógica propia del garantismo jurídico e institucional, que no se limita a proclamar los derechos como principios sino que trata de garantizarlos normativamente [para la distinción entre declaraciones y garantías, puede consultarse Monereo, J.L., 1992-1993, pp. 85 ss.; Monereo, J.L., 2009b; para el garantismo jurídico moderno y el modelo normativo de Derecho propio del Estado Social de Derecho, véase Ferrajoli, L., 1999, 2016], asumiendo la doble función de garantía de ingresos y de inserción laboral (y por tanto directamente vinculada a la realización del derecho al trabajo).

Cuarto. La RMI es un derecho social condicionado, paradójicamente en lo que se supone su función o finalidad proactiva, porque, en efecto, el sujeto protegido ha de suscribir un convenio de inserción, en virtud del cual se asumen obligaciones jurídicas –como contrapartidas condicionantes de “activación”–, cuyo incumplimiento puede determinar la suspensión o pérdida del subsidio económico. El incumplimiento de estas obligaciones jurídicas determina, pues, un control sancionador que incide sobre el disfrute de las prestaciones económicas del sujeto titular, beneficiario o destinatario de la medida. Se trata de deberes públicos anudados al derecho social de prestación pública (Monereo, J.L. y Molina, C., 1999, pp. 338 ss.). Sin embargo, cabe decir, críticamente, que debería insistirse más en la denominada “activación objetiva” a cargo del poder público actuante para garantizar una empleabilidad positiva (en garantía de un verdadero derecho a la reinserción profesional), que sobre la llamada “activación subjetiva” que incumbiría exclusivamente al sujeto titular, beneficiario o destinatario de la medida de protección social.

Quinto. En términos de conjunto, este instituto de protección social esta preordenado típicamente a la garantía de integración a través de la inserción laboral, en la lógica de entender el trabajo como el factor más relevante de integración y participación en la sociedad de pertenencia. La idea de fin del trabajo y del trabajo como un valor en extinción no se sostiene en la práctica, más bien se asiste a la emergencia constante de nuevas formas de trabajo (en contra, Rifkin, J., 1996; Meda, D., 1998). No está pensado como derecho social a la integración social fuera de la inserción en el mercado de trabajo. Y esta fuerte orientación “empleativa” muestra los límites de la medida de protección social en una sociedad en la que se acentúa la realidad del trabajo como bien escaso, y en la cual la precariedad laboral está deviniendo –por el momento– como un elemento estructural del modelo de contratación y organización flexible del trabajo profesional, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia (éste en expansión en sus diversas manifestaciones). La

precariedad, la desestructuración del trabajo, las rotaciones laborales y la pérdida de los empleos están suponiendo una pérdida del control sobre su propia vida de los trabajadores (Sennett, R, 2000; Revilli, M., 2001).

La fórmula de las RMI puede estar organizada a nivel nacional (renta mínima garantizada nacional) o a un nivel descentralizado (renta mínima garantizada a nivel regional, federal o de Comunidad Autónoma). Las RMI de “primera generación” están dirigidas mayormente a las situaciones de pobreza y tratan de satisfacer necesidades vitales de las personas –o más exactamente familias- sin recursos. Este modelo de ingreso mínimo, evoluciona históricamente dando un salto cualitativo en distintos países hacia una RMI de “segunda generación”, que trata de afrontar el problema devenido en estructural de la nueva pobreza y las situaciones de exclusión social (normalmente vinculadas a la falta de trabajo o a un trabajo precario que no libera de la pobreza). Se pretende luchar contra la pobreza y las situaciones de exclusión social en el marco de una estrategia que combina los subsidios con las medidas orientadas a la inserción profesional. Los subsidios pueden ser de diferente cuantía, previa comprobación de recursos, e incorporaran políticas activas de empleo encaminadas a la reinserción profesional (Monereo, J.L. y Molina, C., 1999; García Romero, B., 1999).

2. LA CONDICIÓN JURÍDICA E INSTITUCIONAL PARA LA PLENA EFECTIVIDAD DE LA RENTA MÍNIMA: LA SUPERACIÓN DEL PREEXISTENTE MODELO ESPAÑOL DESVERTEBRADO DE RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En España, la RMI o renta garantiza podría tener su encaje en el art. 41 de la Constitución, como un derecho dentro de un sistema evolucionado de Seguridad Social (Seguridad Social Asistencialista), es decir una prestación no contributiva de la Seguridad Social. Sin embargo, no ha habido voluntad política para implantarlo por esa vía hasta la introducción del IMV. Hasta entonces ha sido obra de las Comunidades Autónomas la implantación en sus respectivos territorios de dispositivos de rentas o ingresos mínimos de inserción o de integración. Y lo han hecho al amparo de su competencia en materia de asistencia social (art. 148.1.20ª CE). De este modo, se ha dado lugar a distintos modelos heterogéneos y con manifiestas desigualdades y deficiencias planteadas por gran parte de la doctrina. En un debate abierto, actualmente se postula una creación de una RMI en el ámbito estatal y en el marco del sistema de Seguridad Social utilizando el cauce competencial del art. 149.1.17ª CE. Y no sólo para garantizar la racionalización del sistema desvertebrado actual, sino también para garantizar el principio de igualdad y la mejora de la calidad de las prestaciones dispensadas (pues el modelo descentralizado por CCAA ofrece limitaciones e insuficiencias palpables para

aborda de la raíz el problema de la cuestión social de la pobreza y la exclusión social) para luchar contra las situaciones de pobreza y de exclusión social.

En el caso de España, al igual que ocurre en otros países europeos, existía la convicción en un sector de la doctrina científica de que habría que caminar hacia una decidida implantación de un sistema nacional de RMI, superando la heterogeneidad y aporías del modelo desvertebrado actualmente existente. Será después cuando, acaso, pueda pensarse en profundizar ese modelo nacional de RMI hacia la lenta experimentación de fórmulas análogas o próximas a la renta básica en sentido estricto, tal y como la doctrina ha conceptualizado y delimitado anteriormente (Monereo, J.L., 2008a; Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo, A., 2020). Y ese largo camino a recorrer sólo evidencia que las técnicas de ayudas proactivas *ex post* (RMI) son incapaces para afrontar el problema de la nueva cuestión social generada por la desestructuración del trabajo, la precariedad laboral, la tercerización de la economía, etcétera; circunstancias, éstas, que aconsejarían el establecimiento de medidas *ex ante* de carácter más preventivo (como sería el caso de la renta básica).

En la evolución de la protección social en las dos últimas décadas sobresale positivamente la transición en muchos países desde los dispositivos asistenciales tradicionales hacia las rentas mínimas *de inserción* (Monereo, J.L., 2015b). Esta transición supone un importante cambio conceptual de las rentas mínimas, pues se trata de figuras en las que convergen, *a priori*, dos derechos distintos, pero integrados en un “derecho función” de estructura compleja: el derecho al aseguramiento de un nivel mínimo de renta y el derecho a la provisión de itinerarios de inserción (diseño de proyectos individualizados, actividades formativas, trabajos de colaboración social, etc.). Ello dota a las rentas mínimas de inserción de un carácter diferente y alternativo a los sistemas tradicionales. Estos derechos, que descansan en lógicas contradictorias sólo en apariencia (reparadora y pro-activa), se conjugan así como manifestación del “derecho social a la inserción” pero –se insiste– como derecho de estructura y función jurídica compleja.

Es posible, pues, distinguir entre los ingresos mínimos de la “primera generación” y los de “segunda generación”. El proceso de recreación –cuando no “reinención”– de las RMI se ha acrecentado con la evolución hacia las “rentas de solidaridad activa”, cuyo paradigma es nuevamente el ordenamiento francés. La “*revenu minimum d’ inserción*” (RMI), que se aprobó por la Ley de 1 de diciembre de 1989, fue reemplazada por la “*revenu de solidarité active*” (RSA), creada por Ley nº 2008/1249, de 1 de diciembre de 2008 generalizando la renta de solidaridad activa y reformando las políticas de inserción. A su vez, la RSA ha sido afectada –reemplazándola– por una nueva prestación denominada “*prime d’ activité*”, aprobada por la Ley de 17 de agosto de 2015. La RMI presentaba en el modelo francés también dos componentes: un componente de garantía de recursos y otro de inserción. A diferencia de la RMI, la RSA y la “prima de actividad” jerarquizan

expresamente las formas de inserción: hacen de la inserción profesional la forma prioritaria de inserción y presentan la inserción social como una inserción por defecto (Badel, M., 2018; Eydoux, A., 2013; Damon, J., 2016, 2015; Le Naire, O. et Lebon, C., 2017). Acentúa, así, el elemento “pro-activo” profesional, pero dejando en un segundo lugar, en la prioridades o preferencias, el elemento de la reinserción social [Para ver esa evolución en la perspectiva comparada, Milano, S., 1988; Monereo, J.L., y Molina, C., 1999; García, M.B., 1999; Kessler, F., 2010. Una revisión del ingreso básico y “sus parientes” en perspectiva de síntesis, en Van Paerijis, PH. y Vanderborght, Y., 2017, pp. 49 ss.; Monereo, J.L., 2018a; Calvo, J.; Monereo, J.L. y Rodríguez, G. 2020b; Gómez, R. 2020].

Todo ello en el sentido de que la función básica de los primeros es la de satisfacer las necesidades vitales de las personas consideradas, tratándose de prestaciones económicas con contraprestaciones ligeras por parte del beneficiario, tales como la aceptación de ofertas de empleo. Este tipo de rentas mínimas presenta algunos serios inconvenientes, bien porque no logran eliminar el estigma de la asistencia, bien porque se prefiere la ayuda material a las medidas de fomento de la inserción, con lo que se corre el riesgo de que los pobres queden en una situación de dependencia permanente del régimen de protección social (el conocido riesgo de la “cronificación”). Frente a estos sistemas, han surgido otro tipo de ingresos mínimos “de segunda generación”, en los que, junto al riesgo de la pobreza, entendida como una insuficiencia de medios económicos, se contempla también el de la *exclusión social y/o profesional*. En este sentido, los ingresos mínimos se conciben como una estrategia de lucha contra la pobreza y la exclusión social en la perspectiva de la inserción, dado que se vincula el disfrute del subsidio con medidas complementarias de inserción social.

Es el nuestro un modelo de renta de inserción descentralizado y en gran medida desvertebrado por la inexistencia de una normativa estatal de renta mínima garantizada y, en todo caso, la falta de una mínima coordinación entre las rentas autonómicas. Por tanto, tienen una configuración jurídica automática (dejando a salvo la figura distinta de la RAI en el marco de la protección por desempleo, la cual está integrada en el sistema de Seguridad Social). En todos los casos, y como regla general, estamos ante rentas condicionadas a la concurrencia de determinados requisitos (señaladamente, comprobación del estado de necesidad y la indisponibilidad de recursos suficientes para atenderla) y que tienen un carácter subsidiario respecto de otros instrumentos de garantía de rentas obtenidas por el sujeto y la unidad familiar o unidad de convivencia, pues su finalidad es satisfacer las necesidades básicas tanto del sujeto beneficiario como de los restantes miembros que integran esa unidad de convivencia en los términos jurídicamente relevantes. Las RMI se dirigen, pues, a las personas y a sus familias o unidades de convivencia. Pero sí hay un aspecto individualizador independiente del subsidio económico (proyectado hacia la unidad de convivencia), cual es el compromiso

del beneficio (y correlativa obligación de los poderes públicos de instrumentar lo necesario para garantizar su efectividad) de suscribir un compromiso de actividad encaminada a la reinserción (actividades formativas y aquellas que se determina que propicien o faciliten la inserción profesional). En esta perspectiva, la RMI mira a garantizar la efectividad del derecho al trabajo de las personas excluidas o que están incorporadas al mercado de trabajo.

Así la Ley 14/2017, de 20 de julio, de renta garantizada de ciudadanía (que desarrolla el art. 24.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña)², sería un buen exponente paradigmático de estos rasgos configuradores. La renta garantizada de ciudadanía constituye la manifestación de varios principios: del principio de igualdad entendido como la eliminación de cualquier discriminación en el acceso a la prestación; del principio de equidad, puesto que el reconocimiento y la aplicación de la prestación se plantean como respuesta a la situación de necesidad desde una vertiente de redistribución de los recursos y de discriminación positiva; del principio de empoderamiento y autonomía de las personas en sociedad, entendido como el conjunto de prestaciones económicas y servicios que las fortalecen y les permiten salir de las situaciones de pobreza y necesidad, que deberían ser siempre transitorias y no cronificadas, y del principio de universalidad, solidaridad y complementariedad, pues se garantiza su acceso a todas las personas que reúnen los requisitos exigidos, constituye una manifestación de solidaridad y de justicia social y complementa los ingresos de sus destinatarios en situaciones de carencia de medios. Asimismo, responde al principio de subsidiariedad, puesto que la prestación se reconoce cuando no es posible el acceso a otros mecanismos de protección, ya sea porque ha finalizado su cobertura o porque no han sido concedidos (Preámbulo)³.

Tienen derecho a la renta garantizada de ciudadanía las personas que cumplan los requisitos regulados por la presente ley (art. 5.1). No es una verdadera “renta

² Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del EAC: “Las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establezcan”.

³ La regulación y el desarrollo de la renta garantizada de ciudadanía responde también a otro grupo de principios que constituyen el marco de la actuación de las administraciones públicas en esta materia. Así, tiene en cuenta el principio de responsabilidad pública en la atención al ciudadano, ya que la provisión de la prestación se incardina en el sistema de servicios sociales y de empleo públicos, y su disponibilidad y gestión quedan garantizadas por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias. Asimismo, la regulación de la prestación es una manifestación del principio de estabilidad, de modo que se mantiene la percepción de la prestación siempre y cuando persista la situación de exclusión social que la ha originado y el cumplimiento de los requisitos, las condiciones y las obligaciones establecidos. Del mismo modo, tiene en consideración el principio de atención individualizada. Por ello, la prestación debe responder en cada caso a

básica”⁴. Esta Ley considera destinatarios a los titulares y beneficiarios de la renta garantizada de ciudadanía (art. 5.2.c). Entiende por titular la persona en favor de la cual se aprueba la prestación económica de la renta garantizada de ciudadanía y, en su caso, un plan individual de inserción laboral o de inclusión social (art. 5.2.a), y por beneficiarios, las personas que forman parte del mismo núcleo como miembros de la respectiva unidad familiar (art. 5.2.b). Se deja constancia, por otra parte, “una *unidad familiar* solo puede dar derecho a un único expediente de prestación de renta garantizada de ciudadanía” (art. 5.4)⁵.

Paradigmática resulta, igualmente, la RMI Social de Andalucía (Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía). El enfoque y el modelo seguido –más allá de algunas similitudes- es matizadamente distinto al implantado en la Comunidad Autónoma de Cataluña. El objeto del Decreto-Ley es regular la prestación económica orientada a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social, denominada Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, que deberá incorporar un itinerario a través de un Plan de inclusión sociolaboral, en los términos establecidos en los artículos 42.1 y 42.2.g) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (Art. 1).

La ordenación normativa explicita la finalidad de este instrumento de protección social al indicar que “los fines de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía son los siguientes: a) Reducir la tasa de pobreza y de exclusión social en Andalucía, especialmente la *pobreza infantil*. b) Mejorar las posibilidades de inclusión social y laboral de las personas en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, especialmente de aquellas que tienen menores a su

las condiciones y necesidades particulares de sus destinatarios, sin olvidar, en su caso, las peculiaridades de los grupos o colectivos a los que pertenecen.

La participación de los destinatarios constituye, asimismo, un principio de atención inexcusable. Por ello se garantiza su contribución activa, comprometida y responsable en la superación de la situación, así como su intervención en la programación y desarrollo de los itinerarios que puedan diseñarse para la integración.

Es también, sin duda, una prestación con un *carácter de política familiar muy marcado*, que protege a las familias y a los niños de las situaciones de vulnerabilidad. El carácter integral de la prestación da respuesta también a la pobreza infantil derivada de la existencia de familias con hijos en situación de extrema pobreza.

Por último, se considera también la perspectiva de género, con el establecimiento de medidas de acción positiva que tienen en cuenta las necesidades especiales que presentan las víctimas de violencia de género.

⁴ La Disposición derogatoria de la Ley 14/2017 incluye, significativamente, a la Ley 10/1997, de 3 de julio, de la RMI, “con las excepciones establecidas por las disposiciones transitorias de la presente Ley” (Ley 14/2017).

⁵ Se aporta un concepto instrumental de *unidad familiar*: “A los efectos de lo establecido por la presente ley se considera unidad familiar la formada por una o más personas que mantienen entre ellas vínculos familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, así como por adopción o acogimiento, o *vínculos de convivencia asimilados* a los vínculos mencionados, excluyendo los que sean de simple vecindad compartida. La relación de parentesco se cuenta a partir del titular” (art. 6.1 de la Ley 14/2017).

c) cargo y teniendo en cuenta la diferente situación de los hombres y las mujeres. c) Aumentar el grado de autonomía personal y *familiar* y atender la satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna de la unidad familiar “(art. 6. *Finalidad*).

En cuanto a las *Personas titulares y beneficiarias*: Conforme al art. 6 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, tendrán derecho a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, las *unidades familiares* cuyas personas miembros tengan vecindad administrativa en Andalucía, se encuentren en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del presente Decreto-ley, así como aquellas que, aun no cumpliendo alguno de los requisitos, se encuentren en situación de urgencia o emergencia social. Podrán ser personas titulares de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía las personas solicitantes y receptoras con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía y que forman parte de una unidad familiar pluripersonal o bien constituya por sí misma una unidad familiar unipersonal (art. 3).

El tercer modelo o paradigma relevante es el de la Renta de Garantía de Ingresos (RGI). Su regulación básica se establece en Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social⁶, y por el Decreto 147/2010, de 25 de mayo, de la Renta de Garantía de Ingresos (desarrollo de aquélla). El objeto de la Renta de Garantía de Ingresos es una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida tanto a la cobertura de los gastos básicos para la supervivencia como a la de los gastos derivados de un proceso de inclusión social y/o laboral, y destinada a las personas integradas en unidades de convivencia que no dispongan de ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos (art. 1). La renta de garantía de ingresos se configura jurídicamente como una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida a las personas integradas en una unidad de convivencia que no disponga de ingresos suficientes para hacer frente tanto a los gastos asociados a las necesidades básicas como a los gastos derivados de un proceso de inclusión social (art. 11; por su parte, el art. 2 delimita los objetivos perseguidos). Se estructura, además, como un verdadero derecho subjetivo: La renta de garantía de ingresos se configura como un derecho subjetivo para todas aquellas personas que cumplan los requisitos específicamente regulados para el acceso a la prestación en la modalidad que resulte de aplicación (art. 12). De estas características destaca la configuración de un derecho de estructura jurídica compleja, pues se habla de un “doble derecho” (art. 3), en virtud del cual se reconoce a las personas tanto el derecho a acceder a medios económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de la vida como el derecho a disfrutar de apoyos personalizados orientados a la inclusión

⁶ La Disposición derogatoria, deroga la Ley 12/1998, de 22 de mayo; y deroga la Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de los Derechos Sociales (modificada por la Ley 4/2007, de 22 de junio), sólo en los artículos 6, 7 y 8.

social y laboral. No excluye la posición de “deber”, pero sí parece que éste se sitúa en un segundo plano.

El segundo elemento a retener también tiene que ver con el modelo de atención personalizada y de proximidad, ajustado al enfoque comunitario de la atención y la puesta en valor de su carácter *preventivo* (adviértase la relevancia que adquiere la dimensión preventiva en el cuadro finalista de la medida social instaurada). Así, en ese marco, otorgará prioridad a las actuaciones de prevención, facilitará, siempre que resulte posible y conveniente, la atención de las personas en su entorno habitual y garantizará la adaptación de las intervenciones a las necesidades de la persona o de la unidad convivencial, el carácter integral de dichas intervenciones y la continuidad de los itinerarios de atención (art. 4).

La titularidad del derecho se configura en términos muy amplios, distinguiendo entre personas titulares, destinatarias y receptoras. 1º. Serán titulares de las prestaciones económicas de derecho y, en su caso, de los instrumentos de inclusión regulados en la presente ley las personas a nombre de quienes se tramita y concede la prestación y en quienes recae el derecho a la prestación o al convenio de inclusión. 2º. Tendrán la consideración de personas destinatarias de las prestaciones económicas de derecho y del convenio de inclusión las personas que formen parte de la misma unidad de convivencia que la titular. En el caso de las ayudas de naturaleza subvencional, tendrá la consideración de beneficiaria la persona a nombre de quien se tramita y a quien se concede la ayuda. 3º. Con carácter general, serán receptoras de las prestaciones económicas de derecho reguladas en la presente ley las personas titulares de las mismas. En el caso de las ayudas de naturaleza subvencional, serán receptoras, con carácter general, las personas beneficiarias de las mismas (art. 8).

Por otra parte, destinataria de las medidas es también la “unidad de convivencia”, concepto instrumental palpablemente se distingue de la unidad familiar (art. 9, en relación con el art. 8).

Un aspecto muy importante en la lógica interna de las instituciones es el relativo a la centralidad que ostenta el “Convenio de Inclusión” (art. 7).

Ciertamente, sobre la base del título competencial de “asistencia social” las CC.AA han asumido la competencia en materia de Renta de Inserción. El resultado práctico ha sido una expansión de las medidas asistencializadoras de las CC.AA, al amparo de una interpretación flexible del art. 148.1. 20ª CE, que ha permitido incluir la innovadora figura de las rentas mínimas de inserción. El TC ha apreciado ya desde los orígenes de la instauración de este tipo de medidas la legitimidad de la inclusión en la competencia de asistencia social autonómica, entendiendo que no forman parte del Sistema de Seguridad Social, operando con técnicas diferentes a las que han venido caracterizando a la Seguridad Social clásica (muy marcada por los ya relativizados criterios de previsionalidad y de contributividad)

(SSTC 146/1986, de 25 de noviembre, 76/1986, de 9 de junio, 13/1992, de 6 de febrero, 239/2002, de 11 de diciembre, 226/2012, de 19 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre, etcétera), y también dando cuenta de la posterior evolución contemporánea hacia una seguridad social asistencial o no contributiva (realizando el componente asistencialista de la misma Seguridad Social). Estableciendo, esta línea, una distinción operativa entre una asistencia social “interna” al sistema institucional de la Seguridad Social y otra “externa” que sería de competencia exclusiva de las CC.AA (SSTC 76/1986, de 9 de junio, 13/1992, de 6 de febrero, 239/2002, de 11 de diciembre, 226/2012, de 19 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre).

Admitido que las CC.AA tienen una competencia propia en materia de asistencia social (asistencia externa al sistema de Seguridad Social) y que la Seguridad Social junto a la dimensión contributiva incorpora un componente asistencial, la delimitación de fronteras es más delicada obedeciendo a una decisión no meramente técnico-jurídica sino también de política del Derecho. De manera que no será suficiente distinguir entre previsión social y asistencia social (ésta se caracteriza, como es conocido, por la atención preferente a las situaciones objetivas de necesidad, por la inexistencia de la contributividad –al menos en vía principal-, y tendencialmente por incorporar una lógica universalista, aunque según el tipo de medidas puede remitirse a sujetos específicos y estar condicionada al cumplimiento de determinados requisitos; su concesión está normalmente condicionada)⁷, sino que es preciso establecer mecanismos de atribución competencial que garanticen espacios efectivos vitales de regulación de la materia asistencial tanto para las CC.AA como para la Seguridad Social Asistencial. El debate y las iniciativas actuales en favor de un “sistema de Rentas Mínimas garantizadas en todo el Estado”, con el que se atienda prioritariamente a los cerca de 740.000 hogares que no tienen ningún tipo de ingresos, en los que viven, 1,4 millones de personas; o incluso la más ambiciosa propuesta de implantación a nivel estatal –y en el marco de la Seguridad Social- de una “renta básica” o ingreso de ciudadanía universalista (e incondicionado; la cual en su lógica interna sobrepasa la idea misma de la asistencia social clásica abarcando una renovada asistencia social universalista que podría formar parte, potencialmente en términos constitucionales, de la Seguridad Social Asistencial ex art. 41 CE), ilustraría por sí mismo el hecho de que las fronteras son próximas y que lo que debe procurarse es respetar las respectivas *garantías constitucionales* de competencias en materia de asistencia social entre el Estado y las CC.AA buscando soluciones coherentes y equilibradas (artículos 148.1.20 CE, y 149.1.17, en relación con el art. 41 y concordantes del Texto constitucional).

⁷ Hay que tener en cuenta que el principio de la condicionalidad incorpora un criterio de intercambio funcional entre prestaciones y sujetos protegidos que da lugar a un sistema de obligaciones recíprocas.

Es relevante hacer notar que conforme al art. 34.3 (“Seguridad Social y ayuda social”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el *derecho a una ayuda social...* para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas en el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales” (Monereo, J.L., 2012b, pp. 893 ss.).

Con base al art. 148.1.20ª CE, las CC.AA han venido asumiendo competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, en cuyo marco autonómico se han incluido la renta mínima de inserción con distintas denominaciones. En todo caso, es necesario replantear el modelo en un doble sentido: racionalizando la heterogeneidad de rentas de inserción (con distintas denominaciones, por otra parte) establecidas en las CC.AA, simplificándolo y coordinando los distintos tipos de medidas, por un lado, y por otro, pensando seriamente en establecer una renta básica a nivel de todo el Estado Social Autonómico, que pudiera ser completada o mejoradas por cada CC.AA. Por lo demás, no es baladí hacer notar que ese reajuste de la medida se impondría porque una renta básica incluida dentro de la Seguridad Social Asistencial (en su vertiente no contributiva) provocaría automáticamente la incorporación al Reglamento 883/2004, de 29 de abril, en cuyo art. 3.5 se excluye expresamente de las normas de coordinación comunitaria a las prestaciones asistenciales. Aparte de ello, existen iniciativas, todavía muy poco desarrolladas, de establecer una “renta mínima europea” (véase, señaladamente, el Dictamen del CESE sobre “la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de iniciativa)”, 2014/C 170/04, DOCE, 5.6.2014). El impulso más significativo es la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (2016/2270/(INI)).

Debe ser objeto prioritario de la iniciativa legislativa y de la concertación social la propuesta de un Sistema de Rentas Mínimas Garantizadas en España. Las actuales prestaciones sociales de índole asistencial se caracterizan por la diversidad y las diferencias territoriales y por un nivel de cobertura claramente insuficiente. Las instituciones de la Unión Europea vienen promoviendo desde hace tiempo diversas propuestas para el desarrollo de sistemas de rentas mínimas y otros instrumentos de lucha contra la pobreza y la exclusión social. La propia Comisión Europea ha propuesto reforzar la relación entre rentas mínimas y activación laboral, diseñando el concepto de “*inclusión activa*” (“conjunto de procesos sociales e institucionales que desarrollan el derecho de todo ciudadano a la plena integración en la sociedad, al ejercicio de sus derechos sociales y de manera particular a la inserción laboral y social”) e instando a las políticas públicas y a los agentes sociales para promover acciones y programas que hagan frente a las importantes insuficiencias de los sistemas de protección contra el riesgo de pobreza y o exclusión, riesgos sin duda

modificados e incrementados como consecuencia de la intensidad y la duración de la crisis económica.

Hay que tener en cuenta que el debate sobre la instauración de una “*renta mínima europea*” ya está planteado en el marco de las instituciones de la Unión Europea. Así el Comité Económico y Social Europeo (CESE) entiende que, atendiendo a las previsiones de conformación de los mercados de trabajo y a la difícil coyuntura actual, el establecimiento de una renta mínima europea, contribuirá a la cohesión económica, social y territorial, a la protección de los derechos humanos fundamentales, al equilibrio entre los objetivos económicos y sociales y al reparto equitativo de los recursos y la renta. Realza que es acuciante la necesidad de garantizar una *renta mínima adecuada en la Unión Europea* mediante una Directiva Marco dirigida a combatir la pobreza y la exclusión social, facilitando la inserción en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado también el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza y la exclusión social, e insta a la Comisión Europea a *emprender una acción concertada que responda a la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo* (Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social; 2011/2052/(INI), DOC 153E de 31.5. 2013, pp. 57-78). La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones (contributividad) y que proporciona una red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza y exclusión social, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tienen otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo [Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de Iniciativa), aprobado los días 10-11 de diciembre de 2013, 2014/C 170/04; y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), “Por una Directiva marco europeo sobre la renta mínima” (Dictamen de iniciativa), aprobada en pleno n.º. 541, el 20. 02.2019⁸].

En consecuencia, en el marco de las políticas legislativas concertadas se debe situar la propuesta de un Sistema de Rentas Mínimas Garantizadas común para toda España (Estado Social Autonomico), que tenga carácter estructural y voluntad de permanencia y que se regule mediante una ley estatal. Se trataría con ello de hacer efectivo el derecho a percibir unos ingresos mínimos de subsistencia y de establecer medidas de apoyo dirigidas a conseguir la inclusión sociolaboral, reconociendo este derecho con carácter subjetivo.

⁸ SOC/585- EESC-2018-02210.00-00-AC-TRA (EN) 1/16- Ponente: Georges Dassis.

3. EL INGRESO MÍNIMO VITAL COMO RENTA MÍNIMA DENTRO DEL SISTEMA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL NO CONTRIBUTIVA

El RD-ley 20/2020, de 29 de mayo (LIMV)⁹, estableció dentro del sistema de Seguridad Social, en su nivel no contributivo, una nueva prestación denominada Ingreso Mínimo Vital (IMV). Las razones son estructurales vinculadas a la cronificación de la pobreza y de la exclusión social, pero también coyunturales derivadas de la situación crítica ocasionada por la Pandemia Covid-19 que está suponiendo un aumento exponencial de estos riesgos sociales (Monereo, J.L., 2020e, pp. 424 ss.; Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo, A., 2020, pp. 13 ss.). En un escenario geopolítico presidido por la incertidumbre y las tensiones – conflictos y presiones de los poderes fácticos- sobre los regímenes democráticos (Boyer, R., 2020).

El Ingreso Mínimo Vital presenta una serie (no yuxtaposición o suma) de elementos típicos y delimitadores como nuevo derecho social de desmercantilización.

Primero. Su *finalidad* típica general es la lucha contra la pobreza y la desigualdad social a través de la garantía de ingreso y la igualdad de oportunidades. La ordenación es nítida en su propio tenor literal, cuando delimita el objeto del real decreto-ley, indicando que “tiene por objeto la creación y regulación del ingreso mínimo vital como prestación *dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social* de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, *cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad* por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas” (art. 1 Objeto). Subyace la idea-fuerza de establecer una prestación económica principal (más una serie de medidas complementarias y de acompañamiento social, como las vinculadas a las políticas de empleo, a las que se hará referencia después) que cubra el riesgo general de pobreza y de exclusión social severa. Es importante subrayar que su objetivo típico no se limita a la cobertura de las situaciones de “indigencia” (objetivo tradicional de la “beneficencia pública”), sino mucho más ampliamente -y con una nueva visión de los derechos sociales a proteger- a la protección de las situaciones de pobreza –absoluta y relativa- y las situaciones de exclusión social vinculadas a la falta (desempleo) o deficiencia (trabajadores “pobres” o “precarios”) del trabajo profesional.

Esta prestación nace con el objetivo principal de garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda

⁹ Este RD-Ley ha sido objeto de sucesivas e importantes modificaciones realizadas principalmente en virtud del RD-ley 25/2020, de 3 de julio, el RD-ley 28/2020, 22 septiembre; el RD-ley 30/2020, 29 septiembre; el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9-12-2020; RD-ley 35/2020, de 22 diciembre y el RD-ley 3/2021, de 2 febrero.

la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos. La prestación no es por tanto un fin en sí misma, sino una herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad. Aunque la situación de privación económica que sufren las personas a las que va dirigida esta medida esté en el origen de su situación de vulnerabilidad, la forma concreta que tomará su inclusión social variará en función de las características de cada individuo: para algunos, será el acceso a oportunidades educativas, para otros, la incorporación al mercado de trabajo o, la solución a una condición sanitaria determinada.

Este objetivo de inclusión condiciona de manera central el diseño de la prestación, que, incorporando las mejores prácticas internacionales, introduce un sistema de incentivos buscando evitar la generación de lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores. Para aplicar este sistema de incentivos, resulta fundamental la cooperación con las comunidades autónomas y entidades locales en el despliegue de unos itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación para los beneficiarios del ingreso mínimo vital, dado que, en el ejercicio de sus competencias, pueden acceder de manera más directa a las realidades concretas de los perceptores a través de los servicios sociales, pieza clave en la articulación del sistema. El sector privado también será copartícipe del diseño de estos itinerarios de inclusión, estableciéndose un Sello de Inclusión Social que acredite a todas aquellas empresas que ofrezcan oportunidades de empleo y formación a los perceptores del ingreso mínimo vital.

El IMV no es, pues, una política dirigida apriorísticamente a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto. Esta política actuará, así como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo: carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades, transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas frente a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables (Véase Exposición de Motivos de la LIMV).

A partir del artículo 41 de nuestra Constitución, la doctrina constitucional concibe la Seguridad Social como una «función [social] del Estado» (STC 37/1994). De un lado, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto la estrecha vinculación de este precepto con el artículo 1 del mismo texto constitucional en el que se reconoce el carácter social de nuestro Estado que propugna la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento; así como su conexión con el artículo 9.2

en el que se recoge el mandato de promoción de la igualdad y de remoción de los obstáculos que la dificultan.

De otro lado, esta caracterización como función del Estado supone que la Seguridad Social ocupa «... una posición decisiva en el remedio de situaciones de necesidad...», con la particularidad de que la identificación de tales situaciones y el modo en el que se articula su protección se ha de hacer «... teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales» (STC 65/1987).

De lo anterior puede deducirse la trascendencia que para la sociedad española tiene la aprobación del ingreso mínimo vital. Porque, más allá de la dimensión coyuntural que una medida como esta tiene en el actual contexto de crisis provocado por la pandemia, la nueva prestación se integra con vocación estructural dentro de nuestro sistema de Seguridad Social reforzando decisivamente su contenido como garantía institucional «... cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales» (STC 32/1981). (Exposición de Motivos de LIMV).

No es baladí subrayar que la situación compleja protegida –o si se quiere contingencia social de relevancia jurídica objeto de protección– es integrada bajo la categoría socio-jurídica de “*vulnerabilidad económica*”. Esto resulta palpable desde las Exposiciones de Motivos o Preámbulos hasta la misma regulación. Y puede ser útil siempre que se precise su contenido, pero puede tener el riesgo de “diluir” y “difuminar” la realidad social diversificada y dramática como es la pobreza absoluta y relativa y la exclusión social de jóvenes y mayores por su dificultad de acceso y permanencia en el trabajo. Pero el concepto de “vulnerabilidad” no sólo puede tener el efecto no deseado de ocultar la dura realidad subyacente al IMV, sino también de que se construya un nuevo concepto jurídico-social que paradójicamente contribuya a expandir o acrecentar legalmente a los excluidos bajo un prisma pretendidamente homogeneizador de situaciones sociales heterogéneas y de biografías sociales individualizadas. Es decir, que se contribuye a crear la “subclase” o “infra clase” funcional en una sociedad fragmentada donde las situaciones de pobreza y de desventaja social se cristalizan y cosifican.

Ciertamente, el problema de este concepto de vulnerabilidad o inseguridad, es que debe ser siempre precisado en sus contenidos cada vez que se utiliza. De este modo, no existe el peligro de que sea un concepto mítico que enmascare –por el juego de las fórmulas más de las ciencias sociales y jurídicas– las realidades subyacentes. En la lógica interna del IMV la vulnerabilidad remite a una mayor predisposición al riesgo de individuos, familias y colectivos de la población que pueden determinar la pérdida de bienes esenciales y medios necesarios para una vida digna. Tiene una relación con la exposición a contingencias y tensión, y la

dificultad para afrontarlas; y se vincula a los medios disponibles y a las capacidades de respuesta. La vulnerabilidad tiene por tanto dos elementos. Por un lado, una parte externa, de los riesgos, convulsiones y presión a la cual está sometido un individuo, familia o unidad de convivencia; y un elemento o dimensión interna, que estriba en las dificultades de defensa, por falta de capacidades o falta de medios para hacer frente a la situación sin pérdidas perjudiciales. Es así que la vulnerabilidad enlaza con la inseguridad, en virtud de una multiplicidad de exposiciones a riesgos de distinta naturaleza (sanitarios, económicos, psicológicos, dificultades de capacidad para responder a ellos y peligro constante de caída en una situación de colapso) [Pérez de Armiño, K., 1999; Blaikie, P. et alii, 1994; Anderson, M. B. y Woodrow, P.J., 1989; Bohle, H. G., 1993; Cannon, T., 1994; Chambers, R., 1989. Vid. los estudios de referencia más amplios sobre capacidades y desarrollo humano, Sen, A., 2010; Nussbaum, M.C., 2011, 2007; Monereo, J.L., 2014b, pp. 951 ss.. Para la delimitación y fundamentación de los “nuevos” derechos fundamentales (los llamados derechos de la “tercera generación” y “cuarta generación”), puede consultarse Monereo, J.L., 2009a, pp. 120 ss.).

A ello hay que añadir que la vulnerabilidad adquiere manifestaciones e intensidades diversas, que, como en el caso del IMV, han de ser tomadas en consideración para responder a los problemas sociales de carácter estructural y coyuntural que afectan a las familias y a las unidades de convivencia. Y se ha de tener presente los factores económicos (muy presentes en la pobreza en sí), sin duda, pero también los aspectos relacionales y de inclusión social (muy presentes en las situaciones de exclusión social). En ambos casos se produce una afectación al sistema de necesidades económicas, sociales y culturales, pero también una incidencia importante en el estado de salud física y psicológica. Todo ello con distinta intensidad (en términos de vulnerabilidad moderada, grave o muy grave), que exige distintas modalidades de intervención en el campo de la protección social que ha de ser dispensada.

Desde esta perspectiva, la adjetivación como “económica” de la situación de vulnerabilidad (entendida sólo como “vulnerabilidad económica”), *resulta deficiente e insuficiente respecto a los fines legalmente perseguidos por la propia LIMV*, puesto que la vulnerabilidad es una situación compleja que comprende las dimensiones interrelacionadas de carácter económico, social, de salud (física y psíquica), de capacidades y de carácter cultural y educativo. Y esto es importante para atender a la interrelación entre la prestación principal (la prestación económica) como las prestaciones accesorias anudadas a la principal (políticas activas de empleo –facilitación del acceso al empleo, formación profesional, etcétera-; medidas de integración e inclusión social partiendo del trabajo de calidad pero yendo más allá del mismo para conseguir la inclusión social plena). De ahí la importancia de precisar de manera omnicomprensiva la expresión de “encontrarse en situación de vulnerabilidad”. La cuestión es importante porque

se trata de la construcción de un concepto de política del Derecho Social y de la Seguridad Social no contributiva, en nuestro caso, el cual define y determina la posición jurídico-social de la persona o de un colectivo, con la atribución de derechos y la imposición de deberes. Y estamos hablando –en el lenguaje de los derechos- de un derecho a la existencia vinculado al derecho al trabajo y al derecho a la protección dispensada por el sistema público de protección social. Preside en el instituto jurídico del IMV el interés público que deriva de un amplio grupo normativo constitucional y que impone obligaciones positivas de intervención al Estado y otros poderes públicos y la protección efectiva –preventiva y reparadora-correlativos a los derechos de los sujetos en situación de pobreza o de exclusión social (artículos, 41, 50, 9.2, 149.1.17^a, etcétera, en conexión necesaria con el art. 10.2 de la Constitución). Pero esta situación jurídicamente diferenciada no debe entrañar una estigmatización, ni menos aún la creación de una nueva forma de exclusión derivada del mismo tratamiento diferenciador. Pues de lo contrario la tutela protectora tendría una connotación propia del darwinismo social (o más propiamente de “spencerismo social”) (Monereo, J.L, 2009-2010), ya que sería la propia regulación legal la que la propiciaría.

La expresión “encontrarse en situación de vulnerabilidad” ha encontrado un relevante eco en los últimos meses, quizás debido también a la grave crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19. Y así podemos –sin ánimo de ser exhaustivos- ver que a ella se alude para justificar medidas de las más variopintas, por más que sean necesarias (Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo, A., 2020, pp. 159-165), como en:

- a) RD-ley 4/2020, 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el art. 52. d) del Estatuto de los Trabajadores, motivado el mismo por causa de absentismo imputable a situaciones de incapacidad temporal “... a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad” (Exposición de motivos apartado VI, último párrafo.).
- b) RD-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación en relación con determinadas medidas en favor de los trabajadores de la agricultura “que tienen como finalidad evitar el abandono de las explotaciones agrarias y asegurar en la medida de lo posible un reparto equitativo de los costes sociales, ambientales, de competitividad y de sostenibilidad, que se residencian de modo agravado en los operadores que dedican sus esfuerzos al sector primario y, muy especialmente, a los eslabones menos protegidos y más vulnerables, que permitan el mantenimiento y doten de estabilidad a las explotaciones agrarias” (Exposición de motivos apartado II), introduciéndose medidas relativas a la reducción de las jornadas

reales para acceso al subsidio de desempleo o de la renta agraria de los trabajadores de Andalucía y Extremadura o también de la conversión de los contratos eventuales agrarios en contratos indefinidos o contratos fijos discontinuos.

- c) RD-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública para frenar desahucios ante impagos de las hipotecas “... *La suspensión de los lanzamientos beneficia a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad y que por dicho motivo requieren de una especial protección, conforme a lo definido en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo...*” (Exposición de motivos apartado V), modificando la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (art. segundo tres del Real Decreto Ley.).
- d) RD-ley 7/2020, 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, que regula medidas de apoyo a las familias, entre ellas el derecho básico de alimentación de niños y niñas en situación de vulnerabilidad que se vean afectados por el cierre de centros educativos (art. 8 del RD-ley).
- e) RD-ley 8/2020, 17 de marzo, que establece medidas de apoyo a los trabajadores, familias y colectivos vulnerables, relativas a garantías de suministro de agua y energía en favor de consumidores vulnerables y de moratoria de deudas hipotecarias (arts. 4, 7 y ss.)¹⁰.
- f) RD-ley 9/2020, 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19.

¹⁰ El art. 9 define la situación de vulnerabilidad económica en los siguientes términos:

- 1. Los supuestos de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 quedan definidos con el siguiente tenor:
 - a) Que el deudor hipotecario pase a estar en situación de desempleo o, en caso de ser empresario o profesional, sufra una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial de sus ventas.
 - b) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria:
 - i. Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
 - ii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,15 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental.
 - iii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.
 - iv. En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite

Entre las medidas que se toman está la de fijar como servicios esenciales los prestados por centros, servicios y establecimientos sanitarios, como hospitales o ambulatorios, y los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, como residencias y centros de día, ya sean de titularidad pública o privada, o cualquiera que sea su régimen de gestión, como compromiso de toda la sociedad, instituciones y organizaciones de este país con las personas más vulnerables, entre las que, sin duda, se encuentran las enfermas y las socialmente dependiente (Art. 1 del RD-Ley.).

- g) RD-ley 11/2020, 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, que establece también medidas dirigidas a familias y colectivos vulnerables (alquileres, moratorias desahucios, prestaciones por desempleo a empleados de hogar, etcétera.) (Capítulo I del RD-ley.). El art. 5 contiene una definición de vulnerabilidad económica al objeto de obtener moratorias o ayudas en relación con los alquileres de la vivienda habitual. El art. 16 contiene una definición de vulnerabilidad económica a los efectos de moratorias hipotecarias y del crédito de financiación no hipotecaria. El art. 18 recoge la definición de vulnerabilidad económica

acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

- v. En el caso de que el deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM.
- c) Que la cuota hipotecaria, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que, a consecuencia de la emergencia sanitaria, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, en los términos que se definen en el punto siguiente.
2. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:
- a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,3.
- b) Que se ha producido una caída sustancial de las ventas cuando esta caída sea al menos del 40 %.
- c) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda.

en relación con contratos de crédito sin garantía hipotecaria. El art. 28.2 recoge la situación de consumidor vulnerable para el trabajador autónomo.

- h) RD-ley 12/2020, 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, declarando servicios esenciales los servicios de protección integral a las víctimas de violencia de género, colectivos de personas especialmente vulnerables que deben ser objeto de protección por parte del Gobierno (Capítulo I del RD-ley).
- i) RD-ley 13/2020, 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, con medidas relativas a la flexibilidad laboral y compatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo para trabajadores agrícolas “en un momento de especial vulnerabilidad” (arts. 1 a 5 del RD-ley).
- j) RD-ley 15/2020, 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, que presta atención “ ... a las personas que actualmente son más vulnerables exige que, de modo excepcionalidad, dentro incluso de lo ya extraordinario de esta situación que estamos viviendo, la fecha a considerar para la construcción de estas nuevas medidas no sea la de 14 de marzo, a diferencia del resto de normas adoptadas desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, sino aquellas en relación con las cuales los datos indican que las medidas serán realmente efectivas” adoptando diversas medidas para apoyar el tejido productivo y “ ... *tejer una red de seguridad para los ciudadanos, especialmente los más vulnerables*”¹¹.
- k) RD-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, sobre ayudas al sector cultural y sus trabajadores, artes escénicas, cinematografía y artes audiovisuales y del sector del libro y del arte contemporáneo, que permitan garantizar la protección de familias, trabajadores y colectivos vulnerables, y sostener el tejido productivo y social, minimizando el impacto y facilitando que la actividad económica se recupere cuanto antes (arts. 1 a 13 RD-ley).

Sin embargo, si analizamos la normativa autonómica relativa a las rentas mínimas, las referencias a la situación de vulnerabilidad es mínima, solo la vamos a encontrar en:

¹¹ Exposición de motivos. Véase arts. 1 a 4 medidas para reducir costes de pymes y autónomos; arts. 22 y 23 sobre situación legal de desempleo por extinción de la relación laboral en periodo de prueba y disponibilidad de los planes de pensiones.

- Prestación Aragonesa Complementaria de Ingreso Mínimo Vital: en relación con los beneficiarios que deberán de encontrarse en *situación de vulnerabilidad económica*, considerando como tal “la carencia de rentas, ingresos o patrimonio suficiente” (art. 3 DL-5/2020, de 29 de junio) remitiéndose para su consideración a lo dispuesto en el art. 8 LIMV.
- Renta garantizada de ciudadanía (Castilla y León): que la establece para las personas y familias que se encuentren en situación de exclusión social o en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión en Castilla y León (art. 1 D-Leg. 1/2019, de 10 de enero.), si bien solo define las situaciones de exclusión social y la de carencia de medios económicos (artículos 8 y 12 D-Leg. 1/2019, de 10 de enero).
- Renta de ciudadanía (Navarra). Declara como objeto prevenir y atender a las personas en situación de vulnerabilidad o de exclusión social¹².

En el examen del resto de disposiciones autonómicas sobre rentas mínimas, veremos que se nos presentan con el objetivo de: erradicar la marginación, desigualdad y lucha contra la exclusión social¹³; atender a las personas que carezcan de recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas¹⁴; atender situaciones de necesidad de quienes no disponen de recursos económicos suficientes para afrontarlos y no están en condiciones de conseguir o recibir recursos de otras fuentes¹⁵; dar cobertura a las necesidades básicas de la vida a quienes, por carecer de recursos materiales, se encuentren en situación de mayor desigualdad social respecto al promedio de los ciudadanos¹⁶; atender la situación de recursos económicos, posibilitando a las personas en situación o en riesgo de exclusión social, la cobertura de sus necesidades básicas¹⁷; hacer efectivo el derecho a la protección social en situación de necesidad social y carencia de recursos posibilitando a las personas la cobertura de sus necesidades básicas¹⁸;

¹² Art. 1 Ley Foral 15/2016, de 11 de noviembre. Su art. 2.2 define la exclusión social como: “*Se entiende por exclusión social en sus diversos grados, a los efectos de esta ley foral, aquella situación consecuencia de un proceso dinámico de acumulación o combinación de diversos déficits o carencias personales, relacionales, laborales o socioambientales, que persisten en el tiempo y que impiden o limitan el ejercicio y disfrute efectivo de sus derechos*”

¹³ Andalucía, art. 4 Decreto-ley/2017, de 19 de diciembre, Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía.

¹⁴ Asturias, art. 3.1 Ley 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico.

¹⁵ Baleares, art. 2.1 Decreto-ley 10/2020, de 12 de junio, de prestaciones sociales de carácter económico de las Islas Baleares.

¹⁶ Canarias, art. 1 a) Ley 1/2007, de 17 de enero, regula la Prestación Canaria de Inserción.

¹⁷ Cantabria, art. 28.1 Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

¹⁸ Castilla La Mancha, art. 38.1. a) Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

asegurar los mínimos de una vida digna a las personas y unidades familiares¹⁹; garantizar recursos económicos de subsistencia a quienes a quienes carezcan de ellos²⁰; disponer de unos ingresos que les garantice los mínimos para una vida digna²¹; cubrir necesidades básicas de quienes se encuentren en situación o riesgo de exclusión social²²; atender las necesidad contempladas en el art. 142 del Código Civil²³; atender a personas de en situación de vulnerabilidad o exclusión social y el derecho a una renta garantizada²⁴; prevenir el riesgo de exclusión personal, social y laboral y facilitar la inclusión de quienes carezcan de recursos²⁵; o cubrir las necesidades básicas a la unidad de convivencia que carezcan de recursos económicos suficientes para la cobertura de las mismas²⁶.

En definitiva, luchar contra la pobreza (por falta de recursos económicos) y exclusión social “severa” son su objeto, al igual que el Ingreso Mínimo Vital introducido dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social (art. 1 LIMV). Y ésta –la pobreza- se cuantifica o se mide en atención a la capacidad económica del individuo o de la unidad de convivencia económica, tomando como referencia el importe de la pensión no contributiva anual de la Seguridad Social, eso sí con una farragosa determinación en la que deben conjugarse los arts. 7, 8 y 10 LIMV.

Un aspecto más a reseñar, el IMV no solo tiene un objetivo reparador (facilitar una renta para atender necesidades básicas), sino también el de prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social (art. 1 LIMV) y en cierta forma el recuperador, el de “permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad”, de aquí el interés de la LIMV de llevar a cabo un diseño de incentivos

¹⁹ Extremadura, art. 1 Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada.

²⁰ Galicia, art. 6.1 Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia.

²¹ Cataluña, art. 3.1 Ley 14/2017, de 20 julio, renta garantizada de ciudadanía.

²² La Rioja, art.1 Ley4/2017, de 28 de abril, regula Renta de Ciudadanía de La Rioja.

²³ Madrid, art. 3 Ley 15/2001, de 27 de diciembre, Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid; y Murcia, art. 3.1 Ley 3/2007, de 16 marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de Murcia.

El art. 142 del Código Civil, dispone:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”.

²⁴ Navarra, art. 1.1 Ley Foral 15/2016, de 11 de noviembre, por el que se regulan los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada.

²⁵ País Vasco, art.1 Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social.

²⁶ Valencia, art.1. a) Ley 19/2017, de 20 de diciembre, de renta valenciana de inclusión.

al empleo y a la inclusión (art. 3. d LIMV) (Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo, A., 2020, pp. 159-165).

Segundo. Prestación de Seguridad Social *no* contributiva y, por tanto, inserta en el Sistema institucional de la Seguridad Social (esta configuración jurídica de la medida había sido realizada ya expresamente por la doctrina científica, Monereo, J.L., 2018a, Cap. 3.2, 2018b, pp. 831 ss.). Debe destacarse al respecto una multiplicidad encadenada de títulos competenciales. Este real decreto-ley – establece la Disposición final novena, relativa al Título competencial- “se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 13.^a, 14.^a, 17.^a y 18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la *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; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación *básica* y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”. Adviértase que la “legislación *básica*” ex art. 149.1.17^a CE presupone la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan dictar una legislación *no básica* ostentando, de asumirlas, una competencia compartida que va más allá de la simple ejecución de la competencia “exclusiva” estatal por los órganos administrativos de dichas Comunidades Autónomas (Monereo, J.L., 2002). La STC 239/2002, de 11 de diciembre²⁷, vino a dar una apertura constitucional a la competencia autonómica para completar las medidas de Seguridad Social establecidas por la legislación estatal (en cuyo Fallo se desestiman los conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, por el que se establecen ayudas económicas complementarias a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, y 62/1999, de modificación del Decreto 284/1998, y declarar que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma).

No estamos ante una prestación de carácter asistencial, ni tampoco ante una prestación técnica de servicios sociales, aunque requiera de prestaciones serviciales de carácter accesorio y que se utilice en su materialización la colaboración activa de las Comunidades Autónomas. La legitimidad y oportunidad constitucional es evidente atendiendo a los títulos competenciales, los cuales se vinculan directa y funcionalmente con el art. 41 de la Norma Fundamental.

La medida del IMV –y su progresivo perfeccionamiento- supondrán un avance importante en la construcción expansiva de nuestro Modelo de Seguridad Social. Su establecimiento permitirá equilibrar la configuración de un modelo integrado

²⁷BOE núm. 9, de 10 de enero de 2003.

por una doble esfera, contributiva y no contributiva, en el que esta segunda ha sido hasta ahora un elemento secundario en términos de conjunto. El IMV supondrá una profundización de este último ámbito no contributiva de la Seguridad Social.

La Constitución ofrece un marco especialmente favorable para esta profundización de este vector no contributivo de la Seguridad Social, sin detrimento del segmento contributivo. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional respecto al art. 41 CE (en interpretación sistemática con los artículos 1 y 9.2); la doctrina constitucional concibe la Seguridad Social como una «función del Estado» que atiende a cambiantes situaciones de necesidad (SSTC 37/1994; 65/1987). Pero también atendiendo al ideal de cobertura que se recoge en el estándar multinivel de garantía del derecho a la Seguridad Social (artículos 10.2 y 96 de Texto Constitucional) (Monereo, J.L., 2014a, pp. 515 ss.; 2017b, pp. 629 ss.; 2012b, pp. 893 ss.).

Aunque hay que establecer las líneas más nítidas de demarcación conviene retener que, conforme al art. 8. 3, “A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 18”. Por lo tanto la regla es de compatibilidad. Ahora bien, admitido que no estamos ante una medida asistencial del art. 148.20 CE, sino ante una medida típica de Seguridad Social no contributiva o asistencial interna a dicho sistema institucional, la cuestión residirá en establecer los nexos de relación y las posibilidades de “legislación no básica” que ofrece el mismo art. 149.1.17 CE, pues sólo hay una reserva de competencia exclusiva en lo que se refiere literalmente a la “legislación no básica” (a diferencia de lo que acontece respecto de la legislación laboral ex art. 149.1.7 CE). También el desarrollo reglamentario podría establecer vías de engarce y de solución preventiva de posibles conflictos de competencia, que en términos de principio aquí no existen (recuérdese que con arreglo a lo previsto en el art. 8.5, “Reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación”. Pero habría que entrar más sutil y nítidamente en el acoplamiento estructural y funcional entre los respectivos ámbitos competenciales del Estado (Seguridad Social *no* contributiva) y de las Comunidades Autónomas (Asistencia Social).

Es ésta una medida que perfecciona el “ideal de cobertura” en la lógica evolutiva que ha inspirado siempre el desarrollo de la seguridad social: la invención de sistemas prestacionales que hagan frente a las nuevas necesidades sociales dentro de la socialización pública (o nacionalización estatal) de su cobertura solidaria (en la perspectiva histórica de desarrollo de las políticas de Seguridad Social, véase Monereo, J.L., 2012c, pp. 203-328).

El IMV o renta mínima vital configurada como prestación *no* contributiva de Seguridad Social permite una protección pública homogénea para todas las personas –individuales o en unidades de convivencia- en todo el Estado español, sobrepasando el carácter invertebrado y dispar actual de las rentas mínimas territorializadas por Comunidades Autónomas. Ello sin perjuicio de reconocer la aportación extraordinaria que se ha llevada a cabo por el Estado Social Autonómico en esta materia. Pero esta nueva renta mínima de ámbito estatal inserta en el Sistema de Seguridad Social era ya necesaria para hacer frente a las situaciones protegidas y superar los límites de las rentas mínimas autonómicas (Monereo, J.L., 2018a, pp. 57 ss.).

Siendo ello así, lo más lógico es que esta prestación específica se incluyera directamente en el RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, y como un capítulo separado del Título VI, relativo a las “Prestaciones no contributivas”. Tanto más, dado que se configura no como una prestación de carácter excepcional respecto al sistema general vigente, sino como una prestación permanente del Sistema. Por tanto, es criticable técnicamente que no se haya insertado en dicho Título. Y debería hacerse lo antes posible para subsanar esta deficiencia de técnica legislativa, que tiene además el inconveniente de política del Derecho de hacer visible una supuesta provisionalidad (y esto dejar mal situada a esta medida) de una medida que en su concepción ya originaria no la tiene (a pesar de algunas presiones políticas).

Tercero. La financiación es íntegramente estatal con cargo a presupuestos generales del Estado. La financiación del ingreso mínimo vital se realizará a cargo del Estado mediante la correspondiente transferencia a los presupuestos de la Seguridad Social (Cap. VI LIMV).

Cuarto. La gestión es pública y residenciada en el INSS para garantizar su homogeneidad al igual que las demás prestaciones del sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de la colaboración en la gestión por parte de las Comunidades Autónomas; las cuales –no se olvide- al amparo del art. 149.1.17ª pueden asumir una legislación *no* básica, que lógicamente respete ese núcleo esencial básico, sin el cual se produciría una disfuncional regulación asimétrica de esta institución prestacional de Seguridad Social. El INSS será el organismo competente para el reconocimiento y control de la prestación, sin perjuicio de la posibilidad de suscribir convenios y de las disposiciones adicionales cuarta y quinta. La tramitación del procedimiento se realizará por medios telemáticos.

Quinto. Derecho subjetivo perfecto de las personas protegidas. Se establece que: “El ingreso mínimo vital se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos que se definen en el presente real decreto-ley. A través de este instrumento se

persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias” (art.2. Concepto y naturaleza.1). Lógicamente, es un derecho subjetivo perfecto a la prestación económica (y vale decir también a las accesorias) cuando se acreditan los requisitos exigidos legalmente, porque se trata de una medida condicionada a un déficit de recursos económicos del sujeto o de la unidad de convivencia tomada como supuesto de hecho de la norma.

Su orientación es decididamente universalista y regida por un principio de automaticidad, no se requieren los requisitos instrumentales de afiliación, alta y cotización. Sí, acreditar la residencia y la situación de necesidad en los términos exigidos por la ordenación legal. La ordenación legal distingue entre personas beneficiarias (art. 4 LIMV: a) Las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos legalmente; b) las personas de al menos 23 años y menores de 65 años que viven solas, o que compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en los supuestos del art. 6.2.c), no se integran en la misma, siempre que concurran determinados requisitos explícitamente previstos) y personas titulares (art. 5 LIMV: “las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad. La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente”) del IMV, que pueden no coincidir.

Sujetos titulares son también los extranjeros, conforme al art. 19 (“Acreditación de los requisitos”) “La residencia *legal* en España se acreditará mediante la inscripción en el registro central de extranjeros, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza, o con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión o autorización de residencia, en cualquiera de sus modalidades en el caso de extranjeros de otra nacionalidad”. Este requisito puede plantear graves problemas sobre todo respecto de las personas migrantes en situación administrativa irregular; y hay que tener en cuenta que muchas de estas personas están realizando trabajos precarios que los sitúa abiertamente dentro de esa categoría de marginalidad que suele llamarse “trabajadores pobres”. Esta exclusión puede ser criticable desde la perspectiva de los derechos sociales y del principio de igualdad y no discriminación; y desde luego plantea el gran problema de erradicar el trabajo informal o irregular (que para el jurista es típicamente un trabajo en condiciones de ilegalidad y contrario al “trabajo decente” o digno). Hay que tener en cuenta la lógica *in fine* que inspira a artículos como el 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pero también el art. 2 ter (“Integración de los inmigrantes”).

Sexto. Carácter condicionado al nivel de rentas obtenidas por el sujeto o la unidad de convivencia. No se trata, por tanto, de una renta básica incondicionada

como derecho de ciudadanía plena e indiferenciada en relación a la situación económica de las personas destinatarias.

Séptimo. Medida de carácter permanente dentro del Catálogo de prestaciones NO contributivas del Sistema de Seguridad Social. Lo cual se comprende porque atiende a situaciones de necesidad social consideradas institucionalmente como de carácter estructural aunque agravadas por la crisis social generada por la pandemia del Covid-19. Ciertamente, esta medida se adopta “En desarrollo del art. 41 de la Constitución Española, y sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, el ingreso mínimo vital *forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva*” (art.2. 2 Concepto y naturaleza).

Octavo. La acción protectora se resuelve en una prestación económica que se fijará y se hará efectiva mensualmente en los términos establecidos en la LIMV y en sus normas de desarrollo (por establecer todavía).

En cuanto a la determinación de la cuantía mensual de la prestación de IMV que corresponde a la persona individual o a la unidad de convivencia, vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada, según lo establecido en la LIMV y su normativa de desarrollo, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen esa unidad de convivencia del ejercicio anterior, en los términos establecidos en los artículos 8, 13 y 17, siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales (art. 10).

Implícitamente se consagra un *Principio de adecuación social finalista* respecto de la cuantía económica del IMV. Lo cual se expresa en dos sentidos: por un lado, un ingreso mínimo garantizado que se califica de “vital”, lo que indica que quiere garantizar no simplemente un nivel de “subsistencia” en la cobertura de las necesidades, sino un nivel digno de vida, aunque ciertamente se expresa con una cuantía de intensidad mínima. En segundo lugar, el principio de adecuación social finalista se expresa en la ordenación normativa al señalar que: “Se articula en su acción protectora diferenciando según se dirija a un beneficiario individual o a una unidad de convivencia, en este caso, atendiendo a su estructura y características específicas” (art. 3.a) del RD-Ley 20/2020). Es importante señalar que la norma elude el concepto de “familia” (que de por sí ya ha adquirido un alcance más amplio abarcando distintos de tipos de familia con diversos modos de formalización jurídica, las llamadas familias de “hecho” también están “juridificadas”), aunque evidentemente lo comprende en el más amplio concepto *normativo* de “unidad de convivencia”, conforme a la delimitación imperativa que se realiza ex art. 6 (Unidad de convivencia), que establece un concepto legal *general* al que se añaden una serie de excepciones tipificadas como tales que confirma ese concepto

y regla general. El concepto general se expresa en los siguientes términos: “Se considera unidad de convivencia la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial o como pareja de hecho en los términos del artículo 221.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que conviva en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente” (art. 8.1). Por su parte, se establece un “como excepción” a la regla anterior una serie de supuestos específicos de “consideración de unidad de convivencia a los efectos previstos en este real decreto-ley” (art. 8.2). El carácter excepcional supone que no admite nuevas inclusiones, ni tampoco interpretaciones extensivas, ni analógicas exorbitantes del fin explicitado en la normativa.

Noveno. Carácter no sustitutivo respecto de las medidas de “ayuda social” (la técnica de ayuda es la que se utilizó para que las Comunidades Autónomas pudiesen asumir competencias en materia de rentas mínimas de inserción, o ingresos de solidaridad o salario social, que con distintas denominaciones han ido evolucionando hacia una asistencia social moderna que reconoce derechos subjetivo a las prestaciones económicas y serviciales dispensadas) [el carácter complementario y no sustitutivo de una renta de subsistencia estatal respecto de las rentas mínimas autonómicas había sido mantenido por Monereo, J.L. 2018a, p. 111]. En cualquier caso, está pendiente, a través de la normativa reglamentaria que el real decreto-ley prevé, llevar a cabo una racionalización de la articulación entre ésta y otras ayudas.

Décimo. Medida de carácter subsidiario, pues, por un lado, sólo actúa cuando se está por debajo del nivel mínimo de ingresos que se garantiza, y, por otro, cuando se esté por debajo de ese nivel mínimo sólo se completa hasta llegar a él; y asimismo es subsidiario cuando se reciben otras prestaciones como, por ejemplo, las rentas mínimas de inserción. En efecto, se dispone que: el IMV “Garantiza un nivel mínimo de renta mediante la cobertura de la diferencia existente entre la suma de los recursos económicos de cualquier naturaleza de que disponga la persona beneficiaria individual o, en su caso, los integrantes de una unidad de convivencia, y la cuantía de renta garantizada para cada supuesto en los términos del art. 10” (art. 3.a) del RD-Ley 20/2020). De lo que se trata es de establecer una “red de seguridad” para garantizar un *nivel de vida digno* (“derecho social a la existencia digna”) y la *inclusión social*.

Undécimo. En cuanto a la duración es potencialmente indefinida atendiendo a la misma duración/superación de la situación de necesidad objetiva objeto de cobertura. Cuestión distinta es que si tiene éxito y se supera la situación de necesidad fijada en el nivel mínimo de rentas legalmente establecido, desaparecerá el presupuesto de hecho de la norma y, con él, el derecho actual de la RMV, sin

perjuicio de que el sujeto pueda actualizar ese derecho si vuelve a encontrarse en cualquier momento ante la situación de necesidad.

Duodécimo. Condicionalidad. Incorpora una posición de *deber jurídico recíproco*, que se refleja en los requisitos de acceso (art 7 LIMV), en la indicación de los deberes que los sujetos protegidos asumen en el desenvolvimiento dinámico del disfrute de la prestación y en el régimen de infracciones y sanciones (artículos 33 y 34 LIMV). Por un lado, del sujeto protegido sobre el que recaen “cargas” anudadas al derecho relativas a la aceptación de ofertas de trabajo adecuado y a actividades formativas o de reciclaje profesional. Por también conlleva, *al mismo tiempo*, el deber público de poner todos los medios necesarios para facilitar la incorporación al mercado de trabajo (vinculado al derecho al trabajo). Por consiguiente: la “activación” adquiere una doble vertiente, subjetiva del sujeto para esa puesta a disposición, y objetiva del poder público/Administración pública actuante para poner los medios adecuados para garantizar la inclusión social y el derecho al trabajo.

Decimotercero. Incorporación de medidas proactivas tienen que ver con el objetivo básico de superación de las situaciones de falta de integración en la sociedad (señaladamente, pobreza o marginalidad “descalificadora”) o de exclusión social por el trabajo (su falta o insuficiencia dada su precariedad manifiesta). En efecto, se indica que IMV “Se configura como una red de protección dirigida a *permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad*. Contendrá para ello en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones” públicas (art. 3.d). Pese a su carácter modesto, el IMV se corresponde las nuevas necesidades y técnicas emergentes de la Seguridad Social “pasiva” a la “Activa” (el Estado Social Activo) El dato normativo es que este tipo de “derechos sociales” prestacionales se reconfiguran como derechos sociales “condicionados” al cumplimiento de deberes jurídicos de actuación adicionales por parte de los sujetos protegidos o beneficiarios (en la perspectiva histórica del desarrollo diacrónico de las políticas de Seguridad Social, Monereo, J.L., 2012c, pp. 271 ss.; 2007). Estas medidas proactivas son fundamentales, y no deben considerarse como simples medidas de acompañamiento (aunque están poco enfatizadas, en la ordenación reglamentaria es previsible y deseable que se concreten).

Conforme al art. 3. d) LIMV, el IMV precisamente “se configura como una *red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación (activa) en la sociedad*. Contendrá para ello en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones”. Lo que, es obvio, presupone la suscripción de un compromiso por parte de los sujetos protegidos, generador de deberes u obligaciones jurídicas asumidas al acceder a la prestación que condicionan el

derecho (lo que puede dar lugar a la suspensión del derecho ex art. 14, o incluso a la extinción del mismo ex art. 15).

Se contempla la promoción de estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital, en coordinación con todas las administraciones involucradas. Asimismo, se prevé la firma de convenios con otros órganos de la administración, con comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo estos convenios regir la cooperación en el procedimiento administrativo, en el desarrollo de estrategias de inclusión o en cualquier otro ámbito de relevancia para los fines del ingreso mínimo vital.

Decimocuarto. El IMV es intransferible: “No podrá ofrecerse en garantía de obligaciones, ni ser objeto de cesión total o parcial, compensación o descuento, retención o embargo, salvo en los supuestos y con los límites previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre” (art. 3.6).

Decimoquinto. Por otra parte, el *IMV es compatible con el trabajo*. Es más: el modelo legal promueve esa compatibilidad, pues lo que desea es la inclusión social a través del trabajo, no desincentivarlo. Adviértase que el IMV pretende ser una medida de *estructura jurídica y finalista compleja* que combina medidas pasivas (prestación económica que garantice un nivel de subsistencia digno, situada en la dirección de garantizar el derecho a la existencia) y medidas activas (formación/capacitación profesional y mecanismos que propician la incorporación o reinserción en el mercado de trabajo, en la línea de garantizar el derecho al trabajo). En este sentido se la puede calificar como una nueva y típica *renta activa de inserción*. El art. 8.3, establece que “A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el art. 18” (“Cómputo de los ingresos y patrimonio”). Por su parte, se añade en el apartado 4 que “Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital *será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia* de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos en el punto 2 del presente artículo por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción del ingreso mínimo vital en el ejercicio siguiente. Este desarrollo reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales”. Además, se prevé en el apartado 5 que “Reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en

el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación”. Comentar, adicionalmente, que no sólo se trata de evitar que se des-incentive la incorporación al mercado de trabajo (lo cual se sitúa, quiérase o no, en una lógica de “activación subjetiva”), sino también el aspecto positivo –y menos de control disciplinario- consistente en el fomento del trabajo como derecho de integración social (art. 35.1 CE), lo cual se sitúa en una lógica garantista de “activación objetiva”. Es harto significativo que la Exposición de Motivos destaque la idea de activación y los mecanismos de control posible del fraude; aunque, ciertamente, no descuida la idea-fuerza de la inclusión social por el trabajo profesional.

Queda pendiente, todavía, una reflexión sobre la mejora de esta nueva medida de protección social -IMV- para alcanzar sus fines idóneos (por el momento se residencia más en las situaciones de extrema necesidad, cuando habría que esperar más que se avanzara hacia una renta mínima garantiza *condicionada* que vaya más allá de la lógica del “mínimo vital” para penetrar en una lógica de fomento de la integración social plena, aunque sin alcanzar todavía el objetivo utópico –que no significa irrealizable- de una renta básica universal “incondicionada”), lo cual implica, entre otras cosas, la mejora de su cuantía y la racionalización interna de las prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social. Al tiempo habrá que racionalizar todas las prestaciones mínimas del sistema de protección social en los niveles no contributivos y asistenciales, con las prestaciones familiares y su conexión con el importe del salario mínimo interprofesional; sin que se afecte al nivel o vector contributivo profesional que tiene su lógica propia, incluida la noción de “suficiencia contributiva” referenciada a las rentas de activo dejadas de percibir con los correctivos correspondientes (Monereo, J.L., 2018a, cap. 3.2, pp. 98 ss.). Por el momento las prestaciones por hijo o menor a cargo han sido integradas en el IMV (Disposición transitoria séptima). Pero a la par que el IMV se convierte en una más intensa renta mínima garantizada de carácter también condicionado, el proceso de racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales deberá ir avanzando. Siempre que se respete el mantenimiento de la Seguridad Social Contributiva y su catálogo de prestaciones, pues nuestro modelo de Seguridad Social no es “residual” sino “institucional” orientada en el nivel contributivo a dispensar prestaciones próximas a las rentas de activo (concepto de suficiencia contributiva, frente a la noción de suficiencia no contributiva y asistencial que atiende ante todo a garantizar una subsistencia digna sin necesidad de otorgar prestaciones equivalentes a las rentas de activo) (Monereo, J.L., 2002, pp. 1425 ss.; 2018c).

Parece que el legislador es consciente de la necesidad de una *mejora*, y del inicio de todo un proceso de *racionalización* del conjunto de prestaciones basadas ante todo en *técnicas de ayuda social* (prestaciones no contributivas y mecanismos asistenciales). Pues se prevé que con el objetivo de evitar duplicidades de cara al

ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política, la puesta en marcha del ingreso mínimo vital exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política. Este proceso de reajuste se iniciará con la eliminación de la actual prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento. La progresiva reorganización de las prestaciones no contributivas que deberá abordarse en los próximos años permitirá una focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país²⁸. Desde esta perspectiva, el IMV supone el inicio de un *proceso de reorganización de las técnicas de ayuda* de nuestro modelo general de protección social pública.

Por otra parte, esta importante medida de garantía de ingresos –que opera como un estabilizador social y permite instaurarla con carácter homogéneo en toda España–, está lejos todavía de ser suficiente, pero va a dejar vacíos de cobertura protectora. Hay que proseguir en esta línea hacia una más completa renta mínima garantizada a nivel estatal, incluso yendo más allá de la relevante –pero inactuada– iniciativa legislativa popular (ILP), que fue propuesta por los dos sindicatos más representativos de nuestro país. Y ello con independencia de que se refuercen los distintos mecanismos de garantía de rentas contributivas (desempleo y jubilación, señaladamente), cuya intensidad o calidad protectora debe mejorar para homologarnos con otros países europeos de referencia comparables al nuestro.

²⁸No es baladí hacer notar que *delimitación legal instrumental de un concepto de vulnerabilidad económica*; antes utilizado pero no bien definido. A estos efectos el artículo 8 LIMV establece que para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica se tomará en consideración la capacidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros en los términos previstos en el artículo 10 LIMV. Concurrirá el requisito de vulnerabilidad económica, cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de los miembros de la unidad de convivencia, correspondiente al ejercicio anterior, sean inferior al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia.

El requisito de que “sea inferior al menos en 10 euros” puede parecer curioso, pero quizás tiene su lógica desde el punto de vista de la gestión y recuerda a las previsiones en este sentido –salvando las diferencias– para la asignación por hijo a cargo de no reconocer el abono por diferencias cuando la cuantía sea inferior al importe mensual por cada hijo (artículo 13.2 RD 1335/2005, de 11 noviembre).

Con carácter general el ejercicio a tomar en cuenta los ingresos y rentas del beneficiario o de la unidad es el del año anterior a la solicitud, no obstante se deja abierta la posibilidad, a desarrollo reglamentario, la fijación de supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, en los que se pueda tomar en cuenta los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a la prestación.

Pero el IMV constituye un paso histórico en sí ya muy relevante para avanzar hacia una renta mínima garantizada *suficiente* en términos de intensidad protectora en el sentido previsto en el art. 41 CE, por referencia al estándar multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social a que remite en vía interpretativa el art. 10.2 CE. Permitirá atenuar o paliar –que no a superar en términos satisfactorios- la situación de mayor desigualdad de ingresos en comparación con otros Estados Europeos de referencia. Existe una alta cronificación del desempleo en una horquilla letal porque el desempleo de larga duración afecta a jóvenes y personas maduras. En este sentido el IMV actúa como suelo de protección social respecto de la pobreza y situaciones extremas de exclusión social, sobre el cual –y sin perjuicio de otras prestaciones complementarias- las comunidades autónomas podrían intervenir con carácter complementario conforme a sus necesidades y posibilidades de recursos. Pero si se quiere evitar el “estigma de la pobreza” –la “trampa de la pobreza” que impide salir de ella- es necesario impulsar políticas activas de empleo (Monereo, J.L., Fernández Bernat y López Insua, 2016).

La Europa Social de los Derechos, no puede quedarse sólo en palabras. Entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una *Directiva Marco* sobre Rentas Mínimas, que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el Derecho Social Comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas –y a las personas que formen parte de su familia o unidad de convivencia- en la UE. Con ello se garantiza también “el derecho a tener derechos” en el sentido de Hannah Arendt (Monereo, J.L., 2018a, pp. 118-119). El IMV es *derecho primario* que hace posible en sí mismo y sirve de prepuesto a ese “derecho a tener derechos”. Efectivamente, lo que une a los ciudadanos no es la existencia de vínculos naturales, sino el tener los mismos derechos, es decir, *el derecho a tener derechos como atribución fundamental del ciudadano* (Monereo, J.L., 1996a, pp. 167, con referencia a Arendt, H., 1993, pp. 37 ss.). Pero todo ello en el marco de una estrategia de *ciudadanía compleja* basada en los derechos y en los poderes colectivos. La complementariedad entre la ciudadanía de los derechos y la de los poderes es clara y necesaria en el sistema actualmente existente: no es pensable una ciudadanía sin soporte jurídico en la construcción de un Estado Social de Derecho; pero siendo indispensable no es suficiente la ausencia de impedimentos jurídicos, es necesario adicionalmente crear las condiciones reales para el ejercicio de los derechos y avanzar en el proceso de democratización de la sociedad. La pretendida disociación entre lo jurídico y lo político en la lucha por la ciudadanía es un reflejo de una estrategia ideológica que pretende ocultar la contribución de las fuerzas sociales en su desarrollo, pero nunca ha sido una realidad en la práctica política. En este sentido, la política de ciudadanía ha de transitar por un doble camino: la lucha por la ampliación y perfeccionamiento de los derechos sociales mediante su reconocimiento en un sentido menos delegante que la política del “Welfare”. Lo cual implica redefinir nuevamente las relaciones entre la sociedad política y la

sociedad civil y su mutua relación en la garantía del bienestar de la población que rehúya al mismo tiempo el “estatismo” y la mitificación de la sociedad civil. Con todo –como acontece con la implantación del IMV- una vez más, ha sido preciso reformular la estrategia de la ciudadanía revisando los términos del contrato social: un nuevo acuerdo para redistribuir los recursos de los miembros con arreglo a una noción compartida de sus necesidades, y sujetos a continua determinación política de su detalle (Monereo, J.L., 1996a, pp. 166 ss.).

Decimosexto. El Ingreso Mínimo Vital, al ser una prestación no contributiva del Sistema de Seguridad Social, está inequívocamente incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 883/2004, de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y, en consecuencia, resulta exportable a los Estados donde se aplica el Derecho de la Unión Europea (Sánchez Rodas, C., 2021).

Decimoséptimo. Goza de un *sistema de garantías mínimo de carácter jurídico e institucional*. Con independencia de que no se recojan expresamente en el RD-ley 20/2020, de 29 de mayo –objeto de sucesivas modificaciones y adaptaciones-, el IMV ostenta, además, otros rasgos característicos propios de una prestación no contributiva del sistema de Seguridad Social, como son (estos elementos característicos “adicionales” en Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo, A., 2020, pp. 133-134):

1º) Garantías de mantenimiento de un cierto poder adquisitivo

Al vincular su importe con el de la pensión no contributiva y ser éstas actualizadas anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, al menos, se verán actualizadas en el mismo porcentaje que dicha Ley establezca como incremento de las pensiones contributivas de la Seguridad Social (art. 62 LGSS.).

2º) Garantías para evitar su pérdida

Aunque ciertamente muy relativizadas (véase art. 17 LIMV) le son de aplicación las previsiones generales de prohibición de revisión de oficio de las prestaciones previstas en el art. 146 Ley de la Jurisdicción Social.

3º) Garantías para su percepción efectiva

En nuestro sistema de Seguridad Social las prestaciones, a fin de garantizar su percepción, están sujetas a las reglas de prescripción y caducidad recogidas en los arts. 53 y 54 de la LGSS. En el caso de una prestación no contributiva como es el ingreso mínimo vital, la prescripción no parece muy operativa, al no poder aplicar aquí la noción de hecho causante propia de las prestaciones del nivel contributivo en las que el mismo tiene un marco temporal claro (aunque en algunos casos sea complejo luego su concreción; Por ejemplo, en las prestaciones de muerte y supervivencia es la fecha de

la muerte del sujeto causante, etc.). En el caso del ingreso mínimo vital (y de las pensiones no contributivas) el mayor o menor retraso en su solicitud no afecta al reconocimiento de la prestación que se mantiene en el tiempo, sino solamente en cuanto al momento en que se inicie la misma. Otra cosa es la caducidad, una vez reconocida la prestación, aquí sí parece operativa la aplicación del art. 54 LGSS al IMV.

4º) Financiación y gestión

Se financia conforme a lo previsto en el art. 109.2 de la LGSS para las prestaciones no contributivas, es decir con las aportaciones del Estado.

La gestión es pública residenciada en la entidad gestora Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin perjuicio de la colaboración y cooperación del resto de las administraciones públicas autonómicas y locales (art. 22 y 27 a 29 LIMV), así como la previsión de otras fórmulas de gestión vía suscripción de convenios con las comunidades autónomas (véase DA. 4ª LIMV.) y, en su caso, de transferencias a las mismas (véase DA. 5ª LIMV).

5º) Exigencia de disposición activa para trabajar (“activación subjetiva”)

Aunque no es un requisito previo a la concesión de la prestación sí se liga a un cierto deseo de trabajar, al fijarse como obligaciones de los beneficiarios –con algunas excepciones– la de acreditar dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la resolución positiva que figuren inscritos como demandantes de empleo²⁹ y tipificándose como infracción el incumplimiento de la obligación de participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (art. 34.3 letra d) LIMV).

6º) Sujeta a reglas *específicas* de incompatibilidad y compatibilidad

Se establece una incompatibilidad general con la asignación económica por hijo o menor a cargo (art. 16 LIMV) que además se pretende integrar dentro del mismo (la DT. 7ª LIMV establece un régimen transitorio de su extinción).

En materia de compatibilidades con otras prestaciones sociales o rentas de trabajo la orientación es distinta.

En general, en el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas del sistema las previsiones acerca de la compatibilidad con otras prestaciones

²⁹ Véase art. 33.1 letra g) LIMV. Con anterioridad a la reforma introducida por el RD-ley 30/2020 en el art. 33 la letra e) del mismo exigía a las personas integrantes de la unidad de convivencia que “*Si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipados, figurar inscritas como demandantes de empleo, salvo en los supuestos que se determinen reglamentariamente*”.

sociales son relativamente amplias. Las prestaciones no contributivas vienen – fundamentalmente- condicionadas a no superar un determinado umbral de rentas.

Por ello se suele partir de una regla general que es el cómputo de todos los ingresos que se tengan, aunque sean de naturaleza prestacional³⁰ para luego señalar toda una serie de ingresos por prestaciones cuyo cómputo se excluye o bien se declara directamente las mismas como compatibles³¹.

Junto a ello también se establecen reglas de incompatibilidad³², en algunos casos para evitar la duplicidad de beneficiarios por una misma situación de necesidad protegida, como es el caso de las prestaciones familiares (art. 361 LGSS.) o para evitar que uno o dos beneficiario en razón a una situación de discapacidad pueda ser esta utilizada para disfrutar de dos prestaciones, por ejemplo la prestación familiar y pensión de invalidez (art. 18 RD 357/1991, de 15 de marzo).

En el caso de rentas provenientes de trabajo también se parte de un cómputo general³³ sin perjuicio, en el caso de la invalidez no contributiva, de que se establezca para ella alguna excepción parcial o total de forma temporal (art. 366LGSS y art. 6.1 RD 357/1991, de 15 de marzo.).

Pues bien, en el caso del ingreso mínimo vital el régimen de compatibilidades es amplio, con:

- Prestaciones sociales públicas con similar objetivo, es decir salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otras prestaciones y ayudas públicas finalistas concedidas para cubrir necesidades específicas de cualquiera de los miembros integrantes de la unidad de convivencia (becas, ayudas para el estudio, ayudas por vivienda, ayudas de emergencia u otras similares) (art. 8.2 y 4; art. 18.1.e LIMV) y las rentas exentas de IRPF recogidas en el art. 7 letras b), c), d), i), j), n), q), r), s), t), e y), de la Ley 35/2006, de 28 noviembre.
- Rentas obtenidas por el trabajo tanto por cuenta propia como ajena, si bien de forma limitada, con el fin evitar el riesgo moral de que la protección

³⁰ Véase art. 14.1 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, para las prestaciones familiares y art. 12 RD 357/1991, de 15 de marzo para las pensiones no contributivas.

³¹ Véase art. 14.2 letra d), 14.6; y 29 del RD 1335/2005, de 11 noviembre para prestaciones familiares y art. 14.4 RD 357/1991, de 15 de marzo, para las pensiones no contributivas.

³² Véase art. 30 RD 1335/2005, de 11 noviembre y art. 18 RD 357/1991, de 15 de marzo para pensiones no contributivas.

³³ Véase art. 14 RD 1335/2005, de 11 noviembre para las prestaciones familiares y art. 12. RD 357/1991, de 15 de marzo para las pensiones no contributivas.

actúe como un desincentivo para aceptar una oferta de trabajo adecuado y contrarrestar la trampa de la pobreza y de la precariedad (art. 8.4 LIMV).

El IMV es una medida de pretensiones estructurales, pero se ha mostrado inestable e insuficiente en aspectos centrales de su regulación, siendo objeto de sucesivas reformas legislativas –a través del instrumento del real decreto-ley-. La última de ellas, proveniente del RD-ley 3/2021, de 2 de febrero (en relación a las modificaciones introducidas por el RD-ley 3/2021, Monereo, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., 2021b), comienza señalando que se incluyen en el mismo “*una serie de reformas imprescindibles en el ámbito de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital*”, puesto que desde su entrada en vigor (recuérdese el 1 de junio de 2020) se ha hecho evidente la necesidad de mejorar algunos aspectos de la misma para permitir que se dé cobertura al mayor número de personas y se puedan incluir algunas situaciones que, con la regulación actual, no se contemplan o no cuentan con una operativa que permita incorporarlas correctamente a la prestación. Pues bien, bajo el eufemismo de mejorar algunos aspectos, en realidad se entra a reformar profundamente aspectos tan básicos del régimen jurídico de esta prestación, como la determinación de (art. 3 del RD-ley 3/2021, de 2 febrero.):

- a) Los sujetos beneficiarios (se da una nueva redacción al art. 4 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo). Se amplía el ámbito de sujetos que puedan ser beneficiarios incluyendo a las personas que residan en establecimientos financiados con fondos privados, dado que en la redacción previa solo se extendía a establecimientos públicos. En su momento (ni tampoco en la reforma anterior de este artículo) no se tuvo en cuenta que también hay personas en situación de exclusión social que están ingresadas en establecimientos privados. La norma –rectificadora- permite una ampliación de la cobertura a un mayor número de personas en situación objetiva de necesidad.
- b) De los titulares de la prestación (art. 5 RD-ley 20/2020, de 29 de mayo). Se modifica parcialmente el precepto que lo normaba en el sentido de eliminar el límite de titulares del ingreso mínimo vital en una misma vivienda, con el fin de eliminar las barreras de acceso al mismo que han podido experimentar las personas usuarias de prestaciones de servicio residencial, así como de reconocer la realidad de personas en situación de vulnerabilidad que se agrupan en una misma vivienda con el fin exclusivo de compartir gastos.
- c) La unidad de convivencia (art. 6 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo.). Se considera ahora relevante el considerar determinados casos especiales de empadronamiento, contemplados en la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autónoma y Local, por la que

se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal. En concreto, es el caso del empadronamiento en establecimientos colectivos y el empadronamiento en infraviviendas y de personas sin domicilio. Este tipo de empadronamientos ponen de manifiesto una realidad, la de residencia en centros colectivos y el sinhogarismo o residencia en infraviviendas, que requieren una consideración especial y que difiere del régimen general de empadronamiento establecido en el artículo 19 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo.

- d) Situaciones especiales de beneficiarios (en atención a ellos se incorpora un nuevo art. 6 bis al RD-ley 20/2020, de 29 de mayo). En este supuesto, se permite que la unidad de convivencia se configure por el titular, por las personas unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho, y, en su caso, con sus descendientes menores de edad hasta el primer grado de consanguinidad, afinidad, adopción o en virtud de régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. En algunos supuestos se puede extender hasta el segundo grado. En estas situaciones jurídicas especiales para la *extensión de la acción protectora* tendrán la consideración de personas beneficiarias que no se integran en una unidad de convivencia, o en su caso, de personas beneficiarias integradas en una unidad de convivencia independiente, aquellas personas que convivan en el mismo domicilio con otras con las que mantuvieran alguno de los vínculos previstos en el artículo 6.1 del RD-ley 20/2020, y se encontraran en alguno de los siguientes supuestos tasados: a) Cuando una mujer víctima de violencia de género, haya abandonado su domicilio habitual acompañada o no de sus hijos o de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. b) cuando con motivo del inicio de los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, una persona haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, permanente. En el supuesto de parejas de hecho no formalizadas que hubieran cesado la convivencia, la persona que solicite la prestación deberá acreditar, en su caso, el inicio de los trámites para la atribución de la guarda y custodia de los menores. c) Cuando se acredite haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado el mismo inhabitable por causa de accidente o de fuerza mayor, así como otros supuestos que se establezcan reglamentariamente. En los supuestos previstos en los párrafos b) y c) únicamente cabrá la consideración como unidad independiente a que se refiere el presente apartado durante los tres años siguientes a la

fecha en que se hubieran producido los hechos indicados en cada una de ellas.

En todos estos casos especiales que determinan la extensión de la protección de Seguridad Social dispensada se pretende realizar el fin típico de la prestación del IMV, atendiendo a la situación objetiva de necesidad objeto de cobertura, a saber: el IMV como prestación económica no contributiva del Sistema de Seguridad Social (artículo 2 del RD-ley 20/2020) dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas (artículo 1 del RD-ley 20/2020). En la misma dirección de política del Derecho Social se sitúa el nuevo artículo 6 quater sobre la cobertura en situaciones de “convivencia sin vínculo de parentesco” (“Cuando convivan en el mismo domicilio personas entre las que no concurren los vínculos previstos en el artículo 6, podrán ser titulares del IMV aquella o aquellas personas que se encuentren en riesgo de exclusión de conformidad con lo previsto en el artículo 19.10”), al que luego se aludirá.

- d) Domicilio en supuestos especiales (se incorpora un nuevo art. 6 ter al RD-ley 20/2020, de 29 de mayo). Se considera otro fenómeno que también afecta a los potenciales beneficiarios de la prestación como es la posibilidad de residir en un domicilio con personas con las que tuvieran vínculos propios de la unidad de convivencia, pero que esta convivencia se deba a una situación especial, tal como tener el carácter de mujer víctima de violencia de género, haber iniciado los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, acompañada de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, o haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado inhabitable por causa de accidente o fuerza mayor. Salvo en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, la consideración de unidad de convivencia independiente tendrá carácter temporal.
- e) Convivientes sin vínculos de parentesco (se incorpora un nuevo art. 6 quater al RD-ley 20/2020, de 29 de mayo). Asimismo, se permite el acceso a la prestación a personas solas en situación de exclusión social que convivan con otras personas solas o unidades de convivencia y que no tengan vínculos de parentesco.
- f) Colaboración de las Entidades del Tercer Sector de Acción Social en la gestión de la prestación de Ingreso Mínimo Vital o un nuevo ensayo de «externalización» de la gestión pública de prestaciones de la Seguridad Social (mediante la incorporación de una nueva DT. Octava al RD-ley 20/2020, de 29 de mayo). La complejidad de la realidad de las personas

potenciales beneficiarias de la prestación requiere de la participación de los servicios sociales, y transitoriamente, de entidades del tercer sector de acción social debidamente acreditadas -los *mediadores sociales* del ingreso mínimo vital- para poder certificar la existencia de determinadas situaciones particulares.

La nueva figura de los mediadores sociales del Ingreso Mínimo Vital constituye un mecanismo de cooperación reforzada en la tramitación de la prestación que se hace necesaria –como técnica de control social y de verificación de las situaciones de necesidad protegida- durante los primeros cinco años desde la entrada en vigor de esta norma, para agilizar y facilitar a la entidad gestora de la prestación, la acreditación de determinados requisitos exigidos para el acceso a la misma.

Para ello se regulan los requisitos sustantivos para que una entidad pueda considerarse mediador social del ingreso mínimo vital. Esta condición se obtendrá mediante la inscripción en el registro de mediadores sociales del ingreso mínimo vital, que se crea en la disposición transitoria octava que se introduce en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. La inscripción en el mismo se realizará por medio de resolución de la persona titular de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social previa acreditación de todos los requisitos requeridos para la misma. El mantenimiento de los requisitos que permitieron la inscripción en el registro deberá acreditarse con carácter anual.

Es así que se exigirá, para el acceso a la prestación, *certificado de los servicios sociales* con el fin de acreditar la residencia colectiva, el carácter no permanente de la prestación de servicio residencial, el domicilio real de una persona que alegue no vivir donde consta en el empadronamiento o la inexistencia de vínculos cuando en el mismo domicilio, aparte de los solicitantes de la prestación, residan otras personas. El mantenimiento de los informes debe hacer con carácter anual.

- g) Otras modificaciones relevantes para el régimen jurídico de la prestación. Que afectan: a') Suspensión del derecho (mediante la reforma del art. 14 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo); b') Acreditación de determinados requisitos mediante certificado de los servicios sociales competentes (se modifica el art. 19 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo); c') Obligaciones anuales de comunicar a la entidad gestora por parte de los servicios sociales el mantenimiento de determinados requisitos previstos en el art. 19 del RD-ley 20/2020 (se incorpora un nuevo art. 19 bis al RD-ley 20/2020, de 29 de mayo); d') modificaciones a la tramitación de las solicitudes fijando un plazo máximo de seis meses desde la solicitud, transcurridos los cuales se entenderá desestimada (se modifica el art. 25.3 del RD-ley 20/2020, de

29 de mayo); e') Modificación relativa a la composición de la Comisión de Seguimiento (se modifica el art. 30.2 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo); f') Nueva composición del Consejo Consultivo (se modifica el art. 31.2 del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo); y g') Obligaciones de comunicación de cambios en el Padrón a cargo de los Ayuntamientos (se incorpora un nuevo art. 33 bis al RD-ley 20/2020, de 29 de mayo).

De todo lo noticiado, merece una mención especial el escaso éxito en la gestión de esta nueva prestación que no ha conseguido llevarla, tal y como se anunciaba por el Gobierno, a 850.000 hogares. ¿A qué se debe? y al mismo tiempo inquirir sobre ¿Qué hacer? Las razones del poco tino con que se está llevando a cabo la implantación de esta prestación son múltiples, a saber:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social es quizás una de las entidades gestoras públicas con los técnicos (a todos los niveles) más cualificados de las administraciones públicas españolas. Su actuación, podría decirse o calificarse como “cartesiana” es decir, son principios que rigen normalmente sus actuaciones: a) La duda o evidencia sistemática: que solo se acepta como verdadero lo comprobado; b) El análisis o descomposición de cada problema, éste se descompone en tantas partes como sea posible y necesario para su comprensión y solución; c) La síntesis: y así se va de los pensamientos y razonamientos sencillos a los más difíciles; y d) La verificación o comprobación: se recuenta, se revisa todo para evitar que nada sea pasado por alto y comprobar que la evidencia es falsa o verdadera.
- Pues bien, lo anterior casa mal cuando se introduce de la noche a la mañana una nueva prestación muy compleja, dentro de la Seguridad Social, de carácter periódico y de larga previsión temporal en su disfrute, que se quiere a toda costa que se reconozca a 2.500.000 de personas o 850.000 hogares de forma inmediata, diseñando o estableciendo unos requisitos para ello etéreos, en los que en muchas ocasiones la condición de beneficiario, titular, unidad de convivencia, etcétera, se deja como norma en blanco o a fijación reglamentaria (por señalar solamente un ejemplo: véase el art. 4.1 letra b. Personas beneficiarias).
- La escasez de personal con la que cuenta el INSS, con olvido de la Recomendación Octava del Pacto de Toledo de 2020 que recomendaba, más bien se reiteraba, la necesidad de proceder a abordar de forma inmediata un plan integral de recuperación y renovación de la plantilla de personal al servicio de la Seguridad Social (Monereo, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., 2020a pp. 13 ss.)³⁴. Esta escasez de personal se ha intentado paliar con

³⁴ En palabras de la Recomendación Octava del Pacto de Toledo “... En este sentido, resulta inaplazable abordar un plan integral de recuperación y renovación de la plantilla de personal al servicio de la Seguridad

la incorporación de 1.050 trabajadores interinos en el último trimestre de 2020, con una formación mínima.

- El fracaso de la externalización parcial (en términos de contratación pública vía “encomiendas de gestión”) de la gestión en la tramitación en favor de una empresa pública muy controvertida en su actividad, TRAGSATEC³⁵ filial del TRAGSA³⁶, a la que se encargó la captura y tramitación de la gestión

Social; a tal efecto, debe programarse la cobertura ordenada, paulatina e ininterrumpida del desmesurado número de plazas que han ido quedando vacantes durante las últimas décadas en los diferentes niveles de gestión del sistema de Seguridad Social, a fin de evitar que la pérdida de recursos humanos pueda afectar a la atención eficiente, adecuada y ágil que la ciudadanía demanda de la Seguridad Social. Igualmente debe mantenerse la inversión en recursos electrónicos, así como en formación de las plantillas, dado que siguen constituyendo herramientas esenciales...”.

³⁵En este sentido, por ejemplo, véase el informe de fiscalización de 2013 del Fondo de Garantía Salarial realizado por Tribunal de Cuentas, una síntesis del mismo se puede consultar en la nota difundida por su oficina de prensa en: <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/APROBADO-EL-INFORME-DE-FISCALIZACION-SOBRE-LA-GESTION-Y-CONTROL-DE-LAS-PRESTACIONES-ABONADAS-POR-EL-FONDO-DE-GARANTIA-SALARIAL-EJERCICIO-2013/> :

“Entre las medidas que el FOSAGA aprobó para paliar la situación de acumulación de expedientes, se encuentra una encomienda de gestión que el Fondo suscribió con una empresa pública. Pero, como señala el informe del Tribunal, dado que la práctica totalidad de las actividades que desarrollaba esta empresa pública estaban relacionadas con trabajos agrícolas, ganaderos y de protección de medio natural, y no con la actividad administrativa propia del organismo, desde el punto de vista de la legalidad vigente, el FOGASA no debió realizar esta encomienda de gestión.

En relación con dicha encomienda de gestión, en el informe del Tribunal se señala, entre otros extremos, lo siguiente:

- La existencia de indicios de extralimitación de las funciones de apoyo encargadas a la empresa pública para el tratamiento de los expedientes, que además vulnera la normativa vigente. Por ello, los actos de reconocimiento y denegación de las prestaciones de garantía salarial que realice el Secretario General del organismo podrían adolecer de anulabilidad.
 - Existen dudas razonables sobre si la tramitación de los 148.260 expedientes de prestaciones de garantía salarial, objeto de la encomienda solucionará el colapso de expedientes pendientes de tramitar o si será una mera fórmula transitoria, dado que, a 7 de abril de 2014, el número de expedientes pendientes de resolver por el FOGASA no solo no había disminuido, sino que había aumentado un 11% respecto a la cifra de expedientes pendientes a 31 de diciembre de 2013.
 - El número medio mensual de expedientes aprobados por el organismo en el ejercicio 2013, sin la colaboración de la empresa pública, fue un 22% superior a la media de expedientes aprobados en los seis primeros meses del ejercicio 2014, cuando ya estaba actuando aquella.
 - Comparando sólo los costes directos, si la tramitación de los expedientes de esta encomienda la hubieran realizado los propios funcionarios del FOGASA en el marco del Plan Especial de Actuación, el importe abonado a éstos hubiera ascendido a 274.281 euros, frente a los 3.267.000 euros de la encomienda de gestión.
 - El coste medio por expediente tramitado a través de la encomienda estaba previsto en 21,78 euros, mientras que el importe abonado por el FOGASA a los funcionarios para instruir expedientes fuera del horario laboral fue de 1,85 euros brutos, lo que evidencia una diferencia del 1.077% entre un importe y otro.
 - El personal de la empresa pública no tiene información relativa a las empresas que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha declarado que no tenían ningún tipo de actividad, por lo que existe el riesgo de reconocimiento indebido de prestaciones de garantía salarial.
- De todo lo anterior cabe concluir que la formalización de la encomienda de gestión fue antieconómica para los fondos públicos del FOGASA”.

³⁶Sobre las controversias en la viabilidad de adjudicación de contratos públicos a esta empresa –en sentido favorable- puede verse también la STJUE de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05, que tuvo por objeto

electrónica de las prestaciones del Ingreso Mínimo Vital, excluyendo obviamente la concesión o denegación de la prestación que evidentemente reside en el personal del INSS. Esa externalización se llevó a cabo vía encomienda de gestión en julio de 2020 y posteriormente renovada en octubre hasta diciembre del mismo año.

Pues bien, si la gestión es compleja, ahora se acude a otra “externalización de servicios” en favor de las entidades del tercer sector, creando una nueva figura, el mediador social del Ingreso Mínimo Vital, al cual se le va dotar del poder de acreditar situaciones de personas en riesgo de exclusión social que vivan juntas sin vínculos o de quienes se encuentren empadronados en domicilios ficticios. Todo un reto. La experiencia determinará la eficiencia de la nueva figura y su capacidad para contribuir a mejorar la protección dispensada más allá de su actuación segura como medida de *control social* de los colectivos potencialmente protegidos. Es posible pensar, en cualquier caso, que sí debería de dotarse de una mayor plantilla de personal funcionarial al INSS para llevar a cabo sus funciones típicas. Con ello, la nueva figura del “mediador social” nunca debería ser sustitutiva de esta exigencia de dotación de personal público al servicio de la gestión eficiente de la acción protectora de la Seguridad Social. Por otra parte, atendiendo a otras experiencias que están en la mente de todos, la nueva figura de gestión indirecta debe ser objeto de una *supervisión pública que evite una deriva hacia la mercantilización* de los servicios dispensados.

El IMV es una medida de enorme relevancia estructural para afrontar las situaciones de pobreza, exclusión social y desigualdad ya existentes, las cuales se verán incrementadas por las consecuencias de la actual pandemia mundial. Por ello mismo es necesario que se establezca su diseño normativo y se lleve a cabo su correcta racionalización en términos de mejora de la prestación y del régimen de gestión. Sería preciso garantizar un *mínimo vital* más allá de cualquier otra consideración, es decir, una cuantía mínima que permita aproximarse a un nivel de vida digno. No debe olvidarse que se trata de una *prestación de naturaleza no contributiva de Seguridad Social y, por tanto, vinculada a la situación objetiva de necesidad; y que debe atender –en esa lógica interna– al principio de suficiencia prestacional que se impone deducir del artículo 41 de nuestra Norma Fundamental*. Este es un aspecto que se ha descuidado en el modelo legal vigente y que viene exigido, sin embargo, por uno de los principios fundamentales de la Seguridad Social: el principio constitucional de suficiencia que incide en el núcleo de la institución

una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por el Tribunal Supremo, mediante Auto de 1 de abril de 2005, recaído en el procedimiento entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) y Transformación Agraria (Tragsa), Administración del Estado.

Otro sector de la Seguridad Social objeto de encomienda de gestión es el relativo a la gestión de prestaciones económicas al amparo de normas internacionales, véase la Resolución de 23 de marzo de 2018 del INSS por la que se publica dicha encomienda de gestión (BOE de 10 de abril).

determinante de la cuantía del IMV como prestación no contributiva regida por los principios de suficiencia y de solidaridad (Monereo, J.L., 2002, pp. 1425-1524). No se debe olvidar que “la locución “Seguridad Social” usada para designar un tipo de ordenamiento [instrumento a través del cual los propios ordenamientos se proponen alcanzar sus fines sociales], se refiere a la finalidad que intenta conseguir este tipo de ordenamiento,... se mantiene para indicar un cambio de dirección, en virtud del cual un plano de acción social se escribe en función de la finalidad y no en función de un determinado instrumento” (Venturi, A., 1994, p.275).

4. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

“Una simple declaración de derechos no basta, se necesitan instituciones que permitan que los derechos se hagan realidad”

KARL POLANYI

La gran transformación. Crítica del liberalismo económico (1997, p.399)

En definitiva, la creación de una Renta Mínima de ámbito estatal se hacía cada vez más necesaria. La LIMV la ha establecido en un nivel todavía de “perfil bajo” o modesto, pero resulta innegable que está destinada a acrecentarse en su ideal de cobertura por las razones estructurales anteriormente indicadas. Se ha de poner un umbral mínimo de prestación económica para garantizar una vida digna y realizar así los fines inclusivos de esta nueva institución jurídica. Y se han de superar los obstáculos burocráticos para el reconocimiento de la esta renta mínima (IMV) a todas las personas en situación de pobreza o de exclusión social.

Mientras tanto –y a pesar de las sucesivas modificaciones a través de reales decretos-leyes, el desarrollo reglamentario de la LIMV se hace estrictamente necesario y urgente para alcanzar plenamente sus objetivos de protección preventiva y reparadora frente a las situaciones de pobreza y exclusión social severa.

El IMV es un subsidio condicionado (integrado en el Sistema jurídico-institucional de la Seguridad Social no contributiva o asistencial); un subsidio no contributivo *focalizado* a los pobres y personas en situaciones de exclusión social severa. Esta medida de renta de subsistencia (IMV) no constituye nada parecido a un primer paso hacia la instauración de una Renta Básica Universal e Incondicionada. Pero cabe decir que tampoco excluye su posible implantación en un futuro ciertamente lejano y marcado por la incertidumbre propia de la que se ha dado en llamar “sociedad del riesgo”. Dejemos que las generaciones futuras decidan sobre las distintas opciones imaginables de política de garantías de rentas de subsistencia para garantizar el derecho a la existencia digna de la persona en una sociedad civilizada.

Por otra parte, la implantación de la Renta Mínima a nivel estatal (llámese ahora IMV) es constitucionalmente legítima y tiene amparo en la normativa internacional. La base constitucional para el establecimiento de una renta mínima garantizada o renta mínima de inserción a nivel estatal está legitimada, justificada y adecuadamente garantizada en los artículos 41, 9.2 y 149.1.17ª de la Constitución (y todos ellos interpretados con arreglo al garantismo multinivel que se impone deducir del art. 10.2 CE), para la protección de las personas frente a situaciones de necesidad no adecuadamente satisfechas por otros instrumentos de protección social pública (señaladamente, las rentas mínimas de inserción de las CC.AA)³⁷, con cargo a Presupuestos Generales del Estado (como ocurre con las prestaciones no contributivas o con la renta activa de inserción en el marco de la protección por desempleo). Nuestro texto constitucional ex art. 41 y normas concordantes del bloque constitucional de la Seguridad Social configura un sistema mixto de Seguridad Social, con ámbitos contributivos y asistenciales o no contributivos, y con una marcada orientación a realzar el elemento o dimensión asistencialista o no contributivo. Es visible la plasmación de la tendencia hacia la universalización subjetiva y objetiva o prestacional pública y la consagración explícita del principio de suficiencia vinculado a la calidad de las prestaciones dispensadas por el sistema de Seguridad Social en su doble y heterogénea dimensión contributiva y asistencial.

Esta nueva prestación de Seguridad Social “asistencialista” o “no contributiva”, aparte de que puede ser completada por las Comunidades Autónomas, no impide la subsistencia de las rentas mínimas autonómicas si estas lo considerasen oportuno reclamando su competencia en materia de asistencia social garantizada constitucionalmente; o, en su caso, su facultad de dictar una “legislación *no* básica”. La instauración de esta renta mínima garantizada (acompañada en la esfera del Derecho Laboral por una política del Derecho cuyo objetivo sea el pleno empleo y la orientación hacia el “trabajo garantizado”, decente o digno de la persona que trabaja; esto es, en contraposición con el trabajo precario) puede permitir completar las redes de la protección social pública atendiendo de modo más eficiente y equitativo a la tutela de las situaciones de necesidad vinculadas al desempleo prolongado y a la exclusión social. Se trata de un subsidio condicionado a la situación de necesidad y

³⁷ Aparte de los grandes textos internacionales que proclaman el derecho a la existencia digna, resulta harto significativo que el “Proyecto de Código para la armonización de las legislaciones nacionales europeas de Seguridad Social”, elaborado en la Universidad de Lovaina (Bélgica) en 1977, establecía en su art. 4 que toda persona tiene derecho a “una renta mínima adecuada que le permita un existencia humana y digna”, añadiendo después que tal derecho se genera para las personas que se hallen en circunstancias tales que no les permita disponer de una renta mínima, esto es, un nivel de recursos económicos necesarios para subvenir a la satisfacción de las necesidades más elementales o básicas de una existencia humana y digna (art. 39). Por otra parte, debe anotarse que, con reiteración, el Parlamento Europeo ha aprobado varias resoluciones donde se recomienda que se “estímule la instauración en todos los Estados miembros de una renta mínima garantizada para favorecer la inserción de los ciudadanos más pobres en la sociedad” (Resoluciones de 16 de septiembre y de 16 de noviembre de 1988, de 15 de marzo y de 22 de noviembre de 1989, etcétera).

la disponibilidad de recursos del sujeto protegido; un subsidio que, por supuesto, es necesariamente compatible con la realización de políticas activas de pleno empleo para todos. Se trata de garantizar el derecho a la existencia digna de una parte de la población des-calificada socialmente como “población excedente” situada en los márgenes de la estructura social, sin excluir (más bien presuponer a medio/largo plazo) que en un futuro pudiera avanzarse reflexivamente hacia una Renta Básica o Ingreso Básico incondicionado universalista, que implicaría una refundación más intensa, en cierto sentido, de los actuales sistemas de protección social pública y del propio Estado Social de Derecho.

La exigencia de este tipo de rentas de subsistencia y de inserción laboral se impone frente al problema estructural –y no sólo coyuntural- de lucha contra la pobreza y la exclusión social, ante las consecuencias de la “Revolución 4.” (Cuarta Revolución Industrial) o las situaciones derivadas de Pandemias sanitarias o de las consecuencias negativas del cambio climático o el deterioro medioambiental. Es la era de la inseguridad social creciente y, en relación a ello, de la redefinición de los sistemas de protección social pública. Y en un contexto de progresivo vaciamiento (por no decir, desmantelamiento; cuando no intentos de deslegitimación) de las instituciones de la solidaridad social propias del Estado Social redistributivo e integrador ante la implantación de una sociedad de mercado de competencia generalizada.

La renta mínima garantizada (IMV) se configura como derecho subjetivo de Seguridad Social (una nueva prestación no contributiva de carácter pro-activo por su orientación hacia la reinserción profesional y social) y, por tanto, gozando de la necesaria justiciabilidad a través del orden social de la jurisdicción (Monereo, J.L., 2018a, pp. 98 ss.; 2015b, pp. 713-755; 2020, pp. 27-68; Monereo, J.L. y Molina, C., 1999, Monereo, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., 2020b, Suárez, B., 2014, el cual descarta por sus inconvenientes adicionales, de carácter técnico y de política del Derecho, las otras dos opciones posibles, a saber: una Ley de Armonización de las rentas mínimas autonómicas por el cauce del art. 150.3 CE y la vía del art. 149.1.1ª CE)³⁸. La renta mínima garantizada puede ser una vía para la protección

³⁸Las dos organizaciones sindicales más representativas, CCOO y UGT han acometido una Iniciativa Legislativa Popular, proponiendo el establecimiento de una “Prestación de Ingresos Mínimos” o “Rentas mínimas garantizadas”, que asegure unos recursos económicos básicos a todas las personas residentes legales en España, en edad laboral, que queriendo trabajar no pueden hacerlo, que no tengan derecho a prestaciones de desempleo y carezcan de recursos que les permitan vivir con dignidad. Para garantizar su universalidad se ha propuesto como una prestación de la Seguridad Social en su ámbito no contributivo, cuya financiación debe garantizarse vía impuestos, a través de los Presupuestos Generales del Estado. Se trata de una prestación común para todo el Estado, compatible con las competencias en materia de asistencia social de las CCAA. Esta figura sería distinta a la Renta Básica de ciudadanía, esto es, una asignación económica pública de carácter incondicional dirigida a toda la población. En realidad, hay tres propuestas novedosas para abordar los problemas del desempleo (masivo y estructural y derivado de la precariedad laboral) y la pobreza masiva y desigualdad social o desventaja social extrema, a saber: la Renta Mínima de Inserción (la renta mínima garantizada), la Renta Básica de ciudadanía o ingreso de ciudadanía universal, y el Trabajo Garantizado.

de las personas en edad de trabajar sin protección por desempleo o de personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión social y supondrá un reforzamiento del sistema de protección social clásico del Estado social. Se configura como una prestación de Seguridad Social en su ámbito no contributivo o asistencial, con financiación íntegramente estatal y con cargo a imposición general. La prestación de renta mínima garantizada o ingresos mínimos será, de este modo, una prestación de último recurso –red de seguridad- a la que se accede tras agotar las prestaciones contributivas o asistenciales de desempleo o, en su caso, por no haber podido generar derecho a las mismas. El objetivo de la prestación de renta mínima garantizada es proteger adecuadamente a quienes queriendo y pudiendo trabajar carecen de empleo y sufren una situación de necesidad económica. La medida tendrá naturaleza estructural o permanente en su cristalización normativa, no coyuntural. Se percibirá por la persona afectada de forma indefinida mientras se mantenga la situación de necesidad y tendrá una línea “pro-activa”, combinando el subsidio no contributivo con políticas activas de empleo.

La creación de una renta mínima garantizada a nivel estatal en la coyuntura actual (y como posible –y no exento de controversia- paso intermedio hacia el establecimiento a más largo plazo –de manera particularmente meditada- de una renta incondicionada o ingreso de ciudadanía) deriva de la constatación de las insuficiencias del tradicional sistema de protección por desempleo (prestación contributiva y subsidios asistenciales) y del conjunto heterogéneo e inorganizado de rentas mínimas autonómicas actualmente vigentes³⁹. La renta mínima garantizada será, verdaderamente, el último recurso de la red de seguridad de los sistemas de protección social pública. En el marco de la Unión Europea se está discutiendo sobre la implantación de una “renta mínima europea” [véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “*Renta mínima europea e indicadores de pobreza*” (Dictamen de iniciativa, 2014/C 170/04), aprobado en sesión plenaria de 10 de diciembre de 2013]. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) subraya la acuciante necesidad de garantizar una renta mínima adecuada en la Unión Europea mediante una Directiva Marco dirigida a combatir la pobreza facilitando la inclusión en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza, e insta a la Comisión a emprender una acción concertada que responda a la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo en 2011 [Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social (2011/2052(INI), DO C 153E de 31.5.2013, 57-78]. La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones y que proporciona una red de seguridad para las personas que no

³⁹ Rentas Mínimas de Inserción, actualmente existentes, que son, sin duda, legítimas al amparo del título competencia autonómico en materia de asistencia social (art. 148.1. 20ª CE) y tanto más después de la amplitud competencia que autoriza la doctrina establecida por la 239/2002, de 11 de diciembre.

pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tienen otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo (familiares, o miembros de la “unidad de convivencia”). La renta mínima garantizada no debe confundirse con el “salario mínimo”, que se fija por medio de la legislación o por medio de los convenios colectivos. (Otras políticas distintas al respecto son: a) una renta básica universal, que es una ayuda permanente, de cuantía fija, que se paga a intervalos preestablecidos a cada ciudadano adulto, independientemente de su situación económica o social o de su disponibilidad para el trabajo; y b) un impuesto negativo sobre la renta, basado en el concepto de tipo impositivo marginal). La medida es compatible con otras iniciativas de la lucha contra la pobreza y la desigualdad a través de otros tipos de medidas de reforma legislativas, como señaladamente a través de la fiscalidad progresiva y su gestión por la Agencia Tributaria.

El fundamento principal de la renta mínima garantizada europea estaría en los artículos 12 (“Derecho a la Seguridad Social”), 11 (“Derecho a la protección de la salud”), 13 (“Derecho a la asistencia social y médica”), y 30 (“Derecho a protección social contra la pobreza y exclusión social”) de la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3.V. 1996) (Monereo, C. y Monereo, J.L., 2017; Monereo, J.L., 2020c) y, en el marco de la UE en el art. 34. 3 –en relación con el art. 1 que establece que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”- de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango *normativo* asimilado al de los tratados fundamentales de la Unión ex art. 6.1 TUE), conforme al cual “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”. Para el CESE los nuevos regímenes de renta mínima deberían ir acompañados de políticas generales y disposiciones específicas, como las políticas activas del mercado laboral, destinadas a ayudar a las personas sin empleo a reincorporarse en el mercado de trabajo, servicios de colocación, una gestión de las prestaciones y los programas relativos al mercado laboral, como la formación y la creación de empleo apoyadas por estrategias de activación adecuadas, para dar mayores oportunidades a las personas en busca de empleo. Son esenciales, asimismo, unos organismos eficaces de organización del mercado laboral, atención sanitaria y políticas de vivienda, así como servicios públicos asequibles y accesibles de gran calidad (Monereo, J.L., 2012b, pp. 893 ss.). El establecimiento de una renta mínima de inserción permitiría combatir la pobreza y ciertos niveles de desigualdad, e incluiría junto a las ayudas o subsidios económicos la aplicación de políticas activas de empleo, sin que, por tanto, entre en juego el

prejuicio de que la medida pueda desincentivar la búsqueda de empleo por parte de los sujetos protegidos.

Su implantación se situaría en la línea de política del Derecho impulsada por el denominado Pilar Europeo de los Derechos Sociales, pero yendo más allá de una mera convergencia de objetivos para abrazar una línea de *armonización* comunitaria de rentas mínimas garantizadas. Al tiempo, tras un periodo de experimentación del modelo de solidaridad social condicionada y selectiva (RMI y fórmulas similares) habría que avanzar hacia la implantación de una renta básica universal e incondicional (sin prueba de recursos y sin contrapartidas), que completase el Sistema de Protección Social del Estado Social de Derecho; es decir, un modelo de solidaridad social incondicional y universal. Es un nuevo modelo de solidaridad social introducido en el corazón del Estado Social de Derecho. Se trataría de una garantía contra la exclusión social y de defender la libertad real para todos. Esta técnica de protección social formaría parte de las condiciones materiales de la libertad (garantizando sólo en parte las condiciones materiales de la existencia de los individuos), y será posible confirmar nuevamente y en la práctica que la generosidad de las transferencias o prestaciones sociales no constituye un desincentivo para trabajar (ni generalizable ni sustancialmente relevante) [Para la crítica de ese enfoque del discurso del liberalismo radical –que comprende al mathusianismo, al spencerismo social, al darwinismo social y a las diversas versiones del neoliberalismo contemporáneo, Monereo, J.L., 1997, 1996b, 1999, 2008b, pp. 11-109, 2009-2010, 2017a]. La implantación como un nuevo derecho social de desmercantilización de las personas en todos los ámbitos donde se desarrolla su personalidad y dignidad humana debe ser el objetivo principal de un renovado Estado Social de Derecho.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), “Por una Directiva marco europeo sobre la renta mínima” [Dictamen de iniciativa, aprobada en pleno nº. 541, el 20. 02.2019. SOC/585- EESC-2018-02210.00-00-AC-TRA (EN) 1/16- Ponente: Georges Dassis], apuesta una por una decidida implantación de una Directiva marco europea sobre la renta mínima. Su punto de partida es ahora más contundente, pues se indica que los textos fundamentales de la Unión y sus compromisos, como la Estrategia Europa 2020, que pretende reducir en veinte millones el número de personas en riesgo de pobreza, no han arrojado los resultados esperados. *La aplicación del principio de subsidiariedad, con el método abierto de coordinación (MAC) como único instrumento, resulta por tanto insuficiente para alcanzar los objetivos fijados.* Establecer un marco europeo vinculante para una renta mínima decente en Europa que permita generalizar, apoyar y convertir en decentes (adecuados) los sistemas de renta mínima de los Estados miembros constituiría, por tanto, una primera respuesta europea importante al grave y persistente problema de la pobreza en Europa.

La renta mínima decente en Europa a través de un instrumento normativamente vinculante como es la Directiva marco⁴⁰ está justificada por la necesidad de garantizar el acceso a todos los que precisan ayuda y de que ésta se adecúe a sus necesidades reales. La renta mínima decente es también un instrumento al servicio de la integración/reintegración laboral de las personas excluidas y de la lucha contra el fenómeno de los trabajadores en situación de pobreza, pese a tener empleo.

Los sistemas de renta mínima hay que concebirlos en términos no de carga sino de *inversión social*. Los sistemas de renta mínima decente benefician no solo a las personas necesitadas, sino también a la sociedad en su conjunto. Garantizan que las personas que los necesitan se mantengan activas dentro de la sociedad, les ayudan a reconciliarse con el mundo laboral y les permiten vivir dignamente. Unas rentas mínimas decentes son indispensables para conseguir una sociedad más igualitaria, constituyen la base real de la protección social y garantizan una cohesión social que beneficia a toda la sociedad. Los sistemas de renta mínima apenas representan un porcentaje reducido del gasto social, pero arrojan un retorno de inversión considerable, mientras que la ausencia de inversión tiene repercusiones muy negativas para las personas y conlleva costes elevados a largo plazo. Forman un conjunto de estímulos eficaces, ya que el dinero gastado revierte inmediatamente en la economía, frecuentemente en los sectores que más acusan la crisis. Como resultado de la interacción entre las rentas mínimas y el salario mínimo, también contribuyen a garantizar salarios decentes y a evitar el aumento del número de trabajadores pobres.

En cuanto al modelo de renta mínima o renta de subsistencia se trata de una renta mínima garantizada de carácter condicionado y no de una renta básica universal e incondicionada⁴¹.

Interesa destacar que ahora se vincula directamente la renta mínima europea con el concepto de trabajo decente impulsado por la OIT. Se ha trabajado ya mucho sobre la renta mínima y se han expresado numerosas posiciones al respecto. Mediante este dictamen, el CESE insiste en el concepto de «renta mínima decente» (ingresos mínimos para llevar una vida digna, por encima del umbral de pobreza), inspirándose en el concepto de «trabajo decente» de la OIT⁴². De ahí que se haga referencia a una «renta mínima europea decente».

⁴⁰El recurrir a la legislación de la UE encuentra un fundamento jurídico reside en el artículo 153, apartado 1, letras c) y h), del TFUE.

⁴¹Advierte que no se debe confundir el concepto de renta mínima decente, objeto del presente dictamen, con el de renta universal abonada a todos los miembros de una colectividad (municipio, región o Estado) sin requisitos relativos a sus recursos o su situación laboral. Además, aunque la mayoría de los países cuentan con sistemas de renta mínima, aún debe examinarse su adecuación con respecto a las necesidades, ya que en la mayoría de los casos sigue siendo un problema. Alemania y Francia obran en este sentido.

⁴² <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>.

La OIT ha insistido en el contexto de la Pandemia del Covid-19 en la necesidad de la protección de los ingresos de las personas. Añadiendo que “Hay que aplicar reformas institucionales y políticas en profundidad para facilitar la recuperación sobre la base de la demanda y aumentar la resiliencia por medio de sistemas de protección social universal eficaces que constituyan factores estabilizadores automáticos en los planos económico y social frente a la crisis. Ello contribuirá asimismo a recuperar la confianza en las instituciones y en los gobiernos”. Por lo demás, se subraya, el Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral. Es manifiesto que será preciso establecer políticas orientadas al pleno empleo en el marco de una recuperación económica y desde luego poner en valor que los sistemas de protección social refuerzan la resiliencia y permiten hacer frente a emergencias a corto plazo en el plano social, así como mitigar los efectos de crisis venideras (y el coronavirus no se ha ido). Los sistemas de Seguridad Social eficaces y eficientes son factores estabilizadores económicos y sociales muy eficaces en los planos económico y social en particular si se implantan antes de que se produzca una crisis. Cabe reconocer nítidamente la función que desempeña la protección social para fomentar la demanda agregada en situaciones de crisis y mitigar las desigualdades sociales que propicia la justicia social y la paz social⁴³. De este modo es posible establecer una relación virtuosa entre las medidas sociales (racionalidad social) y las medidas económicas (racionalidad económica) bajo un enfoque integrador propio del Estado Social de Derecho (Monereo, J.L., 2017a, cap.IV, pp. 213 ss.).

A los fundamentos jurídicos ya aludidos se añade que revisten especial importancia las referencias jurídicas de los Tratados, como por ejemplo el art. 3 del TUE, que cita entre los objetivos de la Unión el pleno empleo y el progreso social, pero también la lucha contra la exclusión social y la discriminación y el fomento de la cohesión económica, social y territorial, así como la solidaridad entre los Estados miembros; el art. 9 del TFUE, que precisa que «[e]n la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección

⁴³ OIT.: *Comunicado de la Organización internacional del Trabajo. Covid-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas*, 18 de marzo de 2020. Este Comunicado institucional de la OIT proporciona una evaluación preliminar de las posibles repercusiones del Covid-19 en el mundo del trabajo y se propone un conjunto de medidas a nivel político y jurídico para mitigar esas repercusiones negativas y facilitar una recuperación sólida, eficaz y solidaria.

social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana»; y, más concretamente, el artículo 151 del TFUE que abre el título X sobre la política social y que menciona como objetivos de la Unión y de los Estados miembros «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». Todos ellos, objetivos que resultan realizables por la Unión en la medida en que ésta (artículo 153, apartado 1, del TFUE) «apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; [...] h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral; [...] j) la lucha contra la exclusión social; [y] k) la modernización de los sistemas de protección social [...]».

El enfoque de los objetivos a perseguir con esta institución se apoya se apoya en los trabajos de economistas como Amartya Sen (Sen, 2010) sobre lo que él mismo denomina «capabilities» (enfoque de las capacidades), compuestas por tres elementos⁴⁴. Lo que implica que asume una determinada idea en cuanto a la realización de la justicia social a través de un sistema de derechos y de garantías de las capacidades humanas. Es también el enfoque básicamente análogo que ha mantenido Martha Nussbaum (Nussbaum, 2011, 2007).

También se intuye que la introducción de una renta mínima garantizada podría conducir a una racionalización de las *ayudas sociales* en determinados países. Y reténgase que se hace referencia a las prestaciones basadas en la ayuda social (técnicas de ayuda que asumen la lógica de la compensación –típicos de la asistencia social y de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social- y no la lógica de la sustitución como sería el caso de las prestaciones contributivas de los regímenes profesionales típicos de Previsión y Seguridad Social Contributiva. Este enfoque es, por ejemplo, el que subyace a la propuesta de «renta universal del trabajo» formulada en el plan de lucha contra la pobreza presentado por el presidente de la República Francesa, que pretende «garantizar una base mínima de dignidad a todos los que puedan beneficiarse de ella, fusionando el mayor número

⁴⁴ Salud/esperanza de vida □ Estudios recientes demuestran que las personas en situación de pobreza ahorran en su atención sanitaria, en particular en la dental. Adoptan un mal estilo de vida, se alimentan peor y, por tanto, padecen más problemas relacionados con la obesidad. Existen diferencias considerables en la esperanza de vida entre ricos y pobres. También es preciso tener en cuenta la dureza del trabajo realizado. Saber/nivel de formación □ Las estadísticas muestran claramente la tasa de desempleo en función de los distintos niveles de formación. Según los datos de Eurostat de 2015, el 11 % de los europeos de entre 18 y 24 años han abandonado el colegio prematuramente. Nivel de vida □ Se trata de integrar todos los elementos de la calidad de vida en un mismo poder adquisitivo y no solo los componentes relativos a la supervivencia alimentaria. La capacidad de movilidad y el acceso a la cultura son elementos importantes de integración/inclusión en la relación con sus congéneres y la sociabilidad, es decir, los medios para no encerrar a las , personas pobres en un aislamiento que supone un círculo vicioso de des-socialización.

de prestaciones sociales». Del mismo modo, el debate iniciado en Alemania sobre la introducción de una renta mínima de solidaridad contribuiría a la lucha contra la pobreza, en particular para los desempleados de larga duración, al simplificar el sistema de ayudas sociales. El Gobierno ya ha reservado 4.000 millones de euros con esta finalidad hasta 2021.

Por otra parte, la instauración de una renta básica o ingreso universal no debe ser (en la lógica del reformismo democrático-social) una pretendida alternativa al objetivo irrenunciable del pleno empleo de calidad y a la lucha por el trabajo garantizado, pues se trata de dos objetivos plena y necesariamente compatibles en una perspectiva de profundización en la mejor tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social Activo (Van Parijs, PH. y Genet, 1996; Van Parijs, PH., 1996; Van Parijs, PH. y Vanderborght, Y., 2017; Raventós, D., 2007; Raventós, D. y Casassas, D., 2011; Monereo, J.L., 2018a, 2019a). La renta básica –o ingreso básico- incondicional supondría una decisiva reforma modernizadora y de mejora de los actuales sistemas de Estados del Bienestar. Pero no una alternativa sustitutoria de la Seguridad Social contributiva tal como la conocemos, la cual deberá ser mantenida respetando su propia lógica de sustitución de las rentas de activo dejadas de percibir durante la etapa de vida activa del sujeto protegido.

La renta básica a nivel de la Unión Europea, finalmente, tendría la virtualidad de hacer más visible la idea –o, mejor, proyecto político– de construir una Europa de los Derechos basada en la garantía de los derechos sociales fundamentales, siendo, ésta, una parte relevante de la *base normativa común* de una Europa Social como “derecho a la existencia digna de la persona”. He aquí la posible emergencia de un *welfare* post-nacional en el espacio geopolítico de la Unión. Pues, en definitiva, el derecho a una renta básica acaba por asumir la función de un “derecho a tener derechos” en el sentido de Hannah Arendt (Arendt, H., 1993, 1998; basándose en su pensamiento como punto de partida central, Monereo, J.L., 1996a, Cap. III, pp. 166-168; Rodotà, S., 2014). Por tanto, estamos ante una institución que va más allá del discurso de implantar una simple “malla de seguridad” –una “última red de protección social”-, pues –sin dejar de ser eso- se sitúa en el marco de una política de rentas que autentificaría una libertad real para todos y el disfrute efectivo del conjunto de los derechos fundamentales.

Como ya se ha dicho, la Europa social no puede quedar sólo en palabras. Entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una *Directiva Marco Europea* sobre Rentas Mínimas, que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el Derecho Social Comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas –y a las personas que formen parte de su familia o unidad de convivencia- en la UE. La intensificación del proceso de construcción europea afectaría a la viabilidad política y jurídica de la propuesta de avanzar en un modelo social para una Europa Social, que se haga merecedora de esa denominación y con ello merezca una mayor adhesión y legitimación política

de los pueblos europeos. Aquí la Unión Europea actuaría como una unión de transferencias redistributivas, siendo la renta básica –o ingreso básico- un pilar para la supervivencia y perfección del llamado modelo social europeo. Y contribuiría a evitar la competitividad basada en las ventajas legislativas de los sistemas de protección social nacionales, es decir, evitaría, en gran medida, la tentación de reducir la protección social dispensada en nombre de la competitividad (Van Parijs, PH. y Vanderborght, Y., 2017, pp. 296 y ss.). Por lo demás, la renta básica no exige dismantelar el resto del sistema de protección social pública, sino tan sólo una racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales a menudo desorganizadas, superpuestas y desvertebradas. Y a esa racionalización habría que añadir un incremento ponderado del papel de los impuestos en la financiación del sistema (señaladamente en el vector no contributivo del Sistema de Seguridad Social en el que se insertaría la renta mínima garantizada). De nuevo nos encontramos con un problema de decisión sustancialmente política, pues de lo que se trata es de cómo acrecentar y distribuir los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales y a través de ellos mejorar la vida de las personas (Van Parijs, PH. y Vanderborght, Y., 2017; Barry, B., 2005, pp. 208 y ss.). Ello se resuelve, pues, en la exigencia de adaptación permanente –*creativa*, y no simplemente reactiva- de las técnicas de protección social a los cambios socio-económicos y tecnológicos en orden la cobertura de las necesidades de las personas.

Eso sí, implicaría, aparte de la racionalización y un más acentuado modelo público mixto de financiación, un marco de planificación económico-social que la complete como garantía de ingresos (incluidas esas medidas de fiscalidad progresiva). Es dar cuenta de la preferencia del fin impulsando los medios para alcanzarlos de viable realización.

Con todo, la renta mínima garantizada no es una simple “fórmula mágica” de la ciencia jurídica; es un nuevo instrumento de gestión de lo social necesario para evitar la desprotección efectiva de un cada vez más amplio número de personas expulsadas del mercado de trabajo o en situación de exclusión social o de pobreza (a la que el trabajo precario no es capaz de liberar), que de lo contrario quedarían en la periferia, esto es, en los márgenes de la sociedad.

Al tiempo y tras una larga fase de experimentación de una renta mínima europea y estatal podría pensarse en un objetivo de más largo alcance, a saber: ante los cambios estructurales en curso los Sistemas de Seguridad Social deberían incorporar (en una dirección que permiten los artículos 12 y 30 de la Carta Social Europea Revisada, el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los instrumentos jurídicos de la OIT) una nueva rama de prestaciones más ambiciosa y compleja como es la Renta Básica. La implantación de la renta básica universal e incondicionada (RBU) ha encontrado un apoyo en el Consejo de Europa (Resolución 2197/2018, de 23 de enero de 2018, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa) y en el Parlamento Europeo (Resolución del

Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para la lucha contra pobreza y la exclusión social). La renta básica aparece como una medida jurídico-institucional necesaria para repensar no sólo la Seguridad Social sino también el Estado del Bienestar en nuestra época, el cual debe alcanzar siempre sus objetivos de garantizar el derecho a la existencia digna de la persona a través de una renovación constante de sus instrumentos técnicos de organización de las tutelas dispensadas (el fundamento de esta concepción dinámica del Estado del Bienestar, en Monereo, J.L., 2018a; en una perspectiva de larga duración, Monereo, J.L., 1996a, pp. 19 y ss. y 159 y ss.).

Esta renta básica o ingreso universal puede ser viable técnicamente y posible desde el punto de vista económico-financiero a condición de que se renueve el pacto social de la postguerra mundial [la crisis institucional del pacto social de la postguerra, que determinó la construcción de los Estados del Bienestar, es un hecho verificado desde hace varias décadas, Merkel, W., 1995, pp. 19 y ss.; Monereo, J.L., 1996a, pp. 185 y ss.; para el advenimiento de la forma “Estado de mercado” en el marco de un capitalismo financiero especulativo, puede consultarse Harvey, D., 2007, pp. 73 y ss.; Altwater, E., 2011, pp. 155 y ss.; Monereo, J.L., 2015c, pp. 460 y ss.]. Un Pacto Social sobre el alcance de la desmercantilización que a través de los derechos sociales ha de garantizar el Estado Social y ha de recrear los sistemas de Seguridad Social nacionales y fomentar un impulso a la solidaridad en el nuevo horizonte de una “economía-mundo” que ha alcanzado el nivel que conocemos de “globalización”, en cuyo marco se ha ampliado el “mercado-mundo” que tiende a la mercantilización y re-mercantilización de las protecciones sociales estructuradas principalmente en el ámbito nacional. Es ésta una nueva expresión por la lucha permanente en una sociedad democrática por garantizar la seguridad de la existencia de la cuna a la tumba para todas las personas (el ideal de Beveridge más allá de sus limitaciones liberales). Contribuye al necesario impulso hacia una mayor redistribución de la renta que añade a los mecanismos estándar tradicionales una prestación consistente en la renta básica universal e incondicionada, la cual tiene la virtualidad de garantizar un cierto nivel de desmercantilización y con ello también una autonomía básica de las personas.

Se comprenderá, así, que esta medida, lejos de una idea utópica ingenua, podría permitir –en unión con otras- la renovación (o si se quiere reinención) del modelo de Estado Social contemporáneo en una sociedad cada vez más fragmentada y compleja en su estructuración y en un contexto de construcción y dominio del capitalismo global [es suficiente reparar en las reflexiones de Stiglitz, J., 2012; Raventós, D., 2007, hace referencia a la renta básica como una de las condiciones materiales de la libertad real], que hace visible un largo giro del capitalismo de postguerra al neoliberalismo [Streeck, W., 2016, pp. 38 y ss., 59 y ss., y 99 y ss.; Piketty, T., 2014, 2019, para el cual la desigualdad social no deriva sólo de

factores económicos y tecnológicos, sino también –y para él principalmente- de factores ideológicos y políticos. Es así que las ideas y las ideologías cuentan en el desarrollo histórico].

Y todo ello, se insiste, sin pretender en absoluto que sea una alternativa a las prestaciones de la Seguridad Social contributiva: una gestión de la reducción por reemplazo de éstas por esta nueva renta garantizada universalista e incondicional no parece deseable, ni tampoco factible en una sociedad democrática que la rechazaría. Por lo demás, hay que tener en cuenta que los fenómenos a los que responde no son coyunturales, ni pasajeros en gran medida, sino un producto de nuestra época que hunde sus raíces en la exclusión y marginación social crecientes de amplias capas de la población que evidencia una desconexión y ruptura de la sociedad entre los de abajo y los de arriba; un fenómeno que introduce una fractura desestabilizadora tanto desde la perspectiva social como desde la política, y que debilita profundamente los pilares en los que se sustentan las democracias constitucionales. Esta medida merece ser considerada seriamente como una de las alternativas posibles a las crisis sociales realmente existentes y las que se intuyen en el porvenir de instauración de un mundo neoliberal. El derecho a una renta básica –así concebido- es un elemento importante de un proyecto de política del Derecho encaminado hacia la reconstrucción de la sociedad civilizada, especialmente tras las experiencias de la crisis económica que supuso el crack de 2008 y de la crisis social total de la Pandemia Covid-19, cuyas consecuencias sociales actualmente padecemos.

No se trata, pues, de una medida coyuntural, sino de carácter eminentemente estructural, pues está pensada para afrontar la nueva revolución tecnológica, la desestructuración del modelo de trabajo fordista, la “crisis de la sociedad salarial” y la emergencia de la “sociedad del riesgo”.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALTVATER, ELMAR (2011). *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.

ÁLVAREZ CORTÉS, JUAN CARLOS (2020). “Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56.

ALVAREZ CUESTA, HENAR (2011). “Lagunas y puentes en la protección de las rentas de inserción autonómicas”. En AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blach.

- ANDERSON, MARY B. Y WOODROW, PETER J. (1989). *Rising from the Ashes. Development Strategies in Times of Disaster*, Westview Press, Boulder, Colorado (reeditado en 1998 por Intermeditate Technology, Londres).
- AÑON ROIG, MARÍA JOSÉ (2010). “El derecho a una existencia digna. Mujer y renta básica”. En Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), pp. 613 y ss.
- ARCARONS, JORDI, RAVENTÓS, DANIEL Y TORRENS, LLUIS (2017). *Renta básica incondicional. Una propuesta de financiación racional y justa*, Barcelona, Ediciones del Serbal.
- ARENDT, HANNAH (1993). *La condición humana*, Barcelona, Editorial Paidós.
- ARENDT, HANNAH (1998). *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Editorial Taurus.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (2015). *La Protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Editorial Laborum.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (2018). *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, 2 Tomos, Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), celebrado en Madrid, octubre de 2018, Murcia, Editorial Laborum.
- AYALA CAÑON, LUIS (2000). *La renta mínima en la reestructuración de los Estado de Bienestar*”, Madrid, CES.
- BADEL, MARYSE (2018). “La lutte contre les exclusions en droit français le rôle des minima sociaux. Rapport France”. En Quintanilla Navarro, R.Y. (Dir.), *La exclusión social: Estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, pp. 317-337.
- BAGGIO, ANTONIO MARÍA, COSSEDDU, ADRIANA Y MÁRQUEZ PRIETO, ANTONIO (2012). *Fraternidad y justicia*, Granada, Editorial Comares.
- BARRY, BRIAN (2005). *Why Social Justice Matters*, Cambridge, Polity.
- BECK, ULRICH (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Editorial Paidós.
- BECK, ULRICH (2002). *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Editorial Siglo XXI.
- BLAIKIE, PIERS, CANNON, TERRY, DAVIS, IAN Y WISNER, BEN (1994). *At Risk. Natural Hazards, People's Vulnerability, and Disasters*, Routledge, Londres y Nueva York, Editorial Routledge.

- BOHLE, HANS-GEORG (1993). "The Geography of Vulnerable Food Systems", en Bohle, H. G., T. E. Downing, J. O. Field y F. N. Ibrahim (Eds.). *Coping with Vulnerability and Criticality: Case Studies on Food-Insecure People and Places, Freiburg Studies in Development Geography*, Verlag breitenbach Publishers, Saarbrücken.
- BOYER, ROBERT (2020). *Les capitalismes à l' épreuve de la pandémie*, París, Editorial La découverte.
- BORRAJO DACRUZ, EFRÉN (1990). "La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", *Documentación Laboral*, núm. 30.
- CANNON, TERRY (1994). "Vulnerability Analysis and the Explanation of 'Natural' Disasters". En Varley, A. (Ed.), *Disasters, Development and Environment*, John Wiley and Sons, Nueva York, pp. 13-30;
- CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA (2014). "La protección de los derechos en el sistema universal de derechos humanos (Protección Internacional de derechos e intereses fundamentales de la comunidad internacional y soberanía de los Estados)". En Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Ed. Comares.
- CASASSAS, DAVID Y RAVENTÓS, DANIEL (Eds.) (2011). *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*, Barcelona, Editorial Montesinos.
- CASTEL, ROBERT (2010). *El ascenso de las incertidumbres*, Buenos Aires, FCE.
- CASTEL, ROBERT (2003). *L' Insécurité sociale. Qu' est-ce qu' être protégé?*, París, Éditions du Seuil et La République des Idées.
- CASTEL, ROBERT (2010). *La discriminación negativa*, trad. A. Martínez-Riu, Barcelona, Editorial Hacer.
- CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO (2003). "Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003", *Aranzadi Social*, Vol. V.
- CHAMBERS, ROBERT (1989). "Vulnerability, Coping and Policy". *IDS Bulletin*, vol. 20, nº 2 (monográfico: Vulnerability: How the Poor Cope), Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton (Inglaterra), pp. 1-7.
- CHARRO BAENA, PILAR (2017). "Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia". En Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, pp. 745 y ss.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS (Dir.) (2011). *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad del empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

DE LA CASA QUESADA, SUSANA Y MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA (2001). “La renta activa de inserción: una cierta incursión estatal en el ámbito de las política de inserción”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 224.

DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE (2003). “El modelo constitucional de protección social”. En Sempere Navarro, Antonio V (Dir.), *El modelo constitucional de protección social*, Madrid, MTAs.

DAMON, JULIEN (2016). “Le revenu universel en questions(s)”. *Revue de Droit Sanitaire et Sociale (RDSS)*, núm. 5-6, pp. 467-477.

DAMON, JULIEN (2015). “L’investissement social: contenu et portée d’une notion en vogue”, *Droit de la protection sociale*, núm. 4.

DWORKIN, RONALD (1993). *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini.

EYDOUX, ANNE (2013). “Du RMI au RSA, la gouvernance de l’insertion en cuestión”, *Inform.soc.*, nº. 179.

ESTEBAN LEGARRETA, RICARDO E. (2006). *La renta activa de inserción*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO (2002). “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 114.

FERRAJOLI, LUIGI (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Madrid, Editorial Trotta.

FERRAJOLI, LUIGI (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. J. C. Bayón, P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed.

FERRAJOLI, LUIGI (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. P. Andrés Ibañez, Madrid, Editorial Trotta.

GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN (2002). “Desempleo”, Ponencia General al XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oviedo.

GARCÍA NINET, J. IGNACIO (2000). “Programa de inserción laboral para trabajadores desempleados de larga duración. Plan para el año 2000”, *Tribuna Social*, núm. 112.

GARCÍA ROMERO, M. BELÉN (1999). *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, Editorial CES.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA (2016). “Política de inserción laboral (II. Empresas de Inserción)”. En Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A., López Insua, B.M.

(Dir. y Coords.), *Las políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Thomson/Aranzadi, pp. 875 y ss.

GÓMEZ GORDILLO, RAFAEL (2020). “El Ingreso Mínimo Vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo de sus modificaciones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 91, pp. 37-67.

GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO (Dir. y Coord.) (2018). *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

HARVEY, DAVID (2007). *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Editorial Akal.

HOLMES JR., OLIVER WENDELL HOLMES (2020). *The Common Law*, trad. F. N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “Common Law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes” (pp. IX-XLIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

IHERING, RUDOLF VON (2008). *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Col. Crítica del Derecho).

IRTI, NATALINO (2004). *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Editori Laterza.

KESSLER, FRANCIS (2010). “Revenu minima en Europe: esquisse à d' evolutions législatives”, *Regards EN3S*, n.º. 38, pp-82 ss.

LAUTIER, BRUNO (2008). “Hacia una universalización de la protección social y protección de los ‘más vulnerables’”. En OIT, *Protección e inclusión social: Experiencias y políticas*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

LE NAIRE, OLIVIER ET LEBON, CLÉMENTINE (2017). *Le revenu de base*, París, Éd. Actes Sud.

LÓPEZ GANDÍA, JUAN (2004). *Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo*, Documento de Trabajo 19/2003, Madrid, Editorial Fundación Alternativas.

LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR (2015). “La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social”. En ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, *La Protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Editorial Laborum, pp. 385 y ss.

MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (2010). “Derecho a la Seguridad Social de la mujer”. En Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), *Género y*

Derechos Fundamentales, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), pp. 445 y ss.

LUHMANN, NIKLAS (2006). *Sociología del riesgo*, México, Universidad Iberoamericana, 3ª ed.

MAESTRO BUELGA, GONZALO Y GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL (1993). *Marginación, Estado Social y Prestaciones Autonómicas*, Madrid, Marcial Pons.

MÉDA, DOMINIQUE (1998). *El Trabajo: Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1998.

MENGER, ANTON (2004). *El derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado democrático del trabajo*, edición y estudio preliminar, “Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger” (pp. IX-LXXVIII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho).

MÁRQUEZ PRIETO, ANTONIO (2001). *La protección por desempleo en España y otros Estados europeos*, Madrid, MTAS.

MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, MIGUEL ÁNGEL (2005). *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, Madrid, CES.

MERCADER UGUINA, JESÚS R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

MERKEL, WOLFGANG (1995). *¿Final de la socialdemocracia?*, Valencia, Edicions Alfons El Magnànim.

MILANO, SERGE (1988). “Le revenu minimum garanti dans les pays de la CEE”. *Droit Sociale*.

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL Y VALLEGILLO GÁMEZ, MARÍA ROSA (2008). *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO ATIENZA, CRISTINA (2010). “El enfoque de las capacidades para medir la igualdad en el bienestar. Capacidades, género y derechos económicos, sociales y culturales”. En Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), pp. 553 y ss.

MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Dir. y Coords.) (2010). *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo).

MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Dir. y Coords.) (2012). *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Dirs. y Coords.) (2014). *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Dirs. y Coords.) (2017). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR (2015). “La garantía internacional del derecho a un trabajo decente”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, pp. 27-72

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR (2017). “Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)”. En Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dirs. y Coords.). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada, Editorial Comares, pp. 395 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y FERNÁNDEZ BERNAT, JUAN ANTONIO (2009). “Protección social complementaria”. En Monereo Pérez, José Luis y Serrano Falcón, Carolina (Dir. y Coord.), *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, FERNÁNDEZ BERNAT, JUAN ANTONIO Y LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR (Dirs. y Coords.) (2016). *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Thomson Reuters/Aranzadi.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, QUESADA SEGURA, ROSA, MORENO VIDA, MARÍA NIEVES Y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (2020). *Manual de Seguridad Social*, decimosexta edición, Madrid, Editorial Tecnos.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2016). “Las prestaciones familiares, ese “pariente pobre” de la Seguridad Social”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 6, pp. 13-26.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (Dirs.) (2017). *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Editorial Laborum.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2020a). «El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, 4º. Trimestre, núm. 25, pp.13-32.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2020b). “El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 24, pp. 1-23.

<https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/416/458>.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2020c). “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y la medidas legales adoptadas)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23, pp. 11-53.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2021a). “La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 26, pp.13-31.

<https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/download/442/482>.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2021b). “Nuevas medidas de seguridad social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del ingreso mínimo vital y otras a favor de determinados colectivos”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 27.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO Y TRILLO GARCÍA, ANDRÉS RAMÓN (2020). *El Ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Editorial Laborum.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y ORTEGA LOZANO, POMPEYO GABRIEL (2017). “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30 de la Carta Social Europea”. En Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dir. y Coords.). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Editorial Comares, pp. 925 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO (2009). “El ingreso mínimo de solidaridad”. En Monereo Pérez, José Luis y Serrano Falcón, Carolina (Dir. y Coords.). *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Editorial Comares, 2009.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (1999). *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y ROMERO CORONADO, JUAN (2013). “La nueva configuración jurídica de la protección asistencial por desempleo de los trabajadores agrarios por cuenta ajena”. En Monereo Pérez, José Luis y Romero Coronado, Juan, *La Seguridad Social Agraria. La reforma de su régimen jurídico en una sociedad en transformación*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y TRIGUERO MARTÍNEZ, LUIS ÁNGEL (2010). “Derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres inmigrantes”, en Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dir. y Coords.), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2010, pp. 645 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (2017). “Derecho a la asistencia social y médica (Artículo 13), en Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dir. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: El convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Editorial Comares, pp. 661 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dir.) (2019). *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (1992-1993). “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores” (I) y (II). *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, núms. 56-57 y núm. 57, pp. 85 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (1996a). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (1996b). «El modelo español de protección contra el desempleo». En López López, Julia (Coord.), *Seguridad Social y Protección social: temas de actualidad*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (1997). *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (1999). «Los renglones torcidos de la política social moderna: Los derechos sociales a fin de siglo», *Rev. Facultad de Derecho Universidad de Granada*, núm. 2.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2000). “Crisis de la Modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, pp. 793-862.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2001). *La organización jurídico económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*. Estudio preliminar a RIPERT, G. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. J. Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), pp. XIII-CL.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2002). “Derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”. En Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dir. y Coords.), *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Editorial Comares, pp. 1425-1524.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2003). *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanc.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2006a). “Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim”. Estudio preliminar a DURKHEIM, E. *Sociología y filosofía*, trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), pp. VII-LXVI.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2006b). “Cuestión social y reforma moral: Las ‘corporaciones profesionales’ en Durkheim”. Estudio preliminar a DURKHEIM, E. *Lecciones de sociología, física de las costumbres y Derecho*, trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), pp. VII-LI.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2007). *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2008a). “El modelo de protección por desempleo: Configuración técnica y orientaciones de su reforma”, en Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María Nieves (Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2008b). “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”. *Documentación laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm. 83-Vol. II, pp. 11-109.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2008c). “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Núm. Extra 74, pp. 49-134 (Texto completo en online en abierto).

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2009a). *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Editorial Bomarzo.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2009b). «Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica». Estudio preliminar a JELLINEK, G. *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2009-2010). “La ideología del ‘darwinismo social’: La política social de Herbert Spencer (I y II). *Documentación Laboral*, núm. 87 y 90, pp. 11-80 y 11-57, respectivamente.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2011). *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Editorial Bomarzo.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2012a). “Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)”. En Monereo Atienza, Cristóbal y Monereo Pérez, José Luis (Dirs. y Coords), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2012b). “Seguridad Social y ayuda social (Artículo 34 de la Carta de la UE)”. En Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, pp. 893 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2012c). “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”. En Rojas Rivero, Gloria (Coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, pp. 203-328.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2013a). *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2013b). *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2014a). “Derecho a la Seguridad Social y Asistencia Social (artículo 22 DUDH; artículo 9 PIDESC y Normas concordantes)”. En Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, José Luis (Dirs. y Coord.), *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Editorial Comares, pp. 515 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2014b). “Derecho al Desarrollo (artículo 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y normas internacionales concordantes)”. En Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Editorial Comares, pp. 951-983.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2015a). “El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en AA.VV, *La Protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Editorial Laborum, pp. 125 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2015b). “La renta de “subsistencia”. En especial, la renta de inserción como derecho social”, en Baylos Grau, A.P., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J., Valdés Dal-Re, F. (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, Editorial La Ley, pp. 713-755.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2015c). *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, pp.460 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2017a). *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2017b). “Derechos a la Seguridad Social (Art. 12 de la Carta Social Europea)”. En Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dirs. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Editorial Comares, pp. 629 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2017c). “La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social”, en AA.VV., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Madrid, Editorial Atelier, pp. 187-245.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018a). *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Editorial Bomarzo.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018b). “La renta Mínima para las familias sin recursos”. En ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2018, publicado en Murcia, Editorial Laborum, pp. 831 y ss.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018c). “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”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Núm. 429*.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018d). “Los derechos sociales fundamentales ante las recientes reformas: un desafío para el trabajo decente”. En VVAA, *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Congreso Internacional de Granada, Monereo Pérez, J.L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H. (Dirs.), Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A. (Coords.), Murcia, Editorial Laborum, pp. 27-84.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018e). “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social”. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 8, Núm. 2, pp. 251-298.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018f). “Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad. Desempleo y políticas de activación e inserción”, en Monereo Pérez,

J.L.; Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (Dir.), *El trabajo decente*, Granada, Editorial Comares.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2019a). *La dignidad del trabajador. Dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Editorial Laborum.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2019b). “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, Vol. 9, núm. 1, pp. 220-294.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2020a). “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”. *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, pp. 16-83.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2020b). “Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el ingreso mínimo vital”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 448, pp. 27-68.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2020c). “La garantía del derecho a la existencia y los fundamentos jurídicos de la renta mínima en la Carta Social Europea”, en Salcedo Beltrán, Carmen (Dir.), *La Carta Social Europea: Pilar de Recuperación y Sostenibilidad del Modelo Social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2020d). *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica del Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/ El Viejo Topo.

MORENO DE VEGA Y LOMO, FERNANDO (2020). “La dinámica temporal del Ingreso Mínimo Vital”. *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. V, N° 2, pp. 12-34.

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.02>

NUSSBAUM, MARTHA C. (2011). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós.

NUSSBAUM, MARTHA C. (2007). *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Editorial Paidós.

OIT (2008). *Protección e inclusión social: Experiencias y políticas*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

OIT (2007). *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

OIT (2009). *La igualdad de género de género como eje del trabajo decente*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

OIT (2008). “*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adaptada por la conferencia Internacional del trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008.

OIT (2010). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, adoptada por la Conferencia Internacional del trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, el 15 de junio de 2010), 2ª ed., revisada.

PAINE, THOMAS (1990). *La justicia agraria (1797)*. Paine, Thomas, *El sentido común y otros escritos*, est., prel., selección y trad., de R. Soriano y E. Bocardo, Madrid, Tecnos.

PÉREZ DE ARMIÑO, KARLOS (1999). “Vulnerabilidad y desastres. Causas estructurales y procesos de la crisis de África”. *Cuadernos de Trabajo*, nº 24, Hegoa, Universidad del País Vasco, Bilbao.

PIKETTY, THOMAS (2014). *El capitalismo en el siglo XXI*, Madrid, Fondo de Cultural Económica de España.

PIKETTY, THOMAS (2019). *Capital e ideología*, Barcelona, Deusto ediciones.

PISARELLO, GERARDO Y DE CABO, ANTONIO (Eds.) (2006). *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Editorial Trotta.

POLANYI, KARL (1997). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, Ediciones de La Piqueta.

RAVENTÓS PANELLA, DANIEL (2007). *Las condiciones materiales de la libertad*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.

RAVENTÓS PANELLA, DANIEL (Coord.) (2001). *La renta básica. Por una ciudadanía libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona, Editorial Ariel.

REVELLI, MARCO (2001). *Más allá del siglo XX. La política, las ideologías y las asechanzas del trabajo*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.

REY PÉREZ, JOSÉ LUIS (2007). *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Editorial Dykinson.

REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM (2020), números 23 y 24. Con aportaciones de seguimiento y valoración jurídico-crítica de J.L. Monereo Pérez, G. Rodríguez Iniesta, A. R. Trillo García, J. Aibar Bernad, M.N. Moreno Vida, Santos Miguel Ruesga Benito, J.C. Álvarez Cortes, entre otros autores.

RIFKIN, JEREMY (1996). *El fin del trabajo. El declive de la fuerza del trabajo global y el nacimiento de la era posmercado*, Barcelona, Editorial Paidós.

RODOTÀ, STEFANO (2014). *El derecho a tener derechos*, Madrid, Editorial Trotta.

RODRÍGUEZ CARDO, IVÁN ANTONIO (2011). “El concepto de asistencia social: un foco permanente de tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, pp. 797-816.

RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO (2020). «Implicaciones del COVID-19 en la acción protectora de la Seguridad Social por confinamiento, restricción en los desplazamientos y contagio ¿contingencia común o profesional?». *Revista Documentación Laboral*, nº. 121, Vol. III, pp. 59-89.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL (2003). “La normalización de la renta activa de inserción”. *Relaciones Laborales*, núm. 12.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO (1996). “Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía)”. En López López, J. (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social*, Madrid, Editorial Marcial Pons.

ROMERO BURILLO, ANA M^a (2007). *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi.

RODGERS, GERRY ET ALII (2009). *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

ROSANVALLON, PIERRE (2012). *La sociedad de iguales*, Buenos Aires, Editorial Manantial.

SÁNCHEZ RODAS, C.: “El Ingreso Mínimo Vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de seguridad social vigentes en España”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, N° 1, págs. 629-656. - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5974>.

SELMA PENALVA, ALEJANDRA (2011). “Las rentas mínimas de inserción autonómicas”, en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch.

SEN, AMARTYA (2010). *La idea de la justicia*, Madrid, Editorial Taurus.

SENNETT, RICHARD (2000). *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, Editorial Anagrama.

SIGNORINI, ELENA (2018). *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino, G. Giappichelli Editore.

- STANDING, GUY (2018). *La renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Epílogo de Daniel Raventós y David Casassas, Barcelona, Ediciones de Pasado y Presente.
- STREECK, WOLFGANG (2016). *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Buenos Aires-Madrid, Kartz Editores.
- STIGLITZ, JOSEPH E. (2012). *El precio de la desigualdad*, Madrid, Editorial Taurus.
- SUÁREZ CORUJO, BORJA (2014). “Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional”. *Revista de Información Laboral*, núm.10, pp. 49-60.
- TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- TRILLO GARCÍA, ANDRÉS R. (2020). “Seguridad Social y COVID-19”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23, pp. 57-174.
- VAN PARIJS, PHILIPPE Y VANDERBORGHT, YANNICK (2006). *La renta básica*, Bacerlona, Editorial Paidós.
- VAN PARIJS, PHILIPPE Y VANDERBORGHT, YANNICK (2017). *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, Editorial Grano de Sal.
- VAN PARIJS, PHILIPPE (1996). *Libertad real para todos: qué puede justificar el capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. J. Francisco Álvarez, Barcelona, Editorial Paidós.
- VEGA RUIZ, MARÍA LUZ (2018). “El futuro del trabajo: ¿Regular un derecho humanos? El debate sobre la centralidad del ser en el trabajo”. En VVAA, *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Congreso Internacional de Granada, Monereo Pérez, J.L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H. (Dir.), Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A. (Coords.), Murcia, Editorial Laborum, pp. 11-26.
- VENTURI, AUGUSTO (1994). *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social (1954)*, trad. G. Tudela Cambronero, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- VIDA SORIA, JOSÉ (1996). “Comentario al art. 41 de la Constitución”. En Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentario a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, Edersa.
- VIDA SORIA, JOSÉ (2016). “Los derechos de los pobres... ¡Pobres derechos!” En Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A. (Dir.), *La política y el Derecho del*

Empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Rosa Quesada Segura, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL).

VILA TIERNO, FRANCISCO (2016). “Política de inserción laboral (I. Rentas Mínimas de Inserción)”. En Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A., López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Editorial Thomson/Aranzadi, pp. 895 y ss.

WIETHÖLTER, RUDOLF (1991). *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Edersa.

VV.AA.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y, De Val Tena, L.A. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018.

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO: ¿LO QUE MAL EMPIEZA, MAL ACABA?

CAROLINA GALA DURÁN

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Brecha de pensiones, no discriminación, jubilación, incapacidad permanente, viudedad

El reciente RDL 3/2021 ha regulado el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, cuyo objetivo es sustituir al anterior complemento por maternidad, que fue declarado discriminatorio hacia los hombres por la STJUE de 12 de diciembre de 2019. Sin embargo, este nuevo complemento no se enfrenta a un panorama fácil, ya que, si bien pretende diferenciarse -principalmente respecto a la finalidad perseguida- de su antecesor, su articulación legal resulta insuficiente, compleja y polémica. Dicha regulación presenta interrogantes tanto en el marco de los objetivos perseguidos, como en su ámbito subjetivo (aunque supone un avance su posible reconocimiento a los hombres, siguen existiendo exclusiones difícilmente justificables), en su ámbito material o en la determinación de su cuantía. Asimismo, plantea importantes dudas la confrontación de este nuevo complemento con la doctrina del TJUE elaborada en los últimos años en torno a la Directiva 79/7/CEE y los beneficios en materia de seguridad social (asuntos Griesmar, Leone, Roca Álvarez...); confrontación en la que, a nuestro entender, sale perdiendo dicho complemento. Este artículo se analiza, en definitiva, tanto desde la perspectiva legal como de derecho comunitario, una figura que ha sido innovadora en nuestro sistema de Seguridad Social, pero cuya buena voluntad no la va a salvar de un tortuoso destino.

ABSTRACT

Key words: Pension gap, non-discrimination, retirement, permanent disability, widowhood

The recent RDL 3/2021 has regulated the supplement to contributory pensions to reduce the gender gap, the aim of which is to replace the previous maternity supplement, which was declared discriminatory towards men by the ruling of the CJEU of 12 December 2019. However, this new allowance does not face an easy scenario, since, although it aims to differentiate itself -mainly about the purpose pursued- from its predecessor, its legal articulation is insufficient, complex and controversial. As this study has shown, this regulation raises questions both in terms of the objectives pursued by the measure and its subjective scope (although it's possible recognition for men is a step forward, there are still exclusions that are difficult to justify), its material scope and the determination of its amount. Likewise, the comparison of this new supplement with the doctrine of the CJEU developed in recent years on Directive 79/7/EEC and social security benefits (Griesmar, Leone, Roca Álvarez...) raises important doubts; a comparison in which, in our opinion, this supplement loses out. In short, this article analyses, both from a legal and Community law perspective, a figure that has been innovative in our Social Security system, but whose goodwill will not save it from a tortuous destiny.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PERSPECTIVA LEGAL: EL ALCANCE DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 60 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.1. Los objetivos y el encuadre del complemento para la reducción de la brecha de género
 - 2.2. Los beneficiarios, los requisitos de acceso y los sujetos causantes del complemento
 - 2.2.1. Los beneficiarios y los requisitos de acceso
 - 2.2.2. Los sujetos causantes
 - 2.3. El ámbito material: Las pensiones afectadas
 - 2.4. La cuantía del complemento
 - 2.5. ¿Qué ocurre con las personas beneficiarias del complemento por maternidad?
3. EL CASO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
4. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO: ¿EL COMPLEMENTO RESPETA EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 79/7/CEE?
5. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

El RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, ha incorporado el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género en el artículo 60 de la LGSS¹ e introducido dos nuevas disposiciones adicionales en dicha ley (trigésima sexta y trigésima séptima) y una nueva disposición transitoria (trigésima tercera). Y también ha modificado la LCPE² (disposición adicional decimioctava y disposición transitoria décima cuarta).

Sin embargo, este nuevo complemento de pensiones no es realmente nuevo, ya que sustituye al antiguo complemento por maternidad recogido en el mismo artículo 60³, y lo hace incluso de una forma obligada, ya que dicho complemento

¹ Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

² Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril. En adelante LCPE.

³ Al respecto, entre otros, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I) y (II)”, *La Ley* 1907/2016 y 2713/2016, p. 1 y ss.; Granell Pérez y Salvador Cifre, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 98, p. 296 y ss.; Bonell Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento por maternidad de las pensiones de la Seguridad Social en España: Análisis financiero actuarial basado en la MCVL”, *Economía Española y Protección Social*, IX, 2017, p. 119 y ss.; Martínez Barroso, M^a.R., “Padres corresponsables ¿discriminados? O una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019”, *Revista Aranzadi Unión Europea* nº 6/2020, BIB 2020/12152, p. 2 y ss.; Gallego Losada, R. “El complemento de maternidad: Una medida discutible para cerrar la brecha de pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 403, p. 40 y ss.; De la Flor Fernández, M^a.L., “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: El nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, p. 124

por maternidad fue declarado discriminatorio hacia los hombres y, en consecuencia, contrario al derecho comunitario (Directiva 79/7/CEE)⁴, por la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA, C-450/18)⁵. Este nuevo complemento es heredero, pues, del anterior complemento por maternidad, aunque no quiera serlo del todo -se intenta dejar claro que el objetivo perseguido es otro (la aportación demográfica en el primer caso y el cuidado de los hijos y su incidencia en la brecha de género en el segundo)⁶-, para evitar correr la misma suerte judicial, aunque nos tememos que, probablemente, no lo va a lograr. Como veremos más adelante, al menos una parte de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia del TJUE en los últimos años respecto a medidas con una finalidad semejante -estemos de acuerdo o no con ella-, puede resultar nuevamente aplicable a este complemento (lo que mal empieza...).

Por otra parte, ambos complementos responden a un fin acertado y entendible, como es visibilizar e intentar hacer frente, aunque sea de una forma parcial y sesgada, a la brecha de pensiones existente actualmente entre los hombres y las mujeres en nuestro sistema de Seguridad Social, especialmente patente en el marco de la pensión de jubilación y que se sitúa en torno al 34 por 100 a favor de los hombres⁷. El desafío o el problema, como queramos llamarlo, se encuentra en cómo lograrlo sin afectar al derecho a la no discriminación por razón de sexo, y, en el plano meramente legal, hacerlo de una forma eficaz y completa. Además, ambos complementos -que constituyen una importante novedad en nuestro sistema de Seguridad Social por sus características-, se suman a otras medidas -con un alcance bastante más limitado-, destinadas también a compensar los efectos negativos que tienen la maternidad o el cuidado de los hijos en la carrera de cotización de las

y ss.; Ramos Quintana, M.I., “El complemento por maternidad en el sistema de Seguridad Social: Las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, p. 121 y ss.; y Ballester Pastor, M^a.A., “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”, *Lex Social*, Vol. 6, nº 1/2016, p. 74 y ss.

⁴ De 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

⁵ Cabe tener presente que este complemento por maternidad dio lugar a la presentación de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE; así cabe mencionar los Autos del JS nº 3 de Gerona de 21 de junio de 2018 (que dio lugar a la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019), del TSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 7 de diciembre de 2018 (rec. 850/2018), del JS nº 26 de Barcelona de 28 de octubre de 2019 (proc. 566/2017) y del JS nº 1 de Barcelona de 8 de junio de 2020 (proc. 953/2016).

⁶ Como señala Cruz Villalón “... no logra establecer un complemento de nuevo cuño, sino que se encuentra fuertemente condicionado por el antecedente del complemento de maternidad...”, en <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

⁷ Bonell Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento...”, p. 120.

mujeres en el primer supuesto (artículo 235 de la LGSS) y de los hombres y las mujeres en el segundo (artículos 236 y 237 de la LGSS)⁸.

En definitiva, este nuevo complemento para la reducción de la brecha de género -como el anterior-, es una medida diferente e innovadora pero también discutible (puede ayudar a consolidar los estereotipos y roles de género en perjuicio de las mujeres y su impacto es muy limitado) y complicada, que no va a dejar contentos a la gran mayoría de los hombres (hayan cuidado o no a sus hijos) y a una parte de las mujeres (entre ellas, las que cobran una prestación no contributiva o las que han sido discriminadas a lo largo de su vida laboral y se enfrentan igualmente a la brecha de género en las pensiones pero que no tienen hijos). Pero también cabe tener presente que, a pesar de su complejidad y los problemas que plantea, este complemento muy difícilmente va a desaparecer en el futuro, aunque sea por el elevado coste político que esa decisión tendría para el Gobierno que la adoptase. Nos encontramos, en fin, ante una figura poco presente a nivel europeo, y cuyo diseño es bastante diferente y más arriesgado que el existente, por ejemplo, en Francia⁹.

El objetivo de este trabajo es analizar el alcance de este nuevo complemento para la reducción de la brecha de género y para ello, y con el objetivo de diferenciar la aplicación práctica de dicho complemento a partir de su entrada en vigor el pasado día 4 de febrero de los posibles interrogantes que pueden surgir desde la perspectiva de si el mismo se acomoda o no al derecho comunitario, distinguiremos un doble plano: el legal -el contenido del nuevo artículo 60 y las nuevas disposiciones adicionales y transitoria de la LGSS y la LCPE- y el referido al derecho comunitario, donde nos plantearemos si este complemento, como su antecesor, también podría llegar a considerarse discriminatorio por razón de sexo respecto de los hombres que tienen o han adoptado uno o más hijos.

⁸ Al respecto, García Romero, M^a.B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, *Revista de Derecho Social*, n^o 74, p. 116 y ss.; Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: Carreras de cotización y prestaciones”, *Lan Harremanak*, n^o 38, 2017-II, p. 103 y ss.; Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.* p. 34 y ss.; Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 125 y ss.; Grau Pineda, C., *La brecha...*, *ob.cit.*, p. 55 y ss.; y Ballester Pastor, M^a.A., “El comprometido...”, *ob.cit.*, p. 77 y ss.

⁹ En relación con las medidas previstas en Francia y en otros países europeos, Bonell Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento...”, *ob.cit.*, pp. 125-127.

2. LA PERSPECTIVA LEGAL: EL ALCANCE DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 60 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Los objetivos y el encuadre del complemento para la reducción de la brecha de género

Conforme a lo previsto en el preámbulo del RDL 3/2021, los objetivos de este complemento son los siguientes:

1º) Reforzar la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, al tiempo que se actúa contra la brecha de género manifestada en las pensiones. Cabe tener en cuenta que en el apartado 2º de la nueva disposición adicional trigésima séptima de la LGSS se define, por primera vez, el concepto de brecha de género de las pensiones de jubilación como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres. Es importante, por lo simbólico, que se haya incorporado este concepto en la propia LGSS.

Sin embargo, más difícil es entender la referencia que, en este primer objetivo, se hace al reforzamiento de la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, por cuanto es muy difícil entrever de qué manera este complemento puede ayudar en dicha tarea (de hecho, va a incrementar los costes del sistema¹⁰). Es muy probable que esa referencia se relacione con la voluntad de justificar la regulación del propio complemento a través de un RDL vinculado, a su vez, a la persistencia de la crisis sanitaria provocada por la covid-19. No vamos a detenernos en ello, pero es muy complicado relacionar la terrible crisis sanitaria de la covid-19 con una reforma de un complemento de pensiones que se debe directamente al hecho de que la, ya mencionada, sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, lo declaró discriminatorio por razón de sexo, tal y como, por otra parte, se reconoce en el propio preámbulo del RDL 3/2021¹¹. Más bien tienen escasa relación¹², pero

¹⁰En el caso del complemento por maternidad se estimó que cuando el complemento se estabilizase, 60 años después de su implantación, podía suponer más del 2% del gasto público en pensiones; ese dato podría trasladarse al nuevo complemento e incluso incrementarse, en Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, ob.cit., p. 299.

¹¹En efecto, se señala que “La sentencia... estableció que el artículo 60... era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos)... mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento...”.

¹²La justificación de la concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad se encuentra en el apartado VII del preámbulo.

los complicados tiempos que vivimos han alterado, sin duda alguna, las reglas de la técnica legislativa.

2º) El objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones vuelve a señalarse y reforzarse cuando se recuerda que la sentencia citada puso de manifiesto la defectuosa configuración legal del complemento por maternidad en tanto compensación por una aportación demográfica al sistema de Seguridad Social (lo que comportaba una discriminación directa por razón de sexo para los hombres que tenían o habían adoptado dos o más hijos); añadiéndose que “... la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones. No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menos es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida...”. Aquí cabe realizar algunas consideraciones:

a) Cabe recordar que el propio Gobierno español en sus alegaciones en el marco del procedimiento judicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, al margen de la finalidad de compensación de la aportación demográfica atribuida al complemento por maternidad, también alegó -para intentar salvarlo- su papel como mecanismo de lucha contra la brecha de género al compensar también el impacto que el cuidado de los hijos tiene para las mujeres en su carrera de cotización¹³. Por tanto, hay una cierta conexión justificativa entre ambos complementos.

Y, b) sin duda, para evitar el mismo fin judicial, se redefine el complemento y el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género tiene como único fundamento compensar el impacto desfavorable que tiene el cuidado de los hijos en el importe de algunas de las pensiones que perciben las mujeres, o, en otras palabras, la asunción histórica del rol de cuidadoras de sus hijos. Y para reforzar, aún más, esta fundamentación se afirma en el preámbulo del RDL 3/2021 que: 1) el propio Tribunal

¹³Por su parte, el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, reconoció que “... el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de los trabajadores...”.

Constitucional ha reconocido la legitimidad de un objetivo que pasa por "... compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores..." (ATC 114/2018); y, 2) el Tribunal Constitucional también ha avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad (ATC 119/2018). Y estos parámetros concurren, según el preámbulo, en la nueva regulación del complemento, cuya conexión con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los artículos 9.2 de la CE y 11 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con la doctrina de la acción positiva es más que evidente, además de enlazar con las recomendaciones del Pacto de Toledo de noviembre de 2020.

En definitiva, la nueva regulación del artículo 60 de la LGSS sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida, por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género. A pesar de esta referencia del preámbulo, sorprende el hecho de que el número de hijos deje de tener relevancia a partir del cuarto, momento en el que deja de incrementarse la cuantía del complemento, contradiciéndose esa misma referencia. Es posible que el motivo sea económico, o bien que se piense que son pocos los casos actuales de familias de cinco o más hijos o que estas pueden pertenecer a un determinado colectivo social con medios económicos suficientes, pero esa limitación económica rompe con la lógica de que el número de hijos condiciona directamente la carrera de cotización de una mujer y, en consecuencia, influye en la brecha de género.

Dejando para más adelante la confrontación de este complemento, en tanto que medida de acción positiva dirigida preferentemente a las mujeres, con el derecho comunitario y particularmente con la Directiva 79/7/CEE y la doctrina del TJUE de los últimos años, sí cabe hacer ahora algunas consideraciones sobre su finalidad:

- 1) Es totalmente asumible que el cuidado de los hijos -y su número menor o mayor- afecta al desarrollo de la carrera profesional y de cotización de las mujeres (mayor temporalidad en la contratación, mayor recurso al trabajo a tiempo parcial involuntario vinculado a las labores de cuidado, abandonos temporales del trabajo, carreras de cotización más cortas¹⁴...), pero no es la

¹⁴En 2013 el número medio de años cotizados por las mujeres era de 22,4 años mientras que los hombres alcanzaban los 38,5 años, en De la Flor Fernández, M^a.L., "Reflexiones...", ob.cit., p. 120.

única causa de la brecha de pensiones, e, incluso, es posible que, si se tiene solo un hijo o se cuenta con ayuda externa o familiar, otras causas influyan más que el cuidado de los hijos en la brecha que afectará a la futura pensión de jubilación. E, incluso, cabría plantearse si es la causa más importante de la brecha de género en general (a pesar de la insistencia del preámbulo del RDL 3/2021 en esta idea)¹⁵.

No podemos olvidar que en esa brecha o diferencia de cuantía en las pensiones de las mujeres y los hombres influyen otras causas¹⁶ -estructurales- que afectan a las mujeres, como son, por ejemplo, una tasa de actividad más baja, una tasa de desempleo más alta, la propia brecha salarial, la segregación vertical y horizontal del empleo (las mujeres se sitúan en actividades menos remuneradas e incluso en las actividades en que son mayoría sus remuneraciones medias son más bajas que las de los hombres¹⁷), la existencia de una mayoría femenina en la economía sumergida, las dificultades en la promoción profesional o el hecho de que los requisitos exigidos para poder acceder a la pensión de jubilación siguen teniendo como modelo a un trabajador hombre con un contrato a tiempo completo y por tiempo indefinido (periodo mínimo de cotización, forma de cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora, los años a tener en cuenta para calcular dicha base, la manera de cubrir las lagunas de cotización...), lo que dificulta más a las mujeres su cumplimiento; situación esta última que se ha agravado aún más con las reformas incorporadas en la Ley 27/2011¹⁸. A lo que se añade el desigual reparto de las responsabilidades familiares y domésticas entre los hombres y las mujeres y la insuficiencia de recursos públicos destinados al cuidado de las personas dependientes.

Por tanto, al limitarse el complemento a intentar cubrir la brecha de pensiones derivada exclusivamente del cuidado de los hijos no incorpora el resto de las causas mencionadas con anterioridad y seguramente es posible que no llegue a cubrir siquiera el impacto de dicho cuidado, si pensamos que su cuantía es de solo

¹⁵En el apartado VI se vuelve a señalar que “... se lleva cabo la modificación del artículo 60 para adaptarlo a la finalidad perseguida y acordada por los agentes sociales, cuyo objetivo principal es abordar la brecha de género que se pone de manifiesto de forma más patente en el momento de acceder a una prestación del sistema de la Seguridad Social...”.

¹⁶Al respecto, Errandonea Ulazia, E. “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 7, p. 77 y ss.; Rodríguez González, S., “Desigualdad...”, *ob.cit.*, p. 99 y ss.; De la Flor Fernández, M^a.L., “Reflexiones...”, *ob.cit.*, p. 108 y ss.; Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Ed. Bomarzo, 2020, p. 37 y ss.; y Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género: Una superación del embrollo”, <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

¹⁷Errandonea Ulazia, E. “El nuevo complemento...”, *ob.cit.*, p. 80.

¹⁸De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

veintisiete euros mensuales por hijo en el año 2021, con un límite de cuatro hijos. Y si somos estrictos, ni siquiera cubre todas las labores de cuidado que históricamente llevan a cabo muy mayoritariamente las mujeres, al no reconocer que el cuidado de otras personas que no son hijos (el cónyuge enfermo, los ascendientes enfermos o ancianos...) también influye negativamente en su carrera de cotización (nos encontramos, por otra parte, con un nuevo ejemplo de la prevalencia -muy discutible- en nuestra normativa de seguridad social del cuidado de los hijos sobre el cuidado de otros familiares, cuando nos encontramos en un país envejecido y escaso, además, de servicios públicos de cuidado).

Cuatro últimos apuntes en este ámbito:

- a) Como ya adelantamos, no tienen derecho al complemento las mujeres que no tienen hijos, a pesar de que cuando se jubilen o causen derecho a una pensión de incapacidad permanente se enfrentarán también a la brecha de género derivada de las causas antes apuntadas. No se lucha contra la brecha de género a la que se enfrenta este colectivo de mujeres y tampoco le resultan aplicables las medidas previstas en los artículos 235 a 237 de la LGSS referidas a los hijos.
- b) Igualmente, tampoco tienen derecho al complemento las mujeres que perciben pensiones no contributivas de jubilación o invalidez que tienen o han adoptado hijos, lo que resulta muy sorprendente teniendo en cuenta que precisamente el cuidado de los hijos les puede haber impedido desarrollar o mantener una actividad laboral suficiente para poder acceder a una pensión contributiva (la mayoría -casi el 70 por 100- de los pensionistas no contributivos son mujeres)¹⁹. Esta exclusión no se entiende si tenemos en cuenta la finalidad que se persigue con el complemento; aunque es muy posible que solo se trate de reducir costes. Este colectivo sí accederá al complemento si causa derecho a la pensión de viudedad.
- c) El anterior complemento por maternidad -que se aplicó a las pensiones causadas a partir del día 1 de enero de 2016²⁰-, dejó fuera a las mujeres que ya eran pensionistas en esa fecha, a pesar de que formaban parte de

¹⁹En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 7; Martínez Barroso, M^a.R., “Padres...”, ob.cit., p. 6; De la Flor Fernández, M^a.L., “Reflexiones...”, ob.cit., p. 131; Gallego Losada, R., “El complemento...”, ob.cit., p. 25; y Perán Quesada, S., “La singular aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad desde la perspectiva de género”, <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/16830>, pp. 4-5.

²⁰ La aplicación de esa fecha de entrada en vigor en el caso de las trabajadoras autónomas fue objeto de algunas reclamaciones judiciales, así SSTSJ de Andalucía/Granada de 1 de febrero de 2018 (rec. 1529/2017) y de Cataluña de 26 de marzo de 2018 (rec. 315/2018); y también se presentaron demandas en relación con la pensión de incapacidad permanente y la fecha del hecho causante, así SSTSJ de Madrid de 4 de febrero de 2020 (rec. 644/2019) y de Andalucía/Sevilla de 8

una generación aún más afectada desfavorablemente por la dedicación a la labor de cuidado de los hijos (se ha hablado incluso de discriminación por razón de la edad y de incremento de la brecha de género entre las propias mujeres pensionistas²¹). Obviamente, el nuevo complemento no ha resuelto esa situación, produciendo efectos a partir del día 4 de febrero de 2021.

Y, d) finalmente, ¿por qué se aplica la compensación de la brecha de pensiones por el cuidado de hijos en el caso de la pensión de viudedad? Cabe recordar que, en este caso, el cálculo se realiza sobre la base reguladora del fallecido, no de la mujer, y, de hecho, es posible que aquella nunca hubiera trabajado o incluso no hubiera querido hacerlo (por tanto, se toma en cuenta la carrera de cotización del cónyuge o pareja fallecida, con lo que se olvida la idea de mejorar la pensión propia de una forma directa, que debería ser precisamente la finalidad del complemento²²). Por poner un ejemplo, si se tienen dos hijos y fallece el padre, la madre cobra el complemento sobre la pensión de viudedad, aunque no haya trabajado nunca por voluntad propia y, en consecuencia, dicho cuidado no haya podido influir en el importe futuro de su pensión. Y si ha trabajado, la discriminación sufrida no se compensa realmente, ya que la pensión de viudedad tiene en cuenta la base reguladora de su marido o pareja fallecido. Además, el reconocimiento del complemento en el caso de la pensión de viudedad nos devuelve peligrosamente a la lógica del complemento por aportación demográfica, con los riesgos que ello supone. A lo que cabe añadir que, como veremos más adelante, tampoco se cumple el objetivo de compensación de la brecha de género cuando se reconoce este complemento a un hombre que accede a la pensión de viudedad.

A nuestro entender, todo lo señalado lleva a afirmar que la denominación del complemento como de <reducción de la brecha de género> es un tanto optimista, siendo más adecuado hablar de <reducción de la brecha de pensiones derivada del cuidado de los hijos siempre que se haya trabajado lo suficiente, con la excepción del caso de la pensión de viudedad>. Es un título imposible en la práctica, pero, a nuestro entender, más acorde con el alcance real de dicho complemento.

de enero de 2020 (rec. 2247/2018). Esos criterios judiciales resultan también aplicables en el marco del nuevo complemento.

²¹Granel Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, ob.cit., p. 300; De la Flor Fernández, M^aL., “Reflexiones...”, ob.cit., pp. 129-130 y 132.; y Gallego Losada, R., “El complemento...”, ob.cit., pp. 25 y 48.

²²Ya lo puso de manifiesto Ramos Quintana respecto del complemento por maternidad, “El complemento...”, ob.cit., pp. 124 y 131.

Y, 2) aunque es una medida a tener en cuenta, y sobre todo algo es algo, cabe preguntarse si no sería mucho mejor evitar que se sigan produciendo y reproduciendo los factores, antes citados, que llevan finalmente a la brecha de género en las pensiones. Tarea muy complicada sin duda, y vinculada no solo a cuestiones jurídicas sino también sociales, culturales (relacionadas con una determinada visión del papel de la mujer en la familia y en la sociedad) y económicas, pero en la que hay que seguir insistiendo por todas las vías. Y para la consecución de dicha tarea no solo es necesario aprobar leyes (el impulso dado desde la aprobación de la LO 3/2007 es evidente), sino también cumplirlas, así como una implicación verdadera de la negociación colectiva, las empresas y los agentes sociales en el marco laboral, y una mayor corresponsabilidad, entre los hombres y las mujeres en las labores de cuidado y domésticas en el ámbito familiar.

Es más, tal y como ya se manifestó respecto del complemento por maternidad, este nuevo complemento puede incluso ayudar a consolidar la idea de la vinculación de las mujeres con las tareas de cuidado, compensándolas por ello cuando acceden a una pensión.

Y, 3º) aunque el objetivo esencial del complemento es luchar contra la brecha de género derivada del cuidado de los hijos, ello no impide, para intentar evitar problemas de inadecuación o confrontación a lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE, que también puedan acceder al mismo los hombres que han visto perjudicada su carrera de cotización por cuidar de sus hijos. Por tanto, a diferencia del antiguo complemento por maternidad, este nuevo complemento también se reconoce a los hombres, pero no en igualdad de condiciones, por cuanto si bien en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS (situaciones tasadas, por otra parte).

En este sentido, en el preámbulo del RDL 3/2021 se señala que el nuevo complemento pretende ser una palanca para la reducción de la brecha de género (curiosos términos), que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos. Pero se deja la puerta abierta a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres con la previsión de una “puerta abierta” para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.

Finalmente, respecto al encuadre de este complemento, cabe destacar que el artículo 60.3 de la LGSS señala que tiene, a todos los efectos, la naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, si bien su cuantía depende del número de hijos con el límite de cuatro, y, tal y como ocurría con el anterior complemento por maternidad, tiene un trasfondo asistencial. Es decir, se trata de un complemento monetario que premia el cuidado de los hijos para reducir la brecha de género, lo que implica introducir un elemento asistencial dentro de la estructura contributiva del sistema de Seguridad Social²³. Asimismo, cabe tener presente que se financia, tal y como prevé la nueva disposición adicional trigésima sexta de la LGSS, mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social. Esta vía de financiación resulta del todo justificada si tenemos en cuenta los objetivos que persigue el complemento y su voluntad de actuar como una regla de corrección del carácter contributivo del propio sistema, a la vez que se cumple con lo señalado en el Pacto de Toledo 2020²⁴.

2.2. Los beneficiarios, los requisitos de acceso y los sujetos causantes del complemento

Desde una perspectiva subjetiva debemos diferenciar entre aquellos que pueden acceder al complemento (las mujeres y los hombres) y en qué condiciones, y aquellos que constituyen los sujetos causantes del mismo (los hijos, nacidos o adoptados).

2.2.1. Los beneficiarios y los requisitos de acceso

Cabe destacar que, como ya hemos señalado, la gran diferencia entre el antiguo complemento por maternidad y el vigente complemento para la reducción de la brecha de género es que este se reconoce a las mujeres y a los hombres que hayan tenido o adoptado uno o más hijos. Sin embargo, al tratarse de una acción positiva en favor de las mujeres, no se establece el acceso al complemento en igualdad de condiciones. De este modo, una mujer que tenga hijos tendrá derecho al complemento cuando acceda a la pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad y se presumirá, *iuris et de iure* (sin requerir prueba alguna ni admitir prueba en contrario) que el cuidado de esos hijos ha perjudicado el importe de su pensión y, en consecuencia, se le pagará el complemento en función del número de hijos que tenga (ya que, entre más hijos, más perjuicio se presupone), con el límite de cuatro.

Así, el artículo 60.1 señala que las mujeres que hayan tenido uno o más hijos tienen derecho a un complemento por cada hijo debido a la incidencia que,

²³Sigue la misma lógica que el anterior complemento por maternidad, Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 52.

²⁴<http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de las mujeres. Y se añade que el derecho al complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento en favor del otro progenitor. Por tanto, no solo no se debe aportar prueba alguna de que el cuidado de los hijos ha afectado desfavorablemente a la carrera de cotización, sino que, además, las mujeres son beneficiarias preferentes del complemento frente a los hombres. Y, lógicamente, este complemento también se aplica, y en esas mismas condiciones, en el caso de las mujeres solas con hijos.

En cambio, la situación no es la misma en el supuesto de los hombres con hijos, ya que estos -tanto en el caso de las parejas heterosexuales como homosexuales y cuando se trata de hombres solos con hijos-, solo podrán cobrar el complemento si se da alguno de los requisitos recogidos en el artículo 60.1 párrafo 2º, que son diferentes según el tipo de pensión que se causa; así:

- 1) Si la madre ha fallecido y el padre solicita la pensión de viudedad por los hijos en común, este tendrá derecho a percibir el complemento siempre que alguno o algunos de los hijos tengan derecho a percibir una pensión de orfandad (por edad o por incapacidad permanente). Solución que también se aplicaría en el caso de los excónyuges, cuando tuvieran derecho a acceder a la pensión de viudedad.

Nuevamente, la pensión de viudedad relacionada con este complemento pone de manifiesto algunas importantes incongruencias: a) es posible que la madre no trabajara pero fuera el padre quien cuidara de los hijos y viera afectada su carrera profesional y de cotización: en este caso, al no existir derecho a la pensión de viudedad, el padre no podrá acceder al complemento, y tendrá que esperar, en su caso, a la pensión de incapacidad permanente o de jubilación si cumple los requisitos que veremos más adelante; b) si la madre trabajaba y cuidaba de los hijos y vio afectada su carrera de cotización, el padre cobrará el complemento, pero solo si alguno de los hijos tiene derecho a la pensión de orfandad; y, c) si la madre trabajaba pero era el padre quien cuidaba de los hijos y vio afectada su carrera de cotización, solo cobrará el complemento si alguno de los hijos tiene derecho a la pensión de orfandad; por tanto, en los dos últimos casos el hecho de que el padre cuidara o no de los hijos no es relevante para cobrar el complemento. Esto implica que, en este caso, el complemento no tiene como objetivo compensar los efectos negativos de la brecha de pensiones vinculada al cuidado de los hijos sino, parece ser, compensar los mayores costes que puede suponer tener a cargo a hijos que, por su edad o su situación de incapacidad permanente, pueden acceder a la pensión de orfandad cuando fallece su madre (costes económicos, de cuidado...), pero es una labor de cuidado “pro futuro”, no de pasado (que es lo que precisamente pretende compensar el complemento). O cabe entender que, como el complemento correspondería a la madre que ha fallecido, solo lo puede cobrar el padre si hay hijos jóvenes o incapacitados a su cargo, aunque cuando dejen de estar a su cargo

seguirá cobrándolo. La finalidad del complemento en este caso cambia y es muy difícil de entender y encajar en el contexto en el que nos movemos.

Y a lo anterior cabe añadir que el vincular el complemento con el hecho de que los hijos accedan a la pensión de orfandad nos puede llevar a situaciones paradójicas: por ejemplo, un padre que no ha cuidado de su hijo, pero este tiene veintidós años, cobrará el complemento sobre la pensión de viudedad con carácter vitalicio, aunque siga sin cuidarlo, ya que no se vincula la duración de dicho complemento con la vigencia de la pensión de orfandad (el complemento se mantiene mientras se cobre la viudedad, tal y como prevé con carácter general el artículo 60.5 de la LGSS). En cambio, el padre que cuidó de su hijo y vio afectada su carrera profesional, si este no tiene ya edad (aunque sea por muy poco) para acceder a una pensión de orfandad, no tendrá derecho al complemento, aunque siga cuidándolo. A nuestro entender, la regulación, tanto desde la perspectiva de los objetivos a cumplir como de su alcance, en este caso en concreto no acaba de cuadrar, y probablemente lo más acertado hubiera sido seguir el mismo modelo previsto para el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente²⁵.

Cabe pensar, por otra parte, que para la cuantía del complemento solo computarán los hijos que tengan derecho a la pensión de orfandad.

Por otra parte, cabe tener presente que si los dos progenitores son hombres se aplicará la misma solución y, en consecuencia, solo se podrá cobrar el complemento si alguno de los hijos en común tiene derecho a la pensión de orfandad. En cambio, si los dos progenitores son mujeres no se exigirá ese requisito, teniendo siempre derecho al complemento (se presupone automáticamente el impacto desfavorable de la labor de cuidado sobre la carrera de cotización).

A nuestro entender, tanto en el caso de las mujeres (ya vimos antes los problemas que planteaba²⁶) como de los hombres, la pensión de viudedad debería haber quedado excluida de la aplicación del complemento, al tener un carácter de pensión derivada y no estar presente el objetivo perseguido por dicho complemento. Obviamente, dado el antecedente del anterior complemento por maternidad esa exclusión era imposible. Sigue pendiente y este es otro ejemplo, una revisión a fondo del modelo de pensión de viudedad existente en nuestro país.

Y, 2) si un hombre que tiene o ha adoptado uno o más hijos causa derecho a las pensiones contributivas de incapacidad permanente (por riesgos comunes o profesionales) o de jubilación puede cobrar el complemento siempre que haya interrumpido o haya visto afectada su carrera profesional -y, en consecuencia, su carrera de cotización- con ocasión del nacimiento o la adopción; circunstancia que no se presupone, sino que debe demostrarse

²⁵ <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

²⁶ A favor de su mantenimiento, <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

necesariamente a través de dos vías, diferenciadas en función de la fecha de nacimiento o de adopción del hijo. Es importante destacar que, según el artículo 60, esa afectación negativa en la carrera de cotización no puede demostrarse por ninguna otra vía (“deberá concurrir alguno”). Así:

- a) En el supuesto de los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, se deben tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en el caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes. Por tanto, durante ese periodo -que puede ser interrumpido o ininterrumpido- no se estaba trabajando o cobrando prestaciones por desempleo, de lo que se deduciría que esa situación se debió al cuidado del hijo. Es posible, no obstante, que esa situación se deba a otros motivos (abandono voluntario del puesto de trabajo por motivos no vinculados a ese cuidado, paro prolongado sin derecho a cobertura por desempleo que implique cotización, trabajo en la economía sumergida, estudios...). Salvando las distancias, se sigue una lógica parecida a la prevista en el artículo 236.1 de la LGSS para el beneficio por cuidado de hijos o menores.

Dos matices añadidos: 1) se da más margen temporal a los casos de nacimiento (cuarenta y cinco meses de referencia frente a treinta y seis meses en los supuestos de adopción); el motivo se nos escapa; y, 2) con independencia de que se haya cuidado más o menos de los hijos, la mayor estabilidad en el empleo vinculada, por ejemplo, con la gran mayoría del sector público hace más difícil acceder al complemento en dicho ámbito.

- Y, b) en el caso de los hijos nacidos o adoptados desde el día 1 de enero de 1995, se requiere que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituye la adopción sea inferior, en más de un 15 por 100, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores. Por tanto, se entiende que el nacimiento o la adopción de un hijo ha implicado una reducción en las bases de cotización inmediatamente posteriores durante un periodo -ininterrumpido- de veinticuatro meses de, al menos, un 16 por 100.

Aquí cabe señalar que:

- 1) El periodo de referencia para probar el impacto negativo de la labor de cuidado es muy estricto: los veinticuatro meses inmediatamente posteriores al nacimiento o a la resolución judicial de adopción. Ese carácter tan estricto dificultará, sin duda, el cumplimiento de este requisito y, por tanto, el cobro del complemento.

- 2) La reducción de más del 15 por 100 no tiene que darse de una forma lineal, sino que el parámetro es la suma de las bases de cotización de esos veinticuatro meses, por contingencias comunes.
- 3) No se establecen excepciones, por lo que, en los últimos años, computarían periodos en que no puede reducirse la base de cotización aunque se esté cuidando del menor, como es el caso del antiguo permiso por paternidad o del vigente permiso del progenitor distinto de la madre biológica, de dieciséis semanas de duración a partir del día 1 de enero de 2021 (se establece una diferencia entre los hombres en función de si existía o no el permiso por paternidad y de si se ha optado o no por él, total o parcialmente), y, por otra parte, el mismo efecto se produciría si se pasase a cobrar una prestación por desempleo contributiva. A nuestro entender, debería haberse contemplado y regulado este tipo de situaciones.
- 4) Teniendo en cuenta los términos legales empleados, cabe preguntarse si es necesario que existan bases de cotización durante los dos periodos de referencia, dejando fuera los supuestos en que la reducción en el importe de las bases de cotización se debe a la pérdida del empleo. Si fuera la primera opción, solo podría accederse al complemento cuando se haya reducido la jornada por cuidado de hijos durante el periodo de referencia o cuando se ha pasado de un empleo a otro y en el segundo las bases de cotización son inferiores. A nuestro entender, se incluyen todas las situaciones posibles, sin requerirse que se haya estado cotizando efectivamente los veinticuatro meses, bastando con comparar la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses posteriores al nacimiento o la adopción con la de los veinticuatro meses anteriores. La otra opción apuntada sería demasiado restrictiva y pondría en duda, incluso, la utilidad y justificación del complemento para el caso de los hombres. Es más, la solución propuesta se ve avalada por el hecho de que cuando se regula este complemento en el marco de la LCPE se exige que el funcionario haya cesado en el servicio activo o haya tenido una reducción de jornada en los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, en más de un 15 por 100 respecto a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores.
- 5) En fin, desde una perspectiva práctica, cabe pensar que, por ejemplo, se cumpliría este requisito cuando, poniendo un ejemplo del año 2021, el padre ha agotado el periodo de dieciséis semanas de permiso del progenitor distinto de la madre biológica y pasa a una reducción de la jornada de trabajo más elevada del 16 por 100 (para compensar que, durante ese permiso, se mantiene la base de cotización anterior, tal y como señalamos anteriormente, y en concreto se requiere una reducción de, al menos, el 19,2 por 100 de la jornada de trabajo) y está en esa situación hasta el mes veinticuatro posterior al nacimiento (aunque también serviría una reducción

de jornada más alta durante menos tiempo, ya que se comparan las sumas globales de las bases de cotización de veinticuatro meses). Cabe recordar aquí que esta situación es poco habitual, hasta el momento, en nuestro país, ya que son muy pocos los padres que recurren a la fórmula de la reducción de jornada para el cuidado de hijos. En este supuesto está clara la relación entre el cuidado del hijo y la reducción en las bases de cotización (aunque, como sabemos, luego estas computarán como cotizadas al 100 por 100 conforme a lo previsto en el artículo 237 de la LGSS). Y, obviamente, también se cumpliría este requisito si el padre, tras agotar la prestación por nacimiento o cuidado de menores, deja voluntariamente su trabajo para cuidar de su hijo y, en consecuencia, deja de cotizar a la Seguridad Social.

Pero también se cumpliría este requisito en situaciones bastante más alejadas de esa labor de cuidado, como, por ejemplo, cuando se pierde el empleo después del nacimiento o la adopción y no se cumplen los requisitos exigidos para poder percibir una prestación por desempleo contributiva (y se cobra o no un subsidio por desempleo o prestaciones asistenciales), o bien aquella se cobra durante poco tiempo.

A lo que cabe añadir la particular situación en la que se encuentran los trabajadores incluidos en el régimen especial de los trabajadores autónomos, que no pueden recurrir a la fórmula de la reducción de jornada y que, por la forma como se articula su sistema de cotización, la gran mayoría cotiza por la base mínima de cotización prevista legalmente, por lo que muy difícilmente podrán cumplir este requisito, hayan cuidado o no de sus hijos.

En este punto resulta más clara y contundente la regulación aplicable en el marco de la LCPE -que, como vimos, exige el cese del funcionario en el servicio activo o la reducción de la jornada no inferior al 15 por 100- en comparación con la recogida en el artículo 60 de la LGSS, lo que seguramente, si el INSS opta por una interpretación restrictiva en la línea de la LCPE, dará lugar a reclamaciones judiciales. A nuestro entender, los términos empleados por el artículo 60 permiten más posibilidades, en la línea que hemos apuntado; aunque esas posibilidades no garanticen necesariamente que en su base se halla la labor de cuidado de un hijo.

Y, 6) en el caso de que exista más de un hijo, cabe preguntarse si los requisitos mencionados deben cumplirse respecto de cada uno de ellos en función de su fecha de nacimiento. Cabe pensar que sí, y, por tanto, solo se cobrará el complemento respecto del hijo o hijos respecto de los que se cumplen esos requisitos. En cambio, en el supuesto de las mujeres se cobra el complemento total, teniendo en cuenta exclusivamente el número de hijos, con el límite, como ya hemos comentado, de cuatro hijos.

En fin, en la práctica, aunque se haya abierto el acceso a este complemento a los hombres va a ser muy difícil que cumplan los requisitos previstos para ello. Como veremos más adelante, esto puede traer problemas desde la perspectiva de su acomodación a la doctrina reciente del TJUE.

Por último, a todo lo anterior se añade un último condicionante que, en la práctica, constituye un nuevo requisito exigible únicamente cuando es un hombre (padre) el que pretende acceder al complemento: en efecto, junto a los requisitos anteriores es necesario que el importe de la pensión (o pensiones, en su caso) que se tenga derecho a percibir sea inferior a la cuantía de la pensión (o pensiones) que le correspondan a la mujer (madre). Y este requisito se exige en el momento en que ambos progenitores causan derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en el artículo 60 de la LGSS²⁷. Aquí cabe hacer varias consideraciones:

- a) Este requisito solo se aplica en el caso de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación.
- b) Solo se puede reconocer un complemento por los mismos hijos, a la madre o al padre, pero los beneficiarios pueden cambiar, esto es, primero puede reconocerse a uno y luego al otro. A estos efectos, el artículo 60.2 establece que el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supone la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y produce efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producen desde el primer día del séptimo mes.
- c) Este requisito no se aplicará en el caso de personas solas con hijos en que no está identificado el otro progenitor o no tiene reconocida la patria potestad. Sin embargo, si se trata de un hombre sí tendrá que cumplir los requisitos vistos anteriormente. En cambio, si se trata de una mujer, como vimos, tendrá derecho automáticamente al complemento, sin requisitos adicionales.
- d) Este requisito implica que si es la madre la que causa primero derecho a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación cobrará automáticamente el complemento en función del número de hijos, y cuando el padre cause derecho a una de esas pensiones y cumpla los requisitos antes vistos, solo cobrará el complemento -por el número de hijos respecto de los que se cumplan los requisitos- cuando su importe sea inferior al de la pensión que cobra la madre; circunstancia que será muy poco frecuente en la práctica por la brecha de género existente en el propio mercado de trabajo, que justifica, como hemos visto, la propia existencia del complemento. Si no se da este requisito, el padre no cobrará el complemento, a pesar de que, conforme a los parámetros del artículo 60, su carrera de cotización se haya visto afectada por el cuidado de sus hijos (ello se debe a que se presupone que la carrera de cotización de la madre se ha visto aún más afectada y por ello esta cobra una pensión inferior).

²⁷ Artículo 60, apartado b) regla 4ª.

También cabe pensar en el supuesto del padre que solicita la pensión de jubilación antes que la madre y cumple los requisitos, por lo que se le reconocerá el complemento por los hijos respecto de los que cumpla dichos requisitos, pero, con posterioridad, la madre también causa derecho a la pensión de jubilación: si su cuantía es inferior -circunstancia muy probable- pasará a percibir el complemento en función exclusivamente del número de hijos y si el importe es superior, será el padre quien siga percibiendo el complemento (aunque, en su caso, no le computen todos los hijos y, en consecuencia, el importe total del complemento sea inferior).

Pero también pueden darse otras situaciones con un perfil distinto y más complicado: por ejemplo, el caso de un padre joven que accede a una pensión de incapacidad permanente total (55 por 100 de la base reguladora) y que cumple los requisitos para cobrar el complemento, por lo que pasará a cobrarlo y en el momento en que la madre solicite la pensión de jubilación -si es más joven que el padre-, es posible que su pensión de jubilación sea de cuantía más alta, por lo que el padre continuaría cobrando el complemento. Aunque, posteriormente, cuando al padre se le reconociese la pensión de jubilación, como probablemente esta sería más alta, dejaría de cumplirse este requisito y, por tanto, ¿quién cobraría el complemento? No se cumpliría el requisito de pensión de cuantía inferior pero la pensión de jubilación de la madre ya se habría causado. Cabe pensar que se sumaría a la pensión de jubilación de la madre.

Aquí debemos tener en cuenta que las posibilidades son diversas, aun cuando, como ya hemos manifestado, va a ser muy difícil que un hombre pueda cumplir los requisitos establecidos para poder cobrar el complemento.

- e) Si los dos progenitores son hombres y ambos cumplen los requisitos exigidos, el complemento se reconoce a aquel que perciba la pensión de menor cuantía. Este requisito de menor cuantía también se aplica cuando los dos progenitores son mujeres, pero, como ya señalamos anteriormente, en este supuesto no se exigen requisitos adicionales al hecho de tener hijos o adoptarlos²⁸.
- f) Cabe pensar que siempre se va a solicitar el complemento, para evitar, en su caso, acuerdos entre los progenitores para facilitar el acceso a uno de ellos en concreto.
- g) El artículo 60.2 establece que antes de dictarse la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento. Trámite lógico, y más en el marco de un procedimiento administrativo, pero es fácil pensar que los principales problemas se van a plantear en los supuestos en que los progenitores están separados o divorciados o cuando mantengan una mala relación entre sí; aunque, en todo caso, será el cumplimiento o no de los requisitos establecidos legalmente lo que determinará quién es el beneficiario.

²⁸Artículos 60.1.b). 3ª y 60.1 de la LGSS, respectivamente.

Y, h) siguiendo un criterio totalmente lógico, el artículo 60.3.b) señala que no se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad²⁹ por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en una causa criminal o matrimonial. Aquí cabe tener presente que, siguiendo la normativa civil y su aplicación por los tribunales, son varias las causas que determinan la privación de la patria potestad³⁰: 1) cuando la conducta del progenitor pone en peligro la formación del menor o incapaz; 2) cuando se les trata con una dureza excesiva, lo que implica no solo fuertes castigos físicos sino toda clase de actos que supongan crueldad o abuso de autoridad; 3) la desatención afectiva y las adicciones que ponen en riesgo la seguridad del menor; y, 4) en general, por la falta de ejercicio de los derechos y, principalmente, de los deberes que comporta la misma. Se requiere siempre una sentencia judicial y que la conducta que determina esa privación sea grave y reiterada. Junto a ello, se encuentran directamente privados de la patria potestad: a) el progenitor que ha sido condenado por sentencia penal firme por un delito de violación o cualquier otro que diese lugar a la concepción del hijo; y, b) si la filiación se determina judicialmente en contra de la oposición de alguno de los progenitores, este será privado de la patria potestad sobre el hijo.

Y, finalmente, tampoco se reconocerá el complemento al padre que ha sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos previstos tanto en la normativa española como en los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o la madre condenados por ejercer violencia contra los hijos³¹.

2.2.2. *Los sujetos causantes*

Para poder acceder a este complemento el artículo 60 de la LGSS exige que se haya tenido o adoptado uno o más hijos, a lo que cabe añadir que:

²⁹Cabe recordar que, conforme al artículo 154 del CC, la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: a) velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y, b) representarlos y administrar sus bienes.

³⁰En el artículo 170 del CC se señala que el padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

³¹En este ámbito cabe mencionar el delito de lesiones leves o maltrato de obra (artículo 153.1 del CP), delito de lesiones (artículo 147.1 del CP), delito de amenazas leves (artículo 171.4 del CP), delito de coacciones leves (artículo 172.2 del CP) y delito de violencia sobre los descendientes (artículo 173.2 del CP).

- a) Cada hijo da derecho únicamente al reconocimiento de un complemento. Por tanto, tal y como ya había señalado el propio INSS en relación con el complemento por maternidad, en caso de adopción, el hijo solo computa respecto de los adoptantes y no en relación con los padres biológicos. Por tanto, siguiendo el criterio de gestión 1/2018 "... una vez constituida la adopción, la filiación del hijo -y la responsabilidad de su cuidado- queda determinada a favor de la madre adoptiva. Por tanto, es la madre adoptiva, y no la biológica, la mujer trabajadora a la que el precepto dispensa la protección paliando los efectos negativos de la discriminación laboral consecuencia del cuidado de los hijos. Esta discriminación no puede presumirse de la madre biológica que entrega al hijo en adopción..."³². La única novedad es que, ahora, este criterio no solo se aplica a la madre adoptiva sino también, en su caso, al padre adoptivo.
- b) No se incluyen los supuestos de acogimiento y guarda con fines de adopción.
- c) Aunque el complemento se vincula con la labor de cuidado de los hijos, no se exige ni que estos sigan vivos en el momento de solicitarlo ni tampoco que hayan vivido durante un mínimo periodo de tiempo; bastando con que cumplan los requisitos exigidos en la normativa civil para entenderse como nacidos o adoptados. En este ámbito siguen siendo aplicables, a nuestro entender, los criterios administrativos³³ y judiciales elaborados en torno al complemento por maternidad, por lo que para poder computar como hijo es necesario en principio que este haya adquirido personalidad civil conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, cuya redacción vigente³⁴ establece que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (de hecho, el propio artículo 60.3.a) exige que el hijo haya nacido con vida). Este criterio llevaría a no computar situaciones como un parto prematuro en el que el feto nació muerto³⁵ o un parto no prematuro en el que también el feto nació muerto³⁶.

Cabe destacar, no obstante, que algunas sentencias entendieron, respecto del complemento por maternidad, que debe aplicarse una interpretación más favorable al principio de igualdad y a la corrección de la situación de desigualdad, en la

³²Consulta de 1 de febrero de 2018 (Jur/2018/84995). Martínez Barroso, M^a.R., "Padres...", ob.cit., p. 14.

³³Consulta de 30 de octubre de 2017 (Jur/2017/283353).

³⁴En vigor a partir de la Ley 20/2011, de 21 de julio (efectos desde 23 de julio de 2011).

³⁵SJS n^o 1 de Pamplona de 21 de enero de 2019 (proc. 318/2018) y STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre de 2019 (rec. 1311/2018).

³⁶ STSJ de Madrid de 10 de abril de 2019 (rec. 104/2019). También STSJ de Aragón de 20 de marzo de 2019 (rec. 116/2019).

lógica del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007; y así, en palabras de la STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 592/217)³⁷: “... analizado el asunto desde la perspectiva en pro de la igualdad que propugna la LO 3/2007 y aun si se admitiera que debería aplicarse al caso el art. 30 CC en la redacción vigente en 1975, el hecho de haber dado a luz un ser que no alcanza personalidad por considerarse como «criatura abortiva» supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y precisó descanso recuperatorio...”. En otras palabras, exigir a una mujer la obligación de tener hijos vivos y que sus embarazos lleguen a buen término para tener derecho a este complemento implicaría incluso “... un tratamiento degradante e indigno por atentar no solo al principio de igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 CE, sino una violación del derecho a la integridad física, así como a la integridad moral de las personas (art. 15.1 CE)...”³⁸.

- d) No se tiene en cuenta la mayor dedicación que supone el cuidado de los hijos con discapacidad. Entre otras medidas, debería haberse incorporado lo fijado en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, que prevé el cómputo como dos de cada hijo con discapacidad³⁹. Es evidente el sobrecoste -económico y también profesional- que para las familias y, particularmente para las mujeres, tiene el cuidado de los hijos con discapacidad. Es muy probable que esa labor de cuidado haya impedido u obstaculizado de una forma importante el desarrollo de la carrera de cotización a la Seguridad Social.
- e) Pueden plantearse situaciones particulares si el hijo nace en el extranjero y permanece allí: por ejemplo, cuando los progenitores extranjeros emigran a nuestro país y dejan a sus hijos en su país de origen, sin que exista dependencia económica ni labor de cuidado. En principio esos hijos computarían a los efectos del complemento, aunque no se hubiera cumplido la labor de cuidado ni producido, en consecuencia, el impacto desfavorable en materia de cotización. Cabe tener presente, no obstante, que, según los criterios elaborados en relación con el complemento por maternidad,

³⁷También SSTSJ de Aragón de 20 de marzo de 2019 (rec. 116/2019) y de Murcia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 592/217). Vid también voto particular de la STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre de 2019 (rec. 1311/2018), y Poyatos i Matas, G., “Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº 442, p. 141 y ss.

³⁸Ramos Quintana, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, *Trabajo y Derecho*, nº 61, 2020, p. 12, y “El complemento...”, p. 131 y ss.; y Martínez Barroso, M^a.R., “Padres...”, *ob.cit.*, p. 13.

³⁹Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, *ob.cit.*, p. 304. También Rodríguez González, S., “Desigualdad...”, *ob.cit.*, p. 120; y Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 48.

el INSS podría entender que el nacimiento debe haberse producido en España y la adopción debe haberse realizado conforme a la legislación española o bien en algún país al que sean de aplicación los reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Por tanto, no se considerarían computables los nacimientos producidos fuera de España o de alguno de esos otros Estados, salvo que se produjeran durante una estancia temporal de la beneficiaria, que debería residir en España o en uno de los Estados en los que se aplican los citados reglamentos⁴⁰.

Y, f) a los efectos de determinar el derecho al complemento únicamente se computan los hijos que hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión. Esta solución resulta muy discutible en el caso de los hijos póstumos⁴¹. Por otra parte, los posteriores sí podrán computarse cuando se causa derecho a una nueva pensión de las vinculadas a este complemento (por ejemplo: se aplica el complemento a la pensión de viudedad y, con posterioridad, se tienen o adoptan hijos y se causa derecho a una pensión de jubilación). Esto implica, por tanto, que el importe del complemento puede variar, al incrementarse el número de hijos computables.

2.3. El ámbito material: Las pensiones afectadas

Como hemos visto, este complemento se aplica a las pensiones contributivas de incapacidad permanente, jubilación y viudedad. En relación con las primeras, se incluyen las pensiones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez; excluyéndose las prestaciones por incapacidad permanente parcial y por lesiones permanentes no invalidantes, al tratarse de indemnizaciones. Y, obviamente, con independencia de que la pensión se fundamente en riesgos comunes o en riesgos profesionales. En el caso de la incapacidad permanente total, si se sustituye antes de los sesenta años el cobro de la pensión por una indemnización a tanto alzado, el complemento se aplicará a la cuantía de la indemnización y, posteriormente, se seguirá percibiendo cuando se recupere la pensión⁴². Respecto a los supuestos de revisión del grado de una pensión de incapacidad permanente reconocida con anterioridad surgen varias posibilidades: a) si se trata de una mujer que tenía reconocido el complemento por maternidad y ahora se le reconoce un grado distinto, cabe pensar que puede optar entre dicho complemento y el nuevo, en función de la cuantía a percibir en cada caso; b) si se trata de un hombre que no

⁴⁰ Criterios de 17 de diciembre de 2015. En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 9.

⁴¹ <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

⁴² En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 3.

pudo solicitar en su momento el complemento por maternidad y ahora cumple los requisitos del nuevo complemento, percibirá este; y, c) si la revisión implica que se extingue la pensión, también se extinguirá el complemento. Podríamos entender, tal y como se deduce de los criterios del INSS referidos al anterior complemento por maternidad, que, si el hecho causante de la pensión es anterior a la entrada en vigor del complemento, la revisión del grado no implicaría el reconocimiento de una nueva pensión y, por tanto, no se aplicaría el complemento (salvo que se cobrase el complemento por maternidad o incluso este podría no cobrarse si el hecho causante es anterior al día 1 de enero de 2016). A nuestro entender, esa solución es muy restrictiva y olvida que las circunstancias pueden haber variado mucho entre el reconocimiento de la pensión y su revisión (lesiones nuevas de diferente etiología, lesiones que han variado, mejorado o empeorado...)⁴³. En fin, en este ámbito también se incluyen las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, pero no las pensiones del SOVI (al no formar parte del sistema de Seguridad Social)⁴⁴.

En el marco de la pensión de jubilación, el complemento se aplica en los casos de jubilación ordinaria y de jubilación anticipada, ya sea voluntaria o involuntaria. En cambio, no se tiene derecho en el supuesto de la jubilación parcial, si bien el complemento se cobrará a partir del momento en que se acceda a la pensión de jubilación total⁴⁵. Esta exclusión resulta razonable, al tratarse de una situación de transición hacia la jubilación total, manteniéndose esa persona en activo, aunque sea parcialmente, a la vez que se reduce el gasto⁴⁶. Asimismo, cabe tener en cuenta que esta exclusión se aplica con independencia de la edad a la que se accede a la jubilación parcial, incluidos los supuestos en los que ya se ha cumplido la edad de jubilación ordinaria⁴⁷.

Por otra parte, el complemento se mantendrá en los supuestos de jubilación flexible, de jubilación activa y de realización de trabajos por cuenta propia con rendimientos inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

Si se trata de la pensión de viudedad, el complemento se percibirá si se trata de la pensión vitalicia, pero no en el caso de la prestación temporal de viudedad,

⁴³En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 6.

⁴⁴En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 3.

⁴⁵Artículo 60.4 de la LGSS.

⁴⁶Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 6.

⁴⁷En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 4.

dado precisamente su carácter temporal (aunque haya existido labor de cuidado, lo que resulta contradictorio con la finalidad del complemento)⁴⁸. También se cobra el complemento en el caso de las pensiones de viudedad de excónyuges (en función del número de hijos a computar en cada caso, aunque aquí se plantea el problema de cómo aplicar el límite máximo de cuatro hijos; momento a partir del cual, como ya hemos señalado, no se incrementa la cuantía) y si fallece alguno de ellos el complemento que cobrase no incrementa el del resto. Quedan fuera, sin embargo, las pensiones en favor de familiares, aunque las mismas se vinculan claramente con la labor de cuidado de personas dependientes. Y tampoco se sumará el complemento en los supuestos en que la pensión de viudedad acrece las pensiones de orfandad.

Y, en fin, en los supuestos de incapacidad permanente y viudedad puede cobrarse un recargo de prestaciones en los supuestos de falta de medidas de seguridad, pero, obviamente, este no se ve afectado por el cobro del complemento.

Por otra parte, cabe destacar que el complemento se abona mientras se percibe una de las pensiones mencionadas y, en consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincide con el de aquella (lo que implica, por ejemplo, que, en el caso de la pensión de viudedad, el complemento deja de cobrarse si se contrae un nuevo matrimonio, aunque la brecha de género en las pensiones siga existiendo y el cuidado de los hijos también). A lo que cabe añadir la extinción del complemento derivada de posibles supuestos de fraude relacionados con la existencia o la identidad de los descendientes⁴⁹.

Sin embargo, cuando en el momento de la suspensión o extinción de la pensión a la que va unido el complemento se tiene derecho a cobrar otra pensión distinta -siempre que sea de incapacidad permanente, jubilación o viudedad-, se mantiene el derecho al complemento, quedando vinculado a esta última. Y, obviamente, también es posible que si la pensión inicial se extingue -el ejemplo anterior del matrimonio de una persona viuda-, si, posteriormente, se accede a la pensión de jubilación puede percibirse el complemento, e, incluso, incrementarse su cuantía si se han tenido o adoptado más hijos.

Finalmente, cabe destacar que son incompatibles los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, abonándose un único complemento en el régimen en el que esa persona tenga más periodos de alta. Este complemento se reconoce en todos los regímenes de la Seguridad Social, si bien solo afecta a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2021, es decir, a partir del día 4 de febrero de 2021. Hasta ese día se pudo acceder al anterior complemento por maternidad.

⁴⁸En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez González, S., “Desigualdad...”, ob.cit., p. 121.

⁴⁹Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 4.

2.4. La cuantía del complemento

En primer lugar, respecto a la forma de concretar la cuantía del complemento, este se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y se incrementará al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto para las pensiones contributivas. Para el año 2021, la disposición adicional primera del RDL 3/2021 establece una cuantía de 27 euros mensuales por cada hijo.

Por tanto, en este ámbito, el nuevo complemento presenta importantes cambios respecto del anterior, ya que se pasa a reconocer una cantidad fija por cada hijo⁵⁰, cuando antes se aplicaba un porcentaje sobre la cuantía de la pensión que venía determinado por el número de hijos (un 5 por 100 si se tenían dos hijos, un 10 por 100 en el caso de tres hijos y un 15 por 100 si eran cuatro o más hijos). Cabe recordar que esa fórmula fue criticada al entenderse que favorecía a las mujeres con pensiones más altas cuando probablemente aquellas que percibían pensiones medias o bajas habían tenido más dificultades para poder conciliar el trabajo con el cuidado de los hijos⁵¹. Por el contrario, con la nueva fórmula se logra el efecto contrario, favoreciéndose las pensiones medias o bajas. A nuestro entender, con independencia de que es muy difícil valorar monetariamente cuánto afecta el cuidado de un hijo al importe de una pensión futura, no nos parece una buena idea diferenciar entre los propios beneficiarios en función exclusivamente de si cobran pensiones altas o bajas (hecho en el que pueden influir diversos factores y no solo la mayor o menor dedicación a la labor de cuidado). En todo caso, cabe destacar que la nueva forma de cálculo del complemento resuelve diversos problemas prácticos surgidos con la anterior (reparto entre excónyuges en el marco de la pensión de viudedad, inclusión de determinados complementos, concurrencia de pensiones...)⁵².

A efectos comparativos, las diferencias cuantitativas que se producen con uno y otro sistema de cálculo del complemento son significativas en relación con las pensiones más altas, así:

⁵⁰Esta fórmula fue propuesta precisamente por el grupo parlamentario socialista durante la tramitación del complemento por maternidad (BOCG, Senado, 1 de octubre de 2015).

⁵¹Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (y II)”, ob.cit., pp. 12-13. Para Granell y Salvador, el complemento, en términos nominales, beneficiaba claramente a las mujeres mejor situadas en el mercado laboral, en “Complemento...”, ob.cit. p. 311. También, Gallego Losada, R., “El complemento...”, ob.cit., p. 43.

⁵²Al respecto, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (y II)”, ob.cit., p. 3 y ss.

Importe pensión mensual euros	1 hijo		2 hijos		3 hijos		4 hijos	
	antes	ahora	antes	ahora	antes	ahora	antes	ahora
500	0	27	25	54	50	81	75	108
750	0	27	37,5	54	75	81	112,5	108
1200	0	27	60	54	120	81	180	108
1600	0	27	80	54	160	81	240	108
2000	0	27	100	54	200	81	300	108
2500	0	27	125	54	250	81	375	108

Por otra parte, como ya hemos señalado, existe un límite máximo de cuantía, ya que no puede superarse el importe de cuatro veces la cuantía mensual por hijo, por lo que el quinto o más hijos no incrementan el complemento. Sin embargo, aquí se plantea una duda cuando los beneficiarios son los hombres: una mujer que tiene seis hijos con dos hombres percibiría un complemento mensual máximo, en 2021, de 108 euros, en cambio si los dos padres cumplieren los requisitos para cobrar el complemento respecto de sus hijos se superaría el tope de los 108 euros mensuales (por ejemplo, uno de los padres 27 euros por tres hijos, y el otro 27 euros por los otros tres hijos, hacen un total de 162 euros). Como ya vimos en el caso del complemento aplicable a las pensiones de viudedad de excónyuges, en este caso también se plantea el problema de si puede superarse el límite máximo de cuatro hijos cuando hay más de un beneficiario del complemento. Cabe pensar que ese límite no podría superarse.

En segundo lugar, cabe tener presente que el artículo 60.3.c) establece que el complemento se pagará en catorce pagas, junto con la pensión que determina el derecho al mismo. Aquí cabe realizar un apunte: se olvida que en el caso de las pensiones derivadas de contingencias profesionales (incapacidad permanente y viudedad en este caso) se perciben solo doce pagas, por lo que, lógicamente, en estos casos también se cobrarán doce pagas del complemento.

En tercer lugar, cabe tener en cuenta el favorable tratamiento legal que se hace del complemento tanto en el marco del complemento por mínimos como en relación con la pensión máxima. En el primer caso, el artículo 60.3.e) prevé que el complemento no tiene la consideración de ingreso o rendimiento del trabajo a la hora de concretar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos. Y si se cumplen los requisitos, se reconocerá la pensión mínima conforme a lo previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del

Estado y a esta se le sumará el complemento en función del número de hijos. Obviamente, este sistema favorece a los beneficiarios del complemento.

Y respecto al segundo supuesto, y con un sistema más favorable que el previsto para el complemento por maternidad, en el artículo 60.3.d) se señala que el importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones regulado en los artículos 57 y 58.7 de la LGSS. Por tanto, en los supuestos en que se cobra la pensión máxima prevista anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se sumará a esta el correspondiente complemento.

En cambio, cabe señalar que si se aplica lo dispuesto en el artículo 210.2 de la LGSS y, en consecuencia, en los casos de jubilación demorada el complemento se verá afectado, en su caso, por el tope máximo de cotización, al tener la naturaleza de pensión pública contributiva. Por tanto, la suma de la pensión de jubilación, el porcentaje adicional por jubilación demorada y el complemento para la reducción de la brecha de género no pueden superar dicho tope⁵³.

En cuarto lugar, desde una perspectiva internacional, se establece que cuando la pensión que determina el derecho al complemento se causa por la totalización de periodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de la normativa internacional, el importe real del complemento es el resultado de aplicar a su cuantía, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

En quinto lugar, cabe tener presente que, por varios factores, la cuantía del complemento puede cambiar, así: a) por la actualización anual ligada a la revalorización que se fija para las pensiones contributivas por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado; b) si se extingue una pensión y, posteriormente, se causa otra en la que se suman hijos nacidos o adoptados con posterioridad al reconocimiento de la primera pensión; y, c) pasa a ser beneficiario un hombre y respecto de este no son computables todos los hijos, al no cumplirse respecto de alguno de ellos los requisitos exigidos legalmente.

Finalmente, teniendo presente el coste que puede suponer este complemento para el sistema de Seguridad Social, resulta esencial que la nueva disposición adicional trigésima sexta de la LGSS prevea expresamente, tal y como hemos señalado, que su financiación se realiza mediante transferencias del Estado al presupuesto de la Seguridad Social. Por tanto, se financia a cargo de impuestos y no de cotizaciones. Esta solución se apunta para el caso del complemento regulado en el artículo 60 de la LGSS, pero también abarca el supuesto del complemento que, con los mismos requisitos y características, se reconoce en el marco de la LCPE.

⁵³ En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (y II), ob.cit., pp. 4-5.

2.5. ¿Qué ocurre con las personas beneficiarias del complemento por maternidad?

Partiendo del hecho de que existen más de 650.000 mujeres beneficiarias del complemento por maternidad⁵⁴, resulta necesario articular algún mecanismo de coordinación entre dicho complemento y el nuevo, al que, como hemos visto, también pueden acceder los hombres. Con tal finalidad, el RDL 3/2021 incorpora la nueva disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS, donde se establece que:

- 1) Quienes en la fecha de la entrada en vigor del nuevo complemento -día 4 de febrero de 2021- estén cobrando el complemento por maternidad, lo mantendrán y en los mismos términos y cuantía.

Obviamente, la cuestión que se plantea es qué ocurre cuando se causa derecho a otra pensión de las afectadas por el complemento (por ejemplo, se cobra el complemento vinculado a la pensión de jubilación y, posteriormente, se le reconoce una pensión de viudedad). En este último caso ya se aplicaría el nuevo complemento, pudiendo optar entre uno y otro (obviamente, se elegirá el de mayor cuantía; influyendo, como vimos antes, la cuantía mayor o menor de la pensión inicial).

- 2) Las mujeres con un solo hijo que no pudieron tener derecho al complemento por maternidad, al exigir este dos o más, y que sean ya pensionistas el día 4 de febrero de 2021, no pueden solicitar el nuevo complemento, salvo que causen derecho a una nueva pensión, en cuyo caso sí lo cobrarán. Lo mismo ocurre con los hombres con uno o varios hijos que ya sean pensionistas en esa fecha.
- 3) Si una mujer está cobrando el complemento por maternidad y el otro progenitor, de alguno de los hijos, solicita el complemento para la reducción de la brecha de género y cumple los requisitos, tendrá derecho al mismo. Pero en este supuesto se prevé que la cuantía de este complemento se deduce del complemento por maternidad de la madre, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución administrativa, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta. Tendríamos, pues, dos beneficiarios: la madre como titular del complemento por maternidad y el padre como

⁵⁴ Como señala Moreno Romero, a fecha 30 de diciembre de 2019, el total de mujeres pensionistas con complemento ascendía a 646.971 (58.361 pensionistas de incapacidad permanente, 274.320 pensionistas de jubilación y 314.290 pensionistas de viudedad), “El complemento...”, ob.cit., p. 157.

beneficiario del complemento para la reducción de la brecha de género. Esta posibilidad solo surge cuando se trata de pensiones de incapacidad permanente y jubilación, con independencia del régimen de la Seguridad Social en el que se solicitan, e, implica, de hecho, una modificación legal in peius del complemento por maternidad, que resulta discutible, pero que se basa en una voluntad evidente de ahorrar costes. Es más, si se defiende que el complemento por maternidad se basa exclusivamente en la aportación demográfica y el nuevo complemento en el efecto desfavorable que implica el cuidado de los hijos, es curioso que el reconocimiento del segundo afecte al primero, llevando incluso, como veremos a continuación, a su supresión en algunos casos.

En efecto, aquí se plantea un problema práctico: en función de la cuantía de la pensión, el importe del nuevo complemento es superior a lo que se viene percibiendo por complemento por maternidad o bien este queda reducido a una cuantía escasa. Así, por ejemplo, según los datos vistos anteriormente, en el caso de una mujer con dos hijos y una pensión de 750 euros el complemento por maternidad tiene una cuantía de 37,5 euros y en cambio el complemento para la reducción de la brecha de género es de 54 euros mensuales: por tanto, aplicando lo previsto en esta nueva disposición transitoria, la madre dejaría de cobrar el complemento y el padre cobraría esos 37,5 euros y la Seguridad Social tendría que complementar la diferencia hasta los 54 euros mensuales. Y si en el mismo caso, se tienen tres hijos, la madre dejará de percibir los 75 euros mensuales y los percibirá el padre y la Seguridad Social tendrá que complementar el importe hasta los 81 euros actuales. Por tanto, en estos supuestos el efecto del reconocimiento del nuevo complemento no consiste en descontar el importe sino en suprimir el cobro del complemento por maternidad (cabe tener presente, no obstante, que cuando fallezca el padre, la madre podrá optar al complemento para la reducción de la brecha de género en la pensión de viudedad, aunque su importe puede ser menor a lo que en su momento percibía como complemento por maternidad).

Obviamente, este efecto negativo no se produce cuando se trata de una pensión de cuantía más alta: así, por ejemplo, en el caso de una pensión de 1600 euros el complemento por maternidad es de 240 euros si se tienen cuatro hijos y el nuevo complemento tiene una cuantía de 108 euros, por lo que la madre percibiría 132 euros y el padre cobraría 108 euros.

La situación se complica un poco más si hay más de un padre beneficiario que cumple los requisitos por alguno de los hijos: en este caso los complementos a pagar a los padres se descontarían del complemento por maternidad de la madre.

Aunque, como vimos anteriormente, los requisitos exigidos para poder acceder al complemento en el caso de los hombres son muy estrictos y resultará muy difícil cobrarlo, el juego y los problemas e interrogantes aplicativos que plantea dicha posibilidad son bastante variados e interesantes.

Y, 4) finalmente, cabe tener en cuenta que, como consecuencia de la doctrina de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, algunas sentencias reconocieron el derecho al complemento por maternidad a los hombres que tenían dos o más hijos vinculado a pensiones de incapacidad permanente absoluta⁵⁵ o de jubilación⁵⁶. Obviamente, en estos supuestos también se aplica, y con las mismas particularidades, lo señalado anteriormente. Por tanto, el otro progenitor -hombre o mujer- puede solicitar el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, con los efectos antes indicados.

2.6. La vigencia “temporal” del complemento para la reducción de la brecha de género

Dentro de la lógica de la acción positiva, y para caracterizar el complemento como tal, la nueva disposición adicional trigésima séptima de la LGSS establece que aquel tiene un alcance temporal, y se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por 100; añadiéndose que una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por 100, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60 de la LGSS (cabe pensar que también la norma equivalente de la LCPE), previa consulta con los interlocutores sociales. En el mismo sentido se manifiesta el apartado 6 de la disposición adicional decimoctava de la LCPE, que se remite a la citada disposición adicional trigésima séptima de la LGSS.

Teniendo presente que la brecha de género en las pensiones de jubilación se sitúa actualmente en el 34 por 100⁵⁷ (y los datos muestran que no disminuye⁵⁸), y la complejidad y el carácter estructural de las causas que la provocan, es fácil constatar que, salvo una reforma expresa, el complemento no va a tener precisamente -por desgracia- un carácter temporal o una vida corta.

⁵⁵ SJS nº 2 de Vigo de 15 de febrero de 2021 (proc. 52/2021). El criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social estableció que el complemento se seguiría reconociendo en sus términos legales, sin perjuicio del deber de ejecutar las decisiones judiciales firmes que lo reconocieran a los hombres y de dar ejecución provisional a las sentencias pendientes de recurso.

⁵⁶ SSJS nº 2 de Pamplona de 18 de noviembre de 2020 (proc. 534/2020) y de Teruel de 23 de noviembre de 2020 (proc. 212/2020). También SSTSJ de Murcia de 30 de abril de 2020 (rec. 314/2019) y 26 de mayo de 2020 (rec. 879/2019) y de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2020 (rec. 850/2018). Sobre esta última, Vicente Palacio, M^a.A., “Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020, p. 1 y ss.

⁵⁷ Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, *ob.cit.*

⁵⁸ Errandonea Ulazia, E., “El nuevo...”, *ob.cit.*, pp. 75 y 96.

3. EL CASO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Dentro de una lógica de equiparación totalmente justificada, el RDL 3/2021 da una nueva redacción a la disposición adicional decimoctava de la LCPE, reconociendo el complemento para la reducción de la brecha de género con las mismas características, requisitos y cuantía ya vistos en relación con el artículo 60 de la LGSS. Complemento que se aplicará a las pensiones de jubilación o retiro de carácter forzoso, pensiones por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad y pensiones de viudedad que se hayan causado a partir del día 4 de febrero de 2021. El matiz, no obstante, se halla en que, como comentamos anteriormente, la forma de identificar el efecto desfavorable de la labor de cuidado en el caso de los hombres cuando se trata de un hijo nacido o adoptado a partir del día 1 de enero de 1995 es más estricta, a nuestro entender, que la recogida en el artículo 60 de la LGSS.

Y también se ha incorporado una nueva disposición transitoria décima cuarta en la LCPE para regular, en los mismos términos vistos anteriormente respecto a la LGSS, el mantenimiento transitorio del complemento por maternidad. En todo caso, como sabemos en este régimen no se producen nuevas incorporaciones de funcionarios públicos desde el día 1 de enero de 2011.

4. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO: ¿EL COMPLEMENTO RESPETA EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 79/7/CEE?

Al margen de las particularidades e interrogantes que plantea la regulación legal y la aplicación práctica de este complemento, surge también la duda, como ocurrió ya tempranamente con el complemento por maternidad⁵⁹, de si resulta acorde con lo previsto en la Directiva 79/7/CEE y con la doctrina elaborada en casos semejantes por el TJUE en los últimos años.

Cabe partir del hecho de que nos encontramos ante una pretendida medida de acción positiva que persigue la igualdad material entre las mujeres y los hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación al cuidado y la educación de los hijos y para ello se les otorga, como hemos visto, un trato mucho más favorable que el que reciben los hombres. En efecto, la situación protegida es la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo destinado a la labor de cuidado de los hijos; función que carece de

⁵⁹Por todos, Ballester Pastor, M^a.A., “El comprometido...”, ob.cit., p. 81 y ss.; y Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, ob.cit., p. 143 y ss.

un reconocimiento social o contributivo al sistema de Seguridad Social, con la excepción de algunos de los supuestos recogidos -y de alcance muy limitado- en los artículos 236 y 237 de la LGSS. Cabe recordar que, tal y como señala la propia sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019: "... el artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales...": medidas de acción positiva que requieren, en todo caso, una justificación objetiva y razonable.

Y también cabe tener presente que, tal y como ocurrió con el complemento por maternidad, este nuevo complemento cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, al tener la naturaleza jurídica de una pensión pública contributiva y formar parte de un régimen legal de protección contra los riesgos enumerados en la misma, como son la invalidez permanente y la jubilación.

Partiendo de ello, a nuestro entender, el problema principal al que se enfrenta el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género es, como también le pasó al complemento por maternidad, que puede no cumplir algunos de los parámetros fijados por la doctrina del TJUE en torno a medidas semejantes en los últimos veinte años⁶⁰. Doctrina que, como veremos a continuación, se ha pronunciado claramente a favor de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionados con el cuidado de los hijos. La tendencia es, pues, la atribución indistinta de permisos, beneficios y medidas relativas al cuidado de los hijos en favor de madres y padres⁶¹.

Esos parámetros se recogen en varias sentencias, así, en primer lugar, en la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001 (asunto Griesmar, C-366/99) se valora el posible carácter discriminatorio por razón de sexo de una norma francesa que reconocía automáticamente cotizaciones ficticias aplicables a la pensión de jubilación a las funcionarias que hubieran sido madres o hubieran adoptado hijos (en este caso debía cumplirse el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de nueve años). Según el Gobierno francés esta medida perseguía compensar las desventajas a las que se enfrentaban las funcionarias con hijos en su vida profesional, aunque no hubieran dejado de trabajar.

El TJUE entendió que dicha medida no estaba destinada realmente a compensar las desventajas que las funcionarias sufrían en su carrera, ayudándolas

⁶⁰Al respecto, Ramos Quintana, M.I., "El complemento...", ob.cit., p. 141 y ss.; y Ballester Pastor, M^a.A., "El comprometido...", ob.cit., p. 81 y ss.

⁶¹Ramos Quintana, M.I., "El complemento...", ob.cit., p. 142, que habla de la "desnaturalización" de las acciones positivas en beneficio exclusivo de las mujeres.

en su vida profesional. Por el contrario, se trataba de conceder a las funcionarias que eran madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que pudieran encontrar durante su carrera profesional. De este modo, no constituye una medida destinada a ayudar a las mujeres en su vida profesional porque, al concederse en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional, derivados de la práctica de cuidar. Las dificultades profesionales soportadas por las madres no se resuelven mediante el sistema de bonificación previsto y, por tanto, la diferencia de trato por razón de sexo que se establece no se justifica y resulta discriminatoria para los hombres.

En segundo lugar, cabe mencionar la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (asunto Leone, C-173/13) donde se debate sobre ciertos beneficios concedidos en el momento de la jubilación que se aplican automáticamente a las madres, por el simple hecho de serlo, mientras que no ocurría así en el caso de los padres. Se concluye que se trata de una medida que incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo; señalándose, asimismo, que la norma no estaba justificada ya que no respondía verdaderamente a la finalidad de alcanzar el objetivo de política social invocado ni se había aplicado dicha norma de forma congruente y sistemática desde ese punto de vista.

En tercer lugar, en esta doctrina se sitúa también la sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez, C-104/09), referida a una regulación anterior del permiso de lactancia español que daba preferencia a las madres. En ella se señala que la preferencia materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de los hijos puede implicar una perpetuación de los roles de cuidado que puede volverse en contra de las mujeres. Por ello se calificó como discriminatoria la preferencia legal hacia la mujer en el permiso de lactancia, con un disfrute secundario por parte del padre, en base a que la naturaleza del permiso, pese a su denominación, ha quedado desvinculada de la lactancia por parte de la madre, pasando a ser un permiso destinado al cuidado del hijo. En la misma línea se sitúa la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 (asunto Maïstrellis, C-222/14) donde se declara que un permiso parental vinculado en el caso del padre a que la madre trabaje, lejos de garantizar la plena igualdad entre los hombres y las mujeres en la vida profesional, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre ellos al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Se manifiesta la necesidad de que los permisos parentales sean neutros, no solo porque en otro caso se opondrían a la Directiva sobre permisos parentales, sino que también serían contrarios a la Directiva 2006/54⁶², ya que supondría establecer diferencias injustificadas entre

⁶² De 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

las mujeres y los hombres en las condiciones de trabajo. Con ello se intensifica el mandato de la no diferenciación, al estimarse que las mejoras derivadas del cuidado de los hijos constituyen un ámbito en el que no es admisible fijar preferencias para las mujeres⁶³.

Y, en cuarto lugar, también cabe incluir aquí la propia sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto Wa)⁶⁴, que, como sabemos, declaró que el complemento por maternidad incurría en una discriminación directa por razón de sexo⁶⁵, fundamentándose en los siguientes motivos:

1º) La jurisprudencia del TJUE reserva a los Estados el derecho a adoptar disposiciones destinadas a garantizar la igualdad efectiva. El artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE les reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, en materia de protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del mismo y también en materia de protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto. Ahora bien, el complemento por maternidad no contenía ningún elemento que estableciese un vínculo entre su concesión y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad laboral o profesional durante el periodo que sigue al parto.

2º) Conforme a su artículo 7.1.b), la Directiva 79/7/CEE no impide la facultad que tienen los Estados de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos

⁶³ Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, ob.cit., p. 143.; y Ballester Pastor, M^a.A., “El comprometido...”, ob.cit., p. 81.

⁶⁴ Un análisis del contenido y las consecuencias de dicha sentencia en Martínez Barroso, M^a.R., “Padres...”, ob.cit., p. 20 y ss.; Molina Navarrete, C., “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, n^o 445, p. 194 y ss.; y Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S., “El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social”, La Ley 12462/2020, p. 6 y ss.; Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, G., “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, n^o 22, p. 13 y ss.; y Moreno Romero, F., “El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, n^o 25, p. 150 y ss.

⁶⁵ Resultado que ya fue adelantado por la doctrina, por ejemplo, Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, ob.cit., p. 124, quien afirmaba: “... contenía todos los boletos para que, en caso de que llegara a ser valorada en algún momento por dicho tribunal, corriera la misma suerte que sus predecesores u homónimos supuestos...”.

de interrupción del empleo debidos a la educación de los hijos. Pero el complemento por maternidad tampoco se supeditaba a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción del empleo debidos a su educación, sino simplemente a que las mujeres beneficiarias hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran perceptoras de determinadas pensiones contributivas.

3º) La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

Y, 4º) el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no amparaba el complemento por maternidad, ya que este se limitaba a reconocer a las mujeres un beneficio en el momento del reconocimiento del derecho a una determinada pensión, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar las madres trabajadoras durante su carrera profesional. Dicho complemento no podía compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de ese modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Compartamos o no el sentido de esa doctrina del TJUE (por su carácter restrictivo y, en cierta medida, reticente a ahondar en las causas estructurales del problema), si confrontamos con la misma el nuevo complemento surgen problemas, ya que este no cumpliría algunos de sus parámetros; así:

a) Parece que el complemento no quedaría amparado por el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por cuanto se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera profesional y garantizando, en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre los hombres y las mujeres en la vida profesional (asuntos Griesmar, Leone y Wa). Tal y como se deriva de lo señalado en el asunto Griesmar, al concederse el complemento en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional, derivados de la labor de cuidado de los hijos. En efecto, por mucha voluntad y cariño que le pongamos, el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género constituye una solución tardía y muy limitada de por sí para luchar contra el carácter estructural y el alcance de dicha brecha y, no compensa -más que simbólicamente- las variadas desventajas sufridas por las mujeres que

han tenido hijos mientras se encontraban en activo en nuestro mercado de trabajo.

- b) Por otra parte, el propio diseño del complemento en el que, como hemos visto, se da una clara preferencia a las mujeres, puede interpretarse como una renuncia al fomento de la corresponsabilidad frente a las responsabilidades familiares y una asunción implícita del rol de la mujer como madre y responsable principal y preferente de las tareas de cuidado de los hijos; visión que puede ayudar a consolidar o perpetuar. Se podría contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función secundaria de las mujeres respecto al ejercicio de la labor de cuidado de los hijos (asunto Roca Álvarez).
- c) No resulta aplicable la excepción del artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, por cuanto está claro que el complemento no tiene relación con la protección de la mujer debido a su maternidad, sino con la labor de cuidado de los hijos.
- d) El artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7/CEE prevé que la misma no impide la facultad que tienen los Estados de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. En el asunto *Wa* se excluyó la aplicación de este apartado en el caso del complemento por maternidad, al considerar que no se supeditaba su concesión a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a ese motivo, sino “únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión...”. Cabe preguntarse si la situación ha cambiado realmente con el nuevo complemento, cuando, como hemos visto, dicho complemento, en el caso de las mujeres, se concede automáticamente por el hecho de tener o adoptar hijos, sin más requisitos adicionales y con independencia de que hubiera sido el padre el encargado del cuidado. Este puede ser, a nuestro entender, un nuevo y relevante obstáculo. A lo que cabe añadir que, según la Directiva, esta exclusión afecta solo a la pensión de vejez, y, en nuestro caso, se aplicaría también a las pensiones de incapacidad permanente (supuesto no admitido por la Directiva)⁶⁶ y viudedad.

⁶⁶Estos obstáculos ya fueron puestos de manifiesto por Ballester Pastor en relación con el complemento por maternidad y, a nuestro entender, resultan trasladables también al nuevo complemento, “El comprometido...”, *ob.cit.*, p. 84.

Es más, en este ámbito surge otro obstáculo y es el considerar, tal y como ha afirmado la doctrina⁶⁷ y deriva del propio artículo 7.2, que esta exclusión se refiere a medidas legales ya existentes (que, además, deben examinarse periódicamente para determinar si está fundamentado mantenerlas) y no justificaría la incorporación de medidas nuevas, como es el caso del nuevo complemento. En definitiva, lo que pretende ese precepto es que se eliminen progresivamente los beneficios establecidos exclusivamente para las mujeres, por lo que, si un Estado no revisa la normativa para eliminarlas, sino que incorpora nuevas medidas estaría incumplíéndolo.

e) Cabe recordar que, tal y como deriva de la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 (asunto X, C-318/13)⁶⁸ no pueden establecerse más excepciones al principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social que los referidos en la Directiva 79/7/CEE, y como hemos visto, a nuestro entender, ninguna de ellas resulta aplicable.

Y, f) en fin, también plantea dudas que, si bien ahora se reconoce el complemento también a los hombres, los requisitos exigidos son tan estrictos que, como venimos señalando, va a ser muy difícil o casi imposible que se cumplan y, en consecuencia, aquellos puedan llegar a cobrar el complemento. Esto nos lleva, nuevamente, al campo de una posible discriminación hacia los hombres, por cuanto se les da un trato desigual que difícilmente va a poder justificarse de una forma objetiva y proporcionada; máxime cuando en el asunto Wa se defendió la idea -discutible, por otra parte- de que las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos, y que solo cabe aplicar un tratamiento idéntico y uniforme. Como hemos visto, y existen razones evidentes para ello, se presupone *iuris et de iure* que las mujeres que trabajan ven perjudicada su carrera profesional y de cotización por el cuidado de sus hijos, pero, a la vez, se imponen unos requisitos muy estrictos y difíciles para que un hombre, en las mismas circunstancias, pueda probar ese mismo perjuicio. En definitiva, esa evidente diferencia de trato y sus resultados previsibles, lleva a pensar en que, de nuevo, nos encontramos ante una medida que podría calificarse como discriminatoria hacia los hombres, no acorde a la Directiva.

Ahora bien, todas estas dudas no nos impiden afirmar, tal y como ya hizo la doctrina en relación con el complemento por maternidad⁶⁹, que es necesario actuar

⁶⁷En relación con el complemento por maternidad, pero, a nuestro entender, también aplicable ahora, “El comprometido...”, *ob.cit.*, p. 84.

⁶⁸Sobre el alcance de esta sentencia, Ballester Pastor, M^a.A., “El comprometido...”, *ob.cit.*, pp. 87-88.

⁶⁹Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, *ob.cit.*, pp. 148-149.

enérgicamente para hacer frente a una realidad incontestable en nuestro país: la existencia de una importante brecha -de todo tipo y también de pensiones- entre los hombres y las mujeres, y que para ello deben utilizarse todas las herramientas posibles.

5. REFLEXIONES FINALES

Es muy probable que, al menos en los últimos tiempos, no se haya incorporado al sistema de Seguridad Social una medida tan innovadora y, a la vez, tan polémica y complicada como el antiguo complemento por maternidad y el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Un nuevo complemento que, aunque podamos mirarlo con buenos ojos -pretende ayudar en lo posible (aunque sea muy poco) a luchar contra la brecha de género en las pensiones derivada del cuidado de los hijos-, suscita, en su regulación vigente, como hemos visto, bastantes dudas y problemas aplicativos e, incluso, en algunos casos nos lleva a situaciones imposibles o difíciles de entender. Es más, su nueva regulación -como la anterior- sigue dejando fuera a colectivos de mujeres que deberían quedar protegidos, incorpora supuestos que no cuadran con su propia finalidad (pensión de viudedad) y, a la vez, aunque incluye a los hombres, les va a ser muy difícil (o casi imposible), poder acceder al cobro del complemento. A lo que cabe añadir que se dejan bastantes cabos sueltos, por lo que es urgente la aprobación del correspondiente desarrollo reglamentario; sin olvidar, por otra parte, el evidente coste económico -ahora más alto- que va a suponer su aplicación.

A lo que cabe añadir, por si lo anterior fuera poco, las dudas que suscita su acomodación a la Directiva 79/7/CEE y, sobre todo, a la doctrina del TJUE elaborada en los últimos años en relación con figuras semejantes; dudas que, nos tememos, llevarán nuevamente a plantear cuestiones prejudiciales y a una nueva intervención del TJUE, que, si sigue su doctrina anterior, podría acabar calificándolo como de discriminatorio por razón de sexo, lo que provocaría una nueva reconfiguración -o un nuevo renacer (el tercero)- de este complemento o mecanismo de compensación con otra configuración. También cabría pensar en su supresión, aunque, obviamente, el coste político sería difícilmente asumible.

Se trata, en definitiva, de una figura que, aun persiguiendo fines nobles, va a tener un presente muy poco tranquilo; aunque no podemos olvidar que se ha acordado convertir el RDL en un proyecto de ley de tramitación ordinaria, por lo que aún cabe la esperanza.

ALGORITMOS Y DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO¹

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras clave: Algoritmos, inteligencia artificial, derechos de información y consulta, poder de dirección

El desarrollo de las tecnologías de obtención y tratamiento de datos impulsa la transformación de los sistemas de gestión de personal mediante la automatización de alguna de las decisiones empresariales tradicionalmente encuadradas, desde el punto de vista jurídico, en el marco del ejercicio de los poderes de dirección. Por su parte, el reconocimiento del derecho fundamental de información en la empresa confiere a éste un papel protagonista en la configuración del sistema de relaciones laborales en la UE. En este contexto, el reconocimiento legal del derecho de las representaciones de las personas trabajadoras a conocer los algoritmos que utiliza la empleadora en el proceso de adopción de decisiones que trascienden al plano laboral debe valorarse positivamente. El presente trabajo estudia las previsiones a tales efectos contenidas en el Real Decreto-ley 9/2021, primera norma jurídica que reconoce expresamente dicho derecho.

ABSTRACT

Key words: Algorithms, artificial intelligence, information and consultation rights, management power

The development of data collection and processing technologies drives the transformation of personnel management systems by automating some of the business decisions traditionally framed, from the legal point of view, within the framework of the exercise of management powers. For its part, the recognition of the fundamental right to information in the company gives it a leading role in shaping the industrial relations system in the EU. In this context, the legal recognition of the right of workers' representations to know the algorithms used by the employer in the decision-making process that transcends the workplace must be valued positively. This paper studies the provisions for this purpose contained in Royal Decree-Law 9/2021, the first legal norm that expressly recognizes this right.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: “Los Derechos Fundamentales ante las Transformaciones Laborales en la Nueva Economía (DER2017-83488-C4-1-R)”

¹ @GordilloRG. <https://orcid.org/0000-0002-8149-8503>.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA INTEGRACIÓN DE LA NUEVA MATERIA OBJETO DE INFORMACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR
4. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO
 - 4.1. Delimitación del contenido del derecho: algoritmo e inteligencia artificial
 - 4.2. Tiempo, forma y efecto útil de la norma
 - 4.3. Deber de sigilo y materias secretas

1. INTRODUCCIÓN

Las dinámicas del trabajo humano y de su regulación legal corren paralelas a la evolución tecnológica y a los cambios en las formas de organización empresarial. Los notables avances en materia de recopilación, tratamiento y análisis de la información han puesto a disposición de las organizaciones empresariales la posibilidad de automatizar distintas fases del proceso de toma de decisiones, a costes asumibles para un número cada vez mayor de empresas. Estas herramientas digitales, desarrolladas inicialmente con el objetivo de indagar las preferencias de las personas en su condición de consumidores, pueden ser igualmente utilizadas para orientar tareas relacionadas con la gestión de la empresa y, por lo que aquí interesa, para facilitar el ejercicio de los poderes de dirección por las empleadoras. Desarrollos de inteligencia artificial y algoritmos se incorporan, progresivamente y de una manera casi natural, al proceso de toma de decisiones en el ámbito laboral, para afectar al conjunto de eventos que configuran la dinámica de las relaciones laborales². Las decisiones en materia de contratación, promoción, modificación de las condiciones de trabajo y extinción del contrato pueden ser adoptadas por la empresa a partir de los datos obtenidos por medios automatizados tanto en empresas con procesos de producción altamente digitalizados, como es el caso de las plataformas de reparto, como en compañías con formatos organizativos más tradicionales. Adicionalmente, estas tecnologías permiten también adoptar las anteriores decisiones sin intervención humana, eventualidad normativamente vetada por el art. 22 Reglamento UE 2016/679, de Protección de Datos³. Aunque en términos aplicativos nos encontramos en un estadio previo, no es descartable que en un futuro cercano sea factible encomendar a una máquina la dirección de recursos humanos de una empresa.

² Con el objetivo de evitar reiteraciones innecesarias, utilizaré en el presente trabajo el término algoritmo como sinónimo de inteligencia artificial, a pesar de que la norma hace referencia a ambas realidades de manera expresa e individualizada y, como se verá más adelante, se trata de conceptos diferentes.

³ Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

El interés de las empleadoras en conocer y evaluar todo tipo de circunstancias relacionadas con la productividad, individual o colectiva, que las personas empleadas aportan a la organización empresarial es consustancial al concepto de gestión de recursos humanos. Pero en la actualidad, los avances tecnológicos permiten obtener y tratar volúmenes ingentes de datos en tiempos muy cortos y a costes bastante reducidos, eliminando el factor humano en numerosas fases del proceso. Por ello suele afirmarse que las nuevas herramientas de gestión empresarial pueden, con mayor intensidad que las tradicionales, vulnerar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y sortear los controles desarrollados en los espacios de participación de sus representantes en la empresa. En concreto, tanto la eficacia de las facultades de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa laboral, como los derechos de información, consulta y negociación de los órganos de representación en la empresa pueden verse severamente limitados si las personas que forman parte de ellos desconocen los “parámetros, reglas e instrucciones” que gobiernan las nuevas herramientas de gestión empresarial. Si el ordenamiento jurídico laboral prohíbe al empleador la adopción de decisiones que comporten un trato desfavorable a partir de una serie de motivaciones (art. 17 ET), el conocimiento de las variables que pueden incorporar sesgos discriminatorios resulta una condición de posibilidad en orden a garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El respeto a las garantías establecidas en el art. 10 CE requiere que las empleadoras, en un exigente ejercicio de transparencia, faciliten información suficiente a los órganos de representación en la empresa, sobre la utilización de estos recursos en la toma de decisiones que puedan incidir en las relaciones de trabajo⁴.

Desde esta perspectiva, la actividad legislativa objeto de estudio cobra una relevancia superior, pues puede resultar un instrumento de enorme utilidad para garantizar en los tiempos que corren, y de forma más intensa en los venideros, la eficacia de los derechos individuales y colectivos reconocidos con anterioridad en normas nacionales y europeas. La modernización de los contenidos objeto de información y, en su caso, consulta y negociación resulta vital para la renovación de nuestro sistema de relaciones laborales. La elaboración de perfiles de las personas que forman o desean formar parte de la plantilla de la empresa, y su clasificación conforme a determinados criterios introducidos en el algoritmo, puede realizarse respetando el ordenamiento jurídico o vulnerando los derechos de aquéllas. Los parámetros que gobiernan el algoritmo pueden garantizar la ausencia de discriminación o, por el contrario, incurrir en todo tipo de sesgos discriminatorios.

⁴ Ejemplo reciente de cuanto se dice puede ser el supuesto resuelto por *Tribunale Ordinario de Bologna, 31 dicembre 2020*, en la que se considera que el sistema de organización de la actividad que, sobre los parámetros de la reputación o confianza y participación, dispensa el mismo trato a quien rechaza trabajar por motivos injustificados y a quien lo hace por motivos legítimos (huelga, enfermedad o accidente) discrimina a estos últimos.

Corresponde a las autoridades garantizar que el proceso de digitalización de las empresas se vea acompañado de un cumplimiento diligente de las obligaciones de información. En caso contrario, datos sobre aspectos relacionados con el origen étnico, la orientación política o sindical, la identidad de género, las creencias religiosas, las enfermedades o situaciones de discapacidad, pueden ser obtenidos, en el ámbito laboral y extralaboral, y utilizados para la adopción de decisiones que pueden afectar a la relación de trabajo. Es cierto que las empresas suelen mantener un alto grado de reserva sobre los aspectos organizativos, sin que ello suponga sospecha o intención de contravenir la normativa aplicable, pero la digitalización de la organización empresarial debe venir acompañada de cambios en la cultura empresarial sin los cuales la penetración de los avances que aquella potencia se verá seriamente comprometida.

Con el objetivo de mantener bajo control la multiplicación y la diversificación de los riesgos más arriba señalados, estos asuntos deben convertirse en uno de los nuevos contenidos estrella de los convenios colectivos durante los próximos años⁵. La generalización y el uso cotidiano de los recursos digitales en la organización de la empresa reclama la negociación sobre los procedimientos y las variables que influirán en la determinación de las condiciones de trabajo en cada caso aplicables. En tales supuestos, los órganos legales de representación de las personas trabajadoras deben ser convenientemente informados sobre la intención de introducir algoritmos en la gestión empresarial y sobre de la aplicación de los acuerdos adoptados sobre esta materia, con el objetivo de garantizar que estas representaciones puedan ejercer adecuadamente sus funciones.

2. LA INTEGRACIÓN DE LA NUEVA MATERIA OBJETO DE INFORMACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL

El apartado uno del artículo único del RD-Ley 9/2021⁶ introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, que reconoce el derecho a “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. La nueva materia sobre la que recae la carga de informar se adiciona, por su ubicación en el apartado 4, a otras cuestiones (información

⁵ Baylos Grau, A.: “A vueltas con el algoritmo: Derechos de información y negociación colectiva”, <https://baylos.blogspot.com/2021/05/a-vueltas-con-el-algoritmo-derechos-de.html>.

⁶ Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE de 12 de mayo).

económica, modelos de contratos y documentación de extinciones, sanciones por faltas muy graves), lo que configura una agrupación que no responde a criterios relacionados con la naturaleza o la tipología de los contenidos informativos que deben ser trasladados a la representación legal. La urgencia con la que se ha abordado la adopción de la nueva regulación no concedía marco temporal suficiente para acometer la reclamada tarea de mejorar la sistemática de los contenidos del art. 64 ET⁷; quizás el trámite como proyecto de ley que deberá seguir la norma, en virtud del acuerdo alcanzado el pasado día 10 de junio por el Pleno del Congreso y tras la convalidación del RD-Ley 9/2021, permita materializar esta demandada labor.

Hasta entonces, los apartados 2 a 5 del art. 64 ET, y algunos otros preceptos de la misma norma, continuarán estableciendo un listado amplio y variado de materias que ha sido víctima del paso del tiempo, de la falta de adecuación suficiente y de la descuidada e incompleta intervención normativa operada, entre otras, mediante Ley 38/2007⁸. Entre otros objetivos, dicha norma procedió a adaptar la normativa española a los contenidos de la Directiva 2002/14 (en adelante, Directiva marco)⁹. Sin embargo, la operación no avanzó en el objetivo de dar coherencia y sistematicidad a un precepto inicialmente confeccionado para enumerar las funciones del comité de empresa que, conforme el protagonismo del derecho de información se ha revalorizado por impulso de las normas de derecho de la UE, se ha convertido en el precepto de referencia en materia de información en la empresa. En una eventual futura reforma quizás resultaría más adecuado concentrar en un precepto la enumeración de las funciones de los órganos de representación legal en la empresa, y dedicar sendos artículos a la regulación de las materias sobre las que debe informar y consultar la empleadora. En esta lógica, también parecería adecuado dar una mayor exhaustividad al listado de materias contenidas hoy en el art. 64 ET, mediante la incorporación al precepto de todas las

⁷ Resulta llamativo que la exposición de motivos de la norma se refiera exclusivamente a la regulación sobre la naturaleza laboral de las relaciones de trabajo en las plataformas digitales de reparto a la hora de justificar la presencia de los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad.

⁸ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE de 17 de noviembre). Sobre la reforma, vid. Garrido Pérez, E., “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 ET)” *Temas Laborales*, núm. 95/2008, pp. 11-44.

⁹ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE de 23 de marzo). Para un estudio de sus contenidos, vid. Gómez Gordillo, R., “El Comité de Empresa Europeo”, CES, Madrid, 2003, pp. 85-91.

materias sobre las que el empleador se encuentra legalmente obligado a informar, muchas de ellas diseminadas por distintos preceptos del ET y de otras normas laborales. Adicionalmente, el precepto en cuestión debiera diferenciar los actos de mera información, en sentido estricto, de aquellos otros que van acompañados de la elaboración de un informe por parte del comité de empresa y/o de la apertura de un procedimiento de consulta, en concordancia con las previsiones legales en materia de modificación funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, transmisión de empresa y despidos colectivos. Por su parte, la enumeración de materias agrupadas a partir del criterio de periodicidad podría simplificarse agrupando los aspectos objeto de información en torno a tres bloques *ratione materiae*: información económica, información productiva y organizacional e información sobre condiciones de trabajo y empleo¹⁰.

La operación de ajuste debiera igualmente ir acompañada de una modificación del apartado 1 del precepto, que incluye una referencia normativa que, pretendiendo ser genérica, resulta asistemática, poco respetuosa con el espíritu de la Directiva marco, y puede interpretarse en términos muy restrictivos. El precepto obliga a informar “sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”. La situación de la empresa, en el plano económico y en el plano del empleo, y su evolución podrían interpretarse en términos extensivos, pero esta globalidad queda inmediatamente desmentida con el inciso final que circunscribe la información a la contenida en los apartados que siguen al primero. Frente a dicha interpretación conviene tener presente, en primer lugar, que el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras en la empresa se proyecta mucho más allá del art. 64 ET, pues éste no recoge todas las obligaciones legales de información. En segundo lugar, si la Directiva marco aspira a que la información suministrada a la representación de los trabajadores facilite la participación de estos en la adopción de decisiones que permitan a la empresa anticiparse a los cambios y mejorar su competitividad, no cabe oponer derecho alguno a la opacidad que quepa amparar bajo el paraguas del poder de dirección y organización de la empleadora. Por el contrario, las normas de transposición debieran incentivar los ejercicios de transparencia empresarial como base para la materialización de los derechos de participación de los trabajadores, en un entorno gobernado por la buena fe en el ejercicio de los derechos y obligaciones por ambas partes.

No ha sido ésta la tesis dominante entre nosotros donde, con base a una doctrina muy consolidada y elaborada antes de la transposición de la Directiva marco, se han conceptualizado las obligaciones legales de información como

¹⁰La doctrina ha calificado como “técnica del parcheo” la acción normativa en la materia, y ha reclamado ordenar sistemáticamente un completo listado de temas o datos objeto de una determinada exigencia informativa o consultiva. Vid. Garrido Pérez, E., op. cit. p. 13.

supuestos limitativos de las libertades empresariales que, por tanto, deben ser interpretados restrictivamente. En términos prácticos, la afirmación precedente reduce el impacto de las obligaciones legales de la empleadora, que solo estaría obligada a suministrar los datos que la norma literalmente le exige, desconectando la delimitación del ámbito material de la información del ejercicio de los derechos de participación, negociación y conflicto. Así ha sido también interpretado por la jurisprudencia española¹¹. Nuestros tribunales reconocen, a modo de premisa, que los derechos de información y consulta forman parte de los sistemas de democracia industrial, tienen su origen en el art. 129 CE, y son un instrumento imprescindible para la labor de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, consideran que estos derechos deben interpretarse en términos restrictivos, por suponer una limitación de los derechos de dirección de la organización empresarial que el art. 38 CE reconoce con exclusividad al empresario. Desde esta perspectiva, la intervención normativa que estudiamos resulta ciertamente oportuna pues, de mantenerse este criterio, la representación de los trabajadores no tendría derecho a acceder a este tipo de datos en ausencia de expresa previsión legal o convencional¹².

A mayor abundamiento, conviene traer a colación en este punto cómo la jurisprudencia tempranamente consideró que el acceso de los representantes de los trabajadores a determinada información se justificaba y fundamentaba en la encomienda de funciones de carácter público que el legislador ordinario realiza en favor de las instancias representativas de las personas trabajadoras, en particular aquellas ligadas a la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral. Esta

¹¹A modo de ejemplo, la STS de 2 de noviembre 1999 (rec. 1387/1999) limita a la información fijada en el convenio colectivo en materia de complemento de destino: “el art. 64.1.9º.a) no es norma que faculte al Comité para exigir de la empresa cualquier información que considere oportuna. Contemplado dicho apartado a la luz del total contenido del art. 64 cabe afirmar que el Comité, para ejercer su labor de vigilancia del cumplimiento de las normas laborales, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, y las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo (art. 64.1.9 a) y b) ET), habrá de contar con la información que consiga por sus propios medios - entre la que se encuentra, como recuerda el Tribunal Constitucional y con aquella otra que la empresa esta obligada a entregarle. Entendiendo por tal solo aquella que el legislador, -que la ha detallado en los artículos 64.1, 39.2, 40.1, 41.2 y 44.1 ET -, y en su caso el pacto colectivo, han considerado necesaria y suficiente para que el Comité pueda desempeñar con éxito las competencias que tienen reconocidas para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, sin que pueda exigir de la empresa un deber de información más extenso o intenso que los previstos en las normas laborales y convencionales. Y en ninguna de ellas se impone a la empresa la obligación de facilitar al Comité los datos que este exige”

¹²Circunstancia que ha sido señalada por la doctrina que reclama “un reconocimiento de las potestades implícitas de información, es decir, aquellas que aun no estando expresadas por la norma resultan necesarias para el cumplimiento de actuaciones representativas y que como tales habría de garantizarse igualmente su efectividad” Garrido Pérez, E., op. cit. p. 14.

premisa sirve también para negar toda posibilidad de acceder a informaciones que no queden estrechamente ligadas al ejercicio de las actividades de vigilancia y control e, incluso, para negar la obligación de informar cuando la representación legal de las personas trabajadoras pudiera constatar el diligente cumplimiento de la norma por otras vías¹³.

Al margen de estas deliberaciones, cabría preguntarse si la nueva obligación podría formar parte ya de la pléyade de materias sobre las que la empleadora debe informar a la representación de los trabajadores por expresa previsión legal e, incluso, si nuestro ordenamiento jurídico establece la obligación de consultar a los órganos de representación legal sobre la introducción de estas tecnologías digitales.

Con relación a la primera cuestión, no parece correcto deducir que la información sobre algoritmos, en la medida en que es una cuestión “que puede afectar a los trabajadores”, deba englobarse bajo el paraguas de la cláusula general que da inicio al art. 64.1 ET. De aceptarse esta hipótesis, las obligaciones de información se incrementarían de manera casi infinita y, como se ha dicho más arriba, nuestra jurisprudencia es contraria a este tipo de razonamientos. Por otra parte, tampoco parece que pueda agruparse la nueva obligación entre las materias económicas, productivas y organizativas a las que hacen referencia los apartados 2 y 4 del mismo precepto, pues la obligación de transmitir datos al comité de empresa no incluye el deber de informar sobre los algoritmos que eventualmente hubieran podido facilitar su obtención. En otros términos, la forma en que se obtiene y trata la información no forma parte de los contenidos informativos relativos a la evolución de los datos económicos, del empleo, de las modalidades de contratación o de los datos sobre accidentabilidad, pues tales extremos no resultan precisos en estos supuestos para proceder a su adecuado examen.

Desde la perspectiva contraria, la nueva obligación sí puede provocar un efecto expansivo sobre los deberes de información hasta ahora vigentes, cuando la empresa haga uso de algoritmos en cualquier fase del proceso de toma de decisiones. Valga como muestra de esta posibilidad la información sobre el ejercicio del poder disciplinario, hasta ahora limitada a los supuestos de sanciones por faltas muy graves; en aplicación del nuevo apartado 64.4 ET, puede defenderse que, cuando la decisión de sancionar sea adoptada mediante la utilización de algoritmos, las obligaciones de informar se extenderán sobre el conjunto de las medidas disciplinarias, alcanzando también a los supuestos de faltas leves y graves¹⁴. Por tanto, si la obligación de informar en nuestro sistema resulta un corolario

¹³STS núm. 246/2017, de 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, sobre inexistencia de obligación de registrar la jornada ordinaria. Con posterioridad, STJUE 14 de mayo 2019, C-55/18, corrigió dicho criterio haciendo uso del principio de efecto útil de las normas.

¹⁴Cruz Villalón, J.: “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial” <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/>

del ejercicio extraordinario del poder de dirección, la utilización de algoritmos obligará a informar sobre decisiones amparadas por el ejercicio ordinario de dichas facultades.

Con relación a la segunda de las cuestiones, en mi opinión, no cabe interpretar que el nuevo precepto posee virtualidad limitadora de las obligaciones de información y consulta previamente establecidas. La renovación del art. 64 ET no supone un paso atrás en la regulación de los derechos de consulta. En los supuestos en los que la información sobre algoritmos fuese necesaria para la preparación de un procedimiento de consulta, la nueva previsión normativa no altera la situación precedente antes, al contrario, las refuerza. A modo de ejemplo, hasta la fecha, el comité de empresa tenía escasas posibilidades de acceder a esta información en un procedimiento de despido colectivo si se atiende a la doctrina jurisprudencial en la materia. La obligación de información sobre las causas que determinan la decisión empresarial no hace referencia a la utilización de este tipo de tecnologías. Mayores posibilidades tendría la aspiración de acceder a los datos referidos a los criterios de selección de las personas trabajadoras afectadas, cuando la operación de identificación de las personas objeto de despido se realizase mediante algoritmos. Lo que resulta indiscutible es que, tras la reforma, la obligación de facilitar esta información no solo no se ve perjudicada, sino que resulta fortalecida y, sobre todo, extendida a todos los supuestos de extinciones de contratos, incluyendo también las modalidades tramitadas mediante simple notificación.

Sin perjuicio de lo anterior, el avance del grado de participación de la representación de los trabajadores en la empresa continuará siendo muy limitado en tanto nuestro sistema normativo no integre de manera más adecuada los principios contenidos en la Directiva marco y presentes en nuestra norma constitucional. La interpretación, en mi opinión maximalista, de las libertades de organización empresarial está en la base de esta limitada evolución del derecho a la información en la empresa en nuestro país. Los derechos de información, consulta y negociación colectiva poseen una mínima virtualidad limitadora del ejercicio de las libertades de empresa. El deber de negociar, tal y como ha sido interpretado entre nosotros, no obliga a la empresa a llegar a ningún tipo de acuerdo concreto sobre condiciones de trabajo; lo que conocemos como contenido mínimo o exigible del convenio técnicamente debe ser redefinido como cláusulas de configuración del convenio; la obligación de someter a consulta determinadas decisiones empresariales no modifica el carácter unilateral de la decisión empresarial, finalizado el plazo legal o convencional, la empleadora puede continuar adelante con su decisión, tanto si existe pacto como si se mantiene el desacuerdo; la emisión de un informe, preceptivo pero no vinculante por los órganos de representación, difícilmente coarta o restringe el poder de dirección de la empleadora. Por último, la obligación de informar no posee valencia limitadora significativa de la libertad de empresa proclamada por el art. 38 CE. Es obvio que la información permite reforzar el ejercicio de otros derechos colectivos, que pueden activarse a partir del análisis de los datos trasladados por

la empleadora. Estos derechos sí pueden limitar efectivamente aquella libertad, pero, en tales supuestos, el análisis debe construirse a partir de la configuración jurídica del conflicto colectivo laboral. Por consiguiente, en mi opinión, la libertad de empresa no ampara un derecho a la opacidad sobre informaciones que pueden tener relevancia en materia de empleo y condiciones de trabajo.

Una más ajustada recepción de la doctrina europea en la materia permitiría colocar el foco de atención sobre las relaciones de funcionalidad entre el derecho de información y el resto de los derechos de participación que las personas trabajadoras ejercitan a través de las representaciones legales en la empresa. La información en la empresa constituye una premisa esencial para la formación de la voluntad de las personas trabajadoras y de sus representantes en el ejercicio de sus derechos y libertades sindicales. Más concretamente, la adecuada articulación de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga exige transparencia sobre los elementos básicos que forman parte del conflicto de intereses que el legislador pretende encauzar mediante el ejercicio de estos derechos. Un hipotético derecho a la opacidad empresarial permite frustrar toda aspiración de buena fe en el ejercicio de aquellos. En definitiva, avanzar en un modelo equilibrado de relaciones laborales, basado en la cooperación y en el diálogo social, exige modificar el enfoque jurídico relativo a las obligaciones de transparencia en el seno de las empresas y, por tanto, en el acceso de las representaciones de los trabajadores a la información que, en cada caso, resulte necesaria para ejercer de la manera más adecuada las facultades que las normas les reconocen. En suma, esta interpretación resultaría más acorde con el carácter de derecho básico de las personas trabajadoras que el art. 4.1.g ET reconoce a los derechos de información, consulta y participación.

Esta tesis se ve reforzada por el impulso normativo que el derecho de la UE otorga a los derechos de información y consulta en la empresa. Las normas aplicables en dicho marco territorial han sido objeto de un renovado tratamiento en el presente siglo, fruto de la acción combinada de dos textos normativos. En primer lugar, ya se ha dicho más arriba, la Directiva marco sobre información y de consulta; en segundo lugar, en términos cronológicos, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que confiere rango normativo de derecho originario a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), cuyo art. 27 CDFUE categorizaba como fundamental el derecho de información.

La incorporación del derecho de información de los trabajadores al núcleo duro del marco normativo europeo, el derecho originario, debiera abrir las puertas a la materialización de nuevas dimensiones interpretativas, so pena de vulnerar el ordenamiento jurídico ahora vigente. La nueva categorización de los derechos contenidos en la CDFUE confiere a estos el mismo valor jurídico reconocido a los Tratados. Por esta vía, puede afirmarse que el derecho de información en el ámbito de la empresa deberá ser respetado por instituciones nacionales y europeas, organismos que adicionalmente deberán promover su aplicación, lógicamente, en el marco de sus respectivas competencias (art. 51 CDFUE). Por otra parte, a efectos

prácticos, resulta de especial interés la reserva de ley que pesa sobre las limitaciones en el ejercicio del derecho a la información y, en particular, la autolimitación que para el legislador laboral supone el respeto al principio de proporcionalidad. En definitiva, cualquier limitación de los derechos de información en la empresa deberá materializarse mediante norma legal, ser “necesaria” y responder “efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (art.52.1 CDFUE).

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores consideran que el art. 27 CDFUE contiene una configuración inapropiada para desplegar, por sí solo, efectos directos sobre las relaciones de trabajo. Conforme a esta tesis, la funcionalidad del precepto quedaría limitada a una labor promocional, correspondiendo a la legislación ordinaria la función de garantizar el acceso de los trabajadores o de sus representantes a la información en “los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”¹⁵. Desde mi punto de vista, la remisión a las normas derivadas y a la legislación interna no resulta argumento suficiente para negar la condición de derecho fundamental, ni la posibilidad de aplicabilidad directa. En todo caso, tanto si el derecho fundamental de información despliega efectos directos, como si no, quizás haya llegado el momento de abandonar la tesis que considera la información como un mero derecho de estricta configuración legal, con el objetivo de incorporar a nuestro ordenamiento interno una perspectiva más acorde con la letra y el espíritu de las normas de la UE.

En este punto, conviene tener presente que la exposición de motivos de la Directiva marco señala la insuficiencia de los marcos jurídicos de información y consulta preexistentes (Considerando 6) y la necesidad de reforzar la confianza mutua y el diálogo social en la empresa (Considerando 7). En esta lógica, la UE considera la información como un elemento clave para la gestión de la empresa, condición previa para el éxito de los procesos de adaptación “a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo” (Considerando 9). Por consiguiente, el modelo de empresa participada a través de la información y, en su caso, la consulta no debe considerarse una opción para las empresas en el ámbito de la UE, ni para los estados miembros, sino un modelo de necesaria implantación perfectamente compatible y compensador de las libertades económicas contenidas tanto en los tratados como en los ordenamientos internos, y con el desarrollo del mercado interior (Considerando 11). Tal y como establece el apartado 3 del art. 1 de la Directiva marco, el sistema cooperativo que pretende poner en marcha la norma exige que ambas partes actúen “con espíritu de cooperación en cumplimiento de

¹⁵García Murcia, J., “Naturaleza y fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52/2014, pp. 91-116.

sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”.

La operación de transposición de la Directiva marco sirvió para incorporar a nuestro ordenamiento el concepto legal comunitario de información, mediante la técnica de introducir en el art. 64.1 ET la correspondiente definición. Desde entonces, informar en la empresa debe significar algo más que transmitir unos datos, o el cumplimiento de una mera obligación formal, pues la norma se preocupa de plasmar el efecto deseado por el legislador, y exige a la empleadora un esfuerzo de transparencia que no admite informaciones sesgadas, incompletas, veladas o directamente falsas. La información suministrada por la empresa debe ser clara y veraz, idónea para conseguir el objetivo de que la representación de los trabajadores conozca una materia determinada y pueda analizarla, previsión muy en la línea del principio de efecto útil de las normas. Como indica la doctrina, “los datos que puedan ser objeto de información por parte de los representantes han de permitir de forma inmediata y directa su análisis por los representantes, conformando pues un sustrato de conocimiento que puede quedar funcionalizado para posibles y posteriores actuaciones del comité en el ejercicio de su función representativa”¹⁶.

El nuevo apartado 4 del art. 64 ET, pretende actualizar los derechos de información en la empresa con el objetivo de garantizar un nivel de transparencia hasta ahora desconocido en nuestro ordenamiento laboral. Como veremos en los apartados que siguen, el precepto resulta también novedoso tanto por la naturaleza de la cuestión objeto de información, como por su alcance, porque el deber de información se extiende también a los tratamientos de información realizados por empresas colaboradoras de la empleadora y porque se proyecta sobre la fase previa a la toma de decisiones. Por último, es obvio que el derecho reconocido se sitúa en el nivel más débil de entre los distintos derechos de participación en la empresa, pero la previsión normativa generará dinámicas positivas sobre todas las decisiones empresariales adoptadas a partir de estos mecanismos¹⁷. En particular, el derecho de información sobre los algoritmos es acreedor de una inmensa potencialidad en materia de negociación colectiva, espacio en el que podrán acordarse aspectos que la norma legal no ha cerrado, como los criterios de periodicidad, las limitaciones de uso y las evaluaciones periódicas sobre los efectos que su aplicación provocan sobre la evolución de las condiciones de trabajo, con atención especial atención a la variable sexo.

¹⁶Garrido Pérez, E., op. cit., p. 18.

¹⁷Baylos Grau, A., op. cit.; Cruz Villalón, J., op. cit.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

En su conjunto, las obligaciones de información que establece el art. 64 ET se proyectan sobre la generalidad de las empresas, sin diferenciar en función de la actividad que éstas desarrollan o del volumen de empleo que, en cada caso, contienen. En concordancia con lo anterior, la nueva letra d) del apartado 4 tampoco discrimina por aquellos motivos y resulta aplicable a todo tipo de empresas y centros de trabajo. El hecho de que la previsión haya sido incorporada en el mismo instrumento normativo que la mal llamada “ley rider” puede inducir a error. Por ello, conviene reiterar que las plataformas digitales de reparto están obligadas a informar sobre los algoritmos en los mismos términos que el resto de las empresas¹⁸. La opción legislativa que pasa por la inclusión de dicha obligación en el art. 64 ET y la letra de la norma no dejan margen de duda sobre el alcance general de la obligación de informar. En la medida en que todo tipo de empresas pueden utilizar estas tecnologías para la gestión de personal, la obligación se extiende a la generalidad de las empresas, siempre que hagan uso de algoritmos a tales fines. Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que el destinatario único de la información que la empleadora está obligada a proporcionar es, como se verá más abajo, la representación legal de las personas trabajadoras. Por tanto, en ausencia de representación legal, la nueva obligación de informar, como el resto de las contenidas en el art. 64 ET, se desvanece. A tales efectos, no resultan relevantes las causas que determinan la inexistencia de órganos de representación; por consiguiente, tanto en los supuestos en que la carencia se justifica en el tamaño de la empresa, como en los que sea debida a la falta de convocatoria del correspondiente procedimiento legal, la obligación de informar no se activa.

Quizás en este apartado convenga también traer a colación la discusión en torno al ámbito aplicativo de la Directiva marco. Como es conocido, su art. 3 remite a las normas de transposición de los estados miembros la posibilidad de limitar la aplicación de la norma, en función del volumen de empleo. En aplicación de dicho precepto, las normas de transposición a los ordenamientos internos podían, en este apartado, elegir una de estas tres opciones: excluir de la aplicación de la norma a las empresas que en su conjunto empleen a un número inferior a 50 personas, excluir de la aplicación de la norma a los centros de trabajo que empleen a un número inferior a 20 personas, o no excluir a ningún tipo de empresas por su volumen de empleo. La norma española de transposición, siguiendo la tradición en la materia, eligió la tercera opción y, por ello, el art. 64 ET continuó aplicándose a empresas grandes y pequeñas. Sin perjuicio de lo anterior, podría plantearse que, puesto que

¹⁸“No se trata de un derecho asociado funcionalmente a este particular ámbito de la actividad, aunque en él puede alcanzar un especial valor”, vid. Garrido Pérez, E.: “El nuevo y complejo derecho de información sobre algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que inciden en el empleo y las relaciones laborales” <https://www.net21.org/derecho-informacion-algoritmos-inteligencia-artificial/>

el precepto estatutario hace referencia a los comités de empresa como acreedores de la obligación de información, las empresas o los centros de trabajo que emplean a un número inferior a 50 personas, ámbitos en los que corresponde a los delegados de personal la función de representación legal, quedarían al margen de los efectos de la reforma. Nada más lejos de la realidad, como se reiterará a continuación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 62.2 ET, las competencias de ambos sistemas de representación deben ser objeto de igualación, por lo que la referencia legal al comité de empresa no permite excluir a las empresas de pequeño tamaño.

Sentado lo anterior, la opción generalista debe interpretarse también en el entorno empresarial sobre el que se proyecta la obligación de informar, por lo que el precepto debe entenderse aplicable a todo tipo de organizaciones empresariales, independientemente del grado de complejidad que revista su proceso de producción o prestación de servicios. Por consiguiente, tanto si la tarea de recopilación y tratamiento de la información mediante uso de algoritmos se realiza por alguna de las empresas que forman parte de un grupo de empresas, como si la empresa decide externalizar tales actividades, el órgano representativo mantiene su derecho a ser informado cuando dichos tratamientos puedan afectar a las personas trabajadoras que representan¹⁹. Es posible que estos casos la empleadora carezca de la información que debe suministrar, pero como en otros supuestos²⁰, debe interpretarse que está obligada a recabar la información correspondiente, y facilitarla a la representación de las personas trabajadoras. En otras palabras, cuando las decisiones empresariales vengán determinadas por tratamientos de datos realizados por otra persona jurídica, la empleadora no podrá utilizar este argumento para negar la información correspondiente a la representación de las personas trabajadoras. Una interpretación contraria permitiría a las empresas eludir el mandato legal de manera fácil y generalizada.

Desde la perspectiva subjetiva, la nueva previsión legal aspira a la universalidad, en la lógica ya tradicional de nuestro sistema de relaciones laborales, construido sobre el doble canal de representación en la empresa. Es cierto que la inserción del nuevo derecho en el art. 64 ET otorga la titularidad del derecho al Comité de Empresa, condición que como se ha dicho más arriba debe extenderse también a los delegados de personal. Pero como resulta también conocido, el art. 10.3.1º LOLS obliga a la empleadora a facilitar a los delegados sindicales la misma información y documentación, salvo que sean miembros del comité de empresa. Quizás la reflexión más relevante en este apartado surge a partir de los argumentos vertidos más arriba. En concreto, si las empresas que carecen de órganos de representación de personal no se ven obligadas a trasladar la información objeto de estudio, cuya relevancia ha sido por todos destacada, la garantía de los derechos que

¹⁹Cruz Villalón, J., op. cit.

²⁰SSTJCE C-62/99, de 29 de marzo de 2001 y C-349/01, de 15 de julio de 2003.

se ejercitan a través de estos mecanismos resulta claramente deficitaria. La cuestión resulta de especial interés si se atiende a que el desarrollo de estas tecnologías se ha producido con mayor intensidad en sectores emergentes, o poco maduros, de la actividad empresarial, en los que el ejercicio de las libertades sindicales se encuentra escasamente extendido e, incluso, las empresas han pretendido limitar el acceso a tales libertades mediante la práctica de negar la naturaleza laboral de las relaciones de trabajo que se despliegan en determinadas actividades, como en el paradigmático caso de las plataformas digitales de reparto.

Es obvio que cuando un sistema de relaciones laborales organiza el ejercicio de los derechos de participación de las personas trabajadoras en la empresa a través de la mediación de sus órganos de representación (art. 61 ET), la carencia de éstos desactiva el conjunto del diseño institucional. La obligación legal que impone la celebración de elecciones en los centros de trabajo que empleen a 11 o más personas (art. 62.1 ET) no resulta una cláusula eficaz de cierre del sistema. La problemática no afecta solo a la información sobre algoritmos, ni únicamente a los derechos de información, pero esta afirmación no justifica la elusión de una mínima reflexión en torno a la adecuación a la realidad del vigente sistema de representación de las personas trabajadoras en la empresa. En este sentido, las fórmulas alternativas de representación introducidas con el objetivo de garantizar la viabilidad de determinadas expresiones del poder de dirección de la empleadora (arts. 40, 41.4, 47.1, 51.2, 82.3 ET), pueden servir de experiencia para un eventual blindaje del sistema de representación en la empresa. En particular, la asunción de estas responsabilidades por las organizaciones sindicales más representativas requeriría de un fortalecimiento intenso de sus estructuras, con el correspondiente respaldo financiero, para alcanzar el conjunto de la estructura empresarial huérfana de representación. En caso contrario, cualquier expectativa de mejora quedaría frustrada. Por el contrario, el recurso a comisiones de trabajadores *ad hoc* parece que no satisface las garantías básicas que en todo proceso de información y consulta deben ser respetadas.

Desde la otra cara de la moneda, la obligación de informar se proyecta sobre la empleadora, ya sea persona física o jurídica. En este apartado debe tenerse en cuenta la amplia jurisprudencia sobre grupos de empresa²¹ y sobre la doctrina del levantamiento del velo²². En caso de incumplimiento de la obligación de informar conviene recordar que el art. 7.7 LISOS tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información de los representantes de las personas trabajadoras.

²¹Entre las más recientes, STS núm 798/2017, de 21 de noviembre de 2019 (rec. 103/2019)

²²Entre las más recientes, STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014)

4. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO

4.1. Alcance material de la obligación de informar

La nueva referencia legal contiene algunos elementos de cierta complejidad, la delimitación del objeto de la información se realiza mediante la introducción de una serie de requisitos encadenados que pueden inducir a error. En este contexto, el término algoritmo señala a todo tipo de operaciones y cálculos matemáticos que, realizados de manera automatizada, permiten al empresario adoptar decisiones con un mayor nivel de información²³. Por su parte, la referencia a los sistemas de inteligencia artificial, un concepto mucho más amplio, engloba todo tipo de programas informáticos que ejecutan operaciones en alguna medida comparables a las que realiza el ser humano, e incorporan mecanismos de aprendizaje o razonamiento lógico. En el marco de las relaciones de trabajo la inteligencia artificial puede sustituir al empleador, o a las personas en que se delegue el ejercicio del poder de dirección, en la toma de determinadas decisiones²⁴. Nótese que, a diferencia de lo que sucede en el resto de los supuestos regulados en el art. 64 ET, la nueva previsión no se refiere a determinados contenidos cuyo interés radica en su naturaleza (sanciones, igualdad, contratación, información económica, información sobre igualdad, etc.); por el contrario, en esta ocasión el interés de la información radica en la aspiración de comprender cómo funciona una determinada herramienta que, eventualmente, puede servir a la empresa para adoptar determinadas decisiones. Ciertamente, la previsión comparte objetivos preventivos con el resto de los derechos de información, pero el enfoque resulta bastante novedoso.

En principio, la empresa no está obligada a informar a la representación de los trabajadores sobre la utilización de estas tecnologías en cualquier ámbito de su organización, pues se restringe a los usos relacionados con la gestión de la actividad de las personas que prestan servicio en la empresa. Efectivamente, la obligación empresarial se circunscribe a los supuestos en que su uso condicione o determine la toma de decisiones que “pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. En sentido contrario, no existe obligación de informar cuando el uso de estas tecnologías no afecte a este tipo de decisiones, ni cuando afectándolas no tengan la capacidad de incidir sobre estas materias.

²³Definición muy cercana, en este caso, a la primera acepción contenida en el DRAE: “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.”

²⁴Tampoco en este caso la interpretación se aleja del diccionario que define el concepto como “Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”.

Por otra parte, el derecho de información no se alcanza al conjunto de elementos que configuran el algoritmo, sino sobre la parte que resulta de mayor funcionalidad para los órganos de representación: “los parámetros, reglas o instrucciones” que lo gobiernan.

Para conseguir estos objetivos, la estructura del precepto gana en complejidad en este punto mediante la introducción de sucesivos filtros de acción cumulativa que progresivamente decantan el contenido material del derecho de información sobre estas prácticas empresariales. En primer lugar, lógicamente, se requiere que la decisión de la empleadora se encuentre condicionada por el algoritmo. En segundo lugar, la decisión pueda afectar a una serie de materias. Si el primer requisito resulta relativamente fácil de interpretar y aplicar, y obligará a la empresa a detallar cuáles son las fases que configuran su proceso de adopción de determinadas decisiones, la aplicación del requisito segundo plantea algún problema. Si, como parece sugerir la norma, no es preciso que se produzca una incidencia concreta sobre las condiciones de trabajo y empleo, será preciso realizar una valoración sobre la potencialidad de determinada información para incidir sobre dicha esfera. Sin duda, así lo dice el precepto expresamente, la elaboración de perfiles de las personas que prestan servicio en la empresa es un supuesto legal de potencialidad suficiente. Por el contrario, en el resto de los supuestos, el tenor de la norma adquiere perfiles más difusos y su interpretación resultará más discutible, porque en caso de falta de acuerdo sobre este punto, será preciso acreditar que estas decisiones pueden llegar a afectar las condiciones de trabajo y empleo. A facilitar, en cierta medida, la interpretación de este segundo requisito viene la amplia y generalista selección de las materias objeto de incidencia. En atención a la misma, deberá ser objeto de información cualquier decisión influenciada por un algoritmo cuando pueda afectar a cualquier condición de trabajo o empleo, incluyendo las decisiones sobre contratación, modificación o extinción de la relación de trabajo. En otras palabras, la extensión de la obligación de informar alcanza a los momentos previos al inicio de la relación laboral, al conjunto de sus vicisitudes y permanece vigente hasta la finalización de aquélla. Por consiguiente, la nueva materia objeto de información afectará a los procedimientos de selección de personal, a cualquier tipo de modificación de las condiciones de trabajo, a los supuestos de suspensión o reducción de jornada y a las distintas modalidades de despido. En este sentido, puede afirmarse que la obligación de información sobre algoritmos afecta al conjunto de facultades que configuran el poder de dirección de la empresa.

Por último, la empresa no está obligada a informar sobre la globalidad de elementos que conforman el algoritmo o los sistemas de inteligencia artificial. Por el contrario, la obligación de informar se proyecta exclusivamente sobre los parámetros, las reglas y las instrucciones que estos contienen, que sirven para regular su funcionamiento y condicionar los resultados. La obligación de informar se refiere a los criterios que gobiernan estas herramientas y a las órdenes que la persona que los ha creado transmite a estos sistemas. No se trata por tanto de

información sobre aspectos técnicos, tampoco está obligada la empresa a informar sobre cómo se elaboran o construyen estos sistemas. Lo que debe ser objeto de la operación de transparencia son las características, condiciones, rasgos o comportamientos que permiten al algoritmo seleccionar a un grupo de personas como destinatarios de una decisión empresarial. Por el contrario, y este quizás sea una de las principales lagunas de la norma a completar vía autonomía colectiva, no parece desprenderse de la previsión legal que la empresa esté obligada a facilitar a la representación de los trabajadores todos los datos que pueda poseer de las personas que prestan servicio en la empresa.

4.2. Tiempo, forma y efecto útil de la norma

El apartado 4 del art. 64 ET no establece una periodicidad concreta en la que se debe producir la activación sucesiva de la obligación de informar. A diferencia de lo que ocurre con los apartados 2 (trimestralmente) o 3 (al menos anualmente), la información sobre las materias contenidas en dicho apartado deberá producirse con “la periodicidad que proceda”. La especial configuración del derecho obliga al intérprete a cuestionarse sobre el marco temporal pertinente en el que la obligación de información debe activarse. La respuesta a esta pregunta debe venir de la mano de la aplicación combinada de los criterios de literalidad y teleología en la interpretación de la norma. Si la nueva disposición posee una funcionalidad preventiva, que se concreta en facultar a la representación legal de las personas trabajadoras para controlar el ajuste a derecho de las reglas que gobiernan el algoritmo, garantizando con ello que la empresa no hace uso de sesgos discriminatorios, resulta obvio que la información debe ser trasladada en la fase de diseño o gestación de la herramienta digital y, en todo caso, antes que el tratamiento de datos se produzca. En caso contrario, el efecto de la norma quedaría diluido, pues la hipotética transgresión de la normativa se habría actualizado sin intervención de la representación legal. El reconocimiento del nuevo derecho de participación permite a estos intervenir en el proceso de creación y puesta en marcha del algoritmo y proponer modificaciones de diseño que garanticen un mayor respeto al marco normativo en los procesos de tratamiento de datos de las personas trabajadoras que desea realizar la empleadora. La hipótesis de que una intervención *ex post* del órgano de representación, que trasladase el control sindical exclusivamente a la fase análisis de los resultados, ni se desprende de la letra de la norma, ni conecta con una interpretación finalista del precepto legal.

En apoyo de la tesis que defiende la intervención de la representación legal en la fase de construcción del algoritmo, antes de que comience a operar, viene también el contenido del art. 64.6 ET. Conforme al mismo, la información debe ser facilitada “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. La idoneidad del elemento temporal

resulta por tanto netamente funcional, de manera que la información debe ser facilitada en el momento más adecuado para garantizar que el algoritmo no contenga sesgos discriminatorios, por consiguiente, la empresa debe suministrar los datos debidos antes de iniciar cualquier procesamiento de datos. En caso contrario, la previsión normativa quedaría completamente desactivada, pues si la información se materializa con posterioridad, la vulneración de los derechos de las personas cuyos datos han sido objeto de tratamiento ya se habría producido y, lo que resulta aún más grave, la empresa podría eventualmente hacer uso de esa información en el ejercicio de los poderes de dirección. Por tanto, en el supuesto previsto en la letra d) del art. 64.4 ET, procede informar al comité de empresa en la fecha en la que la empresa decide iniciar el proceso de implementación de las tecnologías a las que dicho precepto hace referencia. En la misma lógica, la información deberá actualizarse si la empresa decide modificar los parámetros o reglas inicialmente introducidos.

Sin perjuicio de lo anterior, una vez cumplida satisfactoriamente por la empresa la obligación de informar sobre los contenidos a los que hace referencia el precepto legal objeto de estudio, se abren distintas hipótesis sobre el desarrollo de los acontecimientos. En primer lugar, resulta dable que el órgano de representación legal considere que no existe sesgo alguno en el diseño del algoritmo y, por tanto, se proceda a poner en marcha la herramienta digital sin objeciones sindicales. Sin embargo, en ocasiones los parámetros que gobiernan estas herramientas, intencionada o accidentalmente, pueden producir situaciones de discriminación indirecta. Ante esta eventualidad, aunque la experiencia permite prever determinadas desviaciones con un alto grado de certeza, el análisis de los resultados resulta vital. Nada dice el precepto sobre la obligación de informar sobre los datos obtenidos a partir de los tratamientos materializados mediante estas tecnologías, en lo que en mi opinión resulta un exceso de confianza del legislador en la eficacia del mecanismo de prevención que debe desplegarse en aplicación del cambio normativo. Es cierto que los procesos de información y consulta que han de ser objeto de materialización para la adopción de las medidas que pueden tener efectos más incisivos sobre las condiciones de trabajo y empleo permitiría a los órganos de representación actuar sobre los resultados, pero no es menos indiscutible que el ejercicio del poder de dirección se extiende sobre un gran número de supuestos en los que esta garantía no está presente. Quizás la negociación colectiva pueda actuar en este sentido, si bien, como en otros supuestos, el alcance de la cobertura negocial será desigual y limitado.

En segundo lugar, resulta igualmente posible que el órgano de representación legal plantee objeciones y propuestas de modificación sobre el diseño del algoritmo. En la medida en que la obligación legal se configura como un derecho de información simple, no es preciso que el Comité de Empresa se pronuncie mediante la emisión de un informe, pero ninguna norma legal puede impedir que, si así lo acuerda, la representación de las personas trabajadoras elabore un informe

escrito o trasmite a la empresa su parecer crítico de forma oral. En estos casos, puede iniciarse un procedimiento no reglado de consulta que permita a las partes alcanzar un acuerdo sobre los cambios que han de ser introducidos en el diseño de la herramienta digital propuesto por la empresa. En caso de acuerdo, verbal o escrito, sobre estas premisas entre la representación de los trabajadores y la empresa volveríamos a encontrarnos en la situación señalada en el párrafo anterior. Por el contrario, también resulta posible que la empresa no desee alcanzar un acuerdo en esta materia o no le sea posible consensuar con la representación de las personas trabajadoras unos parámetros que satisfagan los intereses de ambas partes. En tales supuestos, la decisión de poner en marcha el algoritmo, con el diseño inicial o con las pertinentes modificaciones, corresponde a la empresa en el ejercicio del poder de dirección. Sin perjuicio de la eficacia de la decisión empresarial, la información obtenida permitirá al órgano de representación adoptar las medidas, judiciales o de acción sindical, que en cada caso considere oportunas, con un mayor grado de conocimiento y, eventualmente, de éxito en su cometido.

Hasta aquí el análisis ha discurrido sin tener en cuenta que algunas empresas vienen haciendo uso de algoritmos para la gestión de su plantilla desde hace algunos años. En esta lógica, hubiera sido pertinente que la previsión normativa hubiese establecido algún tipo de régimen específico. La disposición final segunda del RDL 9/2021, de 11 de mayo unifica la entrada en vigor del conjunto de las previsiones contenidas en el mismo, estableciendo una *vacatio legis* de tres meses desde la publicación en el BOE, como es sabido el pasado 12 de mayo. Trascurrido dicho plazo las empresas deberán cumplir con su obligación de informar en los términos que aquí se vienen señalando. Cabe plantearse, por tanto, en qué situación se encuentran las empresas que venían utilizando estas tecnologías con anterioridad a la publicación de la norma e, incluso, qué obligaciones de información le resultan aplicables a las empresas que han incorporado estas herramientas en el plazo que media entre la publicación de la norma y su entrada en vigor. La interpretación literal de la norma permite colegir que las empresas estarán obligadas a informar sobre los algoritmos que se encuentran operativos a partir de la fecha de entrada en vigor, aunque el inicio de esta práctica se hubiese producido con anterioridad a dicha data.

En otro orden de cosas, la complejidad técnica de la información que la empresa debe suministrar podría también poner en tela de juicio el efecto útil de la norma. En ausencia de expertos en la materia, la representación de las personas trabajadoras podría verse en dificultades para materializar la operación de vigilar y controlar que los “parámetros, reglas e instrucciones” en los que se basan los algoritmos no perjudican los intereses de las personas a las que representan. El deber de cooperación y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de información debieran ser cautelas suficientes para garantizar que la información, en términos de forma y contenido, se trasmite idóneamente; en otras palabras, la forma y el contenido de la información suministrada por la empresa debe

permitir conseguir el objetivo descrito en la norma: permitir que las personas que forman parte del órgano de representación puedan examinar adecuadamente los documentos que le hayan sido trasladados²⁵. También en este punto, la negociación colectiva puede convertirse en terreno fértil para la introducción de derechos de formación en favor de los miembros de los órganos de representación legal o, en su caso, de mecanismos de financiación de la contratación de personas expertas en la materia.

4.3. Deber de sigilo y materias secretas

El art. 65 ET impone una serie de limitaciones a las personas miembros del comité de empresa en el ejercicio de sus facultades de representación y a las personas expertas que eventualmente pudieran asesorarles. Por lo que aquí más interesa, el apartado 2 de dicho precepto establece un deber de sigilo que se proyecta a todas las informaciones calificadas, esto es, aquellas informaciones suministradas que la empresa considera que poseen naturaleza reservada. En segundo lugar, el apartado 3 del citado artículo completa el apartado anterior, circunscribe el uso de la información recibida al ámbito de la empresa, y funcionaliza la utilización de los datos obtenidos. En suma, la representación legal de las personas trabajadoras solo podrá hacer uso de estos datos para el cumplimiento de los fines que motivan y justifican su entrega. Estas obligaciones acompañan a las personas representantes después de la finalización del mandato representativo, independientemente de que cambien de centro de trabajo o se extinga el contrato de trabajo que les une a la empresa.

En estos términos expresado, el deber de sigilo posee virtualidad para condicionar el ejercicio de los derechos de representación en la empresa, en la medida en que limita la libertad de la representación de los trabajadores de publicitar las actuaciones de la empresa. En una interpretación maximalista el deber de sigilo podría impedir incluso la transmisión de estas informaciones a las personas representadas. En este caso, los órganos de representación de las personas trabajadoras se verían obligados a tomar decisiones y, en su caso, a programar su actividad sindical en la empresa al margen del cumplimiento del deber de informar a las personas a las que representan. La disfuncionalidad de este proceder recomendaría interpretaciones restrictivas de este deber de sigilo que, por otra parte, afecta al ejercicio de las libertades sindicales, tanto desde la perspectiva colectiva, como desde la perspectiva individual.

En todo caso, el deber de sigilo sólo se activa por decisión empresarial, en la medida en que corresponde a la empleadora otorgar la calificación de materia reservada a determinadas informaciones. En mi opinión, la información objeto de

²⁵Sobre el diseño del concepto información en la Directiva marco, vid. Gómez Gordillo, R., op. cit., pp. 85 a 91.

análisis difícilmente resulta idónea para obtener dicha calificación, puesto que no se adivina qué “legítimo y objetivo interés de la empresa” puede ser preservado mediante tal medida. Nuevamente en este apartado resulta necesario traer a colación las cada vez mayores exigencias de transparencia que se vierten sobre las actividades empresariales, cuya implementación requieren un replanteamiento de la interpretación del art. 38 CE cuando, como en este punto con toda claridad, pueden llegar a suponer una restricción de las libertades sindicales.

Menos aún podría interpretarse que la información a la que obliga la nueva letra d del art. 64.4 ET puede ser calificada como secreto industrial, financiero o comercial, con la virtualidad de obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios económicos, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 65 ET. Los filtros, a los que se ha hecho referencia más arriba, que delimitan el contenido de la obligación de informar obran en contra de dicha interpretación. La introducción de sesgos discriminatorios o no justificados en los algoritmos no puede considerarse un secreto empresarial objeto de protección por el ordenamiento jurídico, ni cabe invocar la garantía establecida en el art 65.4 ET con el objetivo de vulnerar el marco normativo vigente.

En todo caso, las decisiones de la empresa que tengan por objeto calificar la información sobre algoritmos como materia reservada o secreta podrá ser objeto de impugnación por los órganos de representación de las personas trabajadoras activando el proceso de conflictos colectivos regulado en los arts. 153 y ss. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. El mismo procedimiento judicial puede activarse ante el incumplimiento por las personas miembros de la representación legal de los deberes de sigilo y secreto.

EL TRABAJO AUTÓNOMO ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL*

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

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

EXTRACTO

Palabras clave: trabajo autónomo; descentralización; economía digital; vulnerabilidad; derechos fundamentales

En las actuales fórmulas de organización empresarial, caracterizadas por la fragmentación y externalización de sus procesos productivos, no resulta extraño identificar a trabajadores autónomos integrados de forma auxiliar en sus estructuras descentralizadas, realidad que además ha crecido en los últimos años y cuya extensión y diversificación, dado el avance de las tecnologías, en particular, con la digitalización, parece no tener fin. Este escenario obliga a reflexionar sobre el presente modelo de relaciones laborales articulado en torno a la distinción binaria entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente. Tras describir la referida realidad empresarial y la de los profesionales autónomos prestadores de servicios, en el presente trabajo se plantean una serie de propuestas en orden a conformar un régimen de tutela jurídico-laboral capaz de reconocer a dichos profesionales ciertos derechos laborales, pero, sobre todo, para facilitar la identificación de los que no siendo verdaderos autónomos figuren como tal, y con ello permitirles el ejercicio de sus derechos como auténticos trabajadores por cuenta ajena.

ABSTRACT

Key words: self-employment; outsourcing; digital economy
vulnerability; fundamental rights

Within the current business organisation formulae, characterised by the outsourcing and fragmentation of the production processes, we can usually identify freelance workers who are ancillary integrated into these decentralised structures. In fact, this reality has escalated in the last few years and its reach and diversification, due to the advancement of technologies and, in particular, due to digitalisation, seems to be limitless. This situation leads us to reflect upon the present model of working relations, which is based on the binary distinction between dependent employment and independent employment. After describing the business reality as well as the situation of self-employed service providers, this paper sets forth a series of proposals for the making up of a legal and labour relation able to recognise certain labour rights to such professionals but, above all, it is aimed at facilitating the identification of those who are recorded as freelancers even though they are not self-employed, and therefore grant them the possibility to enjoy their rights as genuine hired workers.

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia defendida en el Seminario Internacional “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” organizado en el marco del Proyecto de investigación DER2017-83488-C4-I-R y celebrado los días 4 y 5 de febrero de 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

ÍNDICE

1. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y DIGITALIZADO. ALGUNAS REFLEXIONES
2. DEL “EMPRESARIO SUBORDINADO” AL “EMPRESARIO DIFUSO”: UN REPASO POR LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL
3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CATALOGACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS NUEVOS AUTÓNOMOS
4. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

1. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y DIGITALIZADO. ALGUNAS REFLEXIONES

Cualquier reflexión que quiera plantearse bajo el título del presente trabajo, exige traer a colación, con carácter previo, algunos de los rasgos que identifican el trabajo autónomo en nuestro país en la actualidad. Y la cuestión no es baladí, pues más allá de pretender la adecuada contextualización de los términos del debate, su delimitación evoca la propia “esencia conceptual” del Derecho del Trabajo y de los “argumentos que lo fundamentan”¹, pues, como es sabido, la identificación del trabajo autónomo conforma la frontera natural a partir de la cual los servicios se considerarán prestados por cuenta ajena y, por lo tanto, constitutivos de una relación laboral. Como muestra representativa de esta afirmación, repárese en el contenido del art. 1.1 LETA y su reverso, el 1.1 ET². Es más, por si pudiera quedar alguna duda, la disposición adicional primera del ET declara expresamente la no aplicación de sus disposiciones al trabajo realizado por cuenta propia, “excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente lo contrario”. De hecho, más que formalizar una exclusión, ya implícita en la significación negativa del trabajo por cuenta ajena del art. 1.1 ET, tal declaración parece querer trazar una separación entre ambas figuras, la del autónomo y la del dependiente, en particular, frente a ciertos “fenómenos de acercamiento o más directamente de ocupación de espacios que son propios del trabajo autónomo, con la pretensión de eludir los parámetros que determinan la existencia de una relación laboral”³.

¹ Cfr. Prados De Reyes, F.J., “El trabajo autónomo en el marco de las reformas laborales”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas* (dir. Gómez Muñoz, J.M.), Bomarzo (Albacete, 2019), p. 9.

² Así lo ha puesto de manifiesto Cruz Villalón, J., para quien el Estatuto del Trabajo Autónomo procede a una definición del mismo “que parece que no es sino el reverso de los requisitos tradicionalmente contemplados en el Estatuto de los Trabajadores”, cfr. *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, Revista de Derecho Social, núm. 83, 2018, p. 19.

³ Cfr. Prados De Reyes, F.J., “El trabajo autónomo en el marco de las reformas laborales”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, *op. cit.*, p. 10.

Haciendo total abstracción de la realidad concurrente, las notas del art. 1.1 LETA que definen el trabajo autónomo o por cuenta propia⁴ llevan a pensar en un profesional con capacidad para elegir dónde trabajar, para quién y a qué precio, con libertad material para aceptar o rechazar la prestación de un determinado servicio y, por supuesto, fuera del normal ciclo productivo de su empresa principal cuando entre ambos, se entiende, se interponga algún tipo de vinculación jurídica contractual, situación harto frecuente en la actualidad bajo las nuevas formas de organización empresarial⁵. Y así debería ser, no en vano, como se ha destacado por la doctrina, la “esencia” del trabajo autónomo es su “libertad de actuación”⁶. Dicho en otros términos, “el no sometimiento a control del comitente”⁷, o, como explicita la LETA, el ejercicio de su actividad profesional “fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona”. Repárese en que esta última locución fue añadida expresamente a la definición de la figura proporcionada por su normativa específica aprobada en el año 2007 frente a la existente con anterioridad procedente del campo de la Seguridad Social, esto es, la del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Quizás el legislador de 2007 no quiso que se pasase por alto un rasgo “verdaderamente definidor”⁸ de la figura, de ahí tal previsión expresa.

Por supuesto que ciertos profesionales independientes –eso sí, los menosgozan de la libertad y capacidad anteriores en toda su plenitud, lo que los sitúa como un grupo ciertamente privilegiado en el conjunto de la población activa, incluso frente a los trabajadores dependientes. Para estos el Derecho del Trabajo carece de sentido⁹. Sin embargo, el colectivo de trabajadores por cuenta propia no es uniforme, sino que abarca situaciones muy diversas “de mayor o menor capacidad decisoria,

⁴ No obstante, mucho antes de la aprobación de la LETA, la normativa de Seguridad Social ya proporcionaba una definición de trabajador autónomo que con posterioridad fue asumida, en su mayor parte, por la disposición del año 2007. Así, el art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, establecía –y sigue estableciendo– que se entiende por trabajador por cuenta propia o autónomo “aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas”. Tras la reforma de dicho precepto por el RD 2504/1980, de 24 de octubre, se añade la presunción *iuris tantum* de autónomo, a efectos de dicho Régimen Especial, cuando el interesado ostenta la “titularidad de un establecimiento abierto al público” en cualquier condición, esto es, como propietario, arrendatario, usufructuario o cualquier otro análogo.

⁵ Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía*, Revista de Derecho Social, núm. 86, 2019, p. 64 y bibliografía allí citada.

⁶ Cfr. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley (Madrid, 2010), p. 376.

⁷ Cfr. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 376.

⁸ Cfr. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 376

⁹ De nuevo, Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 378.

mayor o menor fortaleza en el mercado y mayor o menor seguridad”¹⁰. En el plano conceptual, tal diversidad ha propiciado que doctrinalmente el trabajo autónomo sea calificado como un “macro-concepto”¹¹. En el plano de las realidades, la referida diversidad y un escenario económico, político, tecnológico y social propicio para ello ha sentado las bases para un potencial crecimiento significativo del colectivo, aunque los resultados no se hayan visto reflejados tanto en términos cuantitativos, como en términos cualitativos. Es decir, dentro del colectivo, han emergido con especial fuerza ciertos segmentos que se alejan bastante de la idea tradicional de grupo privilegiado de profesionales independientes. Son estos segmentos ciertamente desfavorecidos y su problemática en particular los que, frente al grupo privilegiado, van a ser objeto de estudio en este trabajo, y ello porque su aparición, pero también su proliferación, ha sido el resultado de un conjunto de factores organizativos y tecnológicos a los que asimismo se hará referencia. Sin perjuicio de lo que se expondrá a lo largo de estas páginas como algunas de las razones que favorecen, al menos teóricamente, el desempeño de un trabajo autónomo, en particular, en lo que atañe a las nuevas fórmulas de organización empresarial en el contexto de la economía digital, hay que tener igualmente muy presente cierta línea de pensamiento que lo identifica como alternativa efectiva de empleo frente a la crisis del trabajo por cuenta ajena, doctrina auspiciada por las políticas de corte liberal de fomento del emprendimiento puestas en marcha en los últimos años, que, naturalmente, ocultan, las vulnerabilidades de una parte importante del colectivo a la vez que destacan sus falsas ventajas, en particular, la supuesta capacidad de decidir y su falsa libertad¹².

En términos cuantitativos y pese a todas las posibilidades teóricas que ofrece la figura, la realidad presenta un colectivo estable, lo cual, si se atiende a todas las loas del gobierno anterior sobre las virtudes del emprendimiento y a todas las medidas legislativas de apoyo al trabajo autónomo¹³, puede resultar, cuando menos, sorprendente. De hecho, el número de autónomos afiliados a la Seguridad

¹⁰Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse*, Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 128. Sobre la heterogeneidad del colectivo, lo que incluso puede tener su proyección sobre sus preferencias políticas, Jansen, G., *Farewell to the rightist self-employed? New self-employment' and political alignments*, Socio-Economic Review, núm. 1, 2017, pp. 306 ss.

¹¹Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse...*, *op. cit.*, p. 128.

¹²Especialmente crítico con las políticas de fomento del trabajo autónomo y del emprendimiento, véase Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹³Como se ha llegado de afirmar de forma muy gráfica, “las políticas de fomento del emprendimiento puestas en marcha en los últimos años, han hecho del trabajo autónomo el nuevo santo grial para la creación de empleo y la lucha contra el desempleo”, cfr. Vicente Palacio, A., “Cambios en el acceso al empleo a resultas de la transformación de la organización productiva

Social en el mes de diciembre de 2020 es prácticamente el mismo que en las series de las anualidades precedentes. Y la muestra analizada se remonta hasta 2008, año de inicio de la crisis económica, en el que, incluso, su número era algo superior al actual. Así, en diciembre de 2008 había 3.415.773 personas físicas inscritas en los diferentes regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social, siendo el RETA el más numeroso de ellos, mientras que, en diciembre de 2020, su número es de 3.269.541. Tomando como referencia esta última fecha, no está de más indicar aquí que el total de personas trabajadoras por cuenta ajena inscritas en la Seguridad Social es de 15.621.494, mientras que, en el año 2008, era 14.889.840¹⁴. Es decir, la variación del número de autónomos y su relación con el conjunto de la población trabajadora mantiene cierta estabilidad, incluso con tendencia a la baja. En concreto, al inicio de la crisis financiera de 2008, los autónomos representaban el 22,94 por 100 de la población trabajadora. En la actualidad, con los datos de 2020, representan el 20,93 por 100. Con todo, estas cifras no se pueden interpretar de forma aislada, ya que el empleo por cuenta propia es “anticíclico y tiende a incrementarse en épocas en que se pierde empleo por cuenta ajena”¹⁵. En cualquier caso, lo que sí resulta incuestionable es que muy pocos tienen asalariados a su cargo. En concreto, en diciembre de 2020, solo el 20,1 por 100 los tienen. Desde luego, si se atiende a la esencia conceptual del trabajo autónomo –la libertad de actuación–, el dato resulta llamativo, o cuando menos ciertamente sospechoso.

En definitiva, más allá de los resultados que reflejan las cifras y de sus eventuales oscilaciones a través del tiempo, lo decisivo para que una actividad económica o profesional no pierda su carácter de autónoma es que se mantenga fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona. Si se respeta esta premisa, todas las opciones de trabajo por cuenta propia –ya se trate de las más tradicionales o ya sea una de las más actuales derivadas de los avances de la digitalización y de las nuevas formas de organización empresarial– serán legítimas. El riesgo es que cuanto más amplia sea la entrada y consolidación de nuevos profesionales independientes más posibilidades tiene de desmoronarse el concepto siendo cada vez más oscuras las zonas grises que quedan entre el trabajo dependiente y el independiente. Por otra parte, tampoco hay que olvidar la catalogación legal como autónomos de ciertas situaciones sobre las que si se reflexiona se llega a la conclusión de que no siempre lo son, como sucede con los transportistas, los agentes y los TRADES. Y qué decir de la figura del falso autónomo que en la situación actual y teniendo en cuenta el escenario económico y social que lo rodea, despunta cada vez con más fuerza.

empresarial”, en AA.VV., *Nuevas formas de acceso al empleo* (Coord. Ruano Albertos, S.), Atelier (Barcelona, 20196), p. 74.

¹⁴Todas las cifras han sido obtenidas de los datos estadísticos de la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social: <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/index.htm>

¹⁵Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse...*, op. cit., p. 128.

Como no podía ser de otra manera, la doctrina laboralista se ha hecho eco de la problemática anterior y el número de estudios publicados al respecto es ingente. En un primer repaso, parece que todos los aspectos relevantes del trabajo autónomo han sido tratados: su contextualización frente a la crisis del trabajo por cuenta ajena y en consecuencia su catalogación como nueva fuente de empleo; las políticas públicas de impulso del autoempleo y del emprendimiento; su tratamiento en un escenario de globalización, cambiantes modelos de organización empresarial y digitalización; el eventual reconocimiento de un catálogo de derechos y protecciones mínimas que equilibre la natural desprotección de sus segmentos más débiles; y, por supuesto, el tema estrella en toda esta materia, su deslinde y delimitación con el trabajo subordinado sometido a la legislación laboral. Este último debate no ha concluido, y no parece fácilmente resoluble de manera definitiva, pues constantemente emergen nuevas realidades que con mayor o menor intensidad lo reabren¹⁶. Sin duda, la etapa presente es uno de esos momentos en los que el debate ha resurgido con especial intensidad. Desde el punto de vista de la práctica empresarial, la razón justificativa es tan obvia que huelga cualquier explicación. Se trata de los cambios tecnológicos y la digitalización de la economía que han provocado “cierta superación de los datos fácticos que tradicionalmente se consideraban como identificativos de los requisitos legales más típicos determinantes de la subordinación”¹⁷. Por algo se advierte del carácter disruptivo de la economía digital en las relaciones laborales¹⁸. Sin embargo, en este contexto, hay que tener también muy presentes las modificaciones tan relevantes que se han venido produciendo con el paso del tiempo en el modelo organizativo de las empresas y que ha evolucionado desde el tradicional patrón fordista, integrante de todas las fases del proceso productivo, a una empresa cada vez más descentralizada a través, especialmente, del instrumento de la subcontratación. Pero la subcontratación empresarial de obras y servicios no es el único recurso de descentralización productiva existente, sino que a su lado han ido emergiendo un conglomerado heterogéneo de relaciones jurídicas –técnicas, contratos, vinculaciones- de muy diversa naturaleza –mercantil, civil, administrativo- y de carácter público o privado que permiten a las empresas la gestión de su actividad de forma indirecta, lo que afectará también a su personal¹⁹. Precisamente, tal heterogeneidad no admite la consideración de todas ellas como

¹⁶Ideas extraídas de Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado...*, op. cit., p. 14.

¹⁷Cfr. Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado...*, op. cit., p. 15.

¹⁸Como ejemplos de esta realidad, Gómez Muñoz, J.M. alude a la aparición de “empresas digitales, plataformas en red y todo tipo de formas de empresas nacidas al calor del capitalismo digital”, cfr. “Realidades y perspectivas del trabajo autónomo en España tras la crisis. Redireccionamiento del empleo al autoempleo y precarización de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, op. cit., p. 25.

¹⁹La idea de la gestión indirecta de la actividad empresarial, lo que se hace extensivo a la mano de obra, en Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, en

técnicas propias de descentralización, entre otras razones, porque no en todas, la empresa “principal” mantiene el control directo sobre el núcleo duro de la actividad productiva²⁰. Tampoco el de externalización es adecuado, por impreciso. Desde luego, encontrar un concepto que pudiera aglutinar a todas ellas se presenta como una tarea ciertamente compleja y difícil, pues la diversidad es tal que no siempre es fácil encontrar elementos comunes, a salvo uno en particular. A saber, su tendencia –de forma consciente o inconsciente- a dificultar la identificación del empresario o empresarios implicados. Es cierto que más allá de su legalidad, que no ha sido puesta en entredicho, se está incidiendo aquí, principalmente, en su componente patológico, pero es que tal elemento –la figura del empresario- es decisivo para el Derecho del Trabajo y por lo tanto para visualizar indicios de laboralidad. Sobre esta idea se volverá a lo largo de este trabajo²¹.

A pesar del intenso debate sobre la cuestión de los límites, de las nuevas formas de empleo derivadas de la digitalización y de los cambios en los modelos organizativos de las empresas, el legislador laboral ha permanecido estático, por lo menos en lo que se refiere al concepto de trabajador asalariado en cuanto “centro de imputación”²² del ordenamiento laboral y del Derecho del Trabajo. Como es sabido, desde hace algo más de 40 años, las notas que caracterizan el trabajo subordinado y, por lo tanto, definen a la persona que lo presta son las cuatro siguientes: voluntariedad, retribución, ajenidad y subordinación o dependencia. Así lo indica el art. 1.1 ET cuando de un “modo pleonástico”²³ determina el ámbito de aplicación de la disposición legal, y además lo hace de forma idéntica a como lo había hecho en su primera versión del año 1980, habiendo sido, sin embargo, numerosísimas las reformas y contrarreformas operadas en el articulado de la referida norma desde entonces: “esta ley será de aplicación 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

AA.VV., *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial* (dirs. Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S.), Comares (Granada, 2018), p. 1.

²⁰Para Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S., tradicionalmente, la “descentralización productiva se manifiesta en aquellos procesos por los que se externalizan algunas actividades no permanentes o complementarias respecto de lo que constituye del objeto central de la producción o del servicio presentado –tales como tareas de vigilancia de seguridad, limpieza y mantenimiento de las instalaciones, etc.–, pero donde la empresa tiende a mantener el control directo sobre el núcleo duro de la actividad productiva”, cfr. “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, en AA.VV., *La externalización productiva...op. cit.*, p. 5.

²¹Sobre el empleador difuso y citando a Desdando Bonete, A., hace ya varios años, Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 275.

²²Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Tecnos (Madrid, 2017), p. 175.

²³En terminología de Gárate Castro, J., *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, 5ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2011), p. 17.

empleador o empresario”. Quizás la abstracción de sus dos notas fundamentales, la ajenidad y la dependencia, ha sido determinante para tal posicionamiento, pues al tiempo que dotan al concepto de cierta complejidad posibilitan su adaptación a las circunstancias concurrentes en cada momento para lo cual el auxilio judicial es especialmente necesario, aunque no exclusivo. Por otra parte, tampoco la calificada como presunción de laboralidad del art. 8.1 ET ha experimentado modificación alguna en su contenido desde su primigenia redacción: el contrato de trabajo se presumirá existente entre “todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”²⁴. La convicción del legislador, por lo menos en términos de *lege data*, sobre los límites entre el trabajo subordinado y el autónomo quedó patente en el año 2007, cuando, como ya se advirtió al principio de este epígrafe, el segundo fue definido como reverso del primero, es decir, de los requisitos tradicionalmente contemplados para el trabajo subordinado en el ET. En concreto, dispone el art. 1.1 LETA que “la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias y realidades, incluido el posicionamiento del legislador, parece que el debate doctrinal sobre la calificación jurídica de una u otra forma de prestación de servicios debe sobrepasar el ámbito de los *riders* y de las plataformas digitales para alcanzar de lleno un escenario algo más complejo y que atiende a las distintas y variadas fórmulas de organización empresarial que se han ido desarrollando desde la superación del modelo de empresa fordista y que tienen en común la fragmentación y la desintegración vertical de sus estructuras. Estos nuevos modelos empresariales, normalmente acompañados del progreso de las tecnologías de la información y la comunicación en un contexto digital²⁵, y por supuesto el auge del sector servicios están provocando muchas consecuencias en la forma de producir y comercializar bienes y servicios, y, en lo que al Derecho del Trabajo le interesa en particular, en la delimitación entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. La difusión de los contornos de la figura del empresario-empleador, lo que irremediamente dificulta la identificación del trabajador, es solo el principio. Los nuevos paradigmas de organización empresarial conceden a los empresarios tal margen de actuación que van a poder elegir entre gestionar su organización y producción con medios personales y técnicos propios o

²⁴Sobre la presunción de laboralidad, y aunque se volverá sobre ello con posterioridad, véanse las interesantes reflexiones de Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado...*, pp. 23-24.

²⁵Como ha señalado Cruz Villalón, J., nos referimos a los “los cambios organizativos y técnicos como factores acumulados, que se retroalimentan y producen efectos sinérgicos de incremento de los problemas de frontera”, cfr. *El concepto de trabajador subordinado...*, *op. cit.*, p. 15.

con medios externos a través de las distintas fórmulas de colaboración que permite la legalidad vigente y que son muchas y muy variadas. Expresado en términos de laboralidad, se trata, en definitiva, de organizar su trabajo en condiciones de subordinación o dependencia o hacerlo en términos de autonomía o independencia. Desde luego, la abstracción de los rasgos principales que distinguen el trabajo dependiente del trabajo autónomo –ajenidad y dependencia- y las capacidades empresariales para adaptar, en un escenario complejo y digital, los elementos fácticos de partida, facilitan la operación anterior y su catalogación, a primera vista, ya se opte por una o por otra alternativa, como legítima y respetuosa con las exigencias legales. Ahora bien, siendo el trabajo autónomo el que conlleva menores costes y menores riesgos por su independencia, es obvio que la tendencia dominante va a ser a la externalización mediante el trabajo por cuenta propia. Es más, bajo estas premisas, no son pocas las voces que proclaman la importancia y la necesidad de los profesionales autónomos en un modelo productivo dinámico, flexible, especializado y con fórmulas de trabajo a demanda. Sin embargo, lo que pudiera parecer una decisión empresarial inocua y necesaria en un contexto de externalización de la producción, conlleva el importante riesgo de alterar la línea que delimita el trabajo subordinado del autónomo desnaturalizando la esencia de las respectivas figuras hasta llegar a la suplantación de la una por la otra lo que se percibe con la presencia de los falsos autónomos. Desde luego, más allá de la difusión de los contornos del empresario, a la postre el inexistente empleador del falso autónomo, la complejidad de las organizaciones empresariales facilita que todo esto suceda pues dificulta considerablemente la identificación de los mecanismos de control implícitos en sus vinculaciones contractuales.

2. DEL EMPRESARIO SUBORDINADO AL EMPRESARIO DIFUSO: UN REPASO POR LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Para llegar a comprender la gestación de las actuales formas de organización empresarial resulta ilustrativo recordar aquí una realidad incontestable aparecida y desarrollada durante la primera mitad del siglo XX y admitida por todos con cierta naturalidad. A saber, el pequeño empresario unipersonal sometido en su actuación a los dictados de otro, de ordinario su único cliente, incluso, en no pocas ocasiones, su único proveedor²⁶. Como ejemplo paradigmático de esta realidad puede mencionarse el pequeño agricultor o ganadero –pequeño empresario del sector primario- que vende su producción a una mercantil de cierta entidad, la mayoría de las veces, por no decir siempre, obligado por el entorno, pues es la referida gran empresa la que se ha implantado en su círculo de potenciales clientes produciendo

²⁶Esta idea y algunos de los ejemplos que se citan con posterioridad, en Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 117 ss.

un auténtico efecto de absorción como contraprestación por el aseguramiento de unos ingresos mínimos. La situación descrita también tuvo su plasmación en el sector industrial alcanzando, no solo, a pequeños emprendedores unipersonales, sino además y, sobre todo, a entidades societarias de pequeñas dimensiones. Así aconteció, en particular, con la industria de la construcción de obras y naval, pero también, con la industria automovilística. No obstante, en el sector industrial las razones de la sumisión antedicha no radican tanto en cuestiones de mercado, como en la necesidad de especialización y abaratamiento de los costes de producción. En cualquier caso, al margen de las razones que llevaron a la aparición de las referidas situaciones, la figura del empresario afectado fue calificado con el oxímoron de “empresario subordinado” y nada menos que reconocido como el antecedente del “empresario difuso”²⁷ al que se ha hecho mención en el epígrafe anterior y que será determinante para poder reconocer a los que a día de hoy se califican como falsos autónomos.

Con la llegada de la globalización en la década de los 60 en la que incidieron positivamente la aparición y desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y la apertura mundial de los mercados en virtud del clima político predominante, el proceso anterior se intensificó al tiempo que se diversificó. La quiebra de la gran empresa, integradora de todo el proceso productivo, abrió paso a la fragmentación y descentralización de la producción en busca, fundamentalmente, de la especialización y reducción de costes que le permitiese competir a nivel mundial. Aparecen así las primeras manifestaciones de los grupos de empresas, tanto societarios como de empresarios físicos, de dimensión nacional, pero también, de dimensión internacional. La propia esencia de la constitución de un grupo empresarial, la dirección económica unitaria, aun cuando las relaciones entre las entidades integrantes sean de coordinación, hace presagiar cierta dependencia funcional de unas frente a las otras, pues su finalidad productiva y económica compartida necesita de una planificación común de recursos y de una política empresarial conjunta. Con todo, es evidente que tal dependencia va a ser de mayor intensidad cuando las empresas integrantes del grupo se encuentren vinculadas por una relación jerárquica en la que una sociedad matriz participa del capital de las sociedades filiales o dominadas, llegando en este caso a hablarse de dominación²⁸.

²⁷El calificativo de “empresario subordinado” y su consideración como el antecedente del “empresario difuso”, también en Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 117. Sobre la difusión de los contornos del empresario como efecto de las nuevas formas de organización empresarial, ya se había pronunciado, algunos años antes, entre otros, Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, MTAS (Madrid, 2000), pp. 19 ss.

²⁸Todas estas notas sobre los grupos de empresas, en Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pp. 244-245.

Frente a la colaboración estable y permanente anterior y con cierto nivel de coordinación, en otras ocasiones se buscan otras fórmulas más coyunturales, más interesadas, más desiguales, que inciden en la referida dependencia de un empresario frente a otro, del auxiliar frente al principal, en cuanto resulte útil a sus propósitos. El ejemplo por antonomasia que se ha de referir aquí es la subcontratación, tan habitual en la construcción, pero no solo, pues en la actualidad se ha extendido, prácticamente, a todos los sectores y actividades²⁹. De hecho, tras superar una primera etapa en la que acudía a ella, fundamentalmente, para llevar a cabo los servicios de organización de las empresas –limpieza, vigilancia y mantenimiento-, en la actualidad emerge como expresión más moderna del fenómeno de división y de especialización del trabajo. En todo caso, aunque de modo externalizado, con la subcontratación la empresa principal sigue manteniendo el control del conjunto de su proceso productivo³⁰, y esta es una de sus notas esenciales, pues las unidades descentralizadas se limitan a aportar y a cumplir las funciones que le han sido asignadas y, en cierto sentido, al modo en que le van a ser exigidas por aquel empresario principal.

Como es sabido, el negocio jurídico de base de las contrata y subcontratas es el contrato de arrendamiento de obras o servicios regulado en el art. 1588 CC. Pero también es conocido que su asociación en exclusiva con el contrato de ejecución de obra implica una limitación de la realidad laboral regulada por el art. 42 ET. De hecho, desde hace ya más de dos décadas, es jurisprudencia consolidada de la Sala 4ª del TS la extensión del régimen del art. 42 ET a las contrataciones administrativas³¹. En un momento posterior, la propuesta doctrinal, admitida a día de hoy, ha sido la reconducción general al fenómeno de las contrata de muchos otros tipos de relaciones jurídicas contractuales de colaboración interempresarial como son los contratos mercantiles de franquicia, concesión y distribución, entre

²⁹Como señala Goldin, A., comparando los grupos empresariales y la subcontratación, en los primeros, las “distintas unidades se especializan y concentran en las funciones que constituyen el núcleo de su actividad que es el que lleva a cabo de modo más eficiente y a costos menores”; en la subcontratación, “las demás funciones se expulsan al exterior, para lo que la empresa principal se vincula con las unidades empresariales que han de proveerlas en un nuevo esquema organizativo caracterizado por relaciones de cooperación, coordinación o incluso dependencia”, cfr. “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 25.

³⁰Muy persistente con el mantenimiento del control por parte del empresario principal, Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 25.

³¹De aquella época son las siguientes sentencias del TS: 15 de julio de 1996 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1089/1996), 18 de marzo de 1997 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3090/1996) y 29 de octubre de 1998 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1213/1998). Sobre la aplicación del art. 42 ET a las contrata y subcontratas en el ámbito de la Administración Pública, véase Sáez Lara, C., *Garantías y responsabilidades en materia salarial*, Temas Laborales, núm. 135, 2016, pp. 345 ss.

otros muchos³². La justificación no es otra que el poder de disposición que la empresa principal ostenta sobre las auxiliares, lo que determinaría la aplicación del régimen de obligaciones y responsabilidades laborales del art. 42 ET³³. Además, el fenómeno se presenta imparable, pues la renovación constante a través de lo que ha dado en llamarse “tecnología contractual”³⁴ facilita su extensión mediante un inagotable conjunto de fórmulas jurídicas de lo más variopinto –algunas antiguas, otras modificadas y algunas más nuevas– que con la idea de proporcionar una mayor ventaja competitiva a las empresas en los mercados va a conseguir cierta desnaturalización de sus obligaciones como contraparte de la relación laboral, y, como no, de sus responsabilidades por incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social, aunque tal efecto no haya sido buscado, por lo menos en sus inicios, de forma intencionada.

Por otra parte, en el escenario virtual que se sitúa como trasfondo de toda esta realidad, hay que mencionar, también, el trabajo a distancia y, en particular, el teletrabajo, toda vez que las circunstancias que lo identifican, entre otras, la virtualización, la autoorganización y la flexibilidad, todas ellas recientemente ordenadas en una disposición normativa, el Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, conforman un contexto favorable a su desempeño formal por cuenta propia³⁵, aunque la realidad material esconda una actividad ejercida bajo el poder de dirección y organización de una empresa, eso sí, de manera remota y virtual³⁶.

En el plano transnacional, el fenómeno de la descentralización productiva encuentra su máximo exponente en las cadenas mundiales de suministro en

³²Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, *op. cit.*, p. 26.

³³Esta idea, citando a Goerlich Peset, en Mercader Uguina, J.R., “Marco jurídico de los trabajadores en la empresa principal y empresas subcontratistas”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, *op. cit.*, p. 207. Con anterioridad, Ojeda Avilés, A., había insistido en la misma idea cuando distinguía la “externalización más elegante” que “desembocada en la formación de los grupos de empresas” y otra consistente en una “coordinación coyuntural”, incluso “instrumental”, representada por la subcontratación, y, en un momento posterior, por la franquicia, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

³⁴Cfr. Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, *op. cit.*, p. 26.

³⁵Es lo que alguna autora ha calificado como “autonomía técnica” al referirse al modo de ejecución de los servicios prestados a domicilio, cfr. Garrido Pérez, E., “El papel definidor de la subordinación y la dependencia en el redireccionamiento hacia el autoempleo”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, *op. cit.*, p. 128.

³⁶Así lo puso de manifiesto, hace ya varios años, Escudero Rodríguez, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo...*, *op. cit.*, pp. 784 ss. Al respecto, téngase en cuenta que la primera vez que el trabajo a domicilio, que es el inmediato precedente del trabajo a distancia, fue regulado en una disposición normativa lo había sido por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 que lo consideraba una relación laboral de carácter

cuanto sucesión secuencial –incluso piramidal– de múltiples contrataciones para la provisión de bienes y servicios a un comprador final, usualmente una gran empresa. En estas cadenas, las dominantes suelen ser las compradoras o las proveedoras, según quien ejerza su influencia sobre las decisiones de los demás. Sin entrar en detalles, es evidente que el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones, los transportes y los servicios financieros han facilitado su expansión. Pero, sabido es también que entre las finalidades de las mencionadas cadenas se encuentra el aprovechamiento de los bajos costes salariales y menores exigencias laborales en algunos mercados nacionales, en particular, en los países en desarrollo, lo que las ha convertido en objeto de la acción internacional. Es más, si bien durante décadas esas cadenas destinaban a esas economías las tareas más intensivas en trabajo y de menor nivel tecnológico, en la actualidad también lo hacen con las actividades de mayor valor, entre ellas, el diseño, la logística, las finanzas, etc. Por otra parte, y como dato esencial para la temática objeto de estudio en este trabajo, ha de tenerse en cuenta que gran parte del empleo que se genera en los niveles más bajos de las referidas cadenas se encuentra en microempresas, así como en pequeñas y medianas empresas que representan entre el 80 y el 90 por 100 de la ocupación, y es precisamente en estas en las que se producen los mayores déficits de trabajo decente. La desresponsabilización laboral de los compradores o proveedores que se encuentran a la cabeza de la mayoría de estas cadenas viene de suyo, pues no son los empleadores de los trabajadores ocupados por las entidades que les proveen de bienes y de servicios³⁷.

En definitiva, además de las mencionadas, en cualquier otra clase de colaboración interempresarial, típica o atípica, nacional o internacional, en la que una de las entidades se vea obligada a aceptar la mayoría de las condiciones impuestas por otra, ya sea por tratarse de una empresa estratégica en el sector, ya sea por ser su único cliente, ya sea por ser su único proveedor, se puede hablar de empresario subordinado figura que evoca la realidad de muchos trabajadores autónomos y en particular de muchos TRADES y su problemática de delimitación con el trabajador dependiente. Y sobre esta delimitación sirva traer aquí a colación la idea de Ojeda Avilés sobre la ajenidad en el mercado, característica predicable

especial (art. 3) y ello por apreciarse un “debilitamiento de la nota de dependencia”. En este sentido, Pérez Agulla, S., *La tradicional marginación del trabajador autónomo por parte del Derecho del Trabajo*, Foro. Nueva Época, núm. 10, 2009, p. 136. Es más, en sus páginas, la autora se encarga de recordar la crítica vertida por Alonso Olea al respecto en cuanto que “el legislador había perdido una gran oportunidad para establecer la distinción, hoy y siempre, tan confusa y con repercusiones profundas en materia de Seguridad Social, de cuándo nos hallamos ante un trabajador autónomo y cuándo nos hallamos ante un trabajador por cuenta ajena, con presunción en favor de este último tipo de relación en cuanto aparezca la figura de un empresario como autor del encargo realizado a domicilio, especialmente si hay entrega de materiales por su parte, o trabajo según modelos, patrones o instrucciones, aunque el pago del trabajo se pretenda hacer a tanto alzado”.

³⁷Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., pp. 27-29.

exclusivamente de los trabajadores y no de los empresarios en la medida en que a ellos les compete conseguir la clientela, los usuarios, los contratos, las ventas, etc³⁸. Por lo tanto, si no lo hacen, por desempeñar su actividad como un mero instrumento al servicio de una empresa principal contratante o de cualquier otra entidad que ejerza sobre ellos un poder de dominación, no queda más que reconocer la veracidad de la idea insinuada previamente, esto es, la instrumentalización de los conceptos, en particular, de las fórmulas contractuales para fragmentar y descentralizar la producción.

En fin, sí es cierto y lícito que con la externalización se busca la especialización que requieren los mercados y las exigencias de la demanda. También es cierto y lícito que con la misma se busca reducir costes e incrementar las ganancias. Pero lo que ya no es tan lícito, o por lo menos no debiera admitirse como tal, es que la empresa principal pretenda, como así parece que hace en ocasiones, exteriorizar costes laborales y reducir el volumen de plantilla con el consiguiente ahorro económico y eliminación de causas de conflictividad³⁹. Así las cosas, en todas estas nuevas fórmulas de organización empresarial no es extraño identificar a trabajadores autónomos integrados de forma auxiliar en sus estructuras descentralizadas, realidad que además ha crecido en las últimas décadas y cuya extensión y diversificación, dado el avance de las tecnologías, en particular, con la digitalización, parece no tener fin. Con estas reflexiones no se pretende llamar la atención sobre el legislador para que prohíba a las empresas acudir a técnicas de descentralización o externalización. No en vano, lo llevan a cabo en virtud del ejercicio de la libertad de empresa que les reconoce la CE en su art. 38. Pero sí para que adopte un régimen de tutela jurídico-laboral capaz no solo de reducir la distancia que separa a unos trabajadores de otros en función del puesto que ocupe su empresa empleadora en la red empresarial en la que se integran, sino también para identificar a los que no siendo verdaderos autónomos figuren como tal para reconocerles la condición de trabajadores y, en consecuencia, el ejercicio de sus derechos como tales trabajadores por cuenta ajena, incluso, si fuera necesario a través de presunciones, como precisamente acaba de aprobarse en el último Acuerdo Social de 10 de marzo de 2021 para los repartidores de las plataformas de reparto⁴⁰.

Desde otra perspectiva, también hay que tener en cuenta que el conglomerado de fórmulas instrumentalizadas de colaboración entre empresas no solo conlleva

³⁸Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 119.

³⁹Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo...*, op. cit., p. 33.

⁴⁰A raíz de la aprobación del referido Acuerdo, sobre el que no procede aquí hacer ninguna valoración crítica, se propone añadir una disposición adicional en el ET con el siguiente contenido: “Por aplicación de lo establecido en el art. 8.1 se presume incluida en el ámbito de esta ley la

la disminución del número de trabajadores de cada una de ellas, en particular, de las que poco a poco se van fragmentando, sino que, por otra parte, en una curiosa inversión de las reglas laborales tradicionales, se produce una multiplicación del número de empresarios por cada trabajador. Esta realidad se hace especialmente visible en el ámbito de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las que por su especialización es habitual que unas pocas personas trabajadoras pueden estar cubriendo los objetivos empresariales de varias entidades al mismo tiempo. Otras veces, la multiplicidad de las empresas proyectadas sobre la actividad laboral de una misma persona se debe a la reconversión de una misma entidad transformada en varias pertenecientes al mismo grupo. Y qué decir de los servicios prestados en el ámbito de las empresas de trabajo temporal en los que por definición se produce un desdoblamiento de la figura de empresario y en consecuencia una diversificación y reparto de los poderes no siempre identificables entre el empresario formal –empresas de trabajo temporal- y el empresario material –la empresa usuaria-⁴¹. Es evidente que a las dificultades de identificación que conlleva la pluralidad empresarial, se une la difusión de sus cargas y responsabilidades, sobre todo cuando la prestación tiene por destinatarios finales a otros en quienes revierte ulteriormente su utilidad. En conclusión, queda definitivamente alterado el carácter binario de la relación laboral. Si a todo lo anterior se le añade el elemento transnacional derivado de la globalización y su favorecimiento hacia el desarrollo de un trabajo con menor protección y costos más reducidos, es evidente que se está operando cierta desorganización del Derecho del Trabajo por la deconstrucción de los tipos sociales de los que se ha servido habitualmente para imputar las consecuencias de sus normas⁴².

3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CATALOGACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS NUEVOS AUTÓNOMOS

La posición estratégica del trabajo por cuenta propia en el sistema productivo actual es evidente. A día de hoy se hace difícil entender el desarrollo y el éxito de muchos proyectos empresariales sin esos profesionales autónomos -unipersonales o societarios-, integrados en sus estructuras descentralizadas, la mayor parte de las

actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejerzan las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

⁴¹Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 275 ss.

⁴²Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 31.

veces sin trabajadores asalariados, y, por supuesto, sin un proyecto empresarial propio. Y todo esto, como se comprobó con anterioridad, sin que se hubiese materializado un incremento cuantitativo del colectivo en términos absolutos sino de forma relativa como única alternativa de empleo frente a la pérdida de puestos de trabajo en régimen laboral. En fin, que la libertad de actuación que conforma la esencia del autoempleo se ha tornado en una necesidad de actuación como única alternativa para poder sobrevivir⁴³.

Esta realidad es una de las razones por las que hoy en día se plantea con cierta fuerza la cuestión del trabajo autónomo frente a lo acontecido en etapas anteriores con aquel grupo de profesionales privilegiados –los provistos de la referida libertad- con aspiraciones individuales, rentas de posición y ajenos al Derecho del trabajo y que eran identificados como una pequeña burguesía con intereses contrapuestos a los de los trabajadores por cuenta ajena. La evolución del colectivo hacia su diversificación, como efecto principal del crecimiento del autoempleo en los nuevos tipos de ocupaciones o profesiones, algunas de alta cualificación, pero también en las de cualificación inferior, y su utilización, cada vez mayor, para llevar a cabo las prácticas descentralizadoras de las empresas, buscando no sólo la especialización productiva sino también la reducción de sus costes empresariales, ha hecho que sus intereses se aproximen a los de los trabajadores por cuenta ajena⁴⁴. Tal es así, que, incluso, se habla ya de los nuevos autónomos como categoría diferente a los autónomos tradicionales para dar cuenta de las diferencias existentes entre los diferentes miembros de una única categoría formal. El nuevo autónomo no tiene como objetivo hacer crecer el negocio ni emplear a otros en un futuro, es decir, no aspira a ser un emprendedor, que es justo lo que se proclama en las políticas de fomento del autoempleo, el emprendimiento. En cambio, el deseo de éxito empresarial, de crecimiento y de expansión sí conforman las notas comunes de la descripción de los autónomos tradicionales⁴⁵. Por otra parte, está la problemática de su deslinde con el trabajo por cuenta ajena, pues, como es fácil imaginar, en muchas ocasiones la actividad de esos nuevos autónomos se encuentra en el límite con el trabajo dependiente. Cuando lo sobrepasa surge la figura del falso autónomo, o lo que es lo mismo el falso empleo por cuenta propia, categoría que exige la previa delimitación del concepto de trabajador, función que

⁴³Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 70.

⁴⁴Jansen, G., *Farewell to the rightist self-employed?...*, op. cit., p. 307.

⁴⁵Sobre todas estas cuestiones, ampliamente, Daskalova, V., *Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?*, German Law Journal, vol. 19, núm. 3, 2018, pp. 465 ss. Al hilo de la diversificación del colectivo de trabajadores autónomos en distintos sectores y, en consecuencia, su heterogeneidad en los niveles de ingresos y las condiciones del mercado, aparecen otras clasificaciones doctrinales de sus integrantes, entre ellas, la que diferencia entre “trabajadores autónomos precarios” y “trabajadores autónomos profesionales”, cfr. Barbera, M., *El trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación*, Temas Laborales, núm. 151, 2020, pp. 19 ss.

corresponde al legislador. En fin, el falso autónomo puede definirse como aquel trabajador que está inscrito como autónomo, pero *de facto* está vinculado por una relación laboral. El falso autónomo es, por lo tanto, un trabajador dependiente erróneamente clasificado como trabajador por cuenta propia. Su descubrimiento e identificación, cuando no sea pacífico, va a requerir de una importante labor judicial interpretando y aplicando las pruebas presentadas por las partes para, en su caso, detectar situaciones fraudulentas y dirimir el conflicto. En cualquier caso, es evidente que en el escenario económico y empresarial actual muchos de los clasificados formalmente como autónomos son falsos autónomos. Pero más allá de estos y toda la problemática que les rodea, todavía se sitúan los autónomos precarios que objetivamente sí son trabajadores por cuenta propia, pues no tienen ninguna posibilidad de demostrar su *status* de trabajador dependiente. Son los conocidos como trabajadores independientes precarios⁴⁶. Y tanto los unos como los otros son objeto de estudio e interés en la actualidad, cada uno en la faceta que le corresponda en cuanto más necesitada de protección.

En una etapa anterior y no demasiado lejana –la década de los noventa-, sí fue objeto de cierta atención la ordenación de la seguridad y salud de un segmento del colectivo de trabajadores por cuenta propia, y no, precisamente, de los que integraban su grupo más privilegiado. Se trataba, en particular, de los autónomos de las obras construcción. En efecto, con ocasión de la aprobación del desarrollo reglamentario de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores autónomos de la construcción que coincidían con otros empresarios y trabajadores en las mismas obras comenzó a suscitar el interés de la doctrina laboralista, pues, por primera vez, tales profesionales eran tenidos en cuenta en una disposición normativa preventiva, aunque lo fuesen más como factores de riesgo que como sujetos de derechos. Emergía con ello la cuestión de las relaciones jurídicas de colaboración formalizadas entre empresas y trabajadores autónomos a las que se hacía referencia antes. Para las obras de construcción, el desarrollo reglamentario de la Ley 31/1995 se había materializado *ex* RD 1627/1997, de 24 de octubre⁴⁷. La novedad de la ordenación de la seguridad y salud de los autónomos, pero también su posición ciertamente ambivalente –sujetos de obligaciones *versus* sujetos de derechos– alimentaron aquel interés siendo muchos los estudios publicados al respecto. Ahora bien, al margen de aquel debate, que no es el que ahora interesa, conviene reparar por un momento en la definición que ofrece la referida disposición reglamentaria

⁴⁶También, Daskalova, V., *Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy...*, *op. cit.*, pp. 467-468.

⁴⁷La aprobación del RD 1627/1997, de 24 de octubre, respondía al cumplimiento del mandato contenido en el art. 6 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, más allá de llevar a cabo la obligada transposición de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (octava Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

sectorial de estos profesionales. Y ello porque tal definición no existe propiamente, sino que el profesional autónomo se define en negativo y por exclusión. En concreto, según su art. 2.1 j), se entenderá por trabajador autónomo “la persona física distinta del contratista y del subcontratista que realiza de forma personal y directa una actividad profesional sin sujeción a un contrato de trabajo y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra”. Curiosamente, en otro apartado del mismo precepto del RD 1627/1997 se indica que a los efectos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales “el contratista o el subcontratista tendrán la consideración de empresarios”. Y en otro más se precisa que “cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena tendrá la consideración de contratista o subcontratista a efectos del presente Real Decreto”. Por supuesto, el contratista y el subcontratista, sí que son perfectamente definidos en el RD 1627/1997⁴⁸. Es más, muchos años después, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, hizo suya aquella definición reglamentaria del autónomo del año 1997 sin añadir ninguna otra consideración. Dicho esto, y a salvo “la conclusión de un contrato de ejecución de obra u otra modalidad similar que atienda al resultado del trabajo y no a la tarea realizada”⁴⁹, no parece que en la calificación del trabajador por cuenta propia de las obras concurren unos rasgos que lo identifiquen de forma singular, pero sobre todo cuya actividad profesional, por su especialización o por cualquier otro tipo de razón, justifique su presencia en esa actividad junto con los trabajadores contratados por las empresas concurrentes, de hecho, hay que ser conscientes que las más de las veces no son contratados ni por razones de dificultad, ni de solvencia técnica⁵⁰. Con todo, no está de más romper una lanza, aunque sea nimia, en favor del legislador español frente al europeo en esta materia, ya que, en el concepto comunitario de autónomo de las obras, el ofrecido por la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, ni siquiera se vislumbraba la existencia de la vinculación contractual con los otros agentes intervinientes en la actividad, ofreciendo una definición de este profesional carente de cualquier contenido sustantivo. Es más, se hace por contraposición al significado de trabajador y empresario en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio –Directiva Marco en seguridad y salud en el trabajo-⁵¹, lo

⁴⁸El contratista es la “persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato” (cfr. art. 2.1 h) RD 1627/1997) y el subcontratista “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución” (cfr. art. 2.1 i) RD 1627/1997).

⁴⁹Cfr. Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰Así lo pone de manifiesto Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, *op. cit.*, p. 15.

⁵¹Según el art. 2 d) de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, tendrá la consideración de trabajador autónomo “cualquier persona distinta de las mencionadas en las letras a) y b) del artículo

que más que aclarar contribuye a enmarañar las diferencias entre empresario y trabajador autónomo en el sistema jurídico de la UE⁵². En fin, reflexionando ahora con cierta perspectiva sobre el contenido de toda esta ordenación, tanto la definición del trabajador autónomo como la realidad de la subcontratación en las obras de construcción, quizás se pueda afirmar que tales colaboraciones entre empresas y profesionales por cuenta propia se veían impulsadas, incluso incentivadas, desde la normativa vigente que las regulaba y las permitía, sin que nunca se hubiese planteado su conveniencia o no, su realidad o no, como ocurre en la actualidad con estas y otras muchas situaciones.

Más allá de la seguridad y salud de los autónomos en esas circunstancias en particular, la protección social de todo el colectivo en general, sin distinción de su segmento, privilegiado o no, también ha sido objeto de especial atención por la doctrina, y lo sigue siendo en la actualidad. Pero ello es lógico pues el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos conforma uno de los dos grandes regímenes en los que se estructura el Sistema desde que, en el año 1963, la Ley de Bases de la Seguridad Social así lo previó como parte de un modelo unitario de protección social⁵³. De hecho, tras la integración en su ámbito de aplicación de los autónomos del Régimen Especial Agrario⁵⁴, solo quedan fuera de su campo los autónomos del Régimen Especial del Mar⁵⁵.

También el estudio de la libertad sindical y el ejercicio de algunos derechos colectivos de los trabajadores autónomos ha suscitado, tradicionalmente, cierto interés por parte de la doctrina laboralista. Las razones son obvias, de hecho, algunos tienen el carácter de derechos fundamentales, frente a lo cual, las notas que definen el trabajo por cuenta propia hacen que no pocas veces su ejercicio se

3 de la Directiva 89/391/CEE cuya actividad profesional contribuya a la ejecución de la obra”. Como se acaba de advertir, las letras a) y b) del art. 3 de la Directiva 89/391/CEE se refieren, respectivamente, a la definición de trabajador y empresario. El trabajador se define como “cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar” (art. 3.a) Directiva 89/391/CEE). Y el empresario como “cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento” (art. 3.b) Directiva 89/391/CEE).

⁵²Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, *op. cit.*, p. 15.

⁵³Base Tercera de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social. Su disposición normativa reguladora principal es el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

⁵⁴Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

⁵⁵Regulados por la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

difumine, se reduzca a una condición secundaria o incluso se desvanezca por su ineffectividad, de ahí esa necesidad de análisis.

En fin, el ordenamiento jurídico-laboral español al igual que los de su entorno se articula en torno a la distinción binaria entre trabajo dependiente y trabajo autónomo, y aunque el trabajo autónomo en un principio quedaba fuera de sus contornos, excepto alguna cuestión puntual, poco a poco fue atrayendo la atención de la doctrina laboralista, en particular, cuando el legislador regulaba alguno de los aspectos de su régimen jurídico. Así había sucedido en la década de los setenta, con la creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y más recientemente con la aprobación de la primera ordenación integral del colectivo, la LETA promulgada en el año 2007. Lo que sucede en la actualidad con estos profesionales es que los temas a los que debe hacer frente el Derecho del Trabajo no coinciden con los que hasta hace muy pocos años fueron objeto de estudio. A día de hoy, se debe atender a la ordenación del trabajo en empresas fragmentadas, descentralizadas y externalizadas en las que coinciden al mismo tiempo trabajadores estables, trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, trabajadores empleados por contratistas, trabajadores autónomos y –a veces– falsos autónomos. Coincidencia, además, que no queda limitada a la esfera física, pues la digitalización dio entrada a la esfera virtual y con ella a lo que se conoce como empresa desmaterializada⁵⁶. Y en este escenario, uno de los retos que se le plantean al Derecho del Trabajo es si procede reconocer, individualizar y proteger el trabajador autónomo vulnerable a través del reconocimiento de una serie de derechos, y como trabajador autónomo vulnerable hay que referir aquellos que ocupan los segmentos más frágiles del trabajo por cuenta propia, entre los que se encuentran la mayoría de los que prestan servicios a empresas en el contexto de las nuevas formas de organización empresarial, aun siendo conscientes de la dificultad del reconocimiento de tales derechos por un problema de esencia y concepto. Por un lado, en lo que se refiere a su calificación, la de los derechos de los autónomos, pues ante las dificultades de su consideración como derechos laborales y por lo tanto como derechos sociales, habría que plantear el tema desde la perspectiva de los derechos humanos en la búsqueda de unos derechos básicos que se reconozcan indistintamente a trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia⁵⁷. Por otra parte, por los consabidos problemas de eficacia derivados, entre otras razones, de la inexistencia de empleador frente al que hacer valer su cumplimiento.

Desde luego, en cuanto a su posible categorización, por lo menos en parte, como derechos humanos o derechos fundamentales, quizás sirva como argumentación la realidad de muchos de los que prestan servicios en las estructuras descentralizadas de las empresas en el contexto digital actual. No se olvide su

⁵⁶Barbera, M., *El trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación...*, op. cit., pp. 18-19.

⁵⁷Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 72.

falta de vocación empresarial, la ausencia de proyecto de negocio, su carencia de trabajadores asalariados y el ejercicio de su actividad como única alternativa de medio de vida. Esto es, su desempeño no como una opción sino como una necesidad, lo que ha producido, incluso, situaciones de explotación precisamente facilitadas por la carencia de derechos⁵⁸. Como se ha encargado de recordar alguna autora, esta situación ha provocado que el Derecho del Trabajo vuelva a sus orígenes y rememore uno de sus principios esenciales, a saber, que el trabajador es la parte débil de la relación laboral y que en consecuencia es preciso impedir que el empresario restrinja sus derechos⁵⁹. Sí es cierto que frente a ello puede oponerse que cualquier prestación autónoma de servicios queda fuera de los contornos del Derecho del Trabajo y, por lo tanto, fuera de su ámbito personal de aplicación. Sin embargo, al mismo tiempo, el modo en que los nuevos autónomos prestan servicios en las actuales formas de organización empresarial en el contexto de la economía digital demanda a toda costa la introducción de mecanismos de “reequilibrio de las fuerzas contractuales”⁶⁰ implicadas. Y no parece que exista ningún impedimento material para que ello se realice desde la óptica del Derecho del Trabajo, como así se ha hecho, en otras ocasiones, con ciertos aspectos de la regulación del régimen jurídico del colectivo.

Bajo estas consideraciones, sirva traer aquí a colación la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 en la que las cuatro categorías de derechos fundamentales allí reconocidas – la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación- no se ligan a determinada categorización de la prestación del servicio sino a la mera comprobación de la existencia de un trabajo humano⁶¹. De hecho, en sus considerandos se expresa como deseo que la garantía de estos “principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano”. Desde luego, y al margen de las controversias que pudiera plantear el reconocimiento de ciertos derechos colectivos a los trabajadores por cuenta propia, en concreto, el derecho de negociación colectiva, el efecto que puede producir el respeto y aplicación a dicho colectivo del

⁵⁸Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 70.

⁵⁹Martínez Yáñez, N.M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los derechos profesionales de los trabajadores autónomos*, Temas Laborales, núm. 151, 2020, p. 95.

⁶⁰Cfr. Martínez Yáñez, N.M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE...*, op. cit., p. 95.

⁶¹Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 74.

resto de principios y derechos de la Declaración de 1998 es más que significativo, en particular, en los nuevos modelos de organización empresarial. Piénsese por un momento en las cadenas mundiales de suministro en cuanto nichos de trabajo informal, bajos costos salariales e incluso facilitadoras del trabajo infantil. De hecho, ante la pasividad y escasa eficacia de las legislaciones nacionales para hacer frente a esta problemática, hace ya un lustro la propia OIT aprobó un plan de acción relativo a la gobernanza de las mismas en torno al Informe IV preparado por la Oficina Internacional del Trabajo bajo el título “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”⁶². Y repárese también en las desigualdades existentes en las condiciones de trabajo que rigen la prestación de servicios de los profesionales –trabajadores dependientes y trabajadores autónomos– en los grupos de empresas y en el ámbito de relaciones interempresariales de contratación en su más amplio sentido, llegando a su máximo exponente en las empresas multiservicios⁶³.

Sin salir de la OIT, también hay que mencionar la “Declaración del Centenario para el futuro del trabajo”⁶⁴ de 2019 en la que aun a pesar de las modificaciones finales entre el texto del proyecto y la versión definitiva, reconoce un elenco programático de derechos aplicable a todos los trabajadores sin distinción, lo que obviamente va a exigir su correspondiente desarrollo a nivel internacional e interno⁶⁵. Como punto de partida comienza admitiendo la radical transformación

⁶²Aprobado en la 105ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada en Ginebra entre el 28 de mayo y 10 de junio de 2016. Sobre todas estas cuestiones, Raso Delgue, J., “*Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro*”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., pp. 73 ss.

⁶³Al respecto, Esteve Segarra, A., “*Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación*”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 266.

⁶⁴Aprobada en la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada en Ginebra entre el 10 y 21 de junio de 2019.

⁶⁵En la versión previa a la definitivamente aprobada, presentada para su estudio por la Conferencia Internacional el 13 de mayo de 2019, la letra B del apartado III disponía lo siguiente: “El fortalecimiento de las instituciones del trabajo para ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores en un contexto marcado por formas de trabajo nuevas y emergentes. Debería garantizarse a todos los trabajadores, con independencia de su situación en el empleo o de su modalidad contractual: i) el respeto de sus derechos fundamentales; ii) un salario vital adecuado; iii) límites al número máximo de horas de trabajo; iv) la seguridad y salud en el trabajo; v) la protección de la privacidad y de los datos personales, y vi) la posibilidad de conciliar mejor la vida profesional y la vida privada mediante un mayor control del tiempo de trabajo, con arreglo a modalidades que respeten las necesidades de la empresa y promuevan la eficiencia productiva y el reparto de los beneficios”. Sobre el proyecto de la Declaración del Centenario de la OIT de 2019 y el reconocimiento de derechos al trabajo por cuenta propia, véase Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., pp. 75-77. Sobre las diferencias entre los dos textos, Daugareilh, I. destaca positivamente la versión inicial ya que “presentaba el mérito de incidir sobre la indiferencia del status habida cuenta del empleo o de los arreglos contractuales, lo que transmitía una atención explícita a las nuevas formas de empleo (...). La primera versión del texto estaba pues más explícitamente y más claramente en la línea con las necesidades de los trabajadores que se encontraban entre el asalariado y la autonomía y tenía pues un espectro más amplio que la

que se está produciendo en el mundo del trabajo “impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización”, lo que conforma “un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto”. De ahí que sea imprescindible la actuación urgente para “aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente para todos”. Y tal futuro del trabajo es fundamental para un “desarrollo sostenible que ponga fin a la pobreza y no deje a nadie atrás”. Bajo estas consideraciones y como nivel mínimo de derechos reconocidos a todos los trabajadores, se afirma que todos deberán disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo Decente, teniendo en cuenta: “el respeto de sus derechos fundamentales; un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado; límites máximos al tiempo de trabajo; y la seguridad y salud en el trabajo”. Desde luego, la importancia del respeto y cumplimiento de todos ellos cualquiera que sea la modalidad de prestación de servicios sobre la que se proyecten es incuestionable, si lo se quiere es alcanzar un trabajo digno para todas las personas. Ahora bien, de todos los mencionados parece que la seguridad y salud en el trabajo plantea un reto especialmente significativo por varias razones, entre ellas, por su modo de cumplimiento y su exigencia, en particular, en un contexto especialmente complejo en el que se yuxtaponen los espacios físicos y virtuales en los que se desarrollan las actividades. Por otra parte, téngase en cuenta que el reconocimiento de “límites máximos al tiempo de trabajo”, incluido también entre los derechos constitutivos de la protección mínima a todas las personas que presten servicios, entronca directamente con el tópico de la seguridad y salud laboral. Es cierto que la autonomía con la que organiza su actividad un trabajador por cuenta propia conforma un obstáculo importante frente a cualquier intento de ordenación externa, sin embargo, tal ordenación ya no parece tan anómala cuando la actividad del profesional está inmersa en una red empresarial que de forma más o menos explícita determina las condiciones en las que ha de desarrollar su actividad.

En el Derecho europeo, sabido es que la atención marginal que ha recibido el trabajo autónomo contrasta con la prestada al trabajo asalariado, sobre el que existe una amplia legislación fundada en el principio de libre circulación de trabajadores, art. 45 del TFUE, y en las disposiciones sobre Política Social que conforman su Título X, arts. 151-161 TFUE, que fue definitivamente incorporado al Derecho originario mediante el Tratado de Ámsterdam⁶⁶. Con todo, en este momento, no

versión definitiva”, cfr. *El trabajo en la nueva economía: ¿qué respuestas aporta el derecho social internacional?*, Temas Laborales. núm. 151, 2020, p. 232.

⁶⁶Así lo recuerda Martínez Yáñez, N.M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE...*, *op. cit.*, p. 105.

se puede pasar por alto la existencia de algunas directivas fundamentales en el escenario de referencia cuyo ámbito de aplicación alcanza no solo el trabajo por cuenta ajena sino también el trabajo por cuenta propia. Se trata, de las directivas reguladoras del principio de igualdad y no discriminación, esto es, la 2000/43/CE, de 29 de junio, la 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y la 2006/54/CE, de 5 de julio. Una muestra palpable y reciente de la preocupación de la UE por los trabajadores por cuenta propia, entre otras razones, por su situación de debilidad si se los compara con los trabajadores por cuenta ajena, es la aprobación de la Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia⁶⁷, cuya finalidad es ofrecer el acceso a una protección social adecuada a todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en los Estados miembros.

Llegados a este punto y conscientes de la dificultad, no tanto de la catalogación, sino de la efectividad de tales derechos, quizás sería una buena idea propiciar la asunción de un compromiso –internacional- en este sentido por parte de las empresas implicadas, físicas y virtuales, en las que se insertan tales profesionales, incluso a través de la Responsabilidad Social Empresarial, y con ello, más allá de dignificar su actividad y condiciones –las de los autónomos-, conseguir un sistema, también internacional, de certificación que legitime su actuación en el mercado.

La polémica está servida, los problemas planteados, algunas soluciones ya propuestas, pero la problemática sigue latente. Cualquiera que sea la solución que se adopte, parece que estamos en la senda de una transformación del Derecho del Trabajo para garantizar a todas las personas trabajadoras un empleo decente y una protección social adecuada, más allá de categorías y dicotomías hasta ahora existentes: trabajador asalariado, autónomo o TRADE.

4. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

De entrada, parece que es hora de cuestionarse la necesidad real de la existencia de los TRADES habida cuenta su escaso número, por lo menos en lo que se refiere a España, de hecho, a finales de 2020 el colectivo apenas sobrepasaba la cifra de 8.000 inscritos⁶⁸. Pero, por otra parte, y esto es lo decisivo, por la dependencia económica que mantienen con su cliente con los efectos perniciosos

⁶⁷ 2019/C 187/01.

⁶⁸En concreto, según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/index.htm>, a 31 de diciembre de 2020, el número de TRADES es de 8.111.

que ello provoca en su libertad de actuación en cuanto elemento esencial que define el trabajo autónomo.

Sobre el número de TRADES, los algo más de 8.000 antes referidos, hay que considerar que no parece que respondan ciertamente a la realidad, pues si de los 3.284.831 millones de autónomos que estaban afiliados en nuestro país a 31 de diciembre de 2020 en alguno de los regímenes de trabajadores por cuenta propia, solo el 20,1 por ciento tenían trabajadores asalariados a su cargo, es sospechoso que del resto es decir, de aproximadamente 2.600.000 autónomos solo cumplan con los requisitos del art. 11 de la LETA poco más de 8.000 personas físicas⁶⁹. Sin duda, más allá de la escasa diferencia que ostenta esta figura con la protección genérica que el legislador concede a todos los trabajadores autónomos, su número siembra cierto halo de duda sobre el contenido cualitativo de la relación de prestación de servicios que tales profesionales entablan con sus clientes de los que –no se olvide este dato– perciben, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Pero, el argumento decisivo para plantearse la supresión de la figura es la referida dependencia económica, en cuanto elemento identificador y diferenciador frente al resto del colectivo de trabajadores por cuenta propia. Voces muy autorizadas ya han proclamado y justificado que la “adjetivación como económica de la dependencia es, casi siempre, una falsificación, o una contemplación parcial de una relación más amplia”, y ello toda vez que detrás de la “dependencia económica hay ineludiblemente una subordinación jurídica, a través de un conjunto de pactos implícitos o explícitos, de colaboración y de control, que no le dejan al trabajador autónomo margen de autonomía alguno”⁷⁰. Con menos vehemencia, aunque con un mensaje muy claro y transparente sobre la regulación de los TRADES en la LETA de 2007, se ha llamado la atención sobre la pérdida de ocasión para legalizar unas relaciones que “en ocasiones son verdaderas prestaciones laborales encubiertas”⁷¹. La referida dependencia económica de este grupo de trabajadores autónomos también ha sido vista como una mera técnica correctiva para justificar la “aplicación selectiva de la normativa protectora típica del trabajo subordinado (salario mínimo, derechos sindicales, la prevención de accidentes, la prestación de la seguridad social, la protección de la intimidad) superando así el enfoque

⁶⁹La escasa cifra de TRADES en relación con el número total de trabajadores autónomos, también le ha llamado la atención a Cabeza Pereiro, J. *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁷⁰Cfr. Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse...*, *op. cit.*, p. 129.

⁷¹Cfr. Garrido Pérez, E., “El papel definidor de la subordinación y la dependencia en el redireccionamiento hacia el autoempleo”, en AA.VV., en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, *op. cit.*, p. 134.

tradicional de todo o nada⁷². En cualquier caso, más allá de opiniones o de posturas más o menos favorables a la figura del TRADE, no puede obviarse que se trata de una realidad que evoca la figura del empresario subordinado, a la que se hacía mención en otro epígrafe de este trabajo, y sobre la que se advertía del sometimiento en su actuación y decisiones a los dictados de otro, en concreto, al empresario que ostenta la posición dominante en su relación, normalmente, por razones económicas, entre ellas, la de ser su único cliente o proveedor, aunque esta situación, las más de las veces, sea una relación impuesta por las circunstancias.

Por otra parte, el reconocimiento legal y la admisión de la dependencia económica de los TRADES no se queda ahí, sino que admite y consiente con naturalidad profesionales autónomos en las cadenas de subcontratación – en particular, en las obras de construcción- y, en general, en las estructuras descentralizadas de las empresas con una importante afectación de su libertad de actuación. Y para argumentar esta idea basta reflexionar por un momento sobre la organización del mando en aquellas cadenas, pues más allá del contenido jurídico-formal que se plasma en los contratos que ordenan su actividad, es evidente que va a emerger otro más oculto que dibuja una realidad que no siempre coincide del todo con la que está escrita. Y es a través de dicha realidad donde pueden regresar y de hecho regresan mecanismos de control, de dependencia y de jerarquía muy acusados que desnaturalizan el concepto de trabajador autónomo, y ya no solo el económicamente dependiente, sino, también, el común⁷³.

En segundo lugar, no parece descartable reforzar o, para ser más precisos, reformular la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, y ello por varios motivos.

Por un lado, porque tal y como está configurado el citado precepto del ET no se puede identificar en su contenido una presunción de laboralidad en el sentido jurídico del término, toda vez que en el supuesto de hecho descrito por la norma –“todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”- no se presume ni la ajenidad, ni la dependencia, ni la retribución, es decir, los presupuestos materiales que definen una prestación de servicios dependiente. Solo cuando en una prestación de servicios entre dos personas concurren esos tres elementos, aun cuando no exista expresa declaración de voluntad al respecto, entra en juego lo que se conoce como presunción de laboralidad. Dicho en otros términos, el art. 8.1 ET regula la forma del contrato de trabajo caracterizada desde siempre por su espíritu no formalista admitiendo tanto el contrato celebrado por escrito como el celebrado de forma verbal. Pero es que la ley permite expresamente el consentimiento tácito,

⁷²Cfr. Barbera, M., *El trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación...*, op. cit., p. 24.

⁷³Al respecto, Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, op. cit., pp. 3-4.

por hechos concluyentes, en el contrato de trabajo. Y es, precisamente, esto último lo que, comúnmente y sin demasiado acierto, se califica como presunción de laboralidad⁷⁴.

En definitiva, ya sea reformulando la presunción de laboralidad o ya sea abordando reformas más estructurales, habría que plantearse la posibilidad de presumir la laboralidad de los servicios prestados por ciertos colectivos en el contexto económico actual en los que confluyan especiales dificultades probatorias de su relación de dependencia, pero, sobre todo, en los que en su aceptación y modo de ejecución de los servicios quede en entredicho la tantas veces aludida libertad de actuación en cuanto esencia del trabajo autónomo, esto es, ni más ni menos que su capacidad de actuación y de negociación en el mercado de forma independiente⁷⁵. Desde luego, esta solución no tiene por qué resultar extraña ni tampoco novedosa, de hecho, el mecanismo de las presunciones, o para ser más exactos, el de las exclusiones constitutivas, lo que es tanto como decir presunción de no laboralidad, fue el instrumento utilizado por el legislador en el año 1994 para excluir del ET los servicios de transporte prestados por transportistas titulares de la autorización administrativa –tarjeta de transporte- con vehículos comerciales cuya propiedad o poder de disposición ostenten, y de ahí la redacción del último párrafo del art. 1.3 ET⁷⁶.

Precisamente, esta idea, la de las presunciones, parece estar en la raíz del último Acuerdo alcanzado el pasado 10 de marzo en la mesa del diálogo social entre el Gobierno y los interlocutores sociales sobre los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales, los conocidos como *riders*, con el que se cierra la larga y tortuosa negociación iniciada el pasado mes de octubre tras publicarse el fallo de la STS de 25 de septiembre de 2020⁷⁷. Sin entrar a valorar jurídicamente el contenido del referido Acuerdo⁷⁸, su pretensión parece clara: permitir la laboralización de las personas dedicadas al reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía a través de plataformas digitales. Así las cosas y con la vista puesta en la consecución de dicha finalidad, el texto del acuerdo ordena el reconocimiento de la “presunción

⁷⁴Sobre la práctica irrelevancia de la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, véase Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado... op. cit.*, pp. 23-24.

⁷⁵En este sentido, Cardona Rubert, B. y Cabeza Pereiro, J., *El gran pacto social que debería esperarse..., op. cit.*, p. 129.

⁷⁶Así lo explica Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado..., op. cit.*, p. 24

⁷⁷Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4746/2019. En dicha resolución, el pleno de la Sala de lo Social del TS declaraba que la relación existente entre los repartidores (*riders*) y la empresa Glovo tiene naturaleza laboral.

⁷⁸Al respecto, pueden consultarse las valoraciones siempre acertadas de Rojo Torrecilla, E., en su blog: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/repartidores-y-empresas-de-la-economia.html>; y las de Baylos Grau, A., en el suyo respectivo: <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>

de laboralidad” para los trabajadores que prestan servicios de reparto a través de empresas que gestionan digitalmente esa labor⁷⁹. De hecho, el eje central del proyecto que contiene el borrador de propuesta de modificación normativa, se autocalifica como “presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”. Así reza el título de la futura, cuando se apruebe, disposición adicional decimotercera del ET cuyo contenido conecta directamente con el art. 8.1 ET. Sin embargo, tal y como está redactado el texto, más que identificar en él una presunción, habría que considerar la existencia de una mera inclusión declarativa⁸⁰, no en vano la existencia de dependencia funcional es el elemento identificativo del supuesto de hecho que describe. Su tenor literal es el siguiente: “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a los previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

Directamente relacionado con la propuesta anterior, también en los casos problemáticos a los que se hace alusión en este trabajo, habría que plantearse como posible criterio de laboralidad, el de la ajenidad respecto al mercado de bienes y servicios que había introducido el prof. Alarcón Caracuel allá por el año 1986 a partir de la descripción de una realidad no muy diferente a la actual, al margen de los contrastes obvios derivados de los avances tecnológicos y de la digitalización⁸¹. De hecho, en el escenario laboral que describía el autor ya hacía alusión al trabajo a domicilio, al teletrabajo con ordenador, al contrato de ejecución de obra o servicio y a la descentralización y externalización de actividades empresariales como ejemplos de supuestos “conflictivos”, “fronterizos” y que plantean “problemas de calificación” jurídica en cuanto a su laboralidad⁸². Aquella nueva dimensión de la

⁷⁹ Así consta expresamente en el comunicado conjunto del MITES y las organizaciones sindicales y empresariales firmantes del acuerdo publicado al día siguiente de su firma bajo el título “El Gobierno y los interlocutores sociales alcanzan un acuerdo sobre los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales”. Este comunicado se puede consultar en la siguiente dirección de internet: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3958>

⁸⁰ Como indica expresamente Baylos Grau, A. en su blog, el eje central del texto es la inclusión declarativa de los trabajadores de reparto al servicio de las plataformas en la relación laboral”, de hecho, “se establece una presunción en conexión con la que establece el art. 8.1 ET”, <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>

⁸¹ Como es fácil imaginar, se trata del siguiente trabajo: Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 28, 1996, pp. 495 ss.

⁸² Cfr. Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado...*, op. cit., p. 529.

ajenidad, que hoy sigue conformando una de las varias perspectivas que integran el significado del criterio distintivo, proclama que el trabajador trabaja para un empresario, no directamente para el mercado. Pasar de trabajar autónomamente para el mercado a trabajar para un empresario convierte a ese sujeto en trabajador sometido al Derecho del Trabajo. Pues bien, a partir de las consideraciones anteriores y para evitar la expulsión del ámbito de cobertura de la normativa laboral de ciertos colectivos problemáticos, no se puede obviar la fuerza y validez del alcance de la ajenidad en el mercado “con lo que ello implica de discernimiento entre si se trabaja para un empresario o para un cliente, con la consiguiente perdurabilidad o no de la relación”. Repárese en que tal “conexión estable con la empresa equivale a desconexión, no menos estable, con el mercado por parte del trabajador directo”⁸³.

Por último, sobre los derechos de los trabajadores autónomos, en particular, los vulnerables, antes ya se adelantó la problemática de su catalogación y de su eficacia, pero también se propusieron algunas soluciones como su reconocimiento y ejercicio desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que desde luego va a implicar a las instituciones y por supuesto a las empresas. Qué duda cabe que llevar a la práctica la implementación de todo lo anterior va a exigir un esfuerzo, en particular, para garantizar su cumplimiento. Pero, como ha acontecido en otras ocasiones, a veces es cuestión, simplemente, de voluntad política y de alcanzar un reequilibrio de fuerzas en el mundo de la economía productiva en pro de un colectivo, el autónomo vulnerable, cuya similitud con el trabajador subordinado ordinario, en no pocas ocasiones, es bastante similar.

⁸³Cfr. Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado...*, op. cit., p. 529.

EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE DIGITALIZACIÓN. EL NECESARIO PROTAGONISMO DE LA NORMA PACTADA

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

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

EXTRACTO

Palabras clave: negociación colectiva europea; acuerdos colectivos; digitalización; empleo; relación laboral

Desde el inicio de la pandemia por Covid-19 estamos asistiendo a un impulso desconocido hasta el momento de la digitalización de la economía y de la sociedad en general y, en paralelo, a una intensa intervención normativa a escala europea y nacional, así como a un exponencial apoyo financiero de la UE para la recuperación de la economía europea y la consecución de los objetivos de transición verde y digital. En este contexto, se alcanza por los interlocutores europeos el Acuerdo marco sobre Digitalización, de junio 2020, de libre iniciativa y carácter autónomo, si bien en una dinámica de entendimiento con las instituciones europeas. Los profundos cambios que se están produciendo en el ámbito de las relaciones laborales derivados de la digitalización de la economía no pueden abordarse sin la intervención de la negociación colectiva a todos los niveles y, más ampliamente del diálogo social europeo y nacional. Este estudio analiza, de forma contextualizada, el alcance del Acuerdo marco y el punto de inflexión que supone para la negociación colectiva, sus contenidos, y una participación más integral y democrática de los representantes de los trabajadores y empleadores en la configuración de un marco regulatorio de las relaciones laborales, adaptado a las transformaciones digitales pero que, a la vez, debe poner a las personas trabajadoras en el centro de atención.

ABSTRACT

Key Words European collective bargaining; collective agreements; digitalisation; employment relationship

Since the beginning of the Covid-19 pandemic, we are witnessing a hitherto unknown momentum in the digitalisation of the economy and society in general and, in parallel, an intense regulatory intervention at European and national level is taking place, as well as exponential financial support from the EU for the recovery of the European economy and the achievement of the green and digital transition objectives. In this context, the Framework Agreement on Digitisation of June 2020 was reached by the European partners, of free initiative and autonomous character, albeit in a dynamic of understanding with the European institutions. The profound changes that are taking place in the field of industrial relations as a result of the digitalisation of the economy cannot be addressed without the involvement of collective bargaining at all levels and, more broadly, of European and national social dialogue. In this study we analyse, in contextualised form, the scope of the Framework Agreement and the turning point it represents for collective bargaining, its contents, and a more comprehensive and democratic participation of workers' and employers' representatives in shaping a regulatory framework for industrial relations that is adapted to digital transformations but which, at the same time, must put the focus on workers.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “*Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*”, DER2017-83488-C4-1. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ÍNDICE

1. UN ACUERDO EUROPEO PARA LA ADAPTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS EFECTOS LABORALES DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA
2. EL PROTAGONISMO DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE DIGITALIZACIÓN
3. LA DIGITALIZACIÓN COMO ELEMENTO DE INTERVENCIÓN NORMATIVA
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO MARCO
 - 4.1. Ámbito funcional intersectorial
 - 4.2. Ámbito personal
 - 4.3. Ámbito temporal
5. LA INTERRELACIÓN DE LAS MATERIAS A NEGOCIAR Y EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN
 - 5.1. Las materias
 - 5.2. El proceso circular de negociación
6. COMPETENCIAS DIGITALES Y EMPLEABILIDAD
7. MODALIDADES DE CONEXIÓN Y DESCONEXIÓN
8. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE CONTROL HUMANO
9. RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA Y SISTEMAS DE VIGILANCIA
10. CONCLUSIONES

1. UN ACUERDO EUROPEO PARA LA ADAPTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS EFECTOS LABORALES DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

El 22 de junio de 2020, los interlocutores sociales europeos, CES, Business Europe, SME United, y CEEP (y el comité de enlace EUROCADRES/CEC)¹, alcanzaron el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. La denominación del Acuerdo marco se presenta un tanto imprecisa, dado el extensivo uso que del término digitalización se está haciendo desde hace unos años en todos los ámbitos, normativos, convencionales, científicos, o de la sociedad en general. Desde una perspectiva jurídico-laboral, y dado que estamos en presencia del resultado de una negociación colectiva a nivel europeo², es lógico asociar el objeto del Acuerdo con la prestación de trabajo, esto es, que estamos en presencia de un acuerdo sobre

¹ Confederación Europea de Sindicatos (CES) <http://www.etuc.org/>; Confederación de Empresas Europeas (BusinessEurope) <http://www.businesseurope.eu/>; SMEunited (antes UEAPME) asociación de artesanos y pymes de Europa <https://www.smeunited.eu/>; Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General (CEEP) <http://www.ceep.eu/>; Eurocadres (Consejo del Personal Profesional y Directivo Europeo) como parte de la delegación de la CES <http://www.eurocadres.org/>; y la Confederación Europea de Cuadros (CEC); como parte de la delegación de la CES <http://www.cec-managers.org/>.

² Entendemos que resulta más ajustada la calificación de negociación colectiva a este tipo de proceso negociador bilateral entre los interlocutores sociales, que la de diálogo social, sin que podamos entrar aquí en los detalles del debate jurídico existente en torno a la diferenciación de estos conceptos. Vid. al respecto, entre otros, García-Muñoz Alhambra, M. A. (2019): “Diálogo social europeo y negociación colectiva”, AAVV *Derecho Social de la Unión Europea*, M. E. Casas

la “digitalización del trabajo” y, de hecho, incluso podemos caer en la inercia de denominarlo así. No obstante, teniendo en cuenta su contenido, no cabe ninguna duda de que se refiere a la digitalización del trabajo. Es algo que se podrá entender mejor una vez podamos analizar su contenido, pero convendría anticipar algunas claves al respecto.

Los firmantes declaran en su introducción que el Acuerdo “es un compromiso compartido de los interlocutores sociales intersectoriales europeos para optimizar los beneficios y hacer frente a los retos de la digitalización en el mundo laboral”, afirmándose que la digitalización de la economía tiene grandes repercusiones en los mercados laborales, y en todo lo relativo al trabajo. Por ello asumen un compromiso “compartido”, que trasladan a su vez a los empleadores, los trabajadores y sus representantes, como algo necesario que deben alcanzar desde un enfoque de colaboración. El objetivo general expresado va a ser lograr una transición consensuada mediante la integración satisfactoria de las tecnologías digitales en el lugar de trabajo, aprovechando las oportunidades y haciendo frente a los riesgos (retos) de la digitalización en el mundo laboral.

Como ya se puede ver, no cabe duda de que el Acuerdo marco se dirige al ámbito del trabajo y de los efectos que la incorporación de la tecnología digital a la economía, a los procesos de producción de bienes y consumo, puede producir en el trabajo, en las personas trabajadoras y en las empresas. Sin embargo, pese a que el marco que se expone en el Acuerdo es muy amplio y pretende abarcar todos los aspectos del trabajo que se pueden ver afectados por las consecuencias negativas de la digitalización –aunque se afirma también que aporta claros beneficios a empleadores y trabajadores-, su contenido se concentra principalmente sólo en algunos de ellos: la formación permanente en competencias digitales para mantener el empleo; el tiempo de trabajo en la organización flexible del trabajo por el uso de la tecnología –conexión y desconexión- ya sea en el lugar de trabajo o mediante teletrabajo; directrices y principios sobre cómo se debe introducir la inteligencia artificial (IA) en el mundo laboral y la garantía de su control humano; y la preservación de la dignidad de las personas trabajadoras en el control empresarial de la ejecución del trabajo a través de dispositivos digitales.

De estas cuatro materias, resulta llamativo que la materia tratada de forma más extensa sea la relativa a la formación en competencias digitales de los trabajadores, por el hecho de que la política de empleo ha sido una de las más desarrolladas por la UE, y en los últimos años específicamente en competencias digitales. No obstante, entendemos que ello no impide su tratamiento a nivel de pacto europeo que aporte reglas dirigidas a los representantes de los trabajadores y empleadores. Respecto de las otras tres materias, si bien su contenido es menor en

Baamonde y R. Gil Albuquerque (Directores), Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, pp. 1170 a 1175; Molina García, M. (2002): *La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo Blanch, Valencia.

extensión, resulta contundente por establecer no sólo propuestas de medidas, sino directrices específicas que se deben integrar en los convenios y pactos colectivos a todos los niveles, con verdaderos núcleos mínimos de derechos y obligaciones de los trabajadores y las empresas.

Lo anterior, nos lleva a pensar que el hecho de adoptar una denominación del Acuerdo marco tan general, sin mención del ámbito del trabajo, ni tampoco de algún aspecto del mismo de los que pueden ser afectados por la digitalización, permite a los interlocutores sociales presentar un pacto ambicioso que en principio alude a todos los aspectos del mundo del trabajo afectados por la digitalización y sus efectos, pero a la vez centrarlo en lo que han considerado las materias prioritarias, o núcleo duro de intervención, lo que deja abierta la puerta a futuras negociaciones sobre otros aspectos laborales a los que la digitalización les impacta. También les permite la combinación de fórmulas en el tratamiento de dichas materias, de manera que siendo la pauta general, expresada reiteradamente, la de proporcionar criterios para la adaptación de contenidos de la negociación colectiva llevada a cabo en todos los niveles –empresa, sector, europeo-, motivada por la transformación digital de la economía y, como efecto, del trabajo y de los sujetos que en él intervienen, también les permite delimitar derechos y obligaciones de trabajadores y empresas en algunas concretas materias, a la par que se llama a la intervención negociada sobre las mismas.

Como se verá, este Acuerdo marco no pretende ser un pacto europeo a modo de código de buenas prácticas para la negociación colectiva en materia de digitalización del trabajo y, sin perjuicio de las diferentes valoraciones que se pueda hacer del mismo, puede suponer un importante impulso para la renovación de contenidos negociales a todos los niveles, y un marco que facilite su adaptación a los cambios en el trabajo como consecuencia de la digitalización de la economía.

2. EL PROTAGONISMO DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE DIGITALIZACIÓN

Desde 2015 los interlocutores sociales europeos han dado un nuevo impulso al diálogo social, alcanzando en 2016 una declaración conjunta con la Comisión europea denominada “Un nuevo comienzo para el diálogo social”³, para superar la etapa de hostilidad hacia el diálogo social producida durante el mandato de la Comisión Barroso⁴. La declaración conjunta subraya el papel fundamental del diálogo social europeo como un componente importante de la formulación de políticas sociales y de empleo de la UE. Identifica, asimismo, las medidas que deben

³ “*A New Start for Social Dialogue*, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15738&langId=en>.

⁴ García-Muñoz Alhambra, M. A. (2019): “Diálogo social europeo y negociación colectiva”, AAVV *Derecho Social de la Unión Europea*, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Albuquerque (Directores), Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, p. 1181 y 1182.

tomar los firmantes, con el objetivo de seguir reforzando el diálogo social a escala nacional y de la UE. Además, la declaración hace referencia a las conclusiones sobre «un nuevo comienzo para el diálogo social», adoptadas previamente por los ministros de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea en junio de 2016⁵.

Más adelante, y como continuidad en los objetivos marcados en dicho nuevo impulso para el diálogo social, los interlocutores europeos CES, BusinessEurope, SMEUnited, CEEP⁶, presentaron en 2019 el sexto *Programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos para 2019-2021*⁷. En dicho Programa se acuerda negociar un acuerdo marco autónomo sobre digitalización, sobre la base de que hay que enfrentarse a una transformación fundamental en el mundo del trabajo, y de que la digitalización puede ser una oportunidad y un desafío, respecto de la que no se conocen todavía muchos de sus aspectos, por lo que se proponen explorar diferentes experiencias relacionadas con temas, como la adquisición de habilidades digitales, la organización del trabajo, incluidas las posibilidades y modalidades de conexión y desconexión, y condiciones de trabajo.

Y, en efecto, los interlocutores sociales dan cumplimiento al compromiso que habían adoptado en su programa de trabajo, acordando el Acuerdo marco que aquí se trata⁸. Las materias que aborda éste se centran en las que se enuncian en el programa de trabajo, si bien no de forma totalmente coincidente, pues tanto la organización del trabajo como las condiciones de trabajo quedan en cierto modo difuminadas a lo largo del Acuerdo marco, como se verá más adelante. Pero junto a la importancia de las materias tratadas, cabe destacar el especial protagonismo de los interlocutores sociales, que el propio Acuerdo marco resalta de forma reiterada, siendo una referencia que aparece constantemente a lo largo de todo el texto. Este protagonismo se evidencia en dos planos diferenciados: el primero, en el de los propios firmantes, y el segundo, en el del papel crucial que son llamados a desempeñar los interlocutores sociales a todos los niveles, esto es, el nivel de empresa, de sector y el nivel transnacional a través de comités de empresa europeos.

Desde la perspectiva de los sujetos firmantes, estos evidencian su interés por no quedar al margen de la construcción de nuevas reglas que permitan la adaptación del marco regulador de las relaciones laborales al proceso de digitalización del trabajo. No ignoran el papel que ya están desempeñando tanto la Unión Europea

⁵ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=es&pubId=7918&furtherPubs=yes>.

⁶ Confederación Europea de Sindicatos (CES) <http://www.etuc.org/>; Confederación de Empresas Europeas (BusinessEurope) <http://www.businesseurope.eu/>; SMEUnited (antes UEAPME) asociación de artesanos y pymes de Europa <https://www.smeunited.eu/>; Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General (CEEP) <http://www.ceep.eu/>.

⁷ <https://www.etuc.org/en/publication/european-social-dialogue-work-programme-2019-2021>

⁸ Vid. la entrada de blog que realiza sobre el Acuerdo marco Rojo Torrecilla, E. (2020): “La importancia del diálogo social a escala europea. Notas a propósito del acuerdo marco sobre digitalización suscrito el 22 de junio de 2020”, en el Blog de Eduardo Rojo [<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/06/la-importancia-del-dialogo-social.html>].

como los estados miembros en este ámbito, al que califican de importante, como en efecto está ocurriendo por la intensa intervención pública que está habiendo en torno a la digitalización de la economía y de la sociedad. Pero a la par que destacan este papel público, reclaman su propio espacio en esa intervención, y que el poder público europeo y nacional se asegure de que las condiciones marco que acuerdan los interlocutores sociales europeos cuenten con un espacio propio para que los empleadores y trabajadores puedan “encontrar soluciones”, o dicho de otra forma, que puedan alcanzar acuerdos para regular la materia, esto es, adaptar los mercados laborales, la educación y capacitación, los sistemas de protección, entre otras, para que la transición a un modelo de trabajo digitalizado pueda beneficiar a ambos.

El fundamento en el que basan esta exigencia de espacio y de apoyo por parte de los poderes públicos europeo y nacionales es que “ellos son los que mejor conocen la situación sobre el terreno y las medidas necesarias para favorecer a las empresas y trabajadores”. La negociación colectiva a todos los niveles debe, por tanto, moverse entre normas públicas, como ha tenido que hacer siempre, y los interlocutores sociales son conscientes de la importancia de estos cambios tan profundos que está suponiendo la digitalización del trabajo, y la capacidad de adaptación a la realidad que presenta la norma pactada, dentro de unos cauces públicos que distribuyen los espacios normativos en el ámbito de las relaciones de trabajo. Ello no obstante, parece que en este ocasión son las acciones públicas las que llevan la delantera en la intervención en materia de digitalización –como apuntaremos en el siguiente apartado–, tanto a nivel europeo como nacional. Se constata una abrumadora actividad de la UE en materia de digitalización, si bien no directamente respecto del ámbito de las relaciones de trabajo, sí en muchos otros ámbitos dentro de los cuales se pueden ver afectado el empleo, el contenido de los trabajos, las condiciones de trabajo y otros aspectos de las relaciones de trabajo.

Otra matización que conviene hacer, en relación con el espacio temporal, o sea, con el momento de la intervención de los interlocutores sociales mediante este Acuerdo marco es que, si bien se alcanza dentro del periodo programado, se afirma en el mismo que es necesario anticiparse a los cambios que está produciendo la incorporación de la tecnología digital en el mundo del trabajo, cuando la realidad es que en muchos procesos de producción de bienes y servicios esa incorporación ya hace tiempo que se inició, como es el caso de algunos sectores de la industria del metal –con uso de cobots, robots, sensores digitales, entre otras tecnologías digitales⁹, o también el sector financiero¹⁰. Pero también es cierto que la

⁹ Como se expresa en la declaración conjunta sectorial de CEEM e INSINDUSTRIALL-ETU *The impact of digitalisation on the world of work in the MET industries*, de noviembre de 2020, consultable en: An industriAll Europe & Ceemet joint position https://www.gesamtmetall.de/sites/default/files/iall_-_ceemet_digitalisation_statement_09.11.2020_eng_1.pdf

¹⁰ Como ilustra recientemente Martínez Girón, J. (2021): “Reestructuraciones empresariales”, AAVV Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de

implantación de la digitalización es todavía muy desigual y parcial, tanto entre sectores productivos como entre territorios, por lo que el Acuerdo marco presenta un importante potencial en este sentido, incluso en sectores ya digitalizados, dado que la tecnología digital se caracteriza por su constante evolución e innovación. En todo caso, el propio Acuerdo marco reconoce que ya se ha introducido una amplia gama de herramientas digitales, y de acuerdos al respecto, por lo que prevé que se tengan en cuenta por los negociadores y, en su caso, si en la fase de evaluación surgen preocupaciones sobre los efectos en las condiciones de trabajo, establece la adopción de las medidas necesarias.

De otro lado, destaca también el protagonismo de los interlocutores sociales a los que se dirige el Acuerdo marco, a todos los niveles –empresa, sector, transnacional europeo-, a la postre negociadores de los nuevos contenidos de los convenios y pactos colectivos. El Acuerdo marco resalta constantemente el protagonismo esencial de esos interlocutores sociales –negociadores-, que son los destinatarios del mismo. En este sentido, la idea fuerza que transmite el Acuerdo marco es la necesidad y el compromiso compartido de la intervención de los negociadores en todos los aspectos que tienen que ver con el trabajo, aunque como ya hemos avanzado, el Acuerdo se centra en algunos concretos aspectos laborales y no en todos. Una intervención transversal, planteada metodológicamente como un proceso circular –como exponemos más adelante-, en el que los negociadores deben participar en todas las fases de las medidas acordadas, participación que se debe basar en la colaboración entre representantes de los trabajadores y empleadores. A estos efectos, el Acuerdo marco expresa como uno de sus objetivos el de concienciar y mejorar la comprensión de los empleadores, los trabajadores y sus representantes sobre las oportunidades y los retos del mundo laboral derivados de la transformación digital. Pretende igualmente ser un marco para alentar, orientar y ayudar a los empleadores, los trabajadores y sus representantes a concebir medidas y acciones encaminadas a aprovechar esas oportunidades y hacer frente a los retos, eso sí, teniendo en cuenta al mismo tiempo las iniciativas, las prácticas y los convenios colectivos existentes.

Esta intervención de los negociadores se concibe como una negociación dinámica, continua, pues una vez que se alcancen los acuerdos, se les encomienda la tarea de realizar un seguimiento de lo acordado y su implementación, así como una evaluación que les sirva para hacer nuevos análisis sobre las materias. A estos efectos, resulta coherente el mandato expreso de que los representantes de los trabajadores reciban las facilidades y la información necesarias para participar de manera efectiva en las diferentes fases del proceso.

Sabemos que es consustancial a los acuerdos colectivos europeos conocidos como “libres” o “independientes, esto es, los que no provienen del sistema de doble consulta de la Comisión previsto en el art. 154 TFUE, sino de una negociación libre con base en el art. 155 TFUE, que su vía de aplicación es mediante los acuerdos de los interlocutores sociales de cada Estado miembro, y que la eficacia final de ese acuerdo autónomo dependerá de la eficacia que tengan aquéllos en cada Estado miembro, lo que tiene como desventaja que no garantizan un mismo nivel de regulación en todos los Estados miembros, por lo que podría no conseguirse el objetivo fundamental perseguido por la negociación colectiva¹¹. Es, por tanto, consustancial en este tipo de acuerdos el protagonismo de los interlocutores sociales destinatarios del mismo, cuyo objetivo principal es establecer criterios comunes que doten de homogeneidad al ámbito que regulan, que posteriormente serán desarrollados a otros niveles¹².

Pero el Acuerdo marco sobre digitalización, que los propios firmantes califican de Acuerdo independiente y, por tanto, autónomo en su aplicación, hace un especial y reiterado llamamiento a los sujetos negociadores a todos los niveles, incluso con invitación a ser aplicado también por sus organizaciones miembros de países candidatos, para la integración de todo un modelo de negociación basado en un proceso circular dinámico. Es decir, que no se limita a proporcionar un marco relativo a las materias a negociar, sino que además diseña también una forma de negociar, con involucración y compromiso de ambas partes. En este diseño, puede tener cabida la participación de los representantes de los trabajadores en esferas hasta ahora reservadas al poder de dirección de los empleadores, como es el análisis previo del impacto que puede tener en el trabajo una determinada tecnología digital antes de que sea incorporada, así como evaluar si dicha digitalización beneficia a ambas partes, cuáles son los riesgos de la misma y qué medidas deben ser objeto de pacto, así como su evaluación y revisión posterior. Desde esta perspectiva, el Acuerdo marco tiene un importante potencial para la participación de los trabajadores, no sólo en la negociación de las condiciones de trabajo una vez implantadas en la empresa nuevas tecnologías digitales, sino también antes de su incorporación, evaluando las distintas posibilidades existentes y consensuando la idoneidad y el mayor beneficio para ambas partes, pudiéndose después pactar medidas para minimizar sus riesgos para el trabajo, así como estrategias digitales que establezcan objetivos para la empresa en el futuro.

¹¹En este sentido García-Muñoz Alhambra, M. A. (2019): “Diálogo social europeo y negociación colectiva”, op. Cit. Pp.1187-1188.

¹²En este sentido, Bogoni, M. (2015): *El espacio europeo para la negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, p. 235.

3. LA DIGITALIZACIÓN COMO ELEMENTO DE INTERVENCIÓN NORMATIVA

La presidencia de la actual Comisión europea, en su programa *Orientaciones políticas para la próxima comisión europea 2019-2024*¹³, fijó entre sus seis grandes orientaciones políticas para Europa la relativa a “una Europa adaptada a la era digital”. Ya desde 2015 había sido aprobada la Estrategia Europea para el Mercado Único Digital, sin embargo las iniciativas habían sido limitadas y parciales. A ello se suma la necesidad de afrontar, no sólo la digitalización en el plano interno del mercado interior de la UE, sino también la hegemonía de otras potencias como EEUU y China y la irrupción del Covid-19, que llevan a la necesidad de afianzar la base económica europea, garantizar la soberanía tecnológica, reforzar la competitividad mundial, facilitar la transición ecológica, crear empleo y mejorar la vida de los ciudadanos¹⁴.

Para superar la situación de desventaja de la UE frente a otras potencias competidoras, la Comisión europea aprueba en 2020 el “*Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*”¹⁵; la comunicación “*Una nueva estrategia de datos*”¹⁶; y la comunicación “*Un futuro digital para Europa*”¹⁷. En ésta se hace una llamada a los interlocutores sociales, ya que se constata que numerosas ocupaciones se transformarán por completo. Así, se afirma que la transición debe ser equitativa y justa, que se debe alentar a las mujeres a participar plenamente, y que los interlocutores sociales tienen un papel crucial que desempeñar en este contexto. Al mismo tiempo, se considera que el fomento de la innovación y la difusión tecnológica son un requisito previo para una buena calidad de vida, oportunidades de empleo y cerrar las brechas de participación existentes, especialmente en las zonas rurales y remotas que sufren el envejecimiento y el declive de la población. Tras ello, se han sucedido numerosas intervenciones legislativas de la UE en materia de digitalización del mercado, de servicios digitales, la ciberseguridad, la inteligencia artificial, etc¹⁸.

¹³Von Der Leyer, U. “Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa”, programa presentado a su candidatura a la presidencia de la Comisión europea, 2019, consultable en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf

¹⁴Consejo Económico y Social España (2021): *La digitalización de la economía. actualización del informe 3|2017*. Informe 01/2021, consultable en: <http://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf>

¹⁵Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final.

¹⁶A European strategy for data, Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 66 final.

¹⁷Shaping Europe’s digital future.

¹⁸Consejo Económico y Social España (2021): *La digitalización de la economía. actualización del informe 3|2017*. Informe 01/2021, consultable en: <http://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf>

El Acuerdo marco forma parte de este contexto de iniciativas normativas de la UE en materia de digitalización, y se identifica con éstas en cuanto a los objetivos de aprovechar las oportunidades y afrontar los riesgos que se derivan de la digitalización de la economía, en este caso en el ámbito de las relaciones laborales, para que beneficie tanto a las empresas como a los trabajadores. También es coincidente en el planteamiento de un enfoque multidisciplinario amplio, que tenga en cuenta la interrelación de todos los ámbitos y evite el tratamiento aislado de las materias, igualmente relativo a las relaciones laborales. Y, al igual que se hace por las instituciones de la UE, el Acuerdo se marca como objetivo apoyar el desarrollo de un enfoque orientado al ser humano para la integración de la tecnología digital en el mundo laboral, con el doble fin de ayudar a los trabajadores y mejorar la productividad.

No obstante, la configuración de las diferentes estrategias de la UE y su actividad normativa se está produciendo a una enorme velocidad, no sólo por la necesidad de alcanzar los objetivos de la nueva Agenda digital, sino también por la necesidad de recuperación de la economía a escala europea de los efectos producidos por actual pandemia por Covid-19, a la que se pretende hacer frente con una financiación por parte de la UE sin precedentes, mediante el instrumento de recuperación temporal *Next Generation*¹⁹ y su pieza central, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Financiación que la UE ha sabido vincular o condicionar a la necesidad de reformas e inversiones por parte de los Estados miembros alineadas con los objetivos europeos de la doble transición verde y digital marcados por la propia UE. En este sentido, según el nuevo Reglamento sobre el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, los planes nacionales de recuperación y resiliencia deben asignar al menos el 20 % del gasto a la transición digital, sin perjuicio de la dotación presupuestaria específica para la financiación del “Programa Europa Digital”, para el despliegue de tecnologías de vanguardia en áreas fundamentales como la inteligencia artificial, la supercomputación y la ciberseguridad²⁰.

Cabe añadir dos consideraciones sobre lo expuesto. La primera, relativa a que la ingente inyección de financiación pública por parte de la UE en un periodo

¹⁹Acordado por el Consejo europeo en julio de 2020 y aprobado por el Parlamento europeo y el Consejo en diciembre de 2020, que asciende a 750.000 millones de euros, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es

²⁰Aprobado por el Consejo el 21 de marzo de 2021: <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/a-digital-future-for-europe/timeline-digital-europe/> Este Programa cuenta con un presupuesto de 7.588 millones de euros, que se ejecutará en el periodo 2021-2027. El programa Europa Digital financiará proyectos en cinco ámbitos, cada uno de ellos dotado de su propio presupuesto indicativo: informática de alto rendimiento: 2.200 millones de euros; inteligencia artificial: 2.000 millones de euros; ciberseguridad y confianza: 1.600 millones de euros; capacidades digitales avanzadas: 577 millones de euros; mejor uso de la capacidad digital e interoperabilidad: 1.000 millones de euros.

acotado de tiempo hará que los Estados promuevan inversiones para la digitalización de sus economías, y que muchas empresas no quieran perder esta gran oportunidad para su recuperación y/o adaptación con el objetivo de ser más competitivas. Toma, pues, un cariz importante la diferente velocidad de implementación de las normas europeas y la de la negociación colectiva a todos los niveles, que va a requerir que ésta no sólo sea dinámica, sino también ágil y capaz de intervenir a tiempo, sobre todo teniendo en cuenta que el propio Acuerdo marco alude a la necesidad de anticipación al cambio. Pero, por otro lado, el Acuerdo marco fija un plazo de implementación de 3 años, lo que puede resultar poco efectivo si se pretende que la negociación colectiva pueda intervenir en estadios previos a la incorporación de herramientas digitales en el ámbito laboral.

La segunda consideración, es relativa a la concurrencia de regulación sobre digitalización pues, si bien es cierto que la estrategia europea sobre la digitalización es mucho más amplia de la que pueden abordar los interlocutores sociales, también lo es el hecho de que integra algunos aspectos que son coincidentes y propios del ámbito de las relaciones laborales, como la formación, el empleo, la inteligencia artificial, o la protección de datos de las personas trabajadoras. De manera que los interlocutores sociales europeos deberán mantener un diálogo social permanente con las instituciones europeas a fin de poder consensuar la delimitación o deslinde de los aspectos que deben ser tratados por la vía de la negociación colectiva y aquellos otros que se puedan mantener en el ámbito de decisión de la UE. Cobra sentido a estos efectos, el llamamiento que hace el propio Acuerdo marco a la UE y a los gobiernos nacionales para que “les dejen el espacio necesario (a los trabajadores y empleadores) para encontrar las soluciones adecuadas (...), ya que son los que mejor conocen la situación sobre el terreno y las medidas necesarias para favorecer a las empresas y los trabajadores”. Siendo ello así, tampoco cabe desconocer que la UE tiene unos objetivos y estrategias geopolíticas en una competición con otras potencias económicas por la soberanía digital.²¹

El actual modelo de relaciones laborales se está viendo afectado por grandes transformaciones derivadas de la digitalización de la economía, cuyo concreto alcance cualitativo y cuantitativo no resulta nada pacífico²². Es una situación que

²¹Para el Consejo Económico y Social España (2021): *La digitalización de la economía. actualización del informe 3|2017*, pp 37-38, “La noción de soberanía digital se enmarca en el concepto más amplio de autonomía estratégica y ha cobrado fuerza en los últimos meses ante la necesidad de acelerar la recuperación económica tras la pandemia, reducir el desfase industrial y tecnológico europeo para competir por los mercados mundiales, enfrentar las presiones geopolíticas en relación al 5G o la ocupación de tramos de la cadena de valor digital por parte de terceros (...). A escala internacional (la UE) aspira a contribuir a la configuración de reglas y normas mundiales sobre la base de los valores europeos, los derechos fundamentales, la seguridad y la garantía del modelo económico y social europeo”.

²²En este sentido Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, AAVV: *Monográfico sobre el impacto de las tecnologías de*

requiere, entre otras, un importante acompañamiento entre las normas públicas y las normas pactadas, el diálogo social permanente, así como el fortalecimiento de la negociación colectiva en un marco normativo más democrático de las relaciones laborales²³, pues buena parte del marco regulatorio público sobre la digitalización se produce fuera del ámbito de las relaciones laborales y del mercado de trabajo, por lo que esa regulación no actúa como instrumento garante de los derechos sociales y laborales, y su análisis debería realizarse desde un enfoque amplio de justicia social y de derechos para evitar las desigualdades materiales entre las personas trabajadoras²⁴.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Acuerdo marco dedica un apartado específico a su ámbito de aplicación funcional, personal y territorial, y en otro apartado dedicado a su aplicación y seguimiento contempla su ámbito temporal. Nos referiremos seguidamente a estos ámbitos, salvo el territorial porque no hay mucho más que añadir al dato de que el Acuerdo marco extiende su ámbito de aplicación al conjunto de territorios de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE), del que forman parte Noruega, Islandia y Liechtenstein.

4.1. Ámbito funcional intersectorial

Por lo que se refiere a su ámbito funcional, el Acuerdo marco se aplica a todos los sectores públicos y privados y a todas las actividades económicas, en consonancia con el carácter intersectorial de las organizaciones firmantes. Por la parte sindical, la Confederación de sindicatos europeos (CES) que integra como delegación al Consejo del Personal Profesional y Directivo Europeo (EUROCADRES) y a la Confederación Europea de Cuadros (CEC). Por la parte empresarial, son firmantes la Confederación de Empresas Europeas (BusinessEurope); SMEunited (antes

la información y las comunicaciones sobre las relaciones laborales, Cruz Villalón (Dir.), *Revista Temas Laborales* 138/2017, pp 14 y ss.

23 Vicente Peralta, M. C. Y Rocha Sánchez, F. (2020): “El papel de la negociación colectiva en la forja de una «normalidad mejor»”, *Trabajo y Derecho* 12/2020.

24 En este sentido Aragüez Valenzuela, L. (2019): *Relación laboral digitalizada: Colaboración y control en un contexto tecnológico*, Aranzadi, Estudios, Cizur Menor (Navarra), pp. 29 y ss, donde desarrolla sólidos argumentos para mantener un enfoque de justicia social y la necesidad de atender a la parte viva de la relación jurídica con el fin de equilibrar a las partes intervinientes.

UEAPME) asociación de artesanos y pymes de Europa; y el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General (CEEP)²⁵.

De manera que el Acuerdo marco es lo suficientemente representativo de todos los sectores como para extender su ámbito de aplicación a todos ellos²⁶. Pero incluso, en ese deseo de los firmantes de contar con una amplia cobertura negocial, se expresa su aplicación “a todas las actividades económicas”, lo que va a permitir extender su aplicación a actividades –nuevas o no- que no se identifiquen con un sector concreto de la economía, como es el caso de las actividades que utilizan plataformas digitales, condicionado a aquellas “en las que existe una relación laboral, según se defina a nivel nacional”. Esta condición por el tipo de relación jurídica que une a las partes hace que se centre la atención no sólo en que el tipo de actividad no admita su inclusión en un sector concreto, sino en que la relación sea laboral y, por tanto, que se trate de trabajadores asalariados, por lo que nos referiremos a ello en el ámbito personal.

Por otro lado, consideramos un acierto que el Acuerdo se aplique también al sector público, ya sean administraciones públicas u otro tipo de entidades del sector público. En este ámbito, no obstante, el marco normativo regulador de los procesos de negociación en el sector público difiere notablemente de unos Estados miembros a otro. Los interlocutores sociales europeos, conocedores de las diferentes realidades normativas europeas, tanto en el sector público como en el privado²⁷, han tenido en cuenta esta diversidad, lo que les ha llevado a contemplar una “adaptación” de lo que denominan “proceso de colaboración entre empleadores y representantes de los trabajadores”, en una terminología que ya en sí misma da cuenta del deseo de poder ser aplicada a todo tipo de modelos y prácticas nacionales de procesos de negociación de acuerdos laborales. En efecto, conforme a esa previsión de adaptación, el Acuerdo marco, al describir las diferentes fases y reglas que deben seguir los representantes de los trabajadores y empleadores para alcanzar “medidas/acciones apropiadas”, establece que “Aunque las fases del proceso continuarán siendo las mismas, este proceso debería adaptarse a las

²⁵Confederación Europea de Sindicatos (CES) <http://www.etuc.org/>; Eurocadres (Consejo del Personal Profesional y Directivo Europeo) como parte de la delegación de la CES <http://www.eurocadres.org/>; y la Confederación Europea de Cuadros (CEC); como parte de la delegación de la CES <http://www.cec-managers.org/>. Confederación de Empresas Europeas (BusinessEurope) <http://www.businesseurope.eu/>; SMEunited (antes UEAPME) asociación de artesanos y pymes de Europa <https://www.smeunited.eu/>; y Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General (CEEP) <http://www.ceep.eu/>.

²⁶Sobre los interlocutores sociales europeos, su conformación y consolidación y las reglas de medición de su representatividad, vid. el estudio de Molina García, M. (2002): *La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 74-98.

²⁷Vid. sobre la materia AAVV (2019): *Negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal* (Dir. J. Cruz Villalón), Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales Núm. 115/2019.

diferentes situaciones nacionales, sectoriales y/o empresariales y a los sistemas de relaciones laborales, ajustando los instrumentos utilizados en el proceso, el contenido y/o las personas/expertos implicados. Esto permite tener un enfoque que es pertinente para diferentes trabajos, empresas y sectores”.

Cabe añadir una última consideración sobre el ámbito intersectorial del Acuerdo marco. Y es que al ser de carácter intersectorial, vincula también a las organizaciones sectoriales que sean miembros de las organizaciones intersectoriales firmantes²⁸. No obstante, en el ámbito sectorial europeo “la gran mayoría de resultados son declaraciones, opiniones conjuntas y herramientas que tienen como destinatario mayoritario las Instituciones europeas y, en concreto, la Comisión”²⁹, sin perjuicio de contar con algunos acuerdos en sentido estricto³⁰. En materia de digitalización existen ya numerosas declaraciones y opiniones conjuntas por parte de los interlocutores sociales europeos de algunos sectores³¹, como son los de: transporte marítimo (junio 2019); industrias gráficas (octubre 2019); servicios postales (junio 2019); industria europea del mueble (junio 2020); metal (septiembre 2020); electricidad (septiembre 2020); telecomunicaciones (noviembre 2020); sector de seguros (marzo 2021); transportes públicos urbanos de Europa (marzo 2021). De ellos, los que son posteriores a la fecha de firma del Acuerdo marco, hacen referencia al mismo, como es el caso de las “Recomendaciones conjuntas de los interlocutores sociales europeos del transporte público urbano: Transformación digital y diálogo social en el transporte público urbano en Europa”³², o la opinión conjunta de los interlocutores sociales del sector europeo de las industrias del metal “El impacto de la digitalización en el mundo del trabajo en las industrias MET”³³.

²⁸Desde la reforma de 1998, el diálogo social sectorial europeo se lleva a cabo a través de los Comités de Diálogo Sectorial, existiendo en la actualidad cuarenta y tres comités de diálogo social sectorial, que comprenden sectores fundamentales y engloban aproximadamente al 75 % de la población activa de la UE, según García-Muñoz Alhambra, M. A. (2019): “Diálogo social europeo y negociación colectiva”, cit. p. 1176.

²⁹García-Muñoz Alhambra, M. A. (2017): *La negociación colectiva europea de sector*, Bomarzo, Albacete, pp. 179.

³⁰De un total de 827 documentos alcanzados por los interlocutores sociales europeos de sector, tan sólo 14 pueden considerarse acuerdos, lo que supone únicamente el 1,7% de los textos, *Ibidem*, p. 178.

³¹Datos obtenidos en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=480&langId=en>

³²*Digital Transformation and Social Dialogue in Urban Public Transport in Europe. Joint Recommendations of the European Social Partners in Urban Public Transport ETF-UITP*. Consultable en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5730>.

³³*The impact of digitalisation on the world of work in the MET industries. An industriAll Europe & Ceemet joint position*, consultable en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5720>.

4.2. **Ámbito personal**

El ámbito personal del Acuerdo marco se extiende a “todos los trabajadores y empleadores de los sectores público y privado y de todas las actividades económicas, incluidas las actividades que utilizan plataformas digitales en las que existe una relación laboral, según se defina a nivel nacional”. En coherencia con su ámbito funcional, no se excluye a ningún tipo de trabajador ni empleador, con independencia del tipo de empleador de que se trate o el tipo de actividad que desarrolle. Lo fundamental en este caso va a ser el vínculo laboral entre trabajador y empleador. En principio, se podría afirmar que, por tanto, el Acuerdo marco se extiende sólo a las relaciones de carácter laboral. Pero esta afirmación plantea al menos dos cuestiones, que dejamos planteadas sin que podamos abordarlas con la amplitud que requieren por desbordar el espacio de este trabajo.

La primera cuestión es la relativa a si se puede entender aplicable sólo a los trabajadores cuyo vínculo con la parte empleadora se pueda calificar de relación laboral, o también cabría incluir a quienes tienen una relación funcional pública, dado que el Acuerdo marco se aplica también al sector público. No se hace ninguna referencia al respecto en el Acuerdo marco, más allá de considerarlo aplicable a “todos los trabajadores”. El adverbio utilizado parece mostrar la intención de que el Acuerdo se aplique a toda persona que preste sus servicios a otro a cambio de una retribución, y bajo la organización de éste. Sin embargo, el Acuerdo no aporta ninguna indicación de a qué se refieren los interlocutores sociales al utilizar el término trabajador –sí se hace en cambio respecto de lo que se considera empresas-, y es sabido que no existe a nivel europeo un concepto único de trabajador, no al menos desde la perspectiva de las normas de la UE³⁴. Por otro lado, conviene tener en cuenta que el condicionante que hace el Acuerdo de que “exista una relación laboral según se defina a nivel nacional”, se vincula específicamente a las actividades que utilizan plataformas digitales. Tampoco entendemos que la alusión a “todos los trabajadores y empleadores de los sectores públicos y privados y de todas las actividades económicas”, deba entenderse en el sentido de que el personal funcional y la entidad pública para la que trabaja no desarrollan actividades económicas, sino a servicios administrativos, lo que nos llevaría a su vez a preguntarnos qué se entiende por actividades económicas, o a qué se refieren los interlocutores sociales europeos con dicha expresión.

Como decimos, no podemos abordar aquí estas interesantes cuestiones, sin embargo entendemos que los procesos de determinación de las condiciones de trabajo del personal funcional del sector público pueden abordar las materias que

³⁴Sobre el concepto de trabajador, vid. entre otros: Martínez Moreno, C., “El concepto de trabajador”, en AAVV *Derecho Social de la Unión Europea*, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Directores), Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019, pp. 201 y ss. En la misma obra cit., L. J. Dueñas Herrero, “Empleo público”, pp. 1239 y ss.

se contemplan en el Acuerdo marco, incluso con más motivo, por el hecho de que dichas materias –formación, desconexión digital, inteligencia artificial y sistemas de vigilancia- cobran especial trascendencia en la actualidad por la progresiva y cada vez más consolidada digitalización del sector público³⁵.

La segunda cuestión que dejamos apuntada es la relativa a la inclusión en el Acuerdo marco de los trabajadores que prestan servicios en actividades que utilizan plataformas digitales “en las que existe una relación laboral según se defina a nivel nacional”. En este caso, los interlocutores sociales europeos han sido más explícitos, pues no incluyen todo tipo de trabajos que utilizan plataformas digitales, sino sólo aquellos en los que exista una relación laboral, dejando por tanto al margen a los trabajadores autónomos -y falsos autónomos-. El trabajo en, o a través de, plataformas digitales, si bien es de aparición reciente, ha adquirido en la actualidad grandes dimensiones, siendo uno de los temas que más preocupa a los juristas del trabajo en el presente siglo; su tratamiento desde una perspectiva jurídica se encuentra todavía en una fase de identificación de problemas y de falta de respuestas válidas del ordenamiento, por lo que se están produciendo numerosas aportaciones de instituciones y personas interesadas promoviendo cambios legislativos³⁶.

Precisamente por situarse en esa fase en la que todavía no existe un tratamiento jurídico completo, sino muy parcial y preliminar, con fuertes tensiones en la delimitación de las fronteras entre su calificación como trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, y derivado de ello, una alta judicialización, el Acuerdo marco pretende: 1) Por un lado situarse fuera del conflicto jurídico incluyendo sólo los supuestos en los que se haya reconocido a nivel nacional su calificación como relación laboral –como es recientemente el caso de España para las actividades de reparto a través de plataformas digitales³⁷-. Aunque el Acuerdo marco se aplica a todas las relaciones laborales, incluir expresamente las actividades que utilizan plataformas digitales viene a disipar cualquier duda acerca de su equiparación al resto de trabajadores, al menos en lo que se refiere en este caso a la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo adaptadas a la digitalización, lo que adquiere especial trascendencia en un tipo de trabajo que ya nace en gran parte digitalizado.

³⁵Vid. Sepúlveda Gómez, M. (2019): “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 54/2019, pp. 138-167.

³⁶En este sentido Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (2020): “La agenda reguladora de la economía colaborativa: Aspectos laborales y de seguridad social”, AAVV: *Monográfico sobre el impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las relaciones laborales*, Cruz Villalón (Dir.), *Revista Temas Laborales* 138/2017, pp. 126 y 135.

³⁷Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

2) Por otro lado, el Acuerdo supera el obstáculo de que este tipo de actividades económicas que utilizan plataformas no se residencie fácilmente en sectores productivos concretos, pues puede participar de actividades de más de uno de ellos y no pertenecer a ninguno. Esto se salva en el Acuerdo precisamente mediante la extensión de su aplicación a todas las actividades económicas, incluidas las que utilizan plataformas.

El Acuerdo marco tiene además otra virtualidad, y es la de referirse en general a actividades “que utilizan plataformas digitales”, lo que engloba tanto a trabajadores que desarrollan su trabajo fuera de la plataforma digital y ésta sólo se utiliza como vínculo entre empresa-trabajador-cliente, como a aquellos trabajadores que sí ejecutan su trabajo en la propia plataforma digital, comprendiendo así en su ámbito de aplicación las diferentes realidades que pueden existir. Quedan, no obstante, otras cuestiones por resolver, como puede ser la de identificación de los interlocutores sociales que podrían pactar acuerdos en el ámbito de este tipo de trabajos que utilizan plataformas, sobre todo en los supuestos en los que la plataforma digital –empleador- se utiliza como vía de contacto con los trabajadores y los clientes.

4.3. Ámbito temporal

El Acuerdo marco entra en vigor a la fecha de su firma (22 de junio 2020), estableciendo un plazo de cinco años a contar desde su firma para que cualquiera de las partes pueda solicitar a los demás signatarios la evaluación y revisión del Acuerdo. Se puede entender por tanto que, si ninguna de las partes lo solicita, el Acuerdo continuará aplicándose una vez transcurridos los primeros cinco años de su vigencia.

Por otro lado, se establece el plazo de tres años desde su firma para la implementación del Acuerdo. Ya comentamos *supra* (epígr.3) la dificultad que puede suponer para la implementación del Acuerdo marco el hecho de que las normas de la UE sobre transición digital y su importante apoyo financiero se desarrollen a una velocidad mayor de lo que lo puedan hacer los procesos de negociación colectiva para la implementación del Acuerdo marco. Máxime si se tiene en cuenta que el éste pretende la anticipación a los cambios. Es una dificultad que debería tenerse en cuenta para que realmente lo negociado pueda llegar a alcanzar los objetivos que fija el Acuerdo marco.

A estos efectos, cumple un papel esencial la previsión relativa al Comité de Diálogo Social, ya que durante los tres primeros años después de la fecha de la firma de este acuerdo, dicho Comité debe preparar y aprobar un cuadro anual en el que se resumirá la implementación en curso del acuerdo. Transcurridos los tres primeros años, debe elaborar un informe completo que tiene que ser aprobado por los interlocutores sociales europeos durante el cuarto año de vigencia del Acuerdo. Aunque no se dice nada al respecto, entendemos que tanto los informes anuales

como el informe completo deben publicarse o, al menos, darse a conocer a los representantes de los trabajadores y empleadores destinatarios del Acuerdo, pues ello puede actuar como motivación tanto para aquellos que ya hayan iniciado la implementación del Acuerdo, como para aquellos otros que por la razón que sean todavía no lo hayan hecho.

Y es que la reacción ante una inacción por parte de los destinatarios del Acuerdo marco sólo se contempla a partir del cuarto año de vigencia del Acuerdo, tras el informe completo elaborado por el Comité de Diálogo Social y tras una evaluación por parte de éste. En este caso, el Acuerdo contempla la intervención de los interlocutores sociales europeos, que “emprenderán acciones conjuntas junto con los interlocutores sociales nacionales de los países interesados a fin de determinar la mejor manera de avanzar en la implementación de dicho acuerdo marco en el contexto nacional”.

La negociación colectiva en Europa, a todos los niveles, se enfrenta al enorme desafío no sólo de adaptar, renovar y/o negociar ex novo sus contenidos en relación con la digitalización del trabajo, sino que además debe hacerlo lo antes posible para no restar eficacia a su intervención, y para actuar con anticipación o, al menos en paralelo, a los propios cambios que se producen en las relaciones laborales por la digitalización y por la intervención normativa de la UE en materia de digitalización.

5. LA INTERRELACIÓN DE LAS MATERIAS A NEGOCIAR Y EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

5.1. Las materias

Como indicábamos *supra*, una de las virtualidades del Acuerdo no es sólo tratar posibles contenidos negociales para la adaptación del empleo y las condiciones de trabajo a la digitalización del trabajo, sino también la descripción de unas fases para la negociación que permitan una participación integral de representantes de los trabajadores y empleadores, a todos los niveles de negociación, en lo que denomina “proceso de colaboración sobre la digitalización”. No obstante, la redacción no deja de presentar un cierto grado de generalidad que, por un lado, permite atender la diversidad de prácticas y modelos de negociación pero, por otro lado, conlleva un tanto de indefinición en su formulación.

Tanto las materias a negociar como las fases del proceso de negociación se plasman en un diagrama de círculos concéntricos, metodología “inspirada en ensayados procedimientos de coordinación institucional en el ámbito de la UE”³⁸,

³⁸Según Baz Rodríguez, J. (2021): “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, AAVV *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Baz Rodríguez (Dir.) Wolters Kluwer, p. 439.

que el acuerdo denomina como “un proceso circular dinámico”, y que debe ser acordado y gestionado conjuntamente y al mismo tiempo respetando las funciones y responsabilidades de los diferentes actores, como vía adecuada para que el acuerdo se cumple.

Resulta relevante que el conjunto de materias y aspectos del trabajo que se pueden tratar, denominados por el Acuerdo como “temas” o “cuestiones”, aparecen en los dos círculos más concéntricos.

Un primer núcleo de materias que son sobre las que el Acuerdo aporta directrices para los sujetos negociadores –formación/competencias; conexión/desconexión; inteligencia artificial/control humano; y dignidad/sistemas de vigilancia-, materias que examinaremos más adelante por separado.

Un segundo círculo de materias que, según el texto, están interrelacionadas y en ellas repercute la presencia o introducción de tecnología digital -aunque con la puntualización de que las herramientas digitales también pueden utilizarse o introducirse para mejorar todos estos aspectos del trabajo-. Respecto de este grupo de materias, el Acuerdo marco ofrece la definición de éstas para una mejor comprensión del proceso: 1) Contenido del trabajo, en el sentido de qué tareas o funciones se realizan por los trabajadores, qué impacto puede tener la introducción de herramientas digitales y qué competencias son necesarias para poder realizar ese trabajo digitalizado e interactuar con otros como compañeros, directivos, clientes, o intermediarios. 2) Condiciones laborales referidas al entorno laboral, tales como salud, seguridad, exigencias físicas y mentales, bienestar, clima laboral, confort, condiciones sanitarias, equipos de trabajo. 3) Condiciones laborales de los trabajadores, tales como la jornada laboral (turnos de trabajo), los períodos de descanso, el lugar o lugares de trabajo, la conciliación de la vida laboral y familiar, las licencias, las oportunidades de formación y aprendizaje y los mecanismos de evaluación. Y 4) Relaciones laborales, referidas a las relaciones entre personas, entre los propios trabajadores entre sí, y entre estos y la empresa y sus responsables, así como las relaciones con clientes y terceros. Se consideran que son relaciones que tienen un impacto en el rendimiento y bienestar de los trabajadores, y que se debe tener en cuenta su calidad, el estilo de gestión, la aparición de violencia o acoso, la gestión de conflictos y los mecanismos de apoyo.

Respecto de estos dos conjuntos de materias, el Acuerdo establece que se deben discutir y tener en cuenta, pero la diferencia más importante entre ambos grupos de materias es que mientras las primeras son desarrolladas en mayor o menor medida por el Acuerdo marco, el segundo grupo de materias no se desarrolla. Entendemos que ello no significa que no se puedan alcanzar pactos o acuerdos sobre las mismas y que sólo deban ser tenidas en cuenta, sino más bien que, en todo caso, se deben tener en cuenta a la hora de negociar sobre otros aspectos laborales, pero que también pueden ser objeto de negociación. En este sentido, entendemos que los interlocutores sociales están expresando su voluntad de que cualesquiera de

estas materias puedan ser objeto de negociación, pues sería una contradicción que los propios signatarios del Acuerdo marco vedaran el pacto sobre materias propias del ámbito laboral. Pero también expresa el Acuerdo marco la necesidad de que, dada la interrelación entre todas estas materias, no se deben tratar de forma aislada, es decir, que aunque se negocie sólo sobre una o varias materias, sean del grupo que sean, se debe valorar y tener en cuenta el impacto de la digitalización en todas las demás y, además, durante todas las fases del proceso de negociación. También es condición del Acuerdo marco al respecto, que se tenga en cuenta el tamaño de la empresa para así poder abordar diferentes situaciones o circunstancias.

En un tercer círculo continuo, que rodea los dos anteriores vistos, se recoge la organización del trabajo, entendida como “la distribución y coordinación de tareas y autoridad en una organización. La organización del trabajo es la forma en que las tareas se distribuyen entre los individuos de una organización y las formas en que estos se coordinan para lograr el producto o servicio final. La organización o estructura de trabajo define quién hace cada cosa, ya sea en equipo o no, y quién es responsable de cada cosa, según se expresa en el Acuerdo marco”. La organización del trabajo aparece como un elemento del trabajo que se debe tener en cuenta a la hora de negociar, pues va a afectar a condiciones de trabajo relacionadas con la preparación o formación de los trabajadores, el tiempo y carga de trabajo, la automatización de parte de las tareas que viene desarrollando, etc. Por ello entendemos que, sin desconocer que la organización del trabajo es una facultad empresarial, ello no impide que pueda ser objeto de negociación en tanto que los cambios en la organización del trabajo, derivados de la digitalización, afecten a condiciones de trabajo. De este modo se entiende la afirmación en el texto del Acuerdo marco de que “A los empleadores y trabajadores les interesa adaptar la organización del trabajo, cuando sea necesario, a la transformación continua que se deriva del uso de los dispositivos digitales de trabajo. Esta adaptación debe realizarse de forma que se respeten los intereses de los trabajadores y las prerrogativas de los empleadores por lo que respecta a la organización del trabajo a nivel empresarial”.

5.2. El proceso circular de negociación

El círculo más externo del diagrama lo conforman las diferentes fases de negociación que el Acuerdo marco describe, de manera que en todas y cada una de ellas, los negociadores tienen que tener en cuenta todos los aspectos del trabajo que hemos mencionado antes. De forma sintética, diremos que el Acuerdo marco pretende evitar en todo caso una negociación en la que las partes directamente comiencen a negociar sobre algún aspecto o condición de trabajo. Es un proceso en el que se quiere sobre todo la toma de conciencia, una toma de contacto, y el debate lo que comporta la introducción de la tecnología digital en el trabajo.

Por ello, el Acuerdo marco contempla dos fases iniciales en las que las partes deben explorar en un clima de confianza, las ventajas e inconvenientes de la digitalización –oportunidades y riesgos-, su impacto en el lugar de trabajo y las posibles acciones y soluciones. Se trata en esta primera fase de crear un ambiente apropiado para la negociación, en el que se empieza a hablar con confianza en una primera toma de contacto sobre estas cuestiones. En una segunda fase, las partes deben ya examinar qué materias o aspectos o condiciones del trabajo pueden ser objeto de impacto por la digitalización, y plantear las posibles medidas a acordar, siempre en términos de beneficio para ambas partes.

En una tercera fase se deben adoptar ya estrategias para la transformación digital que, además, establezcan objetivos para la empresa en el futuro. Se contempla como resultado de las fases anteriores, donde entendemos que van en paralelo las decisiones sobre digitalización y sobre las nuevas condiciones de trabajo en aquellos aspectos que se vean afectados por la transformación digital. Una vez acordadas estas decisiones de cambio, la cuarta fase contempla la adopción de medidas y acciones apropiadas, que tienen que ver con la implementación de lo acordado. Una aplicación que tenga en cuenta una visión conjunta de la situación, y que a la vez esté adecuadamente planificada. El Acuerdo incluye entre las posibles medidas: La posibilidad de una prueba/ aplicación experimental de las soluciones previstas; el establecimiento de prioridades; la sincronización, la aplicación en fases secuenciales de duración determinada; aclarar/definir las funciones y responsabilidades de la dirección y de los trabajadores y sus representantes; los recursos; Las medidas complementarias como el apoyo (de expertos), el seguimiento, etc.

La última fase del proceso, a modo de cierre del círculo, contempla la evaluación conjunta de la eficacia de las medidas y debatir si es necesario llevar a cabo nuevos análisis o tomar nuevas medidas.

Como ya hemos anticipado, estas fases se centran en la negociación de estrategias de digitalización del trabajo, que deben ser objeto de discusión y pacto entre representantes de los trabajadores y la empresa, pero que deben llevar aparejadas, entendemos, una adaptación en paralelo de aquellas materias, aspectos o condiciones de trabajo que en ese proceso de digitalización sean objeto de impacto y, por tanto, requieran cambios en su regulación convencional. Desde esta perspectiva, cobran sentido las directrices que el Acuerdo marco contiene respecto de las materias laborales que trata y que, como hemos dicho, no son todas las posibles, pero son las que han considerado los interlocutores sociales. Pasamos a realizar una aproximación a las mismas, sin ánimo de exhaustividad, para destacar los aspectos más importantes de cada una de ellas.

6. COMPETENCIAS DIGITALES Y EMPLEABILIDAD

En coherencia con las posibles transformaciones digitales que se hayan podido acordar entre los representantes de los trabajadores y la empresa, el Acuerdo marco pone en un primer plano y como desafío clave para la negociación colectiva, la identificación de cuáles son las competencias (digitales) y el cambio de procesos que es necesario introducir y, en consecuencia, organizar los procesos de formación adecuadas, tanto para el nivel nacional, sectorial y empresarial, y de acuerdo con los diferentes sistemas nacionales de relaciones laborales. Entendemos que el desafío es más amplio, y que debe incluir la identificación de aquellos puestos de trabajo y tareas que tienen posibilidades de ser totalmente digitalizados en un futuro próximo³⁹. De este modo, se puede racionalizar la inversión en formación y, en estos casos, pactar al nivel adecuado una formación para la transición a otros puestos de trabajo, otras empresas, u otros sectores, pues poco eficaz resulta y hasta paradójico formar en competencias digitales en puestos donde la persona trabajadora va a ser sustituida por una completa automatización⁴⁰, previsión que sí se ha tenido en cuenta por la ley alemana conocida como “la ley del trabajo del mañana”⁴¹.

Desde la anterior perspectiva y a partir de ella, podríamos diferenciar en el Acuerdo marco tres ámbitos de intervención en materia de formación y competencias digitales en relación con el empleo:

1. *La formación para el mantenimiento del empleo.* El Acuerdo marco refuerza la importancia del compromiso de las partes de la relación laboral para el éxito de la digitalización de la empresa y del trabajo. Así, se expresa la necesidad del “compromiso de los trabajadores de apoyar el crecimiento y el éxito de la empresa y de reconocer el papel potencial de la tecnología digital para que las empresas sigan siendo competitivas en el mundo moderno”. Y el compromiso de los empleadores “de utilizar la tecnología digital de manera positiva, tratando de mejorar la innovación y la productividad para una viabilidad duradera de las empresas, dar seguridad en el empleo a las plantillas, así como mejorar sus condiciones de trabajo”. Se hace además un llamamiento a la participación de los interlocutores

³⁹Frey, C.B y Osborne, M. A. (2013): “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?” https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

⁴⁰Es el caso del sector bancario sobre el que con detalle ilustra Martínez Girón, J. (2021): “Reestructuraciones empresariales”, AAVV *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Informes y Estudios, Madrid, pp 29-30.

⁴¹Ibidem, p. 29. Para un estudio detallado de la citada ley alemana, vid. Arufe Varela, A. (2021): “La ley Federal alemana sobre «el trabajo del mañana», de 20 mayo 2020. Un estudio comparado con el derecho español”, *Revista Internacional de Direito Do Trabalho* núm. 1/2021.

sociales y de los departamentos de recurso humanos “en la motivación del personal para que participe en la formación” y, en definitiva, que se consiga un cambio hacia una verdadera cultura de aprendizaje en la sociedad y en las empresas. Esta labor de concienciación que se lleva a cabo por el Acuerdo marco, de compromiso, y de objetivos, se acompaña de la indicación de una serie de competencias que podrían necesitar los trabajadores según el tipo de tecnología digital introducida, así como una serie de instrumentos para poder identificar correctamente las futuras necesidades de competencias.

Como ocurre con la intervención normativa en materia de formación y competencias de los trabajadores, se parte de la base de la necesidad de una formación permanente, en la que tanto trabajadores como empleadores tienen un interés común, pero con diferentes responsabilidades, y que dicha formación –en este caso en competencias digitales- debe tener una doble finalidad. Por un lado, el mantenimiento del empleo y la mejora de las condiciones de trabajo y, por otro lado, mejorar la productividad de la empresa para asegurar su viabilidad duradera. A estos efectos, el Acuerdo marco considera necesario un análisis compartido entre los negociadores y un compromiso conjunto para evaluar e identificar las necesidades de formación relacionadas con la digitalización para la empresa o el sector y su mano de obra. Y para ello proporcionar una serie de medidas a considerar, que fijan algunos parámetros sobre el tipo de formación, su idoneidad, financiación, calidad y eficacia, su validación interna o externa, su utilidad para la movilidad, o la organización de trabajo de forma compatible con la formación (turnos de trabajo).

2. *La formación para las transiciones de empleo a otros puestos, empresas o sectores.* Este ámbito y el siguiente que se trata a continuación son los que el Acuerdo marco considera como de “apoyo al empleo”, con la llamada a los interlocutores sociales para que en sus estrategias de transformación digital integren en un enfoque de asociación este objetivo de transición (y el siguiente de creación de empleo). En este caso, el objetivo es fomentar las transiciones de empleo de los trabajadores en las empresas, y más ampliamente entre las empresas y los sectores, mediante una inversión en competencias que garantice la actualización de los conocimientos y la capacidad de empleo continuo de la mano de obra⁴², así como de recuperación de las empresas. La formación para la transición a otros empleos de otras empresas y sectores, entendemos que requiere como nivel

⁴²Según la OCDE (2019): *Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives*, OECD Publishing, París, ya en la pasada década, 4 de cada 10 empleos creados surgieron en sectores con una elevada digitalización y de la mano vinieron otras nuevas formas de trabajo. Se calcula que un 14 % de los empleos en la OCDE se enfrentan a un alto nivel de automatización potencial, mientras que otro 23 % puede experimentar cambios en los próximos 10-20 años. Consultable en: <https://doi.org/10.1787/9789264312012-en>.

de negociación más apropiado el intersectorial, sin obviar que también puede tener cabida a nivel de empresa y grupos de empresa, a través de acuerdos específicos sobre recolocación en los casos de reestructuraciones empresariales extintivas, más allá de que en algunos casos puedan ser preceptivos. También sería adecuado el nivel de empresa en los supuestos de reestructuraciones empresariales no extintivas, en las que la transición se lleve a cabo a otros puestos de la misma empresa mediante la readaptación profesional de los trabajadores afectados⁴³.

3. *La creación de empleo*. Es otro de los objetivos que el Acuerdo marco considera que se debe introducir en las estrategias de transformación digital, en un enfoque de asociación: “Proporcionar las condiciones para una transformación digital de las empresas que conduzca a la creación de empleo, incluido el compromiso de los empleadores de introducir la tecnología de manera que beneficie al mismo tiempo al empleo, la productividad y el contenido de la prestación de servicio y a la mejora de las condiciones de trabajo”. Conviene hacer dos precisiones al respecto. La primera que, en este caso, el Acuerdo marco no menciona la formación como elemento sobre el que actuar para la creación de empleo, sino que hace referencia a “las condiciones” para que una transformación digital conduzca a la creación de empleo. Pero el objetivo se encuadra dentro del apartado dedicado a las competencias digitales y empleabilidad. De manera que, de algún modo, este objetivo debe asociarse a la formación, lo que lleva a pensar en las contrataciones en régimen de formación dual de jóvenes, o en fórmulas similares según las normativas nacionales. Ésta es una de las medidas financiables que ha adoptado la Comisión europea en su *Recomendación 2021/402, de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la Covid-19 (EASE)*⁴⁴, que contempla el apoyo a la formación de aprendices como vía útil para desarrollar las

⁴³Un reciente estudio detallado y algunas propuestas sobre las medidas de acompañamiento social en las reestructuraciones empresariales, en Navarro Nieto, F. (2021): *Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo*, AAVV AAVV *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Informes y Estudios, Madrid, pp. 247 y ss, especialmente en pp. 271 y ss. En la misma obra colectiva, vid. Terradillos Ormaetxea, E., “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”, pp. 305 y ss; y Correa Carrasco, M. “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, pp. 39 y ss., para quien la materia relativa al empleo, incluyendo limitaciones de facultades directivas vinculadas a la libertad de empresa, pueden ser materias objeto de pacto en los acuerdos que ponen fin al periodo de consulta, p. 75.

⁴⁴DOUE L 80/1, de 8 de marzo 2021, que contempla la financiación de las medidas previstas en dicha Recomendación, disponibles a escala de la Unión procedente de los Fondos Estructurales, en particular el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo de Transición Justa, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU),

capacidades requeridas en el mercado laboral y ayudar a los jóvenes a acceder al empleo.

La segunda consideración es que, en este caso, el objetivo no es sólo la creación de empleo, sino también el compromiso de que la tecnología introducida beneficie al mismo tiempo al empleo, la productividad, el contenido de la prestación de servicio y a la mejora de las condiciones de trabajo. En la consecución de este objetivo cobra pues especial interés las fases segunda y tercera del proceso de negociación contemplado en el Acuerdo marco. La amplitud del objetivo, asociado a la creación de empleo, parece indicar que el empleo que se cree reúna unos estándares mínimos de calidad, evitando así por esta vía la precarización⁴⁵.

7. MODALIDADES DE CONEXIÓN Y DESCONEXIÓN

Esta materia se centra por el Acuerdo marco en el uso de dispositivos digitales de trabajo y, aunque el texto no es especialmente largo, cualitativamente fija las claves esenciales a modo de hoja de ruta para la negociación colectiva. En efecto, en primer lugar, el Acuerdo marco no se centra sólo en el teletrabajo y el trabajo a distancia, sino que incluye toda modalidad de trabajo en la que se usen dispositivos digitales para ejecutar el trabajo, por lo que contiene directrices también para el trabajo presencial. Desde este punto de vista, el Acuerdo marco denota la voluntad los interlocutores sociales europeos de que cualquier aspecto de la relación laboral que se pueda ver afectado por el uso de dispositivos digitales en el trabajo pueda ser tratado por la negociación colectiva, incluido adaptar la organización del trabajo cuando sea necesario por la transformación continua que supone el uso de dispositivos digitales, lo que supone un claro protagonismo negocial⁴⁶.

En segundo lugar, el Acuerdo marco admite que la introducción de dispositivos o herramientas digitales en los lugares de trabajo puede ofrecer nuevas oportunidades y posibilidades de organizar el trabajo de manera flexible, en beneficio tanto de los empleadores como de los trabajadores. Pero al mismo tiempo presenta el riesgo de delimitación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, tanto durante la jornada de trabajo, como después. Es ésta una materia que abre un campo de trabajo importante para la negociación colectiva, pues el tiempo de trabajo y de descanso habrán de definirse conforme a nuevos parámetros acordes con la digitalización del trabajo, y en clara relación con la carga de trabajo; el respeto de

la Reserva de Adaptación al Brexit y el Instrumento de Apoyo Técnico, para diseñar y ejecutar las medidas EASE.

⁴⁵Vid. sobre la materia el estudio de Cabeza Pereiro, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, *Revista Temas Laborales* núm. 155/2020.

⁴⁶En este sentido, Baz Rodríguez, J. (2021): “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, cit., p. 446.

la jornada de trabajo y del tiempo personal en el que el trabajador no esté obligado a estar localizable fuera de su horario de trabajo; una compensación apropiada por cualquier tiempo extra trabajado; o sistemas de alerta para evitar perjuicios para los trabajadores por no estar localizables –cultura de no culpabilidad-. Medidas éstas a las que el propio Acuerdo marco hace alusión, no sin cierto desorden. A lo que se añade la medida instrumental de proporcionar información a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera de respetar las normas relativas a la jornada laboral y las medidas apropiadas para asegurar su cumplimiento.

En tercer lugar, y muy conectada con la anterior condición de trabajo, se encuentra la necesidad de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, haciendo especial hincapié el Acuerdo marco en que la atención se debe centrar en la cultura de la prevención, mediante un sistema de derechos, responsabilidades y deberes definidos, con máxima prioridad al principio de prevención, con alusión específica a la prevención del aislamiento.

En cuarto lugar, cabe destacar la apuesta del Acuerdo marco por lograr la transparencia a través de la negociación colectiva en cuanto a las expectativas legítimas de los trabajadores cuando utilizan dispositivos digitales en su trabajo. A estos efectos, entre las medidas que se proponen se encuentran las relativas a la manera de utilizar las herramientas digitales, como por ejemplo, el correo electrónico, y ser claro en cuanto a las políticas y/o las normas acordadas sobre el uso de herramientas digitales para fines privados durante la jornada laboral. No hay en este apartado del Acuerdo marco referencia específica a la protección de datos de carácter personal, no obstante, entendemos que ese principio de transparencia en las expectativas legítimas de los trabajadores cuando usan dispositivos digitales en el trabajo da cobertura suficiente como para que también pueda ser tratado por la negociación colectiva, lo que está en consonancia con el art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales⁴⁷. Aunque sí se recogen en un apartado diferente –dedicado a la dignidad y los sistemas de vigilancia– algunas directrices específicas sobre protección de datos en relación con los sistemas de vigilancia digitalizados. Entendemos que debería haber un tratamiento más sistematizado de la materia, sobre todo en lo que se refiere a la protección de derechos fundamentales de los trabajadores.

⁴⁷Sobre la materia, vid. Sierra Hernáiz, E. (2020): “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Revista Temas Laborales* 152/2020; y, entre otros, García Murcia, J.: “Derecho a la protección de datos personales en el marco de la relación laboral”, *Revista Temas Laborales* 155/2020.

8. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE CONTROL HUMANO

El uso de la IA en los procesos productivos de bienes y servicios está centrando en los últimos años toda la atención desde múltiples ámbitos, tanto desde planos de posibles intervenciones normativas a nivel europeo y nacional, como desde su estudio científico por diferentes ramas de conocimiento, entre ellas especialmente la jurídico-laboral⁴⁸. Y es que el impacto de la IA en el empleo, en las condiciones de trabajo, y en los derechos fundamentales⁴⁹, es todavía incalculable, pero no cabe duda de su trascendencia⁵⁰. Cuando todavía se está analizando el impacto de la industria 4.0, que incorpora a la economía la robótica, la automatización, la inteligencia artificial y el análisis de grandes datos, su propia capacidad de innovación y rápida evolución está dando ya lugar a la que se denomina la industria 5.0⁵¹.

El Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial, de la Comisión europea, de febrero 2019, COM (2020) 65 final, destaca que los trabajadores y las empresas experimentan las consecuencias directas del diseño y el uso de los sistemas de inteligencia artificial en el lugar de trabajo, por lo que la participación de los interlocutores sociales será un factor decisivo para garantizar un enfoque antropocéntrico de la IA en el trabajo. Este Libro Blanco ha dado lugar a una propuesta de la Comisión europea, presentada al Parlamento europeo el 21 de abril de 2021. El Parlamento europeo cuenta con una comisión especial sobre inteligencia artificial, según la cual “Europa necesita desarrollar una inteligencia artificial que genere confianza, elimine cualquier tipo de sesgo y discriminación, contribuya al bien común al tiempo que asegure que las empresas y la *industria* prosperan y generan prosperidad económica»⁵².

⁴⁸Vid. entre otros, Valverde Asencio, A. J. (2020): *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, editorial Bomarzo, Básicos de Derechos Social, Albacete.

⁴⁹Vid. sobre la materia Sáez Lara, C.: “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Revista Temas Laborales* 155/2020.

⁵⁰Vid. sobre la materia Mercader Uguina, J. R. (2017): El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, Tirant lo Blanch, Valencia. De Stefano, V.: “Negotiating the algorithm”: automation, artificial intelligence, and labor protection”, *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 41, núm. 1.

⁵¹Østergaard, E. H. ingeniero danés, fundador de Universal Robots, indica los rasgos de la industria 5.0 en *Welcome to industry 5.0. The “human touch” revolution is now under way*, consultable en: https://info.universal-robots.com/hubfs/Enablers/White%20papers/Welcome%20to%20Industry%205.0_Esben%20%C3%98stergaard.pdf?submissionGuid=00c4d11f-80f2-4683-a12a-e821221793e3, de la que destaca que supone una vuelta al toque humano para personalizar en masa productos y servicios. Es una industria que pone al ser humano en el centro del trabajo, ayudado por robots colaborativos en aquellas tareas repetitivas, peligrosas, o sucias (“Three D’s” – dull, dangerous and dirty Jobs), que no necesitan la intervención humana.

⁵²<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20210115STO89417/regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-la-ue-la-propuesta-del-parlamento>.

El Acuerdo marco se alinea con los objetivos y garantías marcados por las instituciones europeas sobre la IA, y tiene la virtualidad de integrarlos de forma adaptada al ámbito del trabajo y de la negociación colectiva. Entendemos que supone un avance importante el que se abra un marco desde la propia negociación colectiva (europea), que marque las directrices a seguir en todos los niveles de negociación en materia de incorporación de la IA al trabajo, y que permita garantizar los derechos de los trabajadores, en especial, los derechos fundamentales, y aportar fórmulas para el mantenimiento, transición y creación de empleos.

Siguiendo la misma pauta que en las anteriores materias, el Acuerdo marco destaca las oportunidades y riesgos que para los trabajadores y empleadores puede suponer la IA en el trabajo. En paralelo se destaca el aumento de la productividad y del bienestar de los trabajadores, para lo que se deben explorar las opciones de diseño de la utilización de la IA, para el éxito económico y las buenas condiciones de trabajo.

El eje central de las directrices descansa sobre el principio del control de las personas sobre la IA en el lugar de trabajo, respetando los controles de seguridad, lo que da lugar a una IA fiable, y se definen los componentes de la misma: Ser lícita, justa, transparente, segura y fiable, cumpliendo con todas las leyes y reglamentos aplicables, así como con los derechos fundamentales y las normas de no discriminación; Seguir las normas éticas acordadas, asegurando el respeto de los derechos humanos y fundamentales de la UE, la igualdad y otros principios éticos; Ser robusta y sostenible, tanto desde el punto de vista técnico como social, ya que, incluso con buenas intenciones, los sistemas de IA pueden causar daños involuntarios.

En consonancia con los condicionantes que debe cumplir la IA fiable, el Acuerdo marco indica alguna de las medidas que se pueden adoptar, que en cierto modo vienen a ser un tanto reiterativas de lo ya dicho con anterioridad, si bien se especifican algunos detalles respecto de alguno de los rasgos de la IA fiable, como son: la necesidad de suministro de información para salvaguardar la transparencia cuando se utilizan sistemas de IA en los procedimientos de recursos humanos, como la contratación, la evaluación, el ascenso y el despido, y el análisis de la actuación profesional. En estos casos se contempla que el trabajador pueda solicitar la intervención humana y/o impugnar la decisión junto con la prueba de los resultados de la IA. O la necesidad de respecto de la legalidad vigente en el diseño y operación de los sistemas de IA, incluido el Reglamento General de Protección de Datos, así como garantizar la privacidad y la dignidad del trabajador.

9. RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA Y SISTEMAS DE VIGILANCIA

Es la materia a la que el Acuerdo marco dedica un menor tratamiento, pero no por ello es menos importante, pues se trata de integrar en la negociación colectiva el respeto de la dignidad de las personas trabajadoras, que se puede ver comprometida a través de la tecnología digital, los sistemas de vigilancia de la IA y el procesamiento de datos personales, en particular en los casos de vigilancia personal. A estos efectos, el Acuerdo marco recuerda que el art. 88 del RGPD permite la posibilidad de establecer mediante convenios colectivos normas más específicas para garantizar la protección de datos en el contexto de las relaciones laborales. Como también recuerda la necesidad de respetar las normas del RGPD relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores.

A este respecto, el Acuerdo marco proporciona a modo de directriz, la necesidad de minimizar la recogida de datos -que se debe vincular a propósitos concretos y transparentes-, y normas claras sobre el tratamiento de los datos personales. Como medidas instrumentales, se contemplan la de permitir a los representantes de los trabajadores que aborden cuestiones relacionadas con los datos, el consentimiento, la protección de la privacidad y la vigilancia, así como proporcionarle servicios y herramientas digitales para que cumplan sus funciones en la era digital.

Dos consideraciones breves al respecto. Primera, que la protección del derecho a la dignidad se debería vincular no sólo a los sistemas de vigilancia, sino también a la utilización de dispositivos digitales para la ejecución del trabajo, donde también se puede ver comprometida no sólo la dignidad sino otros derechos fundamentales, incluido el de protección de datos personales. En el Acuerdo marco, el uso de dispositivos digitales se trata desde la perspectiva de la conexión y desconexión, el tiempo de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo, quedando huérfanos de reglas específicas negociadas para la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, que se pueden ver comprometidos en ese uso de dispositivos digitales para el desarrollo de su trabajo.

La segunda, que el derecho a la protección de datos personales no sólo se puede ver comprometido cuando el trabajo se somete a vigilancia digitalizada, sino en todos los aspectos del trabajo y situaciones por las que pueda pasar la relación laboral, incluida la fase previa de acceso al empleo.

En todo caso, es de esperar que lo previsto en el Acuerdo marco sobre protección de la dignidad de los trabajadores en relación con la tecnología digital sirva para crear también una cultura normalizada de pacto, que incluya reglas específicas para la protección de todos aquellos derechos fundamentales u ordinarios, que se puedan ver afectados negativamente por la digitalización del trabajo.

10. CONCLUSIONES

A pesar de que se han ido haciendo valoraciones concretas en los diferentes apartados de este trabajo, puede ser de interés destacar aquí algunas conclusiones generales, a grandes rasgos y sin ánimo de exhaustividad, pues el Acuerdo marco supone un punto de partida y habrá que estar a su evolución práctica e implementación.

Un primer elemento llamativo del Acuerdo marco es su carácter ambicioso desde una doble perspectiva. La primera, por la amplitud de materias que en teoría se deberían llevar a negociación colectiva, más allá de las estrictamente digitalizadas, pues los interlocutores sociales son conscientes de la onda expansiva que produce en todo el ámbito laboral cualquier transformación digital de los procesos de producción de bienes y servicios. La segunda, por configurar un modelo de negociación colectiva, dinámico, circular, y permanente, en el que destaca la participación de los representantes de los trabajadores en toma de decisiones sobre digitalización, implantación, valoración de impactos, y propuestas de revisión. El Acuerdo marco pretende concienciar a los negociadores, a todos los niveles, de la importancia de que la digitalización aporte beneficios para todas las personas involucradas en el trabajo, personas trabajadoras y empresas, pero también en el empleo y la sostenibilidad del medio ambiente. Una amplitud de fondo y de forma que hace que la negociación colectiva deba afrontar el reto de regenerar sus métodos y contenidos, y una nueva mentalidad que parta de una realidad en proceso de transformación digital y ecológica.

En segundo lugar, el Acuerdo marco supone una llamada de atención sobre la necesidad de respeto del espacio de la norma pactada frente a la norma pública, espacios normativos compartidos que nunca han sido fáciles en la historia de las relaciones laborales, y que en materia de digitalización está adquiriendo una especial transcendencia. Se observa una abundante producción normativa europea y nacional en muchas de las materias centrales de la digitalización de la economía y del trabajo, acelerada además con ocasión de la situación de pandemia y la consiguiente expansión experimentada en la digitalización. En este contexto, deben quedar claros los espacios de cada centro normativo y analizar si es necesaria una reformulación de los mismos, lo que en nuestra opinión no está del todo definido en este nuevo contexto. En todo caso, los interlocutores sociales europeos reclaman su espacio, en todos los niveles de negociación colectiva, y así se refleja en el contenido del Acuerdo marco, que establece criterios y objetivos dirigidos a la negociación colectiva sobre materias centrales como la formación, la desconexión digital, la inteligencia artificial, el teletrabajo, la dignidad y vigilancia digitalizada, entre otros. El papel de la negociación colectiva en todos estos ámbitos y en sus consecuencias sobre las condiciones de trabajo y el empleo, es crucial, y no sólo desde un punto de vista de la adaptación del marco normativo a los sectores y empresas, sino también desde el punto de vista de su construcción, en participación

con la norma pública. Esta ardua tarea requiere además un acompasamiento temporal entre ambos centros de poder normativo, elemento que tratamos en la siguiente conclusión.

En tercer lugar, en efecto, el elemento temporal adquiere una especial importancia desde la perspectiva de las relaciones entre la norma pública y la norma pactada en materia de digitalización. Y es que el contexto de pandemia existente desde principios de 2020 ha provocado un dinamismo abrumador de la norma pública, en cierto modo entendible por lo excepcional de la situación. Pero a la par, casi el mismo proceso han experimentado las normas públicas que tratan alguna materia relativa a la digitalización de la economía y de la sociedad en general, dada su relación en parte con el contexto de pandemia. En cambio, el efecto ha sido el inverso respecto de las normas pactadas. Los propios interlocutores sociales reconocen circunstancias y limitaciones excepcionales impuestas por la pandemia Covid-19, que interrumpieron los marcos de participación estándar e instituciones establecidas. En muchos países de la UE el diálogo social se ha visto restringido -no así en cambio en otros con una estructura de diálogo social tripartito bien establecido⁵³. Se constata que durante 2020 la pandemia de Covid-19 tuvo un impacto considerable en el diálogo social y la negociación colectiva en la UE, Noruega y el Reino Unido, aunque en diversos grados. La negociación colectiva a menudo se pospuso o suspendió indefinidamente, especialmente en aquellos sectores que se vieron más afectados por los bloqueos impuestos por el gobierno. El número de convenios colectivos renovados disminuyó drásticamente en algunos países⁵⁴. También en España, a partir la declaración del estado de alarma *se produjo una ralentización de la actividad negociadora y de la firma de nuevos convenios colectivos, y consiguientemente también una disminución del ritmo de registro de los convenios*⁵⁵.

Este desfase temporal en la producción de normas hace difícil, aunque no imposible, la co-participación en la construcción del nuevo marco normativo de las relaciones laborales digitalizadas, pero lo que resulta evidente es que el espacio que reclaman los interlocutores sociales en el Acuerdo marco implica una voluntad por parte del poder público, europeo y nacionales, de facilitar una actividad negociadora normalizada, y especialmente fortalecer el diálogo social,

⁵³Según Eurofound (2021), *Involvement of social partners in policymaking during the COVID-19 outbreak*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

⁵⁴Eurofound (2021), *Mixed impacts of COVID-19 on social dialogue and collective bargaining in 2020*

<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2021/mixed-impacts-of-covid-19-on-social-dialogue-and-collective-bargaining-in-2020>

⁵⁵Consejo Económico y Social España, *memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2020: Economía, Trabajo y Sociedad* http://www.ces.es/documents/10180/5258232/Memoria_Socioeconomica-CES-2020.pdf/0d4daa5c-46e5-e053-f35b-eb48c66fb37a

pues ese nuevo marco normativo no se puede concebir sin la participación de los interlocutores sociales.

Desde esta perspectiva, finalmente, y habiendo transcurrido un año desde la firma del Acuerdo marco, es probable que su implementación se encuentre actualmente en proceso de negociación. Se trata de un aspecto que reviste especial interés, sin que podamos ocuparnos de ello aquí por desbordar los límites de este trabajo, y un verdadero reto para la negociación colectiva y su articulación. Los derechos laborales en juego requieren ir más allá del pacto concreto en cada empresa, sin restar la importancia de este ámbito, para evitar nuevas formas de segmentación laboral digital si no se construye un marco común pactado, en coparticipación con las normas públicas.

Mercado de trabajo

LA COMPLEJIDAD DEL SECTOR DE LA ESTIBA: UN ANÁLISIS ECONÓMICO-JURÍDICO PARA EL CASO ESPAÑOL

FERNANDO GONZÁLEZ LAXE

Catedrático de Economía Aplicada

ASUNCIÓN LÓPEZ ARRANZ

Prof. Contr. Dra. de Derecho del Trabajo y SS

ISABEL NOVO CORTI

Catedrática de Economía Aplicada

Universidad de A Coruña

EXTRACTO

Palabras clave: estiba, productividad, puertos españoles

El papel de la estiba ha sido tan esencial como controvertido en el contexto de los sistemas portuarios en general y en el español en particular. En este trabajo se presenta un análisis de la situación desde un enfoque económico y jurídico, conforme al ordenamiento jurídico español, con la finalidad de poner de manifiesto las especificidades del sector, por una parte; y, por otra, la necesidad de un tratamiento y regulación acorde con dichas especificidades. Mediante una metodología basada en los principales postulados del análisis económico y de su regulación en el marco normativo español, se pretende facilitar la comprensión de los múltiples factores que confluyen en este sector, cuya conjunción y consideración simultánea es precisa para diseñar propuestas de actuación y políticas que favorezcan no sólo la productividad, eficiencia y rentabilidad de los puertos individuales y del conjunto del sistema, sino también la mejora en la situación socio-económica de los trabajadores.

ABSTRACT

Key words: stowage, productivity, Spanish ports

The role of stowage has been as essential as it is controversial in the context of port systems in general and in Spanish in particular. This paper presents an analysis of the situation from an economic and legal perspective, under the Spanish legal system, intending to highlight the specificities of the sector, on the one hand, and, on the other hand, due to the necessity of counting of those peculiarities' treatment and regulation. The methodology is based on the main postulates of economic analysis and the Spanish ports regulatory framework. It is intended to facilitate the understanding of the multiple factors that come together in this sector, whose conjunction and simultaneous consideration is necessary to design action and policy proposals. Doing that, it will favour the productivity, efficiency and profitability of each port as well as of the whole system. Moreover, it will come on an improvement of the socio-economic situation of the workers.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: UNA PERSPECTIVA GENERAL SOBRE EL SECTOR DE LA ESTIBA
 - 1.1. Principales factores distintivos de la estiba respecto a otras actividades portuarias
 - 1.2. Una panorámica de la estiba desde una perspectiva jurídica: liberalización del servicio
2. LÍMITES SUSTANCIALES Y FORMALES DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN LOS PUERTOS
3. EL ENTORNO ECONÓMICO LABORAL
 - 3.1. La productividad
 - 3.2. Las retribuciones
4. LAS ÚLTIMAS INNOVACIONES EN LO TOCANTE AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES LABORALES DE LA ESTIBA EN ESPAÑA
5. LA GESTIÓN DE LA ESTIBA
6. SÍNTESIS DE RESULTADOS Y CONCLUSIONES. LAS DIVERGENCIAS Y EL CONFLICTO EN LA ESTIBA Y DESESTIBA
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: UNA PERSPECTIVA GENERAL SOBRE EL SECTOR DE LA ESTIBA

Bajo el paraguas de una amplia definición, proporcionada por la Real Academia Española de la Lengua (RAE, 2018), la estiba consiste en “colocar y distribuir ordenada y convenientemente todos los pesos del buque, y en especial de su carga”. Comprende, en consecuencia, una serie de actividades tan diversas como complejas, habida cuenta de que existen factores como la especificidad de las mercancías (que van desde los graneles sólidos o líquidos hasta la mercancía en contenedores) o la temporalización que configuran a este sector como esencial. Sin su adecuado ejercicio, el devenir diario de los puertos podría sufrir estrangulamientos de nefastas consecuencias para el correcto cumplimiento de su función, al tiempo que puede suponer una disfunción y una pérdida de eficiencia en la actividad portuaria y económica general del *hinterland*¹.

Sin embargo, las normas legislativas, ya sean de carácter estatal o a nivel europeo, no llegan a proporcionar una definición como la expresada por la Real Academia Española de la Lengua, sino que se limitan a definir las actividades que engloba, ya sea desde la perspectiva de la manipulación de las cargas, ya sea desde los desplazamientos de las mercancías. Así, el Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DOUE de 3/3/2017). Modificado por Reglamento (UE) 2020/697 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de

¹ El *hinterland* de un puerto es el territorio o área de influencia en el que se localizan los lugares de origen o destino de los flujos portuarios. Sus límites dependen de la localización de los establecimientos que envían o reciben mercancías por mar a través de un mismo puerto.

mayo de 2020, con el fin de permitir a organismos gestores de puertos o autoridades competentes flexibilidad en el cobro de tasas por infraestructuras portuarias en el contexto del brote de COVID-19, (DOUE de 27/05/20220), subraya “ (...) la organización y la manipulación de la carga entre el buque de transporte y tierra firme, ya sea para la importación, la exportación o el tránsito de la carga, incluidos en el tratamiento, el trincaje, el destrincaje, la estiba, el transporte y el depósito temporal de dicha carga en las correspondientes terminales de manipulación de carga y los servicios directamente relacionados con el transporte, pero excluidos, salvo que el Estado Miembro determine otra cosa, el almacenamiento, vaciado, re-embalaje, o cualquier otro servicio de valor añadido asociados a esa carga”; o en la norma española (artículo 108.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE 20/210/2011), cuando dice “(...) carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el transbordo de mercancías”.

Hay que acudir a Gabaldón y Ruiz (2006) cuando al efectuar un desglose de cada actividad de manipulación de mercancías, señalan que tanto la carga como la estiba comprenden: la recogida de la mercancía del puerto y el transporte horizontal de la misma hasta el costado del buques en operaciones relacionadas con la carga del mismo; la aplicación del gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir las mercancías directamente desde un medio de transporte o desde el muelle, previo depósito en el mismo o apilados al costado del buque; el izado o transferencia de la mercancía y su colocación en la bodega o a bordo del buque; el embarque de la mercancía por medios rodantes en el buque; la estiba de la mercancías en bodega o a bordo del buque.

De esta forma, distinguimos dos funciones, mientras el concepto de carga se identifica con el conjunto de operaciones que tienen como finalidad trasladar la mercancía a bordo de un buque, la operación concreta de la estiba comprende solo las operaciones materiales necesarias para la colocación adecuada de la mercancía dentro del buque (Selma,2007). Y, bajo este sentido, la estiba queda enmarcada por tres aspectos claves: la seguridad y estabilidad del buque, el cuidado de las nuevas mercancías que se introducen en el buque; y el cuidado del resto de las mercancías que transporta la embarcación.

1.1. Principales factores distintivos de la estiba respecto a otras actividades portuarias

La mayor parte de las investigaciones en materia portuaria se han centrado en diferentes aspectos relacionados con la eficiencia, la competitividad, el rol del *hinterland* y del *foreland*², la conectividad portuaria, la sostenibilidad y el desempeño ambiental, la gobernanza y privatización de determinados servicios.

² Mercado de destino.

Sin embargo, las que hacen mención a las condiciones de trabajo y sus regímenes de contratación y marcos de funcionamiento son más bien escasas. Las precedentes del ámbito económico habían incluido, de manera indirecta, la relevancia del factor trabajo en los análisis de eficiencia (Tongzon, 1995; Rodríguez-Álvarez et al. 2007); en el campo de la productividad (Díaz-Hernández et al, 2008; Yu et al, 2012); en los estudios de riesgos y peligrosidad del trabajo portuario (Lu et al, 2005, 2008; Fabiano et al, 2010; Hsu, 2012); o en las investigaciones sobre realidades portuarias (Notteboom, 2018; Satta et al, 2019; Bottalico, 2019; Esser et al, 2020).

La importancia de la mano de obra portuaria adquiere un mayor protagonismo con la acentuación del proceso de contenedorización y con el fuerte despliegue de la automatización de las terminales portuarias. Para de Langen (2004) el interés va en aumento a medida que se identifican los diferentes *stakeholders*³ del cluster portuario. Y, progresivamente, dicho interés se multiplica en el sentido que resulta necesario el entendimiento ente los diferentes intereses de los stakeholders de cara a afrontar las reformas portuarias emprendidas por la mayoría de los países; los distintos niveles de gobernanza y los distintos subsistemas existentes dentro de la renovación de la logística portuaria (de Langen & Pallis, 2006; Lee & Song, 2010; Verhoeven, 2010; Verhoeven & Vanoutrive, 2012; Notteboom et al, 2013).

En el contexto europeo se pone de manifiesto la necesidad de identificar las diferencias existentes entre los esquemas de contratación de los trabajadores portuarios. Para algunos, la diferencia se sitúa en si el servicio lo presta una empresa o un pool (Verhoeven, 2011). En consecuencia, la empresa operativa se puede enmarcar dentro del mercado interno y de los tratados de la Unión; mientras que, en el caso del pool, las reglas del mercado interno del país, son las únicas aceptables. Para otros, se identifican pequeñas diferencias específicas entre las modalidades del sistema de estiba que se registran en la Unión Europea, distinguiendo posiciones extremas en cuanto al nivel de regulación (Van Hooydonk (2014). De esta forma, se subrayan tanto los sistemas de agrupación estrictamente regulados en base a reservas de acceso al mercado para los operadores-empleadores autorizados y un derecho exclusivo o preferencial de empleo para los trabajadores de los grupos registrados; como los sistemas completamente liberalizados o desregulados, donde los empleadores portuarios individuales son libres de seleccionar a los trabajadores, confiando en la agencias de trabajo temporal y en donde el empleo está completamente regulado por la legislación laboral general de cada país. Sin embargo, la situación real no siempre es tan sencilla, ya que, en algunos países, el registro, aunque existe, no se aplica o ha caído en desuso, sobre todo en las terminales privadas (Grecia o Polonia); mientras que en otros existe un amplio debate, sobre si realmente se registra o no (Finlandia y Suecia) (Verhoeven, 2015; Notteboom, 2018). En suma, Europa se caracteriza por una amplia diversidad

³ Grupos de interés ósea aquellas personas, grupos, organizaciones o miembros de un sistema que son directamente afectados por las acciones de una organización.

portuaria, en la que cada Estado miembro posee una legislación propia para determinados aspectos; lo que significa la existencia de diferentes legislaciones nacionales y diversas competencias referidas a los trabajadores portuarios, lo que deriva hacia un proceso de soft-law, durante el cual se pretende que los Estados Miembros pudieran armonizar sus respectivas legislaciones a través de Directivas y Reglamentos (Haralambides, 1995; González-Laxe, 2020).

Un estibador es un trabajador implicado en las operaciones portuarias y en las empresas conexas a la función portuaria. Está relacionado con las actividades de carga y descarga de mercancías de los buques y con los trabajos conexas a la preparación de las embarcaciones para la carga y descarga de mercancías de las mismas.

Las características del trabajo portuario son, al mismo tiempo, duras y peligrosas; realizadas en condiciones difíciles y en ocasiones incómodas; intermitentes y rotatorias, en función de la escala y rotación de los buques; con débiles productividades dadas las condiciones existentes derivadas de la infraestructura, tecnologías y equipos; y con largas horas de trabajo desigualmente distribuidas. En suma, se reúnen cuatro rasgos: a) inestabilidad en los ritmos de empleo; b) se registran sobre-efectivos cuasi permanentes, ya que normalmente se fijan más efectivos que las propias necesidades para poder asegurar el trabajo encomendado en un tiempo pre-determinado; c) elevada precariedad, que se acentúa dada la amplia reserva de personas dispuestas a trabajar en dichas funciones; d) amplia intermitencia, en la medida que los servicios varían atendiendo a la diversidad de los puertos y a la variabilidad de llegada de los buques.

De ahí que emerja una organización específica que posea: a) una mentalidad monopolística, a partir del momento que el trabajo es irregular; b) con mentalidad corporativa, con una fuerte solidaridad interna; c) con un componente individual (incluso anárquico) muy acusado; ya que su éxito y mejor rendimiento es poder comprometer su tiempo; d) con un comportamiento maltusiano, ya que rehúsan y refutan las nuevas técnicas de manipulación, la automatización de las funciones y la digitalización de los procesos; y e) con unas exigencias salariales elevadas, al pensar que la duración de su vida laboral será corta.

1.2. Una panorámica de la estiba desde una perspectiva jurídica: Liberalización del servicio

La estiba y desestiba portuaria plantea diversas problemáticas jurídicas dada la peculiaridad de esta prestación de servicios a los buques. El régimen jurídico-laboral aplicable al sector es complejo y ha sufrido en las últimas décadas varios cambios, lo que dificulta la determinación de las disposiciones legales o reglamentarias aplicables. Además, los convenios colectivos tienen un campo de aplicación personal que se solapa en ocasiones con la concurrencia de convenios y aplicación de los mismos. Por otro lado, tanto en el derecho nacional como en

el comunitario, el sector se halla inmerso en un proceso de liberalización, muy contestado por algunos, y cuyo alcance no es fácil predecir (González, 2019); aunque se han dado pasos, en varias direcciones, a lo largo de los últimos años.

Sin embargo, la evolución jurídica de la legislación en torno al trabajo especial de la estiba y desestiba portuaria manifiesta una tendencia liberalizadora tanto en España como en la Unión Europea (Fernández, 2018). Así, se puede constatar cómo el derecho comunitario ha ido desarrollando una tendencia liberalizadora en lo que concierne a la prestación de servicios portuarios desde todos los sectores del transporte. Esta tendencia se advierte en el documento de conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa del 28 de marzo de 2000, del que el transporte es una de las áreas de referencia, con respecto a las cuales se pide a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros, que deben apostar porque se “acelere la liberalización”, según sus respectivos ámbitos de competencia. Posteriormente, el 13 de febrero de 2001, la Comisión Europea adoptó una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “*Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo*”. La piedra angular de esta Comunicación la constituía una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para la regulación del acceso al mercado de los servicios portuarios.

El Libro Blanco, publicado por la Comisión ese mismo año, reafirmaba los principios y objetivos básicos de esa iniciativa. La propuesta de Directiva suscitó un amplio debate, tanto en el seno del proceso legislativo interinstitucional, como con las partes interesadas y entre estas últimas. Sin embargo, el 20 de noviembre de 2003, tras casi tres años de tramitación legislativa, el Parlamento Europeo rechazó en sesión plenaria el texto transaccional, al término del procedimiento de conciliación (Molina, 2017).

Con fecha 13 de octubre de 2004, la Comisión Europea volvió a presentar una nueva propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (COM, 2004/654). Según la Comisión, la propuesta respeta el acervo laboral y social existente, y prevé un incremento del empleo en el sector. La propuesta regula la auto-asistencia (artículo 13), que se define como “la situación en que una empresa que podría normalmente contratar servicios portuarios, se presta a sí misma, con su propio equipo y personal de tierra (a excepción de la situación prevista (en el apartado 2 del artículo 13), una o varias categorías de servicios portuarios según los criterios establecidos en la presente Directiva” (artículo 3.9). Como regla general, las empresas podrían practicar la auto-asistencia en las operaciones de carga y pasaje utilizando su personal de tierra. Según la exposición de motivos de la propuesta comunitaria, el uso de personal de tierra, en labores de auto-asistencia, incrementará el empleo en los puertos, de lo cual se beneficiarían principalmente las poblaciones locales.

El personal deberá contratarse cumpliendo escrupulosamente la normativa comunitaria y nacional en material laboral, con las mismas normas generales

y condiciones que el resto de personal que participe en la manipulación de la carga. Además de utilizarse personal de tierra, podrán encomendarse tareas de auto-asistencia a las tripulaciones marítimas de los buques que presten servicio de transporte marítimo regular autorizado en el contexto de la navegación de corta distancia o las autopistas del mar. La auto-asistencia debe estar sujeta a una autorización previa concedida con arreglo a criterios relacionados con el empleo, la cualificación profesional, y consideraciones laborales y medioambientales, entre otros. Es decir, los criterios para concederla deben ser los mismos que los aplicados de manera pertinente a los prestadores de un servicio portuario idéntico o comparable.

Las autoridades competentes deben conceder las autorizaciones con eficiencia y prontitud. Las autorizaciones deben conservar su validez en tanto su titular siga cumpliendo los criterios que motivaron su concesión. La auto-asistencia no debe entorpecer la eficiencia global de las actividades portuarias, ni suponer una mengua de los niveles de salud en el trabajo, condiciones laborales, seguridad o formación con respecto a los aplicables al personal existente (Trujillo, et al, 2012).

No obstante, los dictámenes que se aprobaron por los órganos consultivos de la Unión Europea han sido críticos con la propuesta de Directiva en general, y con el régimen jurídico de la auto-asistencia en particular. En el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios*” y el “*Libro Blanco relativo a la revisión del Reglamento (CEE) n° 4056/86 por el que se determinan las modalidades de aplicación de las normas europeas de competencia en el ámbito del transporte marítimo*” (2005/ C 231/04) (DOUE de 20 de septiembre de 2005), el Comité de las Regiones lamenta que la Comisión Europea haya presentado, poco después de un primer intento fracasado, sin haber realizado los exámenes necesarios, un proyecto más estricto en importantes ámbitos de reglamentación, que contenía numerosas modificaciones, que, en su mayor parte, se basaban en la primera propuesta rechazada por el Consejo y el Parlamento Europeo y, en parte, estaba por debajo de los resultados del procedimiento de conciliación. Observó que se vulneraba el principio de subsidiariedad e indicaba que deberían establecerse medidas complementarias en materia de empleo, a fin de minimizar las posibles repercusiones negativas a corto plazo de la liberalización. También, expresaba su temor porque, con la posibilidad prevista de disponer de personal de tierra propio, se produjera dumping social, se redujeran la calidad y la productividad de los servicios portuarios y surgieran conflictos con los requisitos de seguridad técnicos y políticos (Díaz, Martínez, 2012). Por otra parte, consideraba necesario limitar absolutamente la auto-asistencia al personal de a bordo propio, a fin de evitar el dumping social, y por motivos de seguridad, los Estados miembros deberían limitar la auto-asistencia a los usuarios de los puertos cuyos buques navegaran bajo pabellón de un Estado miembro (Carmona, 2018). El Comité de las Regiones

consideró que sería preferible una Directiva-Marco mucho menos detallada, que dejara espacio suficiente a la subsidiariedad.

Tras una propuesta de Directiva fallida, se legisla la primera norma comunitaria, el Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017, dirigida a regular el régimen de la prestación de los servicios portuarios. En el mismo, se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera. En cuanto a los servicios de manipulación de carga y atención al pasaje, se permite a cada Estado miembro optar por regularlo por sus normas estatales o por las normas del capítulo II del Reglamento de las que en principio tales servicios estarían excluidos; es decir, no se consideran servicios portuarios pero cada Estado puede si quiere decidir que se les apliquen sus normas (Zurutuza, 2017). La cronología del proceso de liberalización de los servicios portuarios se recoge en el cuadro nº 1.

Cuadro nº1. Cronología del proceso de liberalización de los servicios portuarios

AÑOS	REFERENCIAS
2011	La Comisión Europea envía una carta de emplazamiento por infracción al Ministerio de AAEE referida a la legislación española sobre los estibadores
2012	La Comisión Europea envía un Dictamen motivado contra España por la incompatibilidad de la legislación española con la normativa de la UE sobre la libertad de establecimiento y le invita a España a que adopte medidas al respecto
2013	La Comisión Europea lleva a España ante el TJUE al considerar que los proveedores de manutención de carga de otros Estados Miembros de la UE que deseen establecerse en los puertos españoles podrían no hacerlo a causa de prácticas laborales restrictivas. El organismo español, Puertos del Estado, inicia la elaboración de una modificación técnica de la Ley de Puertos de 2010.
2014	El Ministerio de Trabajo publica el IV Acuerdo sobre la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba. La Comisión Europea envía un dictamen motivado contra Bélgica por la organización del trabajo portuario. En diciembre, el TJUE emite sentencia condenatoria contra España por el modelo laboral de la estiba.
2015	El organismo, Puertos del Estado, elabora una propuesta de reforma de la estiba que eleva a la CE. La propuesta plantea la libertad de contratación con una transición que asume con incentivos los trabajadores pasivos incluidos en las SAGEP que serían eliminados
2016	La CE sanciona, por segunda vez, a España por no reformar el régimen laboral de estiba y mantener su exclusividad y, eleva el caso ante el Tribunal de Luxemburgo
2017	EL Gobierno aprueba el Real Decreto Ley 4/2017, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del TJUE. El 16 de marzo el Congreso de los Diputados ordena la derogación del Real Decreto- Ley, tras la votación en el Congreso de los Diputados que el Gobierno pierde (174 votos en contra; 33 abstenciones; y 141 votos a favor).

AÑOS	REFERENCIAS
2017	<p>A partir del Real Decreto Ley 8/2017, se consagra el principio de libertad de contratación de trabajadores y no será necesario que el titular de la licencia participe en ninguna empresa cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios, dando cumplimiento a la sentencia del TJUE, de 11 de diciembre de 2014. Deroga, asimismo, un parte importante del régimen regulador del servicio de manipulación de mercancías contenidas en Texto Refundido de la Ley de Puertos, como el precepto que excluía del ámbito del servicio de manipulación de mercancías los servicios de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular. Establece la posibilidad de crear Centros Portuarios de Empleo (CPE) cuyos objetivos habrán de ser la contratación de trabajadores portuarios para ser puestos a disposición de empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios a los que le serán aplicados los mecanismos de empresas de trabajo temporal.</p>
2019	<p>El Gobierno aprueba el Real Decreto Ley 9/2019, de 29 marzo, por el que se regulan las empresas de trabajo temporal para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías. Recogen cinco principios básicos: i) principio de la necesidad y proporcionalidad; ii) principio de la mínima distorsión; iii) principio de eficacia; iv) principio de transparencia, v) principio de predictibilidad. Se aplica la sentencia del TJUE y, en consecuencia, afecta al régimen de funcionamiento de las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, desapareciendo la obligatoriedad de pertenecer a las SAGEP, lo que hace preciso conjugar la doble dimensión (empresarial y laboral) de manera que se produzca una tránsito ordenado a un nuevo marco en el que se combinen los principios del derecho comunitario y los derechos básicos de los trabajadores, facilitando la estabilidad en el empleo.</p> <p>El 12 de junio de 2019, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre el Acuerdo Marco de la estiba en España, recayendo sentencia en la causa C-462/19, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 16 de septiembre del 2020. En ella se declara que la petición de decisión prejudicial planteada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante resolución de 12 de junio de 2019, es inadmisibile, dado que “contrariamente a lo que la CNMC alega, no puede considerarse que esta tenga la calidad de «tercero» con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto de recurso ni, por tanto, ser calificada como «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido del artículo 267 TFUE”.</p>

Fuente: elaboración propia

También, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reguló el trabajo de la estiba y desestiba, a través del Convenio sobre el trabajo portuario, 1973, de 6 de junio (núm. 137)⁴. Fundamentó su promulgación en que se han producido, y siguen produciéndose, importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos, al acelerar el transporte de la carga y reducir el tiempo de estadía de los buques en el puerto y los costos de transporte (Gárate, 2014). Tales

⁴ Ratificado por España el 4 de agosto de 1982.

cambios tienen, también, considerables repercusiones en el nivel de empleo en los puertos y en las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores portuarios y que deberían adoptarse medidas para prevenir o reducir los problemas que se presenten, dado que los trabajadores portuarios deberían beneficiarse de la introducción de nuevos métodos de manipulación de cargas y que, por lo tanto, a la vez que se planean e introducen los nuevos métodos, deberían planearse y adoptarse una serie de medidas para mejorar en forma duradera su situación, tales como la regularización del empleo (artículo 2.1) concretada en la obligación de garantizarles períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos (artículo 2.2), se articula instrumentalmente con la exigencia de establecer registros para todas las categorías de trabajadores portuarios (artículo 3.1), y otras medidas relativas a las condiciones de trabajo y de vida y a la seguridad e higiene en el trabajo. La finalidad declarada del Convenio es de estimular, en la medida de lo posible, que «se asegure el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios» (artículo 2.1), (OIT, 1973).

En España la normativa sobre la estiba y desestiba parte de la Orden de 18 de mayo de 1962 por la que se aprueba el Reglamento Nacional de Trabajos Portuarios (BOE de 23 de mayo de 1961); de la Ordenanza de Trabajo de Estibadores Portuarios de 5 de diciembre de 1969, (BOE de 31 de diciembre de 1969), derogada por la Orden de 29 de marzo de 1974, que aprobó la Ordenanza de Trabajo de Estibadores (BOE, 4 de abril de 1974). En ella se podía comprobar la especificidad de esta actividad y el trabajo de la estiba se establecía, en artículo 23, que “corresponde al Delegado de Trabajo, de acuerdo con el Ingeniero Director y el comandante de Marina, previo informe de la Junta Local, la fijación de la plantilla de los trabajadores de cada puerto, especificando el número correspondiente de cada categoría profesional. En caso de discrepancia se elevará el expediente a la Dirección General de Trabajo, la que resolverá, con la conformidad de las de Navegación y de Puertos y Señales Marítimas”. Ello, subraya que, en ese momento, existía un importante control de la plantilla.

Posteriormente, se publicó el Real Decreto 2302/1980, de 24 de octubre, por el que se regula la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general (BOE 29 de octubre de 1980). Estos nuevos planteamientos en la estructura del tráfico portuario y en el transporte marítimo, unidos al de las relaciones laborales han venido de la mano de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 (BOE 29 de diciembre de 1978) y específicamente de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo de 1980), que “obliga a acomodar la estructura, competencia y funciones de la organización de trabajos portuarios al nuevo ordenamiento sustantivo de forma tal que, conservando la administración las competencias propias de las tareas públicas que a ella le incumben en función del interés que los puertos guardan para la economía nacional y del lugar en que se realizan las tareas portuarias, se propicie un mayor protagonismo de trabajadores

y empresarios en los órganos de gobierno propios de la organización portuaria en orden a las competencias y funciones que les son propias”.

Avanzando en el tiempo, nos encontramos con el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques (BOE, de 27 mayo de 1986). El núcleo más relevante de las actividades de estiba y desestiba de buques lo forman actividades que se declaran constitutivas de un servicio público, no por sí mismas, sino por llevarse a cabo en determinados puertos: los de interés general, de titularidad estatal, y aquellos otros que no tengan esta consideración, pero en los que hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1986, hubiera ejercido sus funciones la Organización de Trabajos Portuarios, que son titularidad de la Comunidad Autónoma en que se ubiquen, siempre que ésta hubiese asumido la oportuna competencia (art. 5 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE, de 25 de noviembre). Tales actividades figuraban sometidas a una gestión especial, de la que se ocupa el RD. Ley de Estiba y Desestiba. Su Reglamento de ejecución fue aprobado por Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo (BOE de 16 de marzo de 1987) y la Orden Ministerial de 15 de abril 1987 (BOE de 21 de abril de 1987). En él se establecía el objeto del contrato que era la gestión, en régimen de concesión, del servicio público de estiba y desestiba de buques en puertos de interés general. Se consideran actividades integrantes de este servicio público las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que se realicen en los buques y dentro de la zona portuaria en los términos en que estos conceptos se encuentran definidos en el artículo 2 del Reglamento de ejecución del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo (Carril, 2008).

Sobre estas disposiciones legales y reglamentarias incidió la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y Marina Mercante (BOE, de 25 de noviembre del 1992), que llevó a cabo una nueva regulación del servicio público de estiba y desestiba y de sus formas e instrumentos de gestión; así como la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (modificada por la Ley 33/2010, de 5 de agosto). Esta última Ley identifica y define las actividades de estiba y desestiba (artículo 85), estableciendo los requisitos profesionales y las titulaciones necesarias para ejercerlas (disposición adicional 5ª) y da reglas sobre el régimen laboral aplicable (disposición adicional 7ª).

Finalmente, en 2011, se promulga el Real Decreto Legislativo 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estados y de la Marina Mercante, donde en la sección 1ª, del capítulo VI del régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación se recogen las sociedades de gestión de la puesta a disposición de los trabajadores y se crean las Sociedades Anónimas de Estibadores Portuarios (SAGEP), definidas como “sociedad anónima mercantil privada que tendrá por objeto social la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores por ellas contratados,

cuyos accionistas demanden para el desarrollo de sus actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías que no pueden realizarse con personal propio de sus plantillas como consecuencia de la irregularidad de la mano de obra necesaria para la realización de las actividades incluidas en dichos servicios portuarios”.

Por otro lado, es importante analizar la influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13, que afirma “las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar a realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (...)”, además reconoce que la jurisprudencia de este Tribunal considera que “(..) la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento (..) y (..) resulta que el objetivo de garantizar la seguridad en las aguas portuarias constituye igualmente una razón imperiosa de interés general”. Tras dicha sentencia contra el Reino de España y con la previsión de evitar una futura reiteración de las multas al Gobierno español, se aprueba el Real Decreto-Ley 8/2017, en el régimen de estiba y desestiba, constituyendo una adecuación a la Sentencia y poniendo de manifiesto el significado en la dialéctica entre las libertades económicas comunitarias y la protección de los trabajadores. Se crean los Centros Portuarios de Empleo, con una cadencia de un año, en sustitución de las SAGEP. A tal fin, se abordará el examen de la regulación en clave de principio de proporcionalidad y las circunstancias que inciden en la descompensación a favor de las libertades ya que el sistema anterior constituía una limitación a las libertades que iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de la norma (Camarero, et al, 2018). Un resumen de las figuras asociativas y empresas gestoras portuarias en España se muestra en el cuadro nº 2.

Cuadro nº 2. Figuras asociativas y empresas gestoras portuarias en España

AÑOS	FIGURAS ASOCIATIVAS Y EMPRESAS GESTORAS
1986	Se crean las SEED (Sociedades estatales de estiba y desestiba) con participación de empresas prestadoras de servicios de estiba/desestiba en cada puerto; y con una participación mayoritaria del Estado
2003	Se crea la APIES (Agrupaciones de interés económico) en sustitución de la SEED, con el fin de ordenar el nuevo régimen jurídico de los servicios de estiba /desestiba, perdiendo su condición de titularidad estatal, para quedar sujeto a la iniciativa privada. Quedan fuera de las autoridades portuarias y el único accionista será la nueva entidad.
2010	Se crean las SAGEP (Sociedad anónima de gestión de estibadores portuarios), que sustituye a las dos anteriores. Es una sociedad mercantil jurídica cuyo objeto social es la gestión de la contratación y puesta a disposición de sus accionistas (empresas estibadoras) de los trabajadores para el desarrollo de la actividad de las tareas del servicio portuario de la manipulación

AÑOS	FIGURAS ASOCIATIVAS Y EMPRESAS GESTORAS
2017	Por el Real Decreto Ley de 8/2017, de 12 de mayo, se modifica el régimen de trabajadores para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la Sentencia del TJUE, de 11, de diciembre de 2014. (Asunto C-576/13). Se consagra el principio de libertad de contratación de trabajadores; y no será necesario que el titular de la licencia participe en ninguna empresa, cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios. Se establece un periodo transitorio de 3 años.
2019	Por el Real Decreto Ley 9/2019, de 29 de marzo, se prevé la posible creación de los Centros Portuarios de Empleo (CEP), que tienen por exclusivo objeto el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, así como la formación profesional de aquellos, la cual también podrá realizarse mediante el resto de alternativas previstas legalmente..

Fuente: elaboración propia

La Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por lo que se registra y publica el acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuario (BOE de 13 de marzo del 2018), recientemente se ha modificado al declarar la sentencia de la Audiencia Nacional 127/2021, de 31 de mayo, la nulidad de pleno derecho de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria: artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13, -artículo 7, -artículo 8; -artículo 9, -artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6, - artículo 11, en sus referencias a la relación laboral especial; -artículo 12, apartado 2, -artículo 18, apartado 1 ; -artículo 19, apartado 1.e), y de la -disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco (que fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente, modificada parcialmente por nuevo acuerdo suscrito por las mismas partes publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018), por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y las Sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 y 11 de febrero de 2021. El Tribunal anula el sistema de selección de personal del IV Acuerdo marco, por suponer un control sindical del acceso y el modelo de centros portuarios por monopolista, también ha anulado la subrogación forzosa de todos los trabajadores que formaban parte del sector antes de la liberación de 2017, por ocasionar graves problemas a las empresas. La sentencia todavía no es firme, pero de confirmarse se producirán cambios en la estiba que irán conformes con futuro V Acuerdo Marco, actualmente no está aprobado.

Finalmente, en cuanto a la legislación aplicable a la estiba y desestiba nos encontramos con el Real Decreto 257/2019, de 12 de abril, por el que se establecen las normas para la concesión de ayudas especiales para la adaptación del sector de la estiba portuaria.

2. LÍMITES SUSTANCIALES Y FORMALES DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DEL TRABAJO EN LOS PUERTOS

El sector marítimo español está compuesto por una gran variedad de actividades, entre ellas el transporte marítimo, la construcción naval, la industria auxiliar, la pesca, los puertos deportivos, la investigación marina, y la que aquí nos importa la estiba además de otras. España es un país con un amplio litoral marítimo que tiene un sistema portuario conformado por 46 puertos, que son gestionados por 28 Autoridades portuarias. En ellos se mueven mercancías por un valor de más de 375 mil millones de euros, equivalente a un 35% de nuestro PIB y el 65% de estas mercancías requieren servicios de estiba y desestiba. El valor de los servicios de estiba prestados en los puertos españoles cada año se aproxima a los 2.000 millones de euros. Con todo ello, se estiba y desestiba cada año más de 300 millones de toneladas de mercancías, por el conjunto de los puertos españoles (ANESCO, 2018).

El servicio de estiba y desestiba realizado en los puertos españoles ha ido configurándose en su concepción jurídica en primer lugar como un servicio público, pasando por inspiración del Derecho Comunitario, a ser, en la actualidad, un servicio de interés general, hasta las más recientes consideraciones en que se configura como como un servicio general de los puertos de manipulación de mercancías e interés general, bajo el principio de libertad de contratación (Álvarez, 2018).

El servicio portuario de manipulación mercancías no está definido en el RD-Ley 8/2017, para lo cual hay que recurrir al Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en él se señala que “son servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidos a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias”. Entre ellas el Servicio de manipulación de mercancías, que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías (artículo 108.d). También estipula que “se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado” (artículo 130.1).

Así, podemos definir lo que es la estiba, como las diferentes operaciones que se realizan con las mercancías para ubicarlas correctamente en las áreas y

zonas de carga, teniendo en cuenta todas las normas de seguridad aplicables en cada operación. La estiba comprende dos fases. En primer lugar, la entrada de la mercancía hasta la bodega, camino seguido desde el muelle y se compone de movimientos horizontales y verticales para desplazar la carga hasta el lugar de almacenamiento. En segundo término, el almacenamiento, entendiendo como tal la forma de almacenar la mercancía en bodega para conseguir el máximo aprovechamiento de los espacios de acuerdo con las características de la carga y del barco y de las condiciones de seguridad. La desestiba se denomina a la operación contraria de la estiba, es decir, el removido de la carga y su entrega al equipo de descarga para extraer de la bodega del buque la mercancía previamente estibada. De otro lado, la carga y descarga, comprende desde el momento que la unidad de carga queda colgada de la grúa hasta que es desenganchada por los estibadores de un barco, o viceversa (Ministerio de Fomento, Puertos del Estado. 2017).

Entre las actividades que tienen este servicio se encuentran las siguientes:

- a) Las actividades de carga y estiba comprenden: 1º. La recogida de la mercancía en la zona de almacenamiento o depósito del puerto y el transporte horizontal de la misma hasta el costado del buque en operaciones relacionadas con la carga del mismo; 2º. La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía directamente desde un medio de transporte terrestre, o desde el muelle, o pantalán, al costado del buque; 3º. El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en la bodega o a bordo del buque; 4º. La estiba de la mercancía en bodega o a bordo del buque, de acuerdo con los planes de estiba e indicaciones del capitán del buque o de los oficiales en quienes delegue esta responsabilidad; 5º. El embarque de la mercancía por medios rodantes en el buque; 6º. El trincaje o sujeción de la carga a bordo del buque para evitar su desplazamiento durante la navegación, siempre que estas operaciones no se realicen por la tripulación del buque;
- b) Las actividades de desestiba y descarga comprenden: 1º. El destrincaje o suelta de las sujeciones de la carga a bordo para permitir su manipulación, siempre que estas operaciones no se realicen por la tripulación del buque; 2º. La desestiba de mercancías en la bodega o a bordo del buque, comprendiendo todas las operaciones precisas para su colocación al alcance de los medios de izada o transferencia; 3º. La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía; 4º. El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en un medio de transporte o en el muelle o pantalán al costado del buque; 5º. La descarga de la mercancía, bien sobre vehículos de transporte terrestre, bien sobre muelle o pantalán para su posterior recogida por vehículos o medios de transporte horizontal, y, en su caso, su traslado a la zona de almacenamiento o depósito dentro del puerto, y el depósito y apilado de la

mercancía en dicha zona; 6º. El desembarque de la mercancía del buque por medios rodantes.

- c) La actividad de trasbordo comprende el destrincaje o suelta, siempre que no se realice por la tripulación del buque y la desestiba en el primer buque, la transferencia de la mercancía directamente desde un buque a otro y la estiba en el segundo buque y posterior trincaje, siempre que no se realice por la tripulación del buque en el segundo buque (artículo 130) (Estepa, 2019).

Se considera empresa estibadora a la encargada de llevar a cabo las operaciones portuarias de manipulación de las mercancías. Generalmente, es titular de una concesión administrativa otorgada por la Autoridad Portuaria que le faculta para utilizar con carácter exclusivo, un espacio situado a borde del muelle, en el que realiza sus trabajos. Las funciones que lleva a cabo se corresponden con las anteriormente señaladas tanto en el embarque como en el desembarque (carga, descarga, estiba...); además le corresponde el vaciado y llenado de contenedores, la clasificación de las mercancías y los movimientos horizontales para posicionamiento en la zona de inspección (Anexo II. 18).

Por otro lado, se analiza a los estibadores, trabajadores que llevan a cabo una actividad especial por la forma de prestación del trabajo, lo que confiere a la estiba un carácter singular, que da lugar a que se excepcione en la aplicación de las normas comunes de derecho laboral. La justificación para estas especificidades en el entorno portuario se ha sustentado en el hecho de que al sistema portuario es trascendental y tiene un valor estratégico y vertebrador en la economía de los países (Ballester, 2014).

Entre las características y rasgos del trabajo portuario de la estiba y desestiba plasmadas en el Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, está la supresión del régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, que se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, dado que, se abandona por parte de las Autoridades Portuarias la gestión directa sobre los servicios portuarios, pasando a un régimen de autorizaciones administrativas para aquellas empresas interesadas en la realización de servicios, siempre en el marco de un régimen de libre concurrencia. El papel de las Autoridades Portuarias es el de garante de la ordenación y la regulación de las infraestructuras portuarias (Fernández, 2003).

El Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, modificó el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, se hizo para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13. El Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, produce un claro efecto sobre el régimen de funcionamiento de las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías que operan en el sector, cuya obligación de pertenecer

a las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) desaparece, al tiempo que tiene un indudable efecto sobre la situación laboral de los trabajadores de la estiba portuaria, en la medida en que su contratación deja de hacerse de forma prioritaria a través de las referidas SAGEP. En este mismo sentido, a fin de posibilitar una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajadores portuarios, y sin perjuicio de la actividad de las empresas de trabajo temporal, el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, estableció en su artículo 4 la posibilidad de crear Centros Portuarios de Empleo (CPE) cuyo objetivo habrá de ser la contratación de trabajadores portuarios para ser puestos a disposición de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, añadiendo seguidamente que a dichos centros portuarios de empleo les serán de aplicación la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, y la restante normativa aplicable a estas empresas, Es decir, con el objetivo de conjugar los principios de libertad de contratación con los derechos de los trabajadores, de manera que se produzca un tránsito ordenado al nuevo marco en el que la aplicación de los principios del derecho de la Unión Europea inspiradores de la libertad de competencia se lleve a efecto sin menoscabo de los derechos laborales básicos de los trabajadores y, sobre todo, sin merma del empleo en el sector.

3. EL ENTORNO ECONÓMICO LABORAL

El sector del transporte marítimo es de vital importancia en Europa. Existen más de 1.200 puertos a lo largo del perímetro costero (70.000 kilómetros). Contribuye con 56.000 millones de euros al PIB de la Unión Europea, empleando a más de 600.000 personas, siendo la productividad de los trabajadores superior a la media europea (89.999 € por 56.000€) (Oxford Economics,2015). Ello significa: un elevado peso sectorial y una alta contribución al empleo, inversión y crecimiento.

En España el sector marítimo está compuesto por una gran variedad de actividades Atendiendo a los datos del Cluster Marítimo Español, única organización a todas las industrias, los servicios y las actividades económicas de nuestro país relacionadas con la mar, se señala que el sector cuenta con 46.000 empleos, con un VAB de 27.000 millones de euros y un peso en total del VAB de alrededor del 3,24%. Además, posee un elevado efecto multiplicador: por cada euro de gasto, se generan 5,5 euros; y por casi empleo en el sector, se contribuye a generar 2,8 puesto de trabajo.

La estimación de los costes de las operaciones portuarias revela la posibilidad de determinar tanto la eficiencia como la competitividad de las terminales portuarias. Los cálculos para estimar los costes de escala de un buque en un puerto se estructuran en una serie de componentes entre los que se encuentran las tasas portuarias (ayuda a la navegación, tasa del buque, tasa de la mercancía, tasa del

pasajero) y los servicios portuarios (que incluyen la manipulación de las mercancías en las terminales, la estiba, el amarre el remolque y el practicaaje). Los costes son diferentes para cada terminal, tipo de mercancías y tipo de buques.

Pero, sin duda, lo relevante son los rasgos singulares que le hacen alcanzar un alto valor estratégico. Tomando como base los datos de la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo (ANESCO), recogemos siete rasgos claves:

- a) Los movimientos de mercancías movidas por los puertos españoles mantienen una tendencia creciente en las últimas décadas. Dichos flujos se distribuyen del siguiente modo: las mercancías movidas internacionalmente alcanzan el 59% del total; el 32% corresponde a los tráficos de transbordo; y solo el 9% es cabotaje o mercado nacional;
- b) el 64% de las mercancías que se mueven por los puertos españoles requieren de servicios de estiba; de las que el 86% de las mismas son flujos importadores y el 60% corresponden a corrientes exportadoras;
- c) las mercancías estibadas en contenedores suponen, en el año 2014, un total del 51%; en tanto que los graneles sólidos alcanzan el 29% del total, y las mercancías no contenedorizadas suponen el 20%;
- d) la producción de los servicios de estiba alcanza un montante de 1.974 millones de euros, para el año 2014; y el valor añadido bruto de las actividades de estiba en los puertos españoles asciende a 1.176 millones de euros.
- e) el coste de paso de un contenedor por una terminal portuaria presenta el siguiente cuadro: el 52% corresponde a la mano de obra; el 27% es el coste de la maquinaria; el coste del suelo representa el 10%; y el 11% son gastos generales.
- f) solo ocho Autoridades Portuarias muestran un porcentaje de carga estibada inferior al 50% del total.

En suma, en España, el porcentaje de carga estibada se sitúa alrededor de más de dos tercios de la carga total. Su distribución es muy heterogénea. Los principales puertos que requieren estibadores son Algeciras, Valencia, Barcelona, Las Palmas y Bilbao. Es decir, existe una correlación positiva entre el número de estibadores en cada puerto y el tráfico de mercancías de estos. De manera que, cuanto mayor sea el tráfico de mercancías existente en un puerto, mayor será el número de estibadores trabajando en él. Según los datos de ANESCO, la suma de los estibadores registrados en los puertos de Algeciras, Valencia y Barcelona suman el 62,9%, porcentaje que es mayor de la mitad de los estibadores enrolados en las SAGEP. En suma, en España se contabilizan 37 terminales portuarias, registrando un total de 5.745 empleos contratando un total de 1.322,669 jornales de trabajo estibador (jornadas de 6 horas).

Los datos elaborados para el Observatorio de los Servicios Portuarios arrojan las siguientes peculiaridades: a) gran diversidad de situaciones en lo que concierne a las terminales; b) un claro desajuste entre las operaciones y la superficie portuaria; por lo que cada terminal portuaria es diferente y posee condiciones operativas distintas; c) son muy claras las divergencias en lo tocante a los días de estancia media y en la productividad de la grúas; d) el coste medio del paso del contenedor por la terminal oscila en torno a los 100 €/Teus, y su desglose muestra una distribución del siguiente modo: la mano de obra absorbe el 50%; el coste de la maquinaria el 27%; el coste del suelo, el 10%; y, finalmente, los gastos generales, el 11%. (SBC & McValnera,2016). Una orientación sobre la distribución del coste por TEU en las terminales portuarias españolas se muestra en el cuadro nº 3.

Cuadro nº 3. Distribución del coste por TEU en las terminales portuarias españolas

	Coste máximo	Coste mínimo		Nivel máximo	Nivel mínimo
Mano de obra operativa	49,75	27,61	Nº medio TEUS/buque/ año	1.496	237
Coste de gestión	7,25	2,39	Teus/ Ha. terminal	39.001	3.115
Maquinaria	41,73	10,47	Teus/metros lineales de muelles	1976	40
Suelo	23,49	13,43	TEUS/Jornadas estiba	18	3
Coste/TEU	122,22	53,89	Estancia media contenedor en terminal	12,50	5,00
Rendimiento nº operaciones/ grúa / año	129,373	3.743	Costes derivados de la tasa T-3	37,6	13,4

Fuente) SBC & McValnera, 2016, página 33.

En contraste a este estudio, otro trabajo, el suscrito por la Fundación Cénit, revela que los costes de paso de la carga rodada en las terminales marítimas de Roro/Pax y de Ferry, muestran resultados diferentes. Examinando seis atributos (adaptabilidad del horario; rendimiento global del equipo de trabajo; productividad real de las operaciones; configuración de la terminal; nivel de incidencias en el interior de los buques y en la terminal; y, finalmente, coste unitario de la mano de obra estibadora), las cuentas arrojan el siguiente resultado: a) el coste de la estiba varía en función del tipo de operativa (entre un 25% y 55%); b) el coste de la mano de obra estibadora oscila entre un 14% y un 20%; y c) la tasa de la mercancía tiene un peso muy significativo en la estructura del coste (Díaz Hernández et al., 2009). A este respecto, véase el cuadro número 4.

Cuadro nº 4. Coste adicional medio por unidad de mercancía debido al paso por un puerto.

	Coste directo mano de obra/unidad	%	Servicios portuarios: tasas y THC/ud	%
Ro-pax Camiones	12/22 €	14%	85/170 €	86%
Ro-ro Plataformas	15/30 €	20%	75/125 €	80%
Car Carrier	5/6 €	15%	35/50 €	85%

Fuente CENIT. 2014 Estudio sobre las tasas y servicios portuarios en terminales de carga rodada. Propuesta de modelo para un Observatorio de Costes. Fundación de Estudios Portuarios (FUNESPOR) S.C. Tenerife.

Como se ha visto, los resultados de ambos informes son diferentes en algunos aspectos. En un principio, se podría deber a que utilizan distintos tipos de carga (rodada, en el caso del trabajo de CENIT y contenedorizada, en el caso del estudio de SBC & McValnera). También, se podría argüir que la metodología es distinta y la adscripción del personal operativo no es la misma en ambos análisis. Por eso, el coste de la manipulación de las mercancías en los puertos oscila entre el 25 y el 53%, una horquilla de variación muy amplia; en la medida que son numerosos los factores que influyen en la determinación de dichos costes. Es importante reseñar, en consecuencia, que en el análisis de costes se consideran todos los trabajadores portuarios, no exclusivamente los estibadores. Asimismo, pueden existir otros factores clave relativos a los costes, como son los referidos a las jornadas laborales de día, nocturnas o de fin de semana; el número de trabajadores por mano, entre otras. Eso hace que cuando se analiza el coste específico de la estiba, el estudio del CENIT concluye que dichos costes representan entre el 14 y el 20% del coste total de la escala; y según el trabajo de SBC & McValnera, el coste por TEU de promedio en las terminales especializadas sería del orden de 33,57 €/TEU.

A la vista del marco en el que se desarrolla la actividad, queda reflejado, por un lado, la complejidad; y, por el otro, la diversidad de intereses, en la medida que el proceso de contenedorización contribuyen a cambiar radicalmente las funciones portuarias, tal y como se recogen en el cuadro número 5, en la que tiene repercusión los costes con las condiciones de trabajo y flexibilidad.

Cuadro nº .5. Niveles de complejidad de la actividad

NIVELES DE COMPLEJIDAD	PROBLEMAS Y OBJETIVOS
1. dificultad atendiendo a la flexibilidad	Se trata de disponer de un sistema flexible debido a las fluctuaciones en lo tocante a las necesidades de la mano de obra
2. dificultad de lograr máxima eficiencia	En términos económicos y de seguridad no resulta fácil disponer, a corto plazo, de unas plantillas con formación y preparación adecuada.

NIVELES DE COMPLEJIDAD	PROBLEMAS Y OBJETIVOS
3. dificultad de establecer una relación entre condiciones de trabajo y salarios.	Deberán estar fijadas, de antemano, en las mesas negociadoras tanto para los estibadores en plantillas como los trabajadores provenientes de ETT.
4. dificultad de cumplimiento de las normas internacionales	Evitar la existencia de diferentes modelos de contratación y condiciones de trabajo de los estibadores.

Fuente: elaboración propia

Por tanto, el esquema del sistema de funcionamiento, atendiendo a su complejidad en torno al cumplimiento de normas, condiciones de trabajo, flexibilidad y eficacia podemos decir que se basa en una relación triangular de las relaciones de trabajo. Abarca la cesión de trabajadores; las contrata y subcontratas que se efectúan por resultados y no de la actividad; el rol de las agencias de colocación; y los mecanismos de sucesión y transmisión de empresas en el marco del negocio portuario. Algunos rasgos y actitudes, en relación con los correspondientes agentes, se recogen en el cuadro número 6.

Cuadro nº 6. Relación triangular entre Agentes, Rasgos y Actitudes

SUJETOS	RASGOS	ACTITUDES
Agentes de buques y consignatarios	Invierten poco y representan a armadores con escaso interés en la Comunidad local	Su misión es acelerar al máximo las rotaciones de los buques. Buscan soluciones rápidas a los conflictos
Stevedores	Facturan mano de obra No efectúan grandes Inversiones. Muestran un Interés regular en lo tocante a la modernización y aumentos de la productividad	Sus beneficios se centran en el % de los gastos No hay interés manifiesto en la mejora de los sistemas productivos y operativos
Operadores portuarios Globales	Apuestan por la racionalización de los métodos, productividades y buscan eliminar las prácticas ilegales	Reclaman reglamentos que solucionen los conflictos. El tamaño y la dimensión de sus empresas y holdings poseen gran relevancia. Sus capacidades financieras les permiten resistir demandas abusivas.

Fuente: elaboración propia

3.1. La productividad

Las modalidades de la remuneración se basan en varios componentes. Las principales vendrán definidas por: el tiempo en efectuar el trabajo encomendado; por el trabajo expresado en volumen de carga/descarga/preparación; y por la

contribución de ambos, teniendo en cuenta la productividad. En consecuencia, las relaciones de contratación oscilan entre varias posiciones extremas, que van desde que el trabajador (stevedore) no tiene derecho más que a las ganancias de la productividad resultante de su esfuerzo; y, en ese caso, debería beneficiarse de la totalidad de las ganancias; hasta el otro extremo, en que el trabajador tenga derecho a una fracción de los incrementos de la productividad, sea cual sea el origen del trabajo y de los servicios efectuados. Normalmente, se prima a la productividad, calculada sobre la base de remuneración horaria dividida por el número de toneladas movidas (prima de rendimiento). Aunque, dichos razonamientos encuentran numerosos objetores, debido a las penalizaciones derivadas de los niveles de inversiones en equipamientos, de la tecnología disponible, de los grados de automatización, de los procesos de digitalización, entre otros. (Oliveira & Varela, 2016).

La productividad de los estibadores está condicionada a los turnos de trabajo. Esto es, la operatividad de los puertos y de las terminales portuarias posee una amplia relevancia a la hora de estimar las diferentes productividades. En términos generales, se puede afirmar que la productividad del trabajo es la relación entre el tiempo trabajado y el producto final obtenido. Naturalmente, esta relación puede ser medida en términos globales (producción total), medios (Productividad media = producción/cantidad de trabajo Q/L) o marginales (Productividad marginal = variación de la producción/variación de la cantidad de trabajo $\Delta Q/\Delta L$), y, en todos los casos está relacionada directamente con los medios de producción utilizados (capital y materias primas) (Pyndick & Rubinfeld, 2003).

Según el Journal of Commerce (JOC), que mide la productividad de las distintas terminales mundiales, situaba a los puertos de Algeciras y Barcelona, entre los diez primeros lugares del mundo. Sin embargo, el informe elaborado por el Ministerio de Fomento, revela que el rendimiento por estibador (Tns/año) de las Autoridades Portuarias españolas es muy heterogéneo y dispar. El más productivo, siguiendo dicho informe, es el puerto de Ferrol. A continuación, le siguen Almería, Gijón, Cartagena y A Coruña. Por el contrario, los puertos con mayores volúmenes de tráfico, como Algeciras, Valencia y Barcelona, se encuentran en posiciones más retrasadas. Quiere decir con ello, que hay que tener mucha precaución y cuidado con la utilización de las magnitudes y con los conceptos que evalúan los índices.

La cantidad de mercancía movida en relación con el tiempo dedicado a su movimiento, supone, básicamente un indicador de productividad laboral en este sector. Dicha relación se considera el elemento central y por ello está vinculada a la retribución. Es decir, se prima la productividad calculada sobre la base de remuneración horaria dividida por el número de toneladas movidas (prima de rendimiento). En consecuencia, se fija una cadencia normal de trabajo productivo y de servicios (R); se estipula un tonelaje a mover (T); y unas horas de trabajo necesarias para dichos movimientos (T/R). El salario (w) estaría en función de dichas condiciones. Sería, pues la mostrada en la Ecuación 1.

$$\frac{T}{R} = w \quad \text{Ecuación 1}$$

La productividad adoptaría una forma parecida a esta a la reflejada en la Ecuación 2:

$$P = \frac{t_1 + t_2 + t_3 + t_n}{a_1 + a_2 t_2 + a_3 t_3 + \dots + a_n t_n} + K \quad \text{Ecuación 2}$$

donde, $t_1, t_2, t_3, \dots, t_n$, son las toneladas que son necesarias mover, ya sean de graneles o de mercancías o contenedores y $a_1, a_2, a_3 + \dots + a_n$, son los rendimientos respecto a la manipulación de las mercancías y K , es el número de efectivos de las empresas de manipulación independientes del tonelaje de mercancías manipuladas.

Estas expresiones matemáticas se introducen a modo explicativo genérico, aunque en un análisis económico más profundo habría que considerar especificidades de la función de producción. En este sentido, el trabajo de Martínez-Budría, E.; J. J. Díaz-Hernández, y S. Jara-Díaz (2011) ofrece una interesante reflexión sobre dicha función y la eficiencia.

3.2. Las retribuciones

La estructura salarial se compone de un salario base y de unos complementos salariales, que dependerán del rendimiento, de pagas extraordinarias, vacaciones, etc. Existen normativas diferentes según los puertos, por lo que los salarios bases, como los complementos, muestran amplias diferencias.

Asimismo, al existir distintos ejemplos relacionados con la organización del trabajo según los puertos (SAGEP, CEP, y bolsas de trabajo), tanto el número de jornales como el de los salarios de los mismos son muy dispares. El trabajo de G. Durá (2017) revela dichas diferencias en función de las los niveles de especialización portuaria (Pereiro, 2000). Por tanto, es fácil deducir las diferentes complejidades de lo tocante a la manipulación de las cargas y el transporte de mercancía en el interior de los recintos portuarios. Los datos se muestran sintéticamente en el Cuadro número 7.

Cuadro nº 7. Retribuciones según tipo de carga

TIPO DE CARGA	JORNALES		IMPORTE DE JORNALES	
	SAGEP	BOLSA	SAGEB	BOLSA
Contenedor	327.598	56.275	100.872.410	10.983.757
Vehículos automóviles	12.951	8.107	3.133.408	1.511.195
Graneles sólidos	2.684	324	970.493	65.778
Resto	18.548	394	8.311.419	103.850
TOTAL	361.781	65.100	113.287.732	12.664.582

Fuente: G. Durá (2017).

En suma, los salarios y los números de jornales de los estibadores dependen del tipo de mercancías que se manipulan y de la productividad, por un lado; y de su adscripción bien a si forman parte de la SAGEP o de las bolsas de trabajo. Las polémicas sobre los salarios reales de los estibadores son una constante reiterada en cuanto surge un conflicto o asistimos a una negociación sobre las condiciones de trabajo. Unos afirman que los salarios medios de los estibadores en los puertos grandes oscilan entre 75.000/90.000 euros, por 1.600 horas de trabajo (Douglas Schultz, consejero delegado de Noatum). Otros, como el estudio de CETM, manifiestan que son los complementos quienes elevan o hacen descender los salarios percibidos, que se sitúan en un margen entre 1.400 a 2.100 euros mes. Si nos remitimos al Informe sobre “Análisis y conclusiones del estado del mercado de los servicios portuarios 2016”, llevado a cabo por el Ministerio de Fomento extraemos dos conclusiones: a) el coste unitario por estibador se calcula dividiendo el coste del personal de las cuentas anuales de cada uno de los puertos por el número de trabajadores que se contabilizan en el mismo. La media resultante es 86.430 euros; b) Solo siete puertos sobrepasan dicha medida (Valencia, Castellón, Gijón, Algeciras, Huelva, Alicante y Avilés); c) siendo las diez Autoridades Portuarias con menor coste unitario por estibador, los siguientes: Vilagarcía, Málaga, Ferrol, Marín, Santa Cruz de Tenerife, Motril, A Coruña, Cádiz, Las Palmas y Pasaia (véase cuadro número 8).

Cuadro nº 8. Costes medios por estibador

PUERTOS	COSTE MEDIO POR ESTIBADOR
Algeciras (*)	91.985
Valencia (**)	108.273
Barcelona(**)	83.566
Bilbao(*)	78.832
Las Palmas (**)	62.552

(*) Los datos corresponden al año 2014; (**) Los datos corresponden al año 2015. Fuente: SBC & McValnera, 2016. op cit.

En resumen, un gran contraste, predominando una gran diversidad, en la que se subraya que el puerto de Valencia es que posee un coste por estibador más alto (108.273 €, en 2015), seguido por el puerto de Algeciras (91.985 € en 2014), Barcelona (83.566 € en 2015) Bilbao (78.832 € en 2014) y Las Palmas (62.552 €, en 2015).

4. LAS ÚLTIMAS INNOVACIONES EN LO TOCANTE AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES LABORALES DE LA ESTIBA EN ESPAÑA

Aun manteniendo su esencia, el régimen del trabajo portuario ha sufrido cambios continuos hasta su más radical transformación, la regulación jurídica del trabajo en los puertos se caracterizaba, históricamente, por su fuerte control público, el cual actualmente ha ido desapareciendo en lo que se refiere a su función como empleador. La actividad de la estiba portuaria, supuso unas importantes novedades en torno a la libertad de empresa y a la seguridad en el empleo (Soldevilla, 2017).

La prestación de servicios de los estibadores portuarios no podrá ir más allá de lo que la legislación sobre empresas de trabajo temporal prevea, aplicación en su totalidad con las eventuales previsiones específicas del R.D. Ley 8/2017. Así lo establece el artículo 1, al señalar que *“los Centros Portuarios de Empleo que puedan crearse al amparo de lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, operarán como empresas de trabajo temporal específicas del sector de la estiba portuaria, con las particularidades previstas en el capítulo V de esta Ley y en su reglamento de desarrollo”*.

Fue de gran importancia la modificación que se llevó a cabo con el R.D. Ley 8/2017, al modificar el régimen laboral de los estibadores (12.000, según ANESCO) que, hasta dicho momento, se encontraban catalogados como una relación de carácter especial. Tras la derogación del artº, 2.1 h) del Estatuto de los Trabajadores, que incluía en la lista de relaciones laborales de carácter especial, la de los estibadores portuarios, éstos pasaron a una relación laboral de carácter común. Más allá de las singularidades previstas en lo que al acceso al empleo concierne, el resto del régimen jurídico de la relación laboral pasa a regirse por la legislación laboral común. Las singularidades de esta relación laboral se basan en su sistema de funcionamiento triangular. En ella se comprenden la cesión de trabajadores; las contratas y subcontratas que se efectúan por resultados y no de la actividad; de las agencias de colocación y los mecanismos de sucesión y transmisión de empresas.

En materia de contratación laboral, siguiendo el R.D. Ley 8/2017, esto es, tras la liberalización de la contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, el régimen es libre; sin que tal contratación deba realizarse de forma prioritaria entre trabajadores pertenecientes a la SAGEP, como sucedía en la situación inmediatamente anterior; con la única limitación de que deben cumplirse los *“requisitos establecidos que garanticen la profesionalidad de los trabajadores portuarios”* (artículo 2.1).

De modo que la formación es vital para acceder al empleo, pero en el Real Decreto Ley 8/2017, no se hace referencia a las titulaciones de formación profesional o equivalentes, limitando la realización de las actividades del servicio

de manipulación de mercancías a quienes obtengan el certificado de profesionalidad correspondiente. Certificado que ahora, requerirá, en todo caso, la realización de unas prácticas profesionales no laborales en instalaciones portuarias “en los términos que reglamentariamente se determine”. La limitación de la acreditación de la capacidad profesional para el desarrollo del trabajo portuario, a la obtención del certificado de profesionalidad, puede significar una nueva vía de cierre al acceso a la profesión cuya justificación debería quedar clara. Así, la realización de prácticas profesionales, obligación establecida en el R.D. 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad, indica que tales prácticas se realizarán en “instalaciones portuarias” (artículo 5, bis 5, 11 y 15).

Por otra parte, y una vez cumplido el requisito de la formación, tal como se establece en el funcionamiento de las empresas de trabajo temporal, el contrato de trabajo entre la Empresa de Trabajo Temporal (ETT) y el trabajador contratado para ser cedido, puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada, por lo que la tendencia es a concertarlos por el tiempo de duración del contrato de puesta a disposición, lo que es totalmente distinto a la vinculación indefinida característica de la relación entre la SAGEP y el estibador portuario. Duración indefinida que, por otra parte, marcaba en gran medida la propia relación especial y que, garantizaba la formación permanente que es necesaria para la prestación del servicio portuario por personal cualificado. Tal vez lo que sí pudiera tener mayor recorrido sea la previsión, ahora prácticamente inutilizada, del artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, en el que se establece lo siguiente “la empresa de trabajo temporal podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en la letra b) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en el apartado 1 de este artículo y en sus normas de desarrollo reglamentario”. Posibilita, pues, celebrar un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición (Rodríguez, 2018).

Además, para los contratos de trabajo de duración determinada que se suscriban por los Centros Portuarios de Empleo se regirán por lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley con las particularidades siguientes: a) los contratos temporales de estibadores portuarios se formalizarán por escrito, de acuerdo con lo establecido para la modalidad de contratación de que se trate; y b) mediante la negociación colectiva se podrán determinar criterios de conversión de contratos temporales en indefinidos.

En el caso de los contratos de trabajo por tiempo indefinido se concertarán por escrito en los términos previstos en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores y

con sujeción a las formalidades y al modelo que se establezcan en la negociación colectiva. En estos casos, las correspondientes órdenes de servicio podrán ser remitidas a los trabajadores portuarios a través de medios electrónicos en los términos que se acuerden en la negociación colectiva. Del mismo modo se podrá hacer llegar la comunicación de las órdenes de servicio a las empresas usuarias (artículo 20).

Es de gran importancia en esta materia, la sentencia 16 de septiembre de 2020, de la Sala Novena del TJUE, sobre la petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), desestimándola sin entrar en el fondo de la cuestión.

El procedimiento se siguió contra Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (ANESCO), los sindicatos con intervención de Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (Asoport).

La petición de decisión prejudicial de la CNMC, tuvo por objeto la interpretación del artículo 101 TFUE y del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1).

Considerando el Derecho de la Unión recogido en considerandos 17 y 18 del Reglamento n.º 1/2003: Para garantizar tanto la aplicación coherente de las normas de competencia como una gestión óptima de la red, es indispensable mantener la norma según la cual la incoación de un procedimiento por la Comisión comporta la pérdida automática de competencia para las autoridades de los Estados miembros. Cuando una autoridad de competencia de un Estado miembro ya esté instruyendo un asunto y la Comisión tenga intención de incoar el procedimiento, debe procurar hacerlo cuanto antes. Antes de incoar el procedimiento, la Comisión debe consultar con la autoridad nacional correspondiente.

La Comisión como cuestión prejudicial señaló que: el 29 de marzo de 2019, el Reino de España adoptó el Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Esta norma ofrecía, durante el período transitorio, la posibilidad de prever, mediante acuerdos o convenios colectivos, una subrogación obligatoria del personal de las SAGEP en el caso de que las empresas de manipulación de mercancías decidieran dejar de formar parte de ellas o se produjese su desaparición. La CNMC señala que la adopción de ese acto, que tiene rango de ley, tuvo como efecto ampliar el plazo en el que era posible el ejercicio del derecho de separación de las SAGEP hasta el final del período transitorio previsto en el Real Decreto-ley 8/2007, es decir, hasta el 14 de mayo de 2020. Por tanto, la CNMC tiene dudas acerca de la conformidad, por una parte,

de los convenios colectivos que modifican el IV Acuerdo Marco Estatal y, por otra, del Real Decreto-ley 9/2019 con el artículo 101 TFUE, lo que, a su entender, justifica acudir al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE.

A tal efecto, la CNMC considera que es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, dado que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tiene origen legal, carácter permanente y jurisdicción obligatoria, resuelve conforme a un procedimiento contradictorio, constituye un órgano independiente y ejerce sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las parte en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto de este.

El Tribunal consideró que, no puede considerarse que esta tenga la calidad de “tercero” con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto de recurso ni, por tanto, ser calificada como “órgano jurisdiccional nacional” en el sentido del artículo 267 TFUE. Por todo ello, procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial planteada por la CNMC.

Esta sentencia supuso un cambio significativo para la Comisión Nacional de Mercados y Competencia al mostrar el Tribunal su inadmisibilidad sin entrar en la cuestión de fondo ya no fue necesario desestimar las peticiones allí planteadas.

Las menciones a la negociación colectiva deben entenderse exclusivamente referidas a la realizada en el sector de estiba, siguiendo en todo caso la prioridad aplicativa de los convenios prevista en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores y teniendo en cuenta lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo.

Actualmente los contratos de puesta a disposición de trabajadores portuarios podrán celebrarse “para cubrir necesidades de personal de estiba propias del servicio de manipulación de mercancías de las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de mercancías o de autorización de servicios comerciales” (artículo 19.2).

Las facultades de dirección, organización y control de la actividad laboral de los trabajadores portuarios contratados por los Centros Portuarios de Empleo corresponderán a la empresa titular de la licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios durante el período de puesta a disposición. Las empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios a cuya disposición sean puestos trabajadores portuarios ocuparán el mismo lugar que las demás usuarias respecto de las empresas de trabajo temporal, y deberán cumplir las obligaciones que establece el capítulo IV de esta Ley y las restantes normas que les resulten de aplicación (artículo 21.1.2.).

Los trabajadores portuarios cedidos por Centros Portuarios de Empleo ostentarán frente a las empresas usuarias todos los derechos que les reconoce

esta ley, así como los que se puedan establecer mediante la negociación colectiva (artículo 21.3).

Lo dispuesto en el artículo 15.5, del Estatuto de los Trabajadores (para la adquisición de la condición de trabajadores fijos) no será de aplicación respecto de las empresas usuarias titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios (artículo 21.4).

En efecto, al margen de que los convenios colectivos en el marco de nuestro sistema legal tienen capacidad de fijar las condiciones retributivas, de jornada y del resto del régimen jurídico del contrato de trabajo en la estiba; al mismo tiempo, tienen como límite infranqueable el obligado respeto al nuevo modelo de contratación establecido con la reforma legal, a resultas del necesario respeto a la sentencia de condena a España por este motivo. Ha de estarse atento a la efectiva adecuación del diseño de los convenios colectivos y de su contenido al nuevo modelo legal y que éstos por vías ocultas no produzcan un resultado que acabe siendo contrario a la libertad de contratación en los términos identificados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (Cruz, 2018).

La estructura salarial para los estibadores se recoge en la Negociación Colectiva. Así en el futuro V Convenio, se señala que se establecerá: a) un salario base por grupo profesional que podrá variar por el tipo de jornada; b) los estibadores percibirán, como mínimo, dos pagas extraordinarias anuales, una en el mes de diciembre y otra en el que se convenga por convenio o acuerdo de ámbito inferior. Su cuantía se determinará en los citados convenios colectivos; c) podrán establecerse para el cálculo del salario de cada trabajador sistemas de primas o incentivos en función de la cantidad o calidad de trabajo efectivamente realizado, así como otros complementos o primas mínimas garantizadas (artículo 49).

También se establece una retribución mínima garantizada de treinta turnos mensuales. Los turnos no trabajados hasta completar los treinta se percibirán al valor del salario de asistencia o disponibilidad fijado en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior. En el cómputo de los treinta turnos se tendrán en cuenta los doblajes (jornadas de 12 horas o reenganches) y las causas legales y convencionales de suspensión del contrato, así como los permisos retribuidos. Esta garantía sustituye al denominado salario de inactividad y no se aplicará en aquellos puertos que tengan establecido un salario fijo por unidad de tiempo en cómputo mensual o un salario mínimo garantizado mensual. La concreción del sistema de garantía de percepción salarial se realizará en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, con los mínimos establecidos. En el supuesto de inexistencia de regulación en el ámbito inferior, se establece como retribución mínima garantizada la correspondiente para cada Grupo profesional del CPE con mayor número de personal que opere en el puerto de la misma Comunidad Autónoma (artículo 50).

El complemento personal de antigüedad desaparece como concepto retributivo, sin que se devengue cantidad alguna nueva por tal concepto. Se respetan los importes que se vinieran percibiendo que tendrán la consideración de complemento personal no absorbible (artículo 51).

En lo que concierne a la retribución según tipos de jornadas, en los convenios o acuerdos de ámbito inferior se acordará la adecuación de los pluses de jornada, en orden al establecimiento de una estructura de estos que fije las cuantías remuneratorias de acuerdo con los siguientes tipos de jornadas: a) Jornadas ordinarias: las comprendidas entre las 08:00 horas y las 20:00 horas; b) Jornadas nocturnas: las comprendidas entre las 20:00 horas y las 08:00 horas; c) Jornadas de sábado: las comprendidas entre las 08:00 horas y las 14:00 horas de los sábados y las comprendidas entre las 14:00 horas del sábado y las 08:00 horas del domingo; d) Jornadas de domingos y festivos: las comprendidas entre las 08:00 horas del domingo o festivo y las 08:00 horas del día siguiente. Dentro de cada tipo de jornada, los convenios o los acuerdos de ámbito inferior podrán fijar horarios diferentes a los anteriores. (artículo 52).

La jornada máxima de trabajo anual queda establecida en 1.826 horas. Las empresas estibadoras que regulen mediante convenio de empresa un horario, distribución de trabajo, régimen de trabajo y la planificación anual de las vacaciones apartándose de lo dispuesto en el Acuerdo, tendrán una jornada máxima anual de 1.452 horas (22 turnos mensuales por 11 mensualidades). La jornada anual se distribuirá de manera irregular mediante el sistema de llamamientos, nombramientos y turnos establecidos en este acuerdo y en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior. Las empresas estibadoras deberán confeccionar y presentar a la representación legal y sindical de los trabajadores un calendario anual de jornadas del personal contratado directamente por las mismas, de forma que detalle los turnos de trabajo, los días de descanso semanal o el sistema para su determinación y la programación de las vacaciones. A tal efecto, se cumplirá lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y normas legales y convencionales complementarias (artículo 38).

El cumplimiento de la jornada anual y el cómputo de la jornada mínima mensual obligatoria se cumplimentará mediante la obligación de disponibilidad para la realización de un número de turnos de trabajo equivalente a los días laborables del mes más dos, respetando los 14 días festivos anuales, los de descanso semanal, los de licencias o permisos y demás causas de suspensión del contrato de trabajo legal o convencionalmente establecidas. Como consecuencia del sistema de cómputo de turnos indicado en el párrafo anterior, la jornada mínima mensual obligatoria no será superior de 24 turnos, sin perjuicio de lo cual, los trabajadores podrán realizar –voluntariamente o en las condiciones que se establezcan en los convenios o acuerdos colectivos ámbito inferior- un número superior de turnos mensuales con el límite de la jornada máxima anual de 1.826 horas pactadas. La citada obligación tendrá vencimiento trimestral (enero-marzo; abril-junio;

julio-septiembre y octubre-diciembre). Se considerará cumplimentada la jornada correspondiente a dicho periodo y, por tanto, no exigible el tiempo de trabajo en el que no se hubiera producido ocupación efectiva a pesar de la disponibilidad del trabajador. En los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior se podrá detallar, complementar y ampliar las licencias o permisos (artículo 39).

La jornada anual se distribuirá, para todo el personal afectado por el presente convenio colectivo, mediante la actividad durante todos los días del año, en turnos que permitan la prestación del servicio durante las 24 horas del día. Se exceptúa de la regla anterior un máximo de cinco días al año, que serán determinados como días inhábiles a efectos laborales por el convenio o acuerdo colectivo de ámbito inferior. Se considera jornada diaria de trabajo el número total de horas de trabajo prestadas conforme a lo dispuesto en este acuerdo, desde las 02:00 de un día a las 02:00 del día siguiente (artículo 40).

El exceso sobre la jornada anual pactada tendrá la consideración de horas extraordinarias y deberá compensarse mediante el sistema que se determine en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior. El exceso del tiempo de trabajo sobre los turnos establecidos en cada puerto se abonará, sin perjuicio de su consideración como hora ordinaria, con el importe y recargos establecidos en los convenios de ámbito inferior. A petición de las empresas estibadoras, se podrá realizar un máximo de dos horas de remate de buques, según la regulación que se establezca en convenio o acuerdo colectivo de ámbito inferior (artículo 41).

En la ordenación de la jornada se respetará la legislación vigente, con especial atención en la organización del trabajo para garantizar el mínimo de descanso de 12 horas entre jornadas y el descanso semanal. Dada la modalidad de adscripción y la diferente manera de organización, previsibilidad de ocupación y atención al servicio, el descanso semanal para los trabajadores de los Centros Portuarios de Empleo será el establecido en los convenios colectivos de ámbito inferior y de dos días para todo el personal, integrado o adscrito, de las plantillas de las empresas estibadoras. La determinación de los días de descanso semanal para todo el personal afectado por este convenio será la establecida en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, en atención a compatibilizar la disponibilidad y demanda en la prestación del servicio con el derecho a la previa determinación del descanso con una antelación de siete días o, en su caso, la antelación pactada en los convenios o acuerdos colectivos sectoriales inferiores. El disfrute del descanso semanal podrá realizarse cada dos semanas. Las empresas estibadoras procederán a señalar para los trabajadores integrados o adscritos a sus plantillas el descanso de dos días semanales consecutivos quedando fijado el número máximo de turnos mensuales en 22. Cuando la empresa no lo comunique en el calendario anual o con una antelación de un mes, se entenderá que los días de descanso semanal serán sábado y domingo. A estos efectos, el personal puesto a disposición por más de un turno procedente del CPE conforme al artículo 14 b) estará sujeto a la regulación contenida en el párrafo anterior. Los días festivos anuales, excluidos

los inhábiles previstos en el artículo 40 se disfrutarán en la forma que se convenga en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior. El personal afectado por el Acuerdo disfrutará de licencia no retribuida de hasta 12 días anuales de asuntos propios. El plazo de solicitud ante el CPE o empresa estibadora finalizará en la hora en la que esté previsto el nombramiento que precede al que corresponda al periodo de la licencia. El CPE o la Empresa estibadora podrá denegar las solicitudes que excedan del 20% del personal disponible en cada grupo profesional o/y especialidad, siempre que fuera necesario para atender los pedidos. En tal caso, se denegarán las solicitudes por el orden inverso de presentación o, en su caso, por sorteo. Esta licencia no disminuirá la jornada mínima mensual obligatoria establecida en el Acuerdo.

En cuanto a los turnos de trabajo y jornadas especiales, como regla general, el tiempo de trabajo en el sector se organizará en turnos de trabajo de seis (6) horas de trabajo efectivo en las condiciones establecidas en el artículo 45. El turno de seis horas será continuo. Sin embargo, los convenios o acuerdos de ámbito inferior podrán establecer los sistemas de trabajo, tipos y distribuciones de la jornada, horarios y duración de los turnos, dentro de los límites establecidos legalmente sin contradecir las condiciones establecidas en este acuerdo.

Los trabajadores podrán realizar una jornada de hasta 12 horas consecutivas o dos turnos de seis horas el mismo día, siempre que se cumpla el descanso obligatorio entre jornadas y que no se superen los límites de jornada mínima obligatoria indicados en el artículo 39. A este respecto un mismo trabajador no podrá realizar dos turnos en el mismo día cuando exista otro disponible a tiempo completo o parcial en el CPE con el que opere la empresa que, pudiendo efectuar tal actividad, no haya tenido ocupación efectiva en el día, a no ser que fuera el de descanso reglamentario, sin realizar, en este último supuesto, horas complementarias. En la realización de jornadas de 12 horas o reenganches serán llamados, en primer lugar, los trabajadores de los CPE. Cuando fuera precisa la realización de jornadas de 12 horas o dos turnos en el mismo día, el personal afectado tendrá derecho a la interrupción mínima de media hora o la dispuesta por convenio o acuerdo colectivo de ámbito inferior, que se realizará a la mitad de la jornada y será considerada y retribuida como de trabajo efectivo. En tal caso, el personal deberá ser informado en el momento del nombramiento o, si no hubiera sido posible por causa imprevista, tan pronto se tenga conocimiento de ello. El personal de los CPE asume colectivamente un compromiso de disponibilidad para atender las demandas de servicio en cada puerto.

En cuanto al grado de participación de las mujeres en las actividades de estiba y desestiba, señalaremos que es un sector ampliamente masculinizado con pocas trabajadoras. Se calcula que solamente un 6% del total de estibadores son mujeres. Según la información que proporciona la Confederación Española de Transporte de Mercancías, únicamente en 6 puertos hay mujeres estibadoras, en el Puerto de Valencia se calcula que hay alrededor de 300 estibadoras (aprox. un 22,51% del

total), unas 100 en el Puerto de Barcelona (aprox. un 9,34% del total) y una en el Puerto de Las Palmas (0,21%), el Puerto de Cádiz (2,08%), el Puerto de Málaga (0,81%) y el Puerto de Sevilla (1,37%). La participación por tanto en esta actividad de las trabajadoras es podríamos calificarla de simbólica (Aguado, 2016).

Este Convenio ha sido informado por la CNMC, en tres ocasiones la última de ellas el 28 julio de 2020, analizó de modo preliminar las potenciales distorsiones sobre la competencia que podrían surgir del V Acuerdo Marco de la Estiba. No evalúa su compatibilidad con el artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia o el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que solo puede valorarse por la CNMC en el marco de un procedimiento sancionador.

En la actualidad las partes están en fase de llegar a un acuerdo sobre el mismo, más aun tras la sentencia de la Audiencia Nacional 127/2021, de 31 de mayo, la cual esta en la actualidad pendiente de recurso. Y tras ella se ha visto la necesidad de un Convenio de acuerdo a la normativa, dado que el anterior no lo estaba.

5. LA GESTIÓN DE LA ESTIBA

Como ya hemos señalado la gestión de los trabajadores ha sido, tradicionalmente, encomendada a unas específicas sociedades de gestión de personas que únicamente se dedicaban a la puesta a disposición de las empresas prestadoras del servicio de estiba /manipulación de mercancías del personal que éstas necesitan para su actividad. Tras el Real Decreto Ley de 8/2017, de 12 de mayo, se modifica el régimen de trabajadores para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la Sentencia del TJUE, de 11, de diciembre de 2014. (Asunto C-576(13). Se consagra el principio de libertad de contratación de trabajadores; y no será necesario que el titular de la licencia participe en ninguna empresa, cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios. Se estableció un periodo transitorio de 3 años, para cumplimentar esta nueva forma de gestionar la estiba.

A resueltas de todo ello y por el Real Decreto Ley 9/2019, de 29 de marzo, se prevé la posible creación de los Centros Portuarios de Empleo (CEP), que tienen por exclusivo objeto el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, así como la formación profesional de aquellos, la cual también podrá realizarse mediante el resto de alternativas previstas legalmente (Rodríguez-Piñero, 2019) .

Una peculiaridad relacionada con la norma fue la posibilidad de creación de unas entidades, denominadas Centros Portuarios de Empleo (CPE), sobre cuya

naturaleza y funcionamiento aporta escasas indicaciones (Rodríguez-Izquierdo, 2018). Estos Centros Portuarios de Empleo, señala la norma, tienen como objeto “permitir una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajos portuarios”; y “el empleo de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios” (artículo. 4.1). Bajo esta perspectiva parecen sustituir a las SAGEP, en tanto tendrían como función proporcionar a las empresas estibadoras los trabajadores que necesitaran para cubrir los picos de demanda. Pero tiene importantes diferencias tales como: a) los CPE podrán extenderse a todo el territorio nacional, pudiendo existir varios centros por puerto; b) podrán crearse por personas naturales o jurídicas o uniones y entidades sin personalidad jurídica; c) pueden, en principio, solicitar la obtención de la autorización exigida por la Ley 14/1994 para actuar como empresa de trabajo temporal (ETT) (art.4, 2) (Barbadillo, 2017).

La finalidad de estos Centros Portuarios de Empleo se regula en el artículo 18 de ETT, señalando que tienen por exclusivo objeto “el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, así como la formación profesional de aquellos, la cual también podrá realizarse mediante el resto de alternativas previstas legalmente”. Y que las empresas que formen parte de un centro portuario de empleo deberán “ser titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías y obtener una autorización administrativa previa, según lo previsto en el artículo 2, con las siguientes especialidades: a) en su denominación incluirán los términos «Centro Portuario de Empleo» o su abreviatura «CPE», en lugar de los términos «Empresa de Trabajo Temporal» o su abreviatura «ETT»; y b) a efectos de lo establecido en el apartado 3 del artículo 2, el número mínimo de trabajadores con contrato de duración indefinida con que deberá contar el centro portuario de empleo para prestar servicios como personal de estructura bajo la dirección del mismo, se calculará en función del número de días de puesta a disposición del personal de estiba contratado temporalmente en el año anterior. En todo caso, al inicio de su actividad deberá contar al menos con dos trabajadores de estructura con contrato de duración indefinida, mínimo que deberá mantenerse durante todo el tiempo de actividad del centro portuario de empleo”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 18. 3, se señala que deberán “constituir y mantener” una garantía financiera actualizada, que deberá alcanzar el diez por ciento de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior correspondiente al personal de estiba portuaria que haya sido empleado bajo una modalidad de contratación temporal para ser puesto a disposición de las empresas a que se refiere el apartado 1, sin que en ningún caso dicho importe pueda ser inferior a veinticinco veces el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, vigente en cada momento.

Además, se señala la obligación de remitir a la autoridad laboral la relación de contratos de puesta a disposición celebrados a que se refiere el artículo 5.1, así como la obligación de entrega de documentación a los representantes de los trabajadores, establecida en el artículo 9, se entenderán referidas únicamente a los trabajadores portuarios contratados temporalmente.

6. SÍNTESIS DE RESULTADOS Y CONCLUSIONES. LAS DIVERGENCIAS Y EL CONFLICTO EN LA ESTIBA Y DESESTIBA

Las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba de las mercancías son actividades indispensables para el desplazamiento de éstas; y, por ello, requieren de una rápida, profesional y ordenada ejecución, que ha de ser llevada a cabo por unos trabajadores bien formados como exige la norma, debido a la importancia nuclear para un correcto desarrollo del transporte marítimo. Téngase en cuenta que una inadecuada ejecución de estas actividades puede acabar generando retrasos y daños en las mercancías a transportar y ante los cuales deberán responder los sujetos obligados contractualmente a su ejecución (Belintxon, 2017). Esta especial actividad laboral ha estado en los últimos años cargada de conflictividad. Los estibadores han utilizado mecanismos de presión y de acción, como la huelga, para defender su particularidad y su adaptación a normativas favorables. Esta conflictividad en este sector ha llegado a producir importantes desajustes económicos. La búsqueda de soluciones extrajudiciales y de mecanismos de solución de conflictos que permitan la negociación de las reclamaciones de los trabajadores de este importante sector se convierte en una asignatura pendiente desde hace años, catalogándose de vital importancia su arreglo definitivo.

Los estibadores han llevado a cabo determinadas protestas y huelgas como medio para que las empresas garanticen sus condiciones laborales. En los últimos diez años, fueron notables la del 2010, convocada por los sindicatos CCOO, UGT, CIG, ELA y Coordinadora, para los meses de marzo y abril, motivada por la modificación de la Ley de Puertos y la posibilidad de pérdida de empleo de más de 1.500 empleos por considerar que se estaban precarizando los servicios portuarios en materia de estiba y desestiba (La Estiba, 2010). En el 2011, la huelga estaría convocada por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios, UGT, CCOO y la Confederación Intersindical Galega, en solidaridad con los trabajadores de la estiba del puerto de El Musel, que protestan por la decisión de la Autoridad Portuaria gijonense de autorizar la contratación de trabajadores ajenos a la estiba portuaria para la manipulación de vehículos y plataformas de camión. En el 2012, la huelga fue convocada por Coordinadora, UGT, LAB, ELA, CCOO, SINTRABI, EGAS e HIRU, manifestando que “ante la agresión que supone la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP, aplicando recortes que suponen de facto la aniquilación de todos y cada de los derechos de los y las trabajadoras, queremos

hacer un llamamiento a todos y todas los trabajadores y trabajadoras del entorno portuario a la huelga general del próximo día 29 de marzo”.

El año 2017, fue especialmente conflictivo. Se convoca huelga en el sector para adecuar el trabajo de los estibadores españoles al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, La huelga fue intermitente y parcial durante todo el año y afectó seriamente a la actividad en los puertos españoles. No fue hasta que la patronal garantizó el 100% del empleo, para que los sindicatos ratifican los compromisos adquiridos; y el 29 de marzo de dicho año ambas partes se comprometieron a iniciar la negociación del V Acuerdo. El perjuicio ocasionado por las huelgas del 2017, alcanzó los 55 millones por jornada laboral, según manifestó el propio Ministerio de Fomento.

Tras dos años de paros intermitentes, en el 2019, el sindicato mayoritario de estibadores, la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, movilizó a la huelga a casi un total 7.000 trabajadores de más de 30 puertos españoles, por la falta de un acuerdo que adecue sus convenios laborales a las nuevas normas estatales para la estiba.

En definitiva y a modo de resumen los cambios recientes en la legislación sobre la estiba y desestiba pueden seguir produciendo conflictividad en esta relación triangular que se produce en la estiba y desestiba. Asimismo, se ha visto la necesidad de Contar con un Convenio Colectivo de acuerdo al marco legislativo, como ha dejado evidenciado la sentencia de la Audiencia Nacional de 2021, declarando la nulidad de algunos artículos del IV Colectivo. (Un resumen de la cronología del proceso de liberalización de los servicios portuarios lo exponemos en el cuadro número 1).

En el mismo, se da cuenta tanto de las fases y criterios divergentes en el enfoque de los servicios de manipulación de cargas como de las diferentes posiciones y reacciones llevadas a cabo en la normativa española para acompañarla al marco legal europeo. No obstante, es de citar que el modelo portuario europeo se caracteriza por su diversidad mostrando distintas concepciones en la estructura de la propiedad, del régimen de explotación y de las herramientas que definen su gobernanza (González-Laxe, 2020). En consecuencia, también es fácil deducir que los servicios portuarios en la Unión Europea no se caracterizan por su homogeneidad, sino todo lo contrario.

La complejidad y los múltiples aspectos laborales, económicos y jurídicos que confluyen en el tema tratado en este trabajo, requiere, además de un estudio preliminar, generalista, en el que se remarquen estas características diferenciales, respecto a otros sectores productivos, una mayor profundización tanto en los aspectos jurídicos (que además deben ser actualizados una vez que las normas se ratifiquen), como en los económicos, ampliando el análisis en el contexto económico de las crisis en general y de la provocada por la pandemia, que ha afectado sustancialmente al transporte.

7. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO BLOISE, E., “Mujeres en la estiba. El caso de las estibadoras portuarias del puerto de Valencia”, *ARXIU* nº 35, p.125.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, (2018), “El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario”, *Trabajo y Derecho* nº 37, disponible en smarteca, p.5.

ANESCO, (Visitado el 11 de abril 2020). Datos de estiba. España.

BARBADILLO, J. (2019), *La Estiba Española*, Actualidad jurídica Aranzadi nº 929, pp. 12.

BALLESTER PASTOR, I. (2014) “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”. Tirant Lo Blanch. Valencia, pp. 60-80.

BELINTXON MARTIN, U., “Derecho europeo, estiba y liberalización: algunas cuestiones clave sobre el conflicto de los estibadores”, *Tribuna de Actualidad*, Vol. 5, 2017, p.26.

BOTTALICO, A. (2019). Towards the mapping of port labour systems and conflicts across Europe: a literature review. *Work Organization, Labour & Globalisation*. 13 (1). 130-154.

CABEZA PEREIRO, J., (2000), “Algunas consideraciones sobre los trabajadores sobre la relación especial de estiba Portuaria”, *Revista Jurica de Santiago de Compostela*, vol. 9 nº , pág. 10-16.

CAMARERO ORIVE, A., PERY PAREDES, P. TARSITANI, F., (2018). “Adecuación de los horarios de trabajo y contratación de la estiba en los puertos españoles”, *Revista de Economía, ICE*, marzo-abril/2018, nº 901 pp.81-92.

CARRIL VÁZQUEZ X. M. (2018), “A propósito de la afiliación de los estibadores portuarios a la Seguridad Social y la jurisdicción competente para enjuiciar esta cuestión en caso de pleito”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 53/2008, pp. 4 y 5.

CLUSTER MARÍTIMO ESPAÑOL. <http://clustermaritimo.es>

CRUZ VILLALÓN, J. (2018). “Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba”, *Temas Laborales*, nº 142/2018, pp. 117-122.

CARMONA CONTRERAS, A., (2018), “Estibadores, unión europea y Decreto-Ley: tres actores de reparto para una obra jurídicamente compleja”, *Temas Laborales* nº 142/2018, pp.46-50.

DÍAZ-HERNÁNDEZ, J.J., MARTÍNEZ-BUDRIÁ, E., JARA-DÍAZ, S. (2008). Productivity in cargo handling in Spanish Ports during a Period of Regulatory Reforms. *Networks and Spatial Economics*. 8(2). 287-295.

DÍAZ HERNÁNDEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BUDRÍA, E. (2012) “La productividad y la eficiencia en el sector de la estiba en los puertos españoles”. *Papeles De Economía Española*, N.º 131, 2012. ISSN: 0210-9107.

DÍAZ-HERNÁNDEZ, J. J.; E. MARTÍNEZ-BUDRÍA, Y S. JARA-DÍAZ (2009), «Decomposing cost efficiency in cargo handling in Spanish ports using a non-parametric approach», *Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Desarrollo Regional, Serie Economía*, DTE-2009-02, Universidad de La Laguna, www.uv.es/~estevev/DT-E-2009-02.pdf.

DURÁ RAMADA, G. 2017. El sector de la estiba en España. Trabajo Fin de Master. Fundación Valencia Port.

DE LANGE, P. (2004). The Performance of Port Cluster. *Journal of International Logistics and Trade* .2(1). 47-57.

DE LANGE, P., PALLIS, A. (2006). Analysis of the benefits of intra-port competition. *International Journal of Transport Economics*. 33. 69-85.

ESSER, A. SYS, C., VANELSLANDER, T., VERHETSEL, A. (2020). The labour market for the port of the future. A case study for the port of Antwerp. *Case Studies on Transport Policy*. 8. 349-360.

ESTEPA MONTERO, M., (2019), “La reforma de la estiba: la relevancia del complejo marco regulatorio”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense LII*, pp.211-220.

FABIANO, B., CURRÓ, F., REVERBERI, A.P. (2020). Port safety and the container revolution: A statistics study on human factor and occupational accidents over long period. *Safety Science*. 48(8). 980-990.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., (2017), “La estiba sigue en conflicto: liberalización de mercados vs. Garantías sociales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 409, pp. 8-12.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2003) “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”. *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, nº 18, pp. 10.

GABALDÓN, J.L., RUIZ-SOROA, J.M. (2006). *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*. (3º edición). Madrid. Ed. Marcial Pons.

GARATE CASTRO, J. (2014), “Elementos para una valoración del grado de efectividad de las disposiciones de los convenios específicos sobre el trabajo portuario adoptados por la OIT y ratificados y no denunciados por España”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº.112, pp.54-64.

GONZÁLEZ-LAXE, F. (2015), *La política portuaria Europa y los nuevos objetivos a cubrir en un espacio de redes globales*. España, XXV Encuentro ARETHUSE, p.12.

GONZÁLEZ-LAXE, F. (2020). La política Portuaria Europea. Los nuevos desafíos de la gobernanza. *Revista Galega de Economía*. 29 (1). 6401.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. (2019), “Liberalización de la estiba y protección de los estibadores”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº. 23, pp. 195-200.

HARALAMBIDES, H. (1995). Port structural adjustment and labour reforms. *Proceedings of the Seventh World Conference on Transport Research*. Sydney.

HSU, W.K. (2012). Port’s service attribute for ship navigation safety. *Safety Science*. 50(2). 244-252.

LA ESTIBA, (2010), *Boletín de la Coordinadora estatal de Trabajadores del Mar*, nº 8.

LEE, E.S., SONG, D-W. (2010). Knowledge management for maritime logistics value: discussing conceptual issue. *Maritime Policy and Management*. 37(6). 563-583.

LU, CS., SHANG, K.L. (2005). An empirical investigation of safety climate in container terminal operators. *Journal of Safety Res*. 36(3). 297-308.

LU, CS., TSAI, C.L. (2008). The effects of safety climate on vessel accidents in container shipping context. *Accident Annals Prevision*. 40(2). 594-601.

MARTINEZ-BUDRÍA, E.; J. J. DÍAZ-HERNÁNDEZ, Y S. JARA-DÍAZ (2011), “Productivity and efficiency with discrete variables and quadratic cost function”, *International Journal of Production Economics*, 132(2): 251-257.

MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C. 2017. El nuevo escenario de la regulación de la estiba y desestiba portuaria en el ordenamiento jurídico español. *FORO, Nueva Época* vol. 20 (1). 329-245.

MOLINA NAVARRETE, C., (2017), “Libertad de empresa, seguridad en el empleo y «subrogación adaptativa»: a propósito del «desregulador» nuevo régimen de la estiba”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 411/ 2017, pp. 90-106.

MINISTERIO DE FOMENTO, PUERTOS DEL ESTADO, (2017), *Operaciones y Servicios portuarios Nivel I*, PP. 10-12.

NOTTEBOOM, T. 2010. Dock Labour and port-related employment in the European Seaports System: key factors to port competitiveness and reform. Report prepared for ESPO. ITMMA. University of Antwerp.

NOTTEBOOM, T. (2018). The impact of changing market requirement on dock labour employment systems in Northwest European Seaports. *International Journal of Shipping and Transport Logistics*. 10 (4).

OXFORD ECONOMICS (2015). The economic value of the EU Shipping Industry

PINDICK, R.S. & RUBINFELD, D.L., (2003), "Microeconomía." 5ª edición. Prentice Hall. Madrid.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2018). "La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso español, entre el efecto directo y la integración encubierta", *Temas laborales* nº 142/2018, pp. 60-65

RODRÍGUEZ RAMOS, P., (2018). "El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro", *Temas Laborales*, nº. 142/2018., pp. 82-100.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., (2019), "La nueva regulación laboral de la estiba y el Real Decreto-Ley 9/2019", *Derecho de las relaciones laborales*, , nº. 6, 2019, pág. 560-570.

OLIVEIRA, H.S., VARELA, R. (2016). Automation in ports and job relation in XXI Century. In presented at the IDC. Automation Conference. Miami.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (1973), Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B), cit., p. 45.

SATTA, G., MAUGERI, S., PANETTI, E., FERRETI, M. (2019). Port labour, competitiveness and drivers of change in the Mediterranean Sea: A conceptual framework. *Product Planing and Control*. 1-16.

SELMA, A. (2007). Los límites del contrato de trabajo en la jurisdicción española. Editem. Tirant Monografías. Nº 482.

SOLDEVILLA FRAGOSO, S. (2017): "La estiba de la discordia", *Actualidad administrativa*, nº 4, pp. 160.154.

TONGZON, J.L. (1995). Determinants of Port Performance and Efficiency. *Transportation Research*. Part A. 29(3). 245-252.

TRUJILLO CASTELLANO, L. Y TOVAR DE LA F, B. (2012), "Análisis de terminales portuarios: competencia versus financiación", *Papeles de Economía Española*, nº 131-2012. pp. 130-135.

ZURUTUZA ARIGITA, I. (2017), "El acceso al mercado de los servicios portuarios a propósito del nuevo Reglamento (UE) 2017 /352", *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, ISSN 1889-1810, Nº. 20, 2017, pp. 90-110.

IDOM. 2016. Estudio de la cadena de costes para el tráfico de carga rodada en las terminales españolas de vehículos en régimen de mercancías en buque Car-Carrier. Observatorio de Servicios Portuarios. Puertos del Estado.

SBC & MCVALNERA 2016. Estudio de la cadena de costes para el tráfico de contenedores en las terminales españolas. Observatorio de Servicios Portuarios. Puertos del Estado.

VAN HOOYDONK, E. 2014, Port labour in the EU. Vol I. Labour market, Qualifications & Training. Health & Safety. Study commissioned by the EU Commission. Brussels.

VAN HOOYDONK, E. 2014. Port labour in the EU. Vol II. The member State perspective Annexes. Study commissioned by EU Commission. Brussels,

VERHOEVEN, P. (2011). Dock Labour Schemes in the context of EU. Law and Policy. European Research Studies. Vol, XIV (2). 149-166.

VERHOEVEN, P. (2015). Economic Assessment of Management Reform in European Seaports. University of Antwerp. Thesis Doctoral.

VERHOEVEN, P., VANOUTRICE, T. (2012). A quantitative analysis of European Port Governance. Maritime Economics & Logistics. 14(2). 178-203.

Comentarios de jurisprudencia

GUARDIA DE DISPONIBILIDAD NO PRESENCIAL Y TIEMPO DE TRABAJO CONFORME A LA DIRECTIVA 2003/88/CE

STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, Asunto C-580/19

(ECLI:EU:C:2021:183)

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: El empleado que da origen al litigio es un funcionario que desempeña sus funciones de bombero de la ciudad de Offenbach del Meno (Alemania) y, como el resto de miembros del cuerpo, debe prestar periódicamente servicios de intervención, durante los cuales debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por la entidad empleadora. Debe responder a las llamadas que reciba en las que se le informe de los incidentes respecto de los cuales debe tomar decisiones. En determinadas situaciones, debe desplazarse al lugar de la intervención o a su puesto de trabajo. Mientras presta dicho servicio el empleado debe elegir el lugar en el que se encuentre de forma que, en caso de aviso, pueda llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos. Los fines de semana, dicho servicio abarca desde las 17.00 del viernes hasta las 7.00 del lunes. Una semana de 42 horas de trabajo puede ir seguida de tal servicio durante el fin de semana, y de promedio, presta el servicio de intervención entre diez y quince fines de semana al año. Solicita a su empresa que se le reconozca como tiempo de trabajo y que se retribuya en consecuencia, ya que considera que los períodos de guardia, a pesar de realizarse en régimen de disponibilidad no presencial y de que, en consecuencia, el trabajador no esté obligado a hallarse físicamente en un lugar determinado por el empresario, este último le obliga a retornar al trabajo en un plazo muy breve.

RESUMEN: Para el órgano remitente la obligación que pesa sobre el trabajador de llegar a un lugar concreto en un breve plazo puede tener un efecto

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

restrictivo en lo que respecta a la administración de su tiempo libre y supone imponer indirectamente a dicho trabajador el lugar en el que debe encontrarse físicamente. Por ello plantea como primera cuestión prejudicial si este tipo de guardias deben considerarse tiempo de trabajo conforme al art. 2 de la Directiva 2003/88/CE. Como segunda cuestión plantea si en el concepto de “tiempo de trabajo” se ha de considerar también la disponibilidad de llamamientos al servicio. La Gran Sala considera tiempo de trabajo “si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular, de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses”.

ÍNDICE

1. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y PERIODOS DE GUARDIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA
2. LA NO PRESENCIALIDAD EN EL TIEMPO DE GUARDIA DE DISPONIBILIDAD
3. LAS LIMITACIONES DEL TIEMPO LIBRE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN DE LA GUARDIA COMO TIEMPO DE TRABAJO
 - 3.1. El plazo de que dispone el trabajador para reanudar su prestación laboral
 - 3.2. La frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas
4. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO NORMATIVO DE TIEMPO DE TRABAJO ADAPTADO A LAS NUEVAS REALIDADES DE TRABAJO

1. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y PERIODOS DE GUARDIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La limitación de la jornada de trabajo, el reconocimiento de periodos de descansos, y trabajar en condiciones que respeten la salud, seguridad y dignidad de las personas trabajadoras son derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31), que encuentran su desarrollo en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo¹, y en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo².

¹ Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 183 de 29.06.1989.

² Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 299 de 18.11.2003, que codifica la Directiva 93/104/CE (LCEur\1993\4042) del Consejo, de 23 de noviembre de 1993,

El hecho de que la directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo defina, por exclusión, el concepto de tiempo de descanso como todo periodo que no sea tiempo de trabajo (art. 2) ha llevado al TJUE a interpretar, ya desde la vigencia de la Directiva 93/104/CE, que son conceptos que se excluyen mutuamente, de manera que al analizar los periodos de guardia, ya sean presenciales o de localización, ha afirmado que, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo de guardia de un trabajador debe calificarse, bien de “tiempo de trabajo”, bien de “período de descanso”, puesto que ésta no contempla una categoría intermedia³.

Por tanto, ante supuestos que no encajan perfectamente en la definición de tiempo de trabajo o tiempo de descanso, como es el caso de los periodos de guardia, el Tribunal europeo ha tenido que interpretar ambos conceptos de forma casuística, lo que ha dado lugar a determinados criterios interpretativos sobre la materia, y que de forma sintética exponemos a continuación. Son conceptos que el propio Tribunal ha declarado que “no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva (...). Sólo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros”⁴.

En primer lugar, el TJUE ha diferenciado entre guardia y guardia de localización, afirmando que “el término «guardia» comprende de manera genérica todos los periodos durante los cuales el trabajador permanece a disposición de su empresario para poder realizar una prestación laboral, a petición de este, mientras que la expresión «guardia en régimen de disponibilidad no presencial» se refiere a aquellos periodos, entre los anteriormente mencionados, durante los cuales el trabajador no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo”⁵.

La guardia genérica, también denominada presencial para su mejor diferenciación de la guardia de localización o de disponibilidad no presencial, en tanto en cuanto supone la presencia del trabajador en el lugar de trabajo, ha dado lugar a una reiterada jurisprudencia europea en el sentido de considerarla tiempo

relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la Directiva 2000/34/CE (LCEur/2000/2026) del Parlamento Europeo y del Consejo.

³ STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578) y STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82), entre otras.

⁴ STJUE Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02 (ECLI:EU:C:2003:437); STJUE de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04 (ECLI:EU:C:2005:728); Auto TJUE Auto de 11 de enero de 2007, Jan Vorel, asunto C-437/05 (ECLI:EU:C:2007:23).

⁵ TJUE (Gran Sala) Caso D. J. contra Radiotelevizija Slovenija. Sentencia de 9 marzo 2021, asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182).

de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias, con independencia de si se realiza realmente prestación laboral durante el periodo de guardia⁶. Es el caso, entre otras, de aquellas guardias que conllevan una atención continuada en régimen de presencia física del personal médico y de enfermería por cuenta del servicio público sanitario, ya que concurren todos los elementos característicos del concepto tiempo de trabajo de la Directiva 93/104/CEE (actualmente Directiva 2003/88/CE), esto es, que el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2)⁷. A este respecto, interpreta el Tribunal que carece de relevancia la existencia de periodos de inactividad durante el servicio de atención continuada, ya que entiende que permanecer en el trabajo no significa la realización de la prestación laboral en todo momento⁸.

Según esta consolidada jurisprudencia europea, no considerar tiempo de trabajo los servicios de guardia con atención continuada en el centro de trabajo iría en grave detrimento del objetivo de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores⁹.

En este tipo de guardias presenciales resulta clave el hecho de que el lugar para la realización del servicio de guardia –en estos casos el centro de trabajo– es determinado por la empresa, es decir, que el trabajador no puede elegir el lugar desde el que realizar el servicio de guardia. Es precisamente esa manifestación del poder de dirección empresarial en la determinación del lugar de ejecución de la guardia lo que ha llevado al Tribunal europeo, más recientemente, a avanzar en su doctrina sobre el concepto de tiempo de trabajo en supuestos de “guardia domiciliaria”. Se trata de la conocida sentencia de 2018, asunto Matzak¹⁰, relativa

⁶ Sentencias del TJUE de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)/Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C-303/98 (ECLI:EU:C:2000:528); de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02 cit.; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, (ECLI:EU:C:2004:584); de 1 de diciembre de 2005, Dellas, asunto C-14/04, cit.

⁷ Auto del TJCE (Presidente) de 3 de julio 2001, asunto Confederación Intersindical Galega contra Servicio Galego de Saúde (SERGAS), C-241/99 (ECLI:EU:C:2001:371).

⁸ STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02 cit. apdo 47.

⁹ STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto Simap, cit.

¹⁰ STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto Matzak, C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82). Sobre esta sentencia, vid. los estudios: Aragón Gómez, C., “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización”, *Revista de información laboral*, núm. 9, 2018, pp. 113-143. Gallego, J., “¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo?: (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto Matzak. C-518/15)”, *Revista de derecho social*, núm. 82, 2018, págs. 133-141. Poquet Catalá, R., “Localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria: STJUE, de 21 de febrero

a un bombero voluntario en prácticas, no profesional, del servicio municipal de Nivelles, que el Tribunal va a considerar incluido en el concepto de “trabajador” a los efectos de la definición de tiempo de trabajo, conforme a la Directiva 2003/88¹¹.

En la citada sentencia, para el Tribunal de Justicia “el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones”¹². En este caso se trataba del domicilio del trabajador, donde tenía que estar localizable y responder a la convocatoria de la empresa en el transcurso de ocho minutos. Para el Tribunal europeo, este supuesto es diferente al de las guardias que sólo requieren estar localizable, sin necesidad de estar presente en el lugar determinado por la empresa, pues aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales, por lo que en estas circunstancias, el Tribunal sólo ha considerado como «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios¹³. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español sobre guardias de disponibilidad en las que la incidencia se resuelve por vía telefónica o de forma virtual, no considerándolo tiempo de trabajo porque en este caso no se impide al trabajador el normal desarrollo de su vida personal y social¹⁴.

La sentencia que ahora comentamos presenta la singularidad de que el lugar de realización del periodo de guardia es indiferente para su calificación o no como tiempo de trabajo en un supuesto de guardia de disponibilidad no presencial. Van a ser otros los elementos determinantes que lleven al Tribunal europeo a considerar

de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, 2019, págs. 223-238.

¹¹Segoviano Astaburuaga, M. L., “Jornadas, descanso, trabajo efectivo”, en AAVV Derecho Social de la Unión Europea, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Directores), Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, p. 961.

¹²STJUE de 21 de febrero 2018, asunto Matzak, cit., apdo 59.

¹³Ibidem, apdo 60.

¹⁴STS, sala de lo social, de 18 de junio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2747). Para la sala, este caso no se puede considerar tiempo de trabajo puesto que ha quedado probado que los trabajadores no están obligados a permanecer en ningún concreto lugar durante las guardias de disponibilidad, ni tampoco a atender la incidencia en un determinado y breve plazo temporal desde que reciben el aviso, por lo que pueden dedicarse libremente a las actividades sociales, personales y de ocio que estimen oportunas (F.4).

este caso como tiempo de trabajo. Pasamos a comentar los aspectos de mayor interés relativos a la interpretación del concepto de tiempo de trabajo, conforme a la Directiva 2003/88/CE, por parte del Tribunal de Justicia europeo.

2. LA NO PRESENCIALIDAD EN EL TIEMPO DE GUARDIA DE DISPONIBILIDAD

La sentencia comentada analiza un caso de guardia, que denomina “de disponibilidad no presencial”, para aludir al hecho de que no sólo la guardia no se lleva a cabo en el centro de trabajo, sino que además de ser en otro lugar, éste no está determinado por el empresario. En este caso la empresa es una entidad del sector público a la que resulta aplicable la Directiva 2003/88/CEE (art. 1.3), y así lo confirma la Gran Sala.

Con base en la STJUE de 21 de febrero 2018, asunto Matzak, el órgano jurisdiccional remitente plantea que, pese a que la citada sentencia se refiere a un periodo de guardia realizado en el domicilio del trabajador por decisión de la empresa, sin embargo considera que no excluye que también se consideren tiempo de trabajo los periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, a saber, aquellos durante los que el trabajador, pese a no estar obligado por su empresario a permanecer en lugar determinado, se halla sometido a importantes limitaciones en lo que concierne a la libre elección de su paradero y a la administración de su tiempo libre.

En el presente caso, en efecto, el trabajador puede elegir el lugar donde estar durante el periodo de guardia, si bien debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por su empresario. Debe responder a las llamadas que reciba en las que se le informe de los incidentes respecto de los cuales debe tomar decisiones. En determinadas situaciones, debe desplazarse al lugar de la intervención o a su puesto de trabajo. Mientras presta el servicio de guardia, RJ debe elegir el lugar en el que se encuentre de forma que, en caso de aviso, pueda llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos.

Para dar respuesta a esta cuestión, la Gran Sala recuerda las premisas de partida ya sentadas en la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 2003/88/CE, como es que las disposiciones de la citada directiva tienen por objeto promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, no siendo objeto de la cita directiva la retribución; o que los conceptos tiempo de trabajo y tiempo de descanso son excluyentes, no pudiendo los Estados miembros determinar unilateralmente el alcance de estos conceptos. Y en relación concretamente a los periodos de guardia, recuerda que el hecho de que un período durante el cual el trabajador no lleva

a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un «período de descanso» a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88.

Respecto de la presencialidad o no durante el desarrollo del servicio de guardia, cabe precisar que ninguna duda cabe al Tribunal europeo que aquellos periodos de guardia realizados en el lugar de trabajo o en el lugar que determine el empresario –por ejemplo, el domicilio del trabajador, u otro lugar-, y debiendo estar a la disposición de éste, debe considerarse como tiempo de trabajo todo el periodo de guardia, independientemente de que realmente realice o no prestaciones laborales durante ese periodo.

Ahora bien, la respuesta no va ser siempre la misma en aquellos supuestos en los que la empresa no obligue al trabajador a permanecer en su centro de trabajo o en un determinado lugar decidido por la empresa, pudiendo ser el trabajador quien decida desde qué lugar realiza el servicio de guardia. Es el caso analizado en la sentencia que se comenta, en la que el trabajador podía decidir libremente el lugar en el que estar durante el servicio de intervención, si bien la imposición por parte de la empresa de ciertos condicionantes para acudir al lugar de trabajo en caso de llamada van a influir de forma determinante en tu tiempo libre, como veremos en el apartado siguiente.

De manera que en los casos de guardia de disponibilidad no presencial pasa a un segundo plano el lugar en el que se encuentre el trabajador cuando la empresa no impone ese lugar concreto, de forma que la manifestación del poder de dirección se va a trasladar a otros elementos diferentes al espacial, como son las condiciones empresariales para la incorporación del trabajador a la llamada de la empresa. Como decimos, es lo que ocurre en el caso analizado, y también en el supuesto analizado en otra sentencia de la Gran Sala dictada el mismo día que la analizada, de 9 de marzo de 2021, caso DJ contra *Radiotelevizija Slovenija*,¹⁵, sentencia que es reiteradamente citada por la ahora analizada.

En este otro supuesto, de la radiotelevisión eslovena, el trabajador también podía decidir libremente el lugar desde el que llevar a cabo el periodo de guardia -6 horas al día, tras 12 horas de trabajo-, debiendo estar localizable durante el servicio de guardia y acudir en caso de llamada en no más de una hora. La particularidad de este caso, y que a la postre dará como resultado su no consideración como tiempo de trabajo, es que los condicionantes por los que el trabajador no podía hacer uso de su tiempo libre en periodo de guardia, se debían a la lejanía geográfica del lugar de trabajo respecto de la ciudad, así como su orografía, según la sentencia. En efecto, el trabajador, técnico especialista, trabajaba en los centros de transmisión de Pohorje (Eslovenia) y, posteriormente, Krvavec (Eslovenia). La naturaleza del trabajo, la distancia entre esos centros de transmisión y su domicilio y las dificultades periódicas

¹⁵ DJ contra la radiotelevisión eslovena, asunto C-344/19 (ECLI:EU:C:2021:182).

para acceder a los citados centros le obligaban a residir en las inmediaciones de esos lugares. Además, uno de estos dos lugares estaba tan alejado del domicilio del trabajador que a éste le resultaba imposible llegar allí diariamente, incluso en las condiciones meteorológicas más favorables. El empresario acondicionó, en las propias instalaciones de esos dos centros de transmisión, la residencia de este y de otro técnico, ambos presentes simultáneamente en cada uno de los citados centros de transmisión. Después de desarrollar la actividad laboral, los dos técnicos podían descansar en la sala de estar o relajarse en las proximidades.

Como se observa en este otro caso, al igual que el analizado, la empresa no impone el lugar desde el que realizar la guardia, sin embargo los elementos que van a condicionar la libre disposición del tiempo libre del trabajador, en el parecer de la Sala, no provienen de la empresa –que sólo requiere que se incorpore en el plazo de una hora desde que sea llamado-, ni de la normativa aplicable o el convenio colectivo, por lo que “no procede tomar en consideración las dificultades organizativas que un período de guardia pueda causar al trabajador que no se deriven de tales limitaciones, sino que sean, por ejemplo, consecuencia de elementos naturales o de la libre elección del trabajador”. Por esta razón, no se va a considerar tiempo de trabajo esos periodos de guardia. En el parecer de la Sala, en este caso las limitaciones del tiempo libre del trabajador se deben a la naturaleza particular de ese lugar (de trabajo), que además es su lugar habitual del trabajo, y que el hecho de que dicho lugar de trabajo se encuentre muy alejado de posibles actividades de ocio y sea difícilmente accesible, no constituyen circunstancias pertinentes para calificar el periodo de guardia como tiempo de trabajo.

Entendemos que el lugar de trabajo no es una circunstancia ajena al poder de dirección empresarial, ya que es la empresa la que decide libremente dónde instalar su centro de trabajo, de manera que, aunque sea de forma indirecta, esa circunstancia empresarial sí está afectando a la libre elección del trabajador para decidir el lugar desde donde realizar la guardia y, por tanto, condicionando su tiempo libre, toda vez que esa circunstancia le hace tener que quedarse en las instalaciones del centro de trabajo sin poder disponer de su tiempo libre. Tampoco se puede desplazar a su domicilio, por la lejanía entre éste y el centro de trabajo. Pero la Sala considera que ha sido la libre elección del trabajador residir en un lugar alejado del centro de trabajo y que, “en tal caso, ese trabajador ha tenido la posibilidad de apreciar libremente la distancia que separa ese lugar de su domicilio”. Sin embargo, no se tiene en cuenta que es el centro del trabajo el que se encuentra alejado de toda actividad de ocio y que es de difícil accesibilidad, de manera que son las circunstancias particulares del centro de trabajo las que, en nuestra opinión, limitan el uso del tiempo por parte del trabajador durante el servicio de guardia.

En cambio, el caso de la sentencia objeto de comentario no presenta problema el lugar elegido por el trabajador para estar durante el periodo de guardia, por lo que la sentencia se centra sobre todo en analizar cómo afectan al tiempo libre del

trabajador los requisitos o condiciones impuestos al trabajador por la empresa para acudir en caso de llamada, que tratamos en el siguiente apartado.

De ambos casos, en lo que se refiere a la no presencialidad de la guardia de disponibilidad podemos extraer como conclusión que el hecho de que sea la persona trabajadora la que pueda elegir el lugar desde el que llevar a cabo los periodos de guardia lleva al Tribunal a desplazar el análisis de la cuestión a las condiciones concretas que se imponen para incorporarse al trabajo en caso de aviso o llamada lo que, por un lado, parece lógico, pero por otro presenta ciertos inconvenientes: En primer lugar, ese lugar libremente elegido por el trabajador puede estar condicionado por circunstancias que tienen que ver con la organización del trabajo por la empresa, y sin embargo dejan de apreciarse por no venir impuesto por la empresa el lugar. En segundo lugar, hay cada vez más trabajos en los que el ámbito espacial pierde importancia por la implantación de nuevas tecnologías en los procesos de producción de bienes y servicios, de manera que el hecho de que el trabajador pueda elegir libremente ese lugar no puede jugar en contra de la calificación de las guardias como tiempo de trabajo o, al menos, debe considerarse también como un condicionante decidido por la empresa en su libre organización del trabajo, del que no se puede esperar un impacto en la incorporación física – inexistente- del trabajador al lugar de trabajo para su calificación como tiempo de trabajo. En tercer lugar, la valoración del impacto sobre el tiempo libre de la persona trabajadora que tienen las condiciones de incorporación al trabajo en caso de aviso, se vuelve excesivamente casuística, lo que lleva a cierta inseguridad jurídica y alta judicialización de los casos.

En definitiva, conforme a la postura jurisprudencial europea, la calificación como tiempo de trabajo o tiempo de descanso de las guardias de disponibilidad no presencial se tiene que hacer en función de la intensidad con que limiten el tiempo libre de la persona trabajadora las condiciones de incorporación al trabajo durante el periodo de guardia, tarea cada vez más difícil de objetivar por los acelerados cambios tecnológicos que en mayor o menor medida afectan a todos los sectores de actividad.

3. LAS LIMITACIONES DEL TIEMPO LIBRE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA CALIFICACIÓN DE LA GUARDIA COMO TIEMPO DE TRABAJO

Como se ha indicado anteriormente, para el TJUE la calificación como tiempo de trabajo de las guardias de disponibilidad no presencial, en los casos en los que la empresa no obligue al trabajador a realizarlas en un lugar concreto –ya sea el centro de trabajo, el domicilio del trabajador, u otros- dependerá de si “las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos

períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses. En cambio, cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye «tiempo de trabajo», a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho período”.

De esta forma, el elemento determinante para la calificación de la guardia como tiempo de trabajo, va a ser la existencia de limitaciones en el tiempo libre del trabajador, que además revistan un cierto grado de intensidad, y que se trate de limitaciones que impone la empresa, la normativa laboral, un convenio colectivo, o el sistema de distribución de turnos de guardias entre los trabajadores.

Para la Sala, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta en cada caso todas las limitaciones y sus consecuencias. En el caso analizado son las siguientes.

3.1. El plazo de que dispone el trabajador para reanudar su prestación laboral

El Tribunal europeo destaca especialmente la importancia del plazo en el que el trabajador debe reanudar su actividad profesional a partir del momento en el que el empresario requiere sus servicios. A estos efectos, la Sala se basa en el concepto de *plazo razonable*, que también utiliza en su sentencia relativa al asunto de la radiotelevisión eslovena, referida en el anterior apartado. No se define exactamente qué debe entenderse por tal concepto de plazo razonable, sino que se alude de forma abstracta a un plazo de reanudación de la actividad que permita al trabajador poder planificar sus ocupaciones personales y sociales, supuesto en el que no se podría calificar el periodo de guardia como tiempo de trabajo. “En cambio, un período de guardia durante el cual el plazo impuesto al trabajador para volver al trabajo se limita a algunos minutos debe, en principio, considerarse, en su totalidad, «tiempo de trabajo» en el sentido de esta Directiva, puesto que, en este último caso, se disuade claramente al trabajador, en la práctica, de planificar cualquier actividad de recreo, ni tan siquiera de corta duración”¹⁶.

En el caso analizado, el trabajador debe estar localizable en todo momento y tener consigo su uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por la entidad empleadora, y debe elegir el lugar en el que se encuentre de forma que, en caso de aviso, pueda llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno, en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones

¹⁶ Con cita de su sentencia de 9 de marzo 2021, caso DJ contra *Radiotelevizija Slovenija*, asunto C-344/19, cit. (apdo 48).

a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos.

Según se argumenta en la sentencia, el plazo para la reanudación del servicio no se debe valorar aisladamente, sino que en una apreciación concreta se deben tener en cuenta, en su caso, las demás limitaciones impuestas al trabajador, así como las facilidades que se le conceden durante el período de guardia. Es decir, que tales limitaciones o facilidades son las que van a servir para valorar la razonabilidad o no del plazo dado para la reanudación del trabajo. Entre las mismas, se citan en la sentencia la obligación del trabajador de permanecer en su domicilio, sin poder desplazarse libremente, a la espera de ser contactado por su empresario, o la de tener consigo un equipamiento específico cuando, a raíz de una llamada, deba presentarse en su lugar de trabajo. Entre las facilidades concedidas al trabajador, se considera pertinente la eventual puesta a su disposición de un vehículo de servicio que le permita hacer uso de excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de derechos de preferencia, o incluso la facultad conferida al trabajador de responder a las peticiones de su empresario sin abandonar el lugar en el que se encuentra.

Resulta llamativo a este respecto que, sin embargo, la sentencia sobre la radiotelevisión eslovena –y que sirve de fundamento a la que comentamos–, no haya tenido en cuenta las limitaciones concretas que rodean el plazo de reanudación dado al trabajador en el asunto de la radiotelevisión eslovena. En este caso dicho plazo era de una hora, sin embargo, como expusimos en el anterior apartado, la naturaleza, orografía y lejanía del lugar de trabajo hacían imposible el desplazamiento del trabajador desde su domicilio al lugar del trabajo en ese tiempo. En este caso la Sala considera, por el contrario, que el trabajador era libre de elegir otro domicilio que estuviera a menos distancia del centro de trabajo y que, por tanto, no procede tener en cuenta las limitaciones que son consecuencia de elementos naturales o de la libre decisión del trabajador. En nuestra opinión, esos elementos naturales y la lejanía propia de un centro de transmisión de radiotelevisión son circunstancias que en buena parte quedan ubicadas dentro del círculo rector de la empresa y que, por tanto, sí se deberían haber tenido en cuenta. En nuestra opinión, el plazo de una hora para la reanudación de la actividad, en tales circunstancias, no parece razonable.

3.2. La frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas

Otro condicionante que tiene en cuenta la Sala para valorar el período de guardia de disponibilidad no presencial, junto con el plazo de reanudación, es la frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus períodos de guardia, siempre que aquélla pueda estimarse de manera objetiva. Para la Sala, “cuando, por término medio, un

trabajador ha de intervenir en numerosas ocasiones durante un período de guardia, este tiene menos margen para administrar libremente su tiempo durante los períodos de inactividad, dado que estos se ven interrumpidos con frecuencia. Más aún cuando las intervenciones que normalmente se exigen al trabajador durante su período de guardia tienen una duración considerable”.

En este sentido, según la sentencia, si el trabajador debe realizar frecuentes intervenciones, que además no son de corta duración, se debe considerar todo el periodo de guardia como tiempo de trabajo. Ahora bien, enseguida matiza el Tribunal que ello no significa que en el caso de existan de media pocas intervenciones haya de calificarse el periodo de guardia como tiempo de descanso, “cuando el impacto del plazo de reanudación de la actividad profesional que se impone al trabajador es tal que basta para restringir, objetivamente y de manera considerable, la capacidad del trabajador para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales”.

Es precisamente lo que ocurre en el caso analizado, en el que la frecuencia media de las intervenciones del trabajador no ha sido elevada durante los periodos de guardia. En todo caso, considera la Sala que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de todas las circunstancias del caso, si las limitaciones son de tal intensidad que afectan, objetivamente y de manera considerable, a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses.

En el asunto de la radiotelevisión eslovena, en cambio, considera la Sala que el trabajador solo tenía la obligación de estar inmediatamente localizable y la de llegar a su lugar de trabajo en el plazo de una hora en caso de necesidad, pero no constata que se le impusieran otras limitaciones ni que, durante esos períodos, la frecuencia media de las intervenciones que le obligaban a volver a su lugar de trabajo dentro de ese plazo fuera elevada. Además, disponía de un alojamiento de servicio en su lugar de trabajo, en el que no estaba obligado a permanecer durante esos períodos. No se alude en la sentencia, sin embargo, al impacto concreto que en este caso podría tener el plazo de reanudación de la actividad profesional -de una hora- en la gestión de su tiempo libre del trabajador.

Se puede concluir, pues, que para el Tribunal de Justicia la razonabilidad del plazo de reanudación de la actividad por el trabajador y su impacto en el tiempo libre de éste viene dado por la existencia de otro tipo de limitaciones adicionales del caso concreto, a no ser que tal plazo sea tan breve que por sí sólo revista la suficiente intensidad como para considerarlo una limitación del tiempo libre o de descanso del trabajador que conduzca a considerar el periodo de guardia como tiempo de trabajo.

Como se puede comprobar esta doctrina lleva a una casuística que impide tener seguridad en los presupuestos para la consideración de un periodo de guardia de

disponibilidad no presencial como tiempo de trabajo. Si el elemento determinante es el plazo en que debe incorporarse el trabajador al servicio a requerimiento de la empresa, y las limitaciones que rodean a ese plazo, esta doctrina tiene difícil aplicación a supuestos de guardias en los que la incorporación al servicio no tiene que ser física, ni con desplazamiento, sino en remoto, telemática o digital. En estos casos, al difuminarse el esfuerzo de incorporación al servicio –pues en muchos casos se podrá hacer desde el mismo lugar elegido por el trabajador para la guardia y para su tiempo libre o familiar o social- lleva a que cada vez resulte más difícil la delimitación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, tal como se definen en la Directiva 2003/88/CE y conforme a los criterios de interpretación del TJUE.

Esto nos lleva a plantear la posible necesidad de un nuevo concepto normativo de tiempo de trabajo, como dejamos apuntado a continuación.

4. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO NORMATIVO DE TIEMPO DE TRABAJO ADAPTADO A LAS NUEVAS REALIDADES DE TRABAJO

El concepto de tiempo de trabajo y tiempo de descanso previsto en la Directiva 2003/88/CE, tiene su antecedente en la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, utilizando como base jurídica el artículo 118A del Tratado de Roma, que se justificó en la necesidad de proteger a los trabajadores europeos frente a las jornadas de trabajo excesivas, a la vez que se evitaban las distorsiones en la libre competencia del mercado común, consecuencia entre otras razones de las diferentes regulaciones laborales nacionales.

Han transcurrido casi dos décadas desde esa regulación primigenia del tiempo de trabajo, y el actual contexto de las relaciones laborales, del sistema productivo y de la economía, entre otros, son muy diferentes a los existentes entonces. Es una regulación sin duda necesaria, pero que cada vez encaja más difícilmente en las nuevas formas de trabajo, especialmente en las que incorporan procesos de digitalización del trabajo, en los que el elemento físico del trabajo se difumina, a la par que existe una mayor diversidad de fórmulas en el tiempo de trabajo. Consideramos cada vez más necesaria una reformulación de los conceptos sobre el tiempo de trabajo, que dé respuesta a las nuevas realidades de trabajo, mediante categorías jurídicas más diversas y no excluyentes que, a la par, mantengan el nivel de protección de los derechos de las personas trabajadoras.

Sin que podamos aquí ahondar en esta reflexión, y por lo que se refiere en particular a los periodos de guardia de disponibilidad no presencial, el propio hecho de la disponibilidad sin más, supone *per se* una afectación del tiempo de descanso, de la desconexión psicológica del trabajo y de la vida personal, que la norma debe tener en cuenta, sin necesidad de que en todo caso deba producirse un

desplazamiento o esfuerzos adicionales por parte de la persona trabajadora. Un tiempo de disponibilidad que debe ser retribuido en todo caso, en la cuantía que se pacte en acuerdos o convenios colectivos, y siempre limitado por los descansos necesarios.

DE LA RECTA INTERPRETACIÓN DEL ART. 2 e) DE LA LRJS Y DE LA INEQUÍVOCA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA AL RESPECTO

*Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2021
(ECLI:ES:TS:2021:487)*

JOSE MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Sobre el conflicto planteado, emerge la cuestión competencial del orden social que resulta negada por el Juzgado de instancia, así como por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sus precedentes pronunciamientos. El hecho desencadenante de la controversia competencial surge de las acciones planteadas por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, por razón de acoso vinculado al incumplimiento de la normativa de riesgos laborales. Se pretende la determinación de la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos psicosociales por los graves daños y perjuicios profesionales, físicos, psíquicos y morales, así como al honor y a la propia imagen del compareciente, contra la Dirección General de la Policía, condenándola a resarcir al miembro de los cuerpos de seguridad con el importe de veinte mil euros, junto a las medidas necesarias preventivas y paliativas, necesarias en el ámbito de la normativa infringida.

RESUMEN: Conforme a los requisitos del artículo 219 de la LRJS, la Sala IV supera la admisibilidad del recurso, encontrando la contradicción respecto de la sentencia de contraste en la diferente atribución de competencias (en aquella afirmada para el orden jurisdiccional social, negada en la recurrida), sin que las actuaciones previas sean impedimento para apreciar la contradicción.

La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de demanda en la que interesa la responsabilidad por los daños sufridos por incumplimiento de las normas de

* Abogado en ejercicio y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

prevención de riesgos laborales psicosociales, invocándose la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (sin tratarse de proceso de tutela de derechos fundamentales), siendo el demandante funcionario público. Tal cuestión encuentra acogida por el alto tribunal considerando que el orden social es competente para resolver la cuestión planteada, acordando por tanto devolver las actuaciones al órgano de instancia previa anulación de la causa desde el auto de inadmisión de la demanda.

ÍNDICE:

1. LA CLAVE ESTÁ EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOSTENIDO DESDE LA SALA IV
2. LA POSICIÓN DE LA SENTENCIA Y SU VALOR COMPILATORIO
3. UNA VALORACIÓN FINAL

1. LA CLAVE ESTÁ EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOSTENIDO DESDE LA SALA IV

Los factores que conforman el marco fáctico de relevancia en la presente causa, refleja una serie pautada de hechos que se combinan sistemáticamente, situándonos con facilidad, pero no sin polémica, en el marco competencial, a saber: funcionario público o personal estatutario, daños y perjuicios profesionales, conductas enmarcadas o no en el acoso y hostigamiento al trabajador, incumplimiento de las normas en materia de prevención. Cuando tales factores bordean la vulneración de derechos fundamentales surge la disyuntiva de cuál ha de ser la jurisdicción competente, toda vez que resultan en conflicto la aplicación del artículo 2 e), el 2 f) y el 3 c) ambos de la LRJS, considerando que el primero fija al funcionario público en el ámbito de la justicia social y el segundo lo excluye redirigiendo sus pasos ante el orden contencioso administrativo, debiendo ser este el que mantenga la protección del derecho fundamental frente a la Administración Pública.

Las demandas en materia de incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales son competencia del orden social con independencia de la relación laboral, estatutaria o funcionarial con la administración demandada. También cuando la reclamación se canaliza a través del proceso de derechos fundamentales, al darse un daño al derecho a la salud, a la vida o a la integridad física, con vulneración de las normas en materia de prevención, la competencia sería, para el personal funcionarial o estatutario, del orden contencioso administrativo, y ello pese al camino procesal elegido para la reparación del derecho presuntamente vulnerado. El apartado e) del artículo 2 LRJS que otorga competencia al orden social “para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente

a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral”, lo que, como es fácilmente deducible no excluye las reclamaciones en la materia que se canalicen por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, el invocado apartado f) del artículo 2 LRJS no excluye del conocimiento de la tutela de los derechos fundamentales del personal estatutario o funcional, los derivados del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales.

En efecto, el apartado e) del artículo 2 LRJS que otorga competencia al orden social “para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral”, lo que, como es fácilmente deducible no excluye las reclamaciones en la materia que se canalicen por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, el invocado apartado f) del artículo 2 LRJS no excluye del conocimiento de la tutela de los derechos fundamentales del personal estatutario o funcional, los derivados del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales.

Desde la perspectiva de la finalidad de la ley, se hace indispensable acudir al propio preámbulo de la LRJS. La unificación de la materia de prevención de riesgos laborales, permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional o estatutaria o laboral.

El criterio que mantiene el Tribunal Supremo como elemento determinante de la atracción de la competencia del orden social no es otro que la alegada aplicación de la legislación de Prevención de Riesgos en el Trabajo, convirtiéndose en la pieza angular que sostiene el criterio jurisprudencial a la hora de determinar la competencia del orden social frente al contencioso administrativo. Así lo sostiene

el profesor Monereo Pérez¹, en su exhaustivo comentario a la sentencia STS núm. 502/2021, de 18 de febrero (rc. núm. 105/2020), cuando manifiesta que la doctrina consolidada, reafirma la inequívoca competencia de la jurisdicción social para entender de las controversias jurídicas que se puedan suscitar en esta materia de vulneración de derechos fundamentales, al mismo tiempo que destaca en tanto que reafirma la “fundamentalidad constitucional” de los derechos a la vida, a la salud e integridad física y psíquica de todo trabajador o empleado (público o privado) vinculado al medio ambiente de trabajo, lo que supone afirmar la esencial interdependencia y comunicabilidad entre los derechos laborales genéricos (o inespecíficos) y específicos (o sociales) de la persona que trabaja.

2. LA POSICIÓN DE LA SENTENCIA Y SU VALOR COMPILATORIO DE DOCTRINA

Más allá del propio alcance confirmatorio de doctrina, surge como valor añadido de la sentencia que proponemos, la acertada recopilación de resoluciones que nos acercan a la compacta posición que el TS, viene manteniendo, ayudando a fijar unos criterios interpretativos constantes, que junto a las aportaciones decididas que algunas salas de lo social de los TTSSJJ, vienen evitando desviaciones interpretativas tanto de la instancia, como de los tribunales de suplicación.

La primera de las invocadas es la Sentencia del TS(IV) de 11 de octubre de 2018 (rcud. 2605/2016) resolviendo pretensiones de funcionario que demanda por daños derivados de acoso laboral e infracción de normas laborales, trayendo a colación el contenido de la STS (SIV) de 14 de octubre de 2014 (RD 265/2013), con la que se destaca la distribución competencial que ha pretendido en legislador desde la entrada en vigor de la LRJS, de donde se deduce la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ex art. 3 c) de la LJS, para la tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga cuando se vean afectados funcionarios o personal estatutario y personal laboral, “salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena”. Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e a i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras

¹ *Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19*. Monereo Pérez, Jose Luis. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 3/2021,

c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS).

Se completa el panorama con algo más recientemente, tal es el caso de las SSTSS/IV de 17 de febrero de 2021 (rco. 129/2020) y de 18 de febrero de 2021 (rco. 105/2020), resolviendo demanda de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales. En su razonamiento se destaca la STS de 17 de mayo de 2018 (rcud. 3598/2016) invocada para confirmar la competencia del orden contencioso administrativo, cuando la vulneración de derechos fundamentales del personal estatutario derivó en demanda por acoso a este servicio, pidiendo la salvaguarda de su derecho fundamental, porque estaba igualmente bajo la esfera de la organización de ese servicio de salud el sujeto supuestamente causante de la situación de acoso, sin que se reclamara infracción alguna en materia de prevención de riesgos laborales. Para confirmar el posicionamiento se invoca la STS/III de 8 marzo 2018 (rec. 810/2015), en tanto que, de haberse ejercitado una acción tendente a reclamar por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la competencia para conocer sí hubiera correspondido al orden social de la jurisdicción.

También la STS 903/2018, 11 de noviembre de 2018 es invocada para resaltar que, tras la LRJS, son competencia del orden social todas las reclamaciones en materia de prevención de riesgos laborales que afecten al personal de las administraciones públicas, cualquiera que fuera la naturaleza de dicho personal, laboral estatutaria o funcionarial, señalando que “Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e a i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS).

Mención expresa merece el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018) al que ya tuvimos la oportunidad de dedicar nuestro comentario en esta revista² (núm. 149/2019). La Sala Especial de Conflictos de Competencia, hace un nuevo intento al respecto poniendo orden entre órdenes jurisdiccionales, utilizando argumentos tan jurídicos como lógicos, amparados en la letra y en el espíritu de la

² *Prevención de riesgos laborales y funcionarios públicos: nueva afirmación de la competencia en el orden social e interdicción del peregrinaje de jurisdicciones*. Auto núm. 12/2019 del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia Art. 42 LOPJ de fecha 6 de mayo de 2019. (Conflicto art. 42 LOPJ núm. 22/2018). Temas Laborales. Núm. 149/2019. Pág.243-250).

norma, en un evidente esfuerzo de interpretación integradora. El punto de partida no es otro que la propia exposición de motivos de la norma rituaría, que no oculta el firme propósito del legislador por racionalizar la distribución competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales en el ámbito de los accidentes de trabajo y en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes plantearan, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena.

Ni el apartado s) ni el o) del art. 2 desautorizan el conocimiento del orden social en cuestiones litigiosas promovidas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones.

El compendio finaliza con la referencia a la STS (Pleno) 483/2019, de 24 de junio de 2019, reseñando la competencia de la jurisdicción social para conocer, aunque afecten a jueces y/o magistrados, de todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, considerando a la Administración de Justicia, desde la perspectiva de las personas titulares de la jurisdicción, no como tales sino como personas trabajadoras con un estatuto de garantías de prevención de sus riesgos laborales «al mismo nivel» que cualquier otra (pese a su estatus de autoridad).

3. UNA VALORACIÓN FINAL

En los dos últimos años, se vienen sucediendo variados conflictos, individuales y colectivos, que vuelven a traer al primer plano de la actualidad, la permanente dimensión de la prevención de riesgos psicosociales y de la salud mental de las personas que prestan tales servicios y su necesidad de ser amparada por los tribunales. Factores como la pandemia o el endémico déficit asistencial de buen número de los servicios públicos (falta de inversiones, leyes de austeridad), contribuyen decididamente a aumentar la litigiosidad en este ámbito, lo que ha

dado lugar a una reafirmación constante de los criterios jurisprudenciales que sostienen la competencia del orden social, cuando funcionarios y personal sanitario han sabido invocar debidamente la legislación en materia de prevención de riesgos laborales.

La realidad constada deja entrever el tsunami de pronunciamientos a los que tendrá que enfrentarse el Supremo, -en atención a los problemas estructurales, agravados por los coyunturales, entorno a la pandemia-, y que de forma tan evidente han comenzado en el primer semestre de 2021. Sentencias del alto tribunal (Sala IV) como la de 17 de febrero de 2021 (rco. 129/2020); la de 18 de febrero de 2021 (rco. 105/2020), la de 22 de abril de 2021 (rco. 94/20)2021, o la de 20 de mayo de 2021 (rco. 130/2020). Todas ellas nos sitúan en similares contestos, y cualquiera de ellas nos podría haber situado ante conclusiones similares.

La crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, ha agravado realidades que subsistían en la actividad de los empleados públicos, aun cuando los riesgos psicosociales ya eran viejos conocidos de los tribunales -no en vano nuestro caso es ajeno a esta realidad dado que el primer pronunciamiento es de febrero de 2018-. En todo caso, todos parten del mismo juego de intereses, salud, integridad física y hasta la vida de los profesionales implicados en las resoluciones cada vez más frecuentes de la Salas tercera y cuarta del Tribunal Supremo.

Conviene poner nuevamente de manifiesto el encomiable valor de la labor integradora de la jurisprudencia frente al marco normativo, cuando se generan zonas de sombra legal y comprobar que la doctrina del alto tribunal no se ha apartado ni un ápice del criterio fijado por la Sala IV así como la Sala de Conflicto, sosteniendo al juez social, como el responsable máximo y único de cuantas materias afecten directa o indirectamente a la prevención de riesgos laborales y desde cualquier forma de prestación de servicios en el ámbito de un empleador, ya sea laboral, funcional o estatuario, vengan o no, articulados desde la competencia del artículo 2 e) o f).

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-JUNIO DE 2021

- Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se aprueba una línea de subvenciones destinadas a las Entidades Locales Autónomas Andaluzas para la financiación de actuaciones relacionadas con el desarrollo y ejecución de sus competencias, y se modifican varios decretos-leyes. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 539 de 04/05/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 150/2021, de 27 de abril, por el que se regulan el Consejo Andaluz y los Consejos Provinciales de Atención a las Personas con Discapacidad. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 81 de 30/04/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 152/2021, de 27 de abril, por el que se determina el calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2022. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 82 de 03/05/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 4 de mayo de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Acuerdo de 10 de diciembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico de la Juventud en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 87 de 10/05/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 23 de abril de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la redistribución del crédito establecido en la Resolución de 3 de julio de 2018, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se convocan los incentivos a la creación de empleo estable, y a la ampliación de la jornada laboral parcial a jornada completa, regulados en la Orden de 6 de mayo de 2018. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 84 de 05/05/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 9 de junio de 2021, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 9/2021, de 18 de mayo, por el que se adoptan, con carácter urgente, medidas para agilizar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Organismo: Parlamento de Andalucía (Boletín número 116 de 18/06/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 23 de junio de 2021, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convocan subvenciones con carácter plurianual, en régimen de concurrencia

no competitiva, por el Instituto Andaluz de la Mujer, a organizaciones sindicales para el funcionamiento de un servicio de asesoramiento jurídico y defensa procesal a mujeres en caso de discriminación laboral por razón de sexo, para el ejercicio 2021. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 124 de 30/06/2021 Sección: Disposiciones generales) .

ESTUDIOS

De la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto

Eduardo Rojo Torrecilla

El derecho social al ingreso mínimo vital

José Luis Monereo Pérez

El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?

Carolina Gala Durán

Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras

Rafael Gómez Gordillo

El trabajo autónomo ante las nuevas formas de organización empresarial en el contexto de la economía digital

Belen Fernández Docampo

El Acuerdo Marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada

María Sepúlveda Gómez

MERCADO DE TRABAJO

La complejidad del sector de la estiba: un análisis económico-jurídico para el caso español

Fernando González Laxe, Asunción López Arranz e Isabel Novo Corti

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad de Sevilla

Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE

María Sepúlveda Gómez

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

De la recta interpretación del art. 2 e) de la LRJS y de la inequívoca jurisprudencia de la Sala Cuarta al respecto

José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

