



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)

Vol. V ► N^o 1 ► 2020

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2020



CC BY-NC-ND 4.0.



ÍNDICE

Vol. V ▶ N° 1 ▶ 2020

TRIBUNA

La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.01>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 5 - 14

ARTÍCULOS DOCTRINALES

China's Social Security system and labor protection under the Covid-19 pandemic

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.02>

Yue Lin..... 15 - 28

Panorama jurídico laboral brasileiro no enfrentamento à pandemia causada pela COVID-19 (doença do coronavírus)

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.03>

Fabiano Zavanella 29 - 38

La normativa di emergenza in Italia nell'ambito del diritto del lavoro e della sicurezza sociale

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.04>

Ligia Ramia Munerati 39 - 49

O impacto do COVID-19 no Direito português de Segurança Social

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.05>

Mário Silveiro de Barros..... 50 - 69

El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.06>

Nuria Reche Tello 70 - 135

Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.07>

José Antonio González Martínez 136 - 175

El ámbito de aplicación material en la acción protectora por causa de muerte y supervivencia. Reglas de coordinación entre el Derecho español y los ordenamientos latinoamericanos

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.08>

Fernando Moreno de Vega y Lomo..... 176 - 197

Los cuidados familiares en el marco del sistema de dependencia español

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.09>

Fernando M. Jimeno Jiménez 198 - 214



Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado “Coalición Progresista”: un análisis jurídico laboral

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.10>

Miguel Ángel Gómez Salado 215 - 242

Análisis del derecho humano de la seguridad social desde el convenio bilateral vigente entre México y España

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.11>

Gabriela Mendizábal Bermúdez / Oscar Javier Apáez Pineda 243 - 258

¿Se puede ser rentable y solidario?

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.12>

José Manuel Santos Jaén 259 - 274

La disparidad de género en el acceso a las TIC en la educación: una forma de violencia presente y futura de los derechos sociales

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.13>

Brenda Tufiño Gómez / Enmanuel López Pérez 275 - 287

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.14>

Isabel María Villar Cañada 288 - 298

El cálculo de la prestación por desempleo a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2020, ZP, asunto C-29/19

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.15>

José Manuel Pazó Argibay 299 - 311

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 relativa al concepto de “miembros de la familia” y su relación con la libre circulación de trabajadores (asunto C-802/18)

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.16>

Carmen Jover Ramírez 312 - 323

RECENSIONES

Recensión de la obra de Michele Tiraboschi: *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University Press, Bergamo (Italia), 2019

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.17>

Juan Raso-Delgue 324 - 325



Recensión de la obra de Carmen Jover Ramírez: *La protección de los whistleblowers en el seno de la relación jurídico laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.18>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 326 - 328

VARIA

El sentido de la Justicia en los pliegos de cordel españoles

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.19>

María Dolores Rubio de Medina 329 - 340



TRIBUNA

La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

RESUMEN

Con motivo de la entrada en vigor del Ingreso Mínimo Vital se realiza un análisis de la protección no contributiva dispensada por el sistema español de Seguridad Social en las últimas décadas.

ABSTRACT

On the occasion of the entry into force of the Minimum Vital Income, an analysis is made of the non-contributory protection provided by the Spanish Social Security system in the last decades.

PALABRAS CLAVE

Ingreso Mínimo Vital
Prestaciones no contributivas
Asistencial Social.

KEYWORDS

Minimum Vital Income
Non contributory benefits
Social Assistance.

SUMARIO

1. TREINTA AÑOS DE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA
2. COEXISTENCIA DE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL
3. ¿PUEDE LA UNIÓN EUROPEA OBLIGAR A LOS ESTADOS MIEMBROS A LEGISLAR UNA RENTA MÍNIMA?
4. INGRESO MÍNIMO VITAL: PRESTACIÓN “MULTIRIESGOS”
 - 4.1. Adultos menores de 65 años no discapacitados
 - 4.2. Adultos mayores de 65 años o discapacitados
 - 4.3. Auge del ingreso mínimo vital y declive de las pensiones no contributivas de Seguridad Social
 - 4.4. La (des)protección de la familia
5. CUANTÍA Y GESTIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

* Trabajo realizado en el marco de la Red de excelencia La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: Los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales (RED2018-102508-T).

1. TREINTA AÑOS DE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

El Real Decreto-ley 20/2020 ha incorporado una nueva prestación no contributiva al ordenamiento jurídico español. El recurso a esta fuente del Derecho se justifica –según su Preámbulo– por el impacto económico y social de la crisis ocasionada por el COVID-19 sobre las personas en situación de vulnerabilidad.

Con esta ampliación del elenco de prestaciones no contributivas abonadas por el sistema de Seguridad Social se da un paso más en la senda iniciada con la Ley 26/1990 que implantó el nivel no contributivo de Seguridad Social incluyendo en su ámbito de aplicación a las pensiones no contributivas de vejez e invalidez que en 2019 se abonaron a más de 450.000 personas. También instauró la Ley 26/1990 asignaciones familiares económicas no contributivas¹, de las que en 2019 se beneficiaron 1.354.595 sujetos causantes menores de 18 años con o sin discapacidad.

Pero, además de las arriba citadas, existen actualmente en nuestro ordenamiento otros ejemplos de prestaciones de Seguridad Social no contributivas atendiendo a sus vías de financiación: es el caso del complemento por maternidad de pensiones (art. 60 TRLGSS), el subsidio por nacimiento y cuidado de menor (art. 178 TRLGSS) o los subsidios por desempleo para liberados de prisión y para personas que hayan concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia (art. 274.2 TRLGSS). Y también respecto de algunos colectivos beneficiarios, la Renta Activa de Inserción se configura como prestación no contributiva de Seguridad Social².

Las prestaciones citadas, al igual que el I.M.V., no se financian mediante cotizaciones sino mediante impuestos, todas ellas se han promulgado al amparo del artículo 41 de la Constitución y se configuran como derechos subjetivos perfectos.

2. COEXISTENCIA DE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

A partir de 1989 las Comunidades Autónomas –con el País Vasco como pionero– comenzaron a promulgar una serie de programas para combatir la exclusión socio-laboral y luchar contra la pobreza con fundamento en el artículo 148.1.20 CE. Regularon, entre otras, prestaciones económicas conocidas bajo muy diversas denominaciones (salarios sociales, rentas mínimas de inserción, ingreso mínimo de inserción...).

Esta descentralización de la Asistencia Social externa al sistema de Seguridad Social provoca –como recoge el Preámbulo del RDley 20/2020– que “el sistema de ingresos mínimos en España está fraccionado y presenta disparidades territoriales”, algo por otra parte consustancial a un “Estado de las Autonomías” en la que la falta de unifor-

1. Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Laborum, Murcia, 2005.

2. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La exportación de la Renta Activa de Inserción: ¿buena práctica legislativa?”, en Ramírez Bendala, M. D. (coord.): *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, Laborum, Murcia, 2015; p. 73.

midad entre territorios se evidencia también en otras esferas (impositiva, lingüística, asistencia sanitaria...).

En todo caso, aunque cada Comunidad Autónoma tiene una legislación específica en materia de Asistencia Social, sus prestaciones para combatir la pobreza y exclusión social comparten elementos en común: subordinar la concesión de la prestación a una prueba de recursos, cálculo diferencial del importe, necesidad de acreditar períodos de residencia previos, y posibilidad de que las unidades familiares sean beneficiarias de las prestaciones.

¿Cuál es la diferencia, entonces, entre estas prestaciones y el nuevo I.M.V.? A pesar de las más que notables coincidencias con la legislación autonómica en la materia, la diferencia clave es que en el caso del I.M.V. se trata de legislación estatal promulgada al amparo del artículo 149.1.17 CE y por esa razón se califica de prestación de Seguridad Social que es “un concepto de determinación legal”³ en última instancia. Y, puesto que la Seguridad Social no es una institución estática, sino dinámica, el sistema puede evolucionar “hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar” (STC 206/1997). De esta forma, la Seguridad Social puede extender su ámbito de aplicación a parcelas cubiertas por la Asistencia Social.

En el ámbito comunitario las fronteras entre prestaciones de Seguridad Social y de Asistencia Social se difuminan aun más ya que a efectos del Reglamento 883/2004 las pensiones no contributivas de vejez e invalidez de Seguridad Social españolas se califican como prestaciones especiales no contributivas no exportables y la misma calificación puede atribuirse a determinadas prestaciones garantizadas por las Comunidades Autónomas conforme a su Anexo X⁴.

A tenor de la jurisprudencia más reciente del TJUE sobre la Directiva 2004/38, las prestaciones no contributivas de Seguridad Social también son susceptibles de calificarse a efectos comunitarios como prestaciones de Asistencia Social⁵.

3. ¿PUEDE LA UNIÓN EUROPEA OBLIGAR A LOS ESTADOS MIEMBROS A LEGISLAR UNA RENTA MÍNIMA?

La UE jamás ha tenido, ni tiene, facultades para legislar sobre los sistemas protección social de los Estados miembros puesto que esta materia es competencia exclusiva nacional⁶.

Tampoco las instituciones europeas se han arrogado competencias que no les atribuyen los Tratados sino que, por el contrario, siempre han reconocido que “cada

3. Hurtado González, L.: “Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones de Asistencia Social” en VV.AA.: *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Trotta, Madrid, 1992, p. 261.

4. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Los divergentes conceptos de Asistencia Social en el Derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 49, 2018, pp. 229-259.

5. STJUE de 14 de junio de 2016, asunto 308/14, caso Comisión contra Reino Unido.

6. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Sobre la (in)competencia de las Instituciones Europeas para reformar los Sistemas

Estado miembro es libre de determinar las particularidades de su propio régimen de Seguridad Social”⁷.

Que los Estados miembros son los únicos competentes para organizar sus sistemas de Seguridad Social es incuestionable para el TJUE⁸, pues el Derecho comunitario no restringe esta competencia de los Estados⁹. Prueba de lo anterior es que el Reglamento 883/2004 se limita a coordinar los sistemas nacionales de Seguridad Social, no a armonizarlos ni mucho menos unificarlos.

No obstante, consciente del papel que en la lucha contra la exclusión social pueden desempeñar las prestaciones no contributivas y ante el temor de que el establecimiento del Mercado Único pudiera agravar dicho fenómeno, el Consejo de la Comunidad Europea adoptó hace más de un cuarto de siglo la Recomendación 92/441/92 “Sobre los Criterios Comunes Relativos a Recursos y Prestaciones Suficientes en los sistemas de protección social”. Mediante esta disposición se recomendaba a los Estados miembros adaptar sus respectivos sistemas de Seguridad Social a fin de que se reconociese el Derecho fundamental de toda persona en situación de necesidad a disponer de recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana.

Entre las Recomendaciones posteriormente promulgadas en esta materia, una de las más recientes y conocidas es el Pilar Europeo de Derecho Sociales¹⁰, adoptado en 2017 sobre la base del artículo 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El principio 12 del Pilar Europeo está dedicado a la Protección Social, mientras que el principio 14 es el relativo a la Renta Mínima: “toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

Al igual que ocurre con todas las Recomendaciones, tampoco el Pilar Europeo genera derechos ni obligaciones legalmente exigibles ni para los ciudadanos ni para los Estados de la UE, es decir, no tienen carácter jurídicamente vinculante. Además, conforme a la Recomendación de la Comisión Europea de 26.4.2017, la implantación del Pilar Europeo se ha de llevar a cabo sin afectar al equilibrio financiero de los sistemas de Seguridad Social nacionales.

En otro orden de ideas, y respecto a la posibilidad de diseñar una renta mínima garantizada a nivel de toda la Unión Europea para que pueda acceder a unos niveles

Públicos de Pensiones nacionales a la luz del Derecho de la UE y de los Tratados Internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1/2018, pp. 394-412.

7. Comunicación de la Comisión Europea de 13.12.2016 sobre “Revisión de la Legislación de la UE en materia de coordinación”.

8. STJUE de 10 de mayo de 2017, asunto 690/15, caso Lobkowicz, Rec. ECLI:EU:C:2017:355.

9. STJUE de 13 de mayo de 2003, asunto 385/99, caso MüllerFauré y van Riet, Rec. I-04509.

10. Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y Protección Social. La tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el Pilar Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

mínimos de bienestar la población más vulnerable¹¹, las iniciativas emprendidas han fracasado por el momento por falta de voluntad política¹².

4. INGRESO MÍNIMO VITAL: PRESTACIÓN “MULTIRIESGOS”

Si con fundamento en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 20/2020 afirmásemos que la “vulnerabilidad” económica *per se* –es decir, la pobreza– es la contingencia protegida por el I.M.V., habría que concluir que esta nueva prestación de Seguridad Social no tiene encaje en ninguno de los típicos riesgos de Seguridad Social listados en el Convenio 102 de la OIT o en el Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004.

La posible exclusión del I.M.V. del concepto comunitario de Protección Social se ve corroborada por el hecho de que el Pilar Europeo de Derechos Social regula de manera separada e independiente la Protección Social (principio 12), frente a la Renta Mínima (principio 14).

Sin embargo, igual que la falta de recursos suficientes no es el riesgo protegido en otras prestaciones de Seguridad Social sometida a prueba de recursos (pensiones no contributivas o prestaciones familiares no contributivas, por ejemplo) tampoco parece justificado que lo sea a efectos del I.M.V.

4.1. Adultos menores de 65 años no discapacitados

Cuando el solicitante del I.M.V. –ya viva solo/a o forme parte de una unidad de convivencia– sea una persona adulta menor de 65 años no discapacitada, la tesis que aquí se defiende es que la protección se dispensa a personas que quieren y pueden trabajar pero cuyos ingresos, incluso procedentes del trabajo, no alcanzan el mínimo vital fijado por el legislador estatal para cubrir las necesidades básicas. Es decir, que la “mera apariencia formal de empleo no coloca a una persona dentro de la población activa ni impide considerar desempleado a una persona cuyos ingresos no cubren sus necesidades básicas, máxime cuando ese empleo no impide el alta como demandante de empleo” (STS 3.3.2010, RJ.1479).

Las conclusiones anteriores llevan a plantear la tesis de que el I.M.V. es, en última instancia, una prestación no contributiva cuyo riesgo protegido es la carencia de un empleo que permita obtener los ingresos suficientes para alcanzar el nivel de subsistencia legalmente fijado. Y el desempleo sí es un típico riesgo de Seguridad Social.

Configurado así, el I.M.V. resulta sin duda más ventajoso para los beneficiarios que la Renta Activa de Inserción para desempleados de larga duración porque los

11. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima” (2019/C 190/01).

12. Ramírez Bendala, M. D.: “Pilar Social Europeo de Derechos Sociales y Prestaciones de Renta Mínima: especial referencia a la Renta Mínima de Inserción Social andaluza” en VV.AA.: *Problemas actuales de la Seguridad Social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 161-185.

requisitos para acceder al I.M.V. resultan más laxos y no hay límite de plazos temporales para cobrarlo¹³.

Las mismas conclusiones anteriormente expuestas se predicarían del supuesto de convivencia en una misma unidad de convivencia de varios adultos menores de 65 años no discapacitados.

4.2. Adultos mayores de 65 años o discapacitados

Con carácter preliminar hay que hacer referencia al artículo 4.1.b) del RDley 20/2020, según el cual es preciso ser menor de 65 años para ser beneficiario del I.M.V. cuando se vive solo/a.

También en este punto la similitud con las prestaciones asistenciales es evidente, como ilustra la Renta Mínima de Inserción Social Andaluza que fija en 64 años la edad máxima para acceder a la misma. Pero en el caso de las legislaciones autonómicas el tope de edad encuentra una explicación puesto que a partir de los 65 años se puede solicitar la pensión no contributiva de Seguridad Social.

En el caso del I.M.V., por el contrario, establecer el límite de edad en 65 años carece de toda lógica a la vista de su finalidad que es “prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas” (art. 1 RDley 20/2020).

En segundo lugar, fijar ese límite de edad puede ser contrario a Derecho no solo por discriminatorio sino también porque el derecho a cobrar el I.M.V. no se extingue al cumplir los 65 años sino que “se mantendrá mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión” (art. 12.1 RDley 20/2020). Por tanto, si una persona mayor de 65 años que viva sola puede continuar cobrando el I.M.V. no se puede denegar su concesión a una persona por el hecho de que en el momento de la solicitud tenga 65 años o más.

En tercer lugar, si el RDley 20/2020 niega el I.M.V. a una persona que carezca de recursos suficientes y viva sola por el simple hecho de que haya cumplido ya los 65 años de edad porque se piense que a partir de esa edad puede lucrar la pensión no contributiva de Seguridad Social se está olvidando que ésta última exige que los beneficiarios acrediten un largo período de residencia legal previo en España que no estará al alcance de muchos beneficiarios del I.M.V.: diez años, “en el período que media entre la fecha de cumplimiento de los dieciséis años y la de devengo de la pensión, de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud”.

Por otra parte, la pensión de jubilación no contributiva es compatible con la percepción de prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores no discapacitados. Por tanto, suprimidas dichas prestaciones familiares por el RDley 20/2020 los pensionistas de jubilación (que han de tener cumplidos los 65 años como mínimo) habrán de solicitar el I.M.V. para que se incremente el total de la cuantía a la que tienen

13. El cobro del I.M.V. se mantendrá, conforme al artículo 3.c) del RDley 20/2020, “mientras persista la situación de vulnerabilidad económica y se mantengan los requisitos”.

derecho en función de los menores que formen parte de su unidad familiar. Y si personas mayores de 65 en estos casos tienen derecho al I.M.V., deben tenerlo igualmente cuando vivan solas y sus ingresos estén por debajo del umbral de la pobreza.

En otro orden de ideas, también podrían verse en la tesitura de solicitar el I.M.V. personas que no pueden acceder a la pensión no contributiva de invalidez por no acreditar los años de residencia previa en España y/o el grado de discapacidad legalmente exigido.

En tales casos, cuando se trate de mayores de 65 años o discapacitados, el I.M.V. funcionará de facto como una *sui generis* pensión no contributiva de Seguridad Social, siendo la vejez o la incapacidad para trabajar los posibles riesgos protegidos.

4.3. Auge del ingreso mínimo vital y declive de las pensiones no contributivas de Seguridad Social

Las prestaciones no contributivas, financiadas mediante impuestos, son una manifestación de la solidaridad nacional y es práctica común en Derecho comparado que los Estados las reconozcan solo a sus ciudadanos o a quienes acreditan sólidos vínculos con los mismos. Por esas razones, uno de los requisitos para acceder a pensiones no contributivas de Seguridad Social en España es acreditar dilatados períodos de residencia legal previa en territorio nacional.

Pero, dado que para el reconocimiento del I.M.V. solo se exige un año de residencia legal en España, unido a que la duración de esta prestación no tiene límite temporal y que su cuantía será idéntica a la pensión no contributiva de jubilación, lo lógico es que las solicitudes de pensiones no contributivas de jubilación y de invalidez caigan en picado porque sus potenciales beneficiarios podrán acceder antes y más fácilmente al I.M.V., sin necesidad de tener que acreditar los periodos de residencia previa, de edad o discapacidad exigido por las pensiones no contributivas instauradas por la Ley 26/2020.

Es por eso que con todo acierto el Preámbulo del RDley 20/2020 afirma que “la puesta en marcha del I.M.V. exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política”. Y es que, efectivamente, el I.M.V. se solapa no solo con las prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores a cargo no discapacitados sino también con las pensiones no contributivas de Seguridad Social y con subsidios asistenciales de desempleo.

4.4. La (des)protección de la familia

El cobro de las prestaciones familiares no contributivas es compatible con el reconocimiento de las prestaciones asistenciales de las CC.AA, tal y como ejemplifica el caso de la Renta Mínima de Inserción Social andaluza.

Por el contrario, las prestaciones familiares no contributivas por hijos o menores a cargo no discapacitados no solo son incompatibles con el I.M.V. (artículo 16 del RDley

20/2020) sino que están destinadas a extinguirse conforme a su Disposición Transitoria Séptima, pues ya no pueden presentarse nuevas solicitudes a partir de la entrada en vigor del RDley 20/2020.

En 2019, un total de 1.223.482 sujetos causantes lucraron estas prestaciones de Seguridad Social no contributivas, que garantizan una prestación de cuantía uniforme en todo el territorio nacional.

En un país como España que tiene un grave problema de envejecimiento demográfico resulta anacrónico que no se impulsen más políticas específicas que promuevan a la familia –institución constitucionalmente protegida– y que no se regulen prestaciones económicas por hijo o menor a cargo no discapacitados de una cuantía equiparable a los países nórdicos.

Presuntamente las prestaciones familiares por hijos no discapacitados han quedado subsumidas en el I.M.V. (Disposición Transitoria Séptima del RDley 20/2020), pero dado que al igual que ocurre con la Renta Mínima de Inserción Social andaluza la cuantía del I.M.V varía en función del número de componentes de la unidad de convivencia –y no exclusivamente del número de hijos o menores a cargo– no existe ya una protección específica y autónoma para afrontar los gastos derivados de la crianza de menores no discapacitados. Esta conclusión se ve afianzada con la propia afirmación contenida en el Preámbulo del RDley 20/2020 de que “el ingreso mínimo vital no es una política dirigida a grupos o individuos concretos”.

Consecuencia de lo anterior es que todos los beneficiarios de estas prestaciones familiares habrán en el futuro de solicitar el I.M.V. Es decir, probablemente más del 50% de los futuros beneficiarios del I.M.V. van a ser de facto los antiguos beneficiarios de prestaciones familiares no contributivas a los que se unirán los beneficiarios de prestaciones asistenciales que hasta la fecha venían siendo abonadas por las CC.AA.

Por todo lo expuesto se propugna que cuando la convivencia se produzca entre adultos e hijos y menores no discapacitados el riesgo protegido por el I.M.V. sea el desempleo (si el solicitante es menor de 65 años); la vejez (si el solicitante ha cumplido los 65 años) o la incapacidad (cuando el solicitante acredite una discapacidad para el trabajo).

En todo caso concluimos que hubiera sido más sencillo desde el punto de vista técnico-legislativo y se hubiera alcanzado idéntico objetivo social simplemente aumentando significativamente el importe de las prestaciones familiares no contributivas ya existentes para prevenir así el riesgo de pobreza y exclusión social de estas familias, en vez de “subsumirlas” en el I.M.V.

5. CUANTÍA Y GESTIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

El I.M.V. tiene carácter diferencial, por lo que su cuantía se verá minorado en función de los recursos computables entre los que no se incluyen “los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas” (art. 8.2 *in fine* RDley 20/2020).

De este último precepto se infiere que el I.M.V. es formalmente compatible con la percepción de rentas mínimas garantizadas por las Comunidades Autónomas, pero

no necesariamente ocurrirá lo mismo a la inversa. Este es el caso, por ejemplo, de la Renta Mínima de Inserción Social andaluza, cuya concesión está sometida a prueba de insuficiencia de recursos y a tales efectos se computarán “las pensiones, subsidios, rentas e ingresos que, en cualquier concepto, perciban, o tengan derecho a percibir, todas las personas integrantes de la unidad familiar (artículo 13 Decreto-ley 3/2017). El I.M.V. provocará, por tanto, una drástica disminución de los solicitantes y/o de las prestaciones de rentas mínimas abonadas por las CC.AA con el subsiguiente incremento del gasto social para el Estado que tendrá que asumir el pago a beneficiarios que venían cobrando prestaciones de Asistencial Social autonómicas.

Es preciso destacar que en cuanto al control de los ingresos computables para determinar el derecho al I.M.V. o su cuantía –cuando de extranjeros no comunitarios se trate– la Administración española carece de medios humanos y materiales para llevar acabo ese cometido.

Para los beneficiarios que vivan solos la cuantía anual del I.M.V. es exactamente la misma que la fijada para la pensión no contributiva de jubilación. La diferencia mensual se debe a que en el caso del I.M.V. el importe anual de la prestación se divide sólo entre 12 pagas –artículo 10.2.a) RDley 20/2020– mientras que en la pensión no contributiva se divide la cuantía anual entre 14 pagas (art. 14 RD 357/1991). La cuantía inicial del I.M.V. se incrementará en los porcentajes previstos en el Anexo II del RDley 20/2020 en función de los integrantes de la unidad de convivencia.

El abono en 12 mensualidades y el incremento de la cuantía en función del número de integrantes de la unidad familiar, ya sean adultos o menores, son rasgos que el I.M.V. comparte con prestaciones asistenciales de las CC.AA, como es el caso de la Renta Mínima de Inserción Social andaluza.

En el I.M.V. no se abona el complemento del 50% por necesidad de otra persona que sí se contempla para la pensión no contributiva de invalidez. Por tanto, la cuantía anual que perciba un beneficiario del I.V.M. que viva solo/a será inferior al de un pensionista de invalidez no contributiva con derecho al mencionado complemento.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social es el competente para el reconocimiento y control del I.M.V. (art. 22 RDley 20/2020). En cuanto a su gestión no se prevé que sea transferida inmediatamente a todas las CC.AA (Disposición Adicional Cuarta RDley 2020). Sin embargo, puesto que a todas las CC.AA. se transfirió la gestión de las pensiones no contributivas de Seguridad Social no existe causa legal o técnica por la que la gestión del I.M.V. no pueda seguir la misma suerte.

Por último señalar que, según recogen los medios de comunicación, el coste para la implantación del I.M.V. se ha calculado en 3.000 millones de euros, que contrasta con los 15.300 euros que estimaba el actual ministro de Seguridad Social que costaría incorporar una renta mínima en España en una entrevista publicada el 14.11.2017¹⁴.

14. <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2017/11/14/5a0ac57ae2704e88158b460d.html> (consultado el 9.6.2020).

Bibliografía

- Hurtado González, L.: "Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones de Asistencia Social" en VV.AA.: *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Trotta, Madrid, 1992.
- Ramírez Bendala, M. D.: "Pilar Social Europeo de Derechos Sociales y Prestaciones de Renta Mínima: especial referencia a la Renta Mínima de Inserción Social andaluza" en VV.AA.: *Problemas actuales de la Seguridad Social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La exportación de la Renta Activa de Inserción: ¿buena práctica legislativa?", en Ramírez Bendala, M. D. (coord.): *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social*, Laborum, Murcia, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Los divergentes conceptos de Asistencia Social en el Derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 49, 2018.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sobre la (in)competencia de las Instituciones Europeas para reformar los Sistemas Públicos de Pensiones nacionales a la luz del Derecho de la UE y de los Tratados Internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1/2018.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Laborum, Murcia, 2005.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y Protección Social. La tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el Pilar Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.



China's Social Security system and labor protection under the Covid-19 pandemic

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA PROTECCIÓN LABORAL EN CHINA BAJO LA PANDEMIA COVID-19

Yue Lin

Profesor Contratado Doctor. Universidad Autónoma de Madrid
yue.lin@uam.es 0000-0001-8118-4267

Recibido: 14.06.2020 | Aceptado: 17.06.2020

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic has caused great economic damages and made it challenging to identify the vulnerable groups amid this global public health crisis. It is especially true in China, where the market-oriented reform has led to the rise of “migrant workers” whose rights are poorly protected. Largely improved during the years, China's social security system are still characterized by double narrowness: narrow coverage and narrow services provided. Numerous measures adopted by the Chinese government during the fight against the Covid-19 have been limited to the enforcement of the current legal framework and marginal amelioration of existing social assistance systems. In this context, the Covid-19 pandemic has exposed the precarious conditions of a large number of Chinese workers, and called for further reform to construct a modern universal social welfare system, not only adapted to the dual labor market structure, but also adjusted to suit a new labor landscape after the Covid-19.

RESUMEN

La pandemia del Covid-19 ha causado grandes daños económicos y ha dificultado la identificación de los grupos vulnerables en medio de esta crisis mundial de salud pública. Esto es especialmente cierto en China, donde la reforma orientada al mercado ha dado lugar al aumento de los “trabajadores migrantes” cuyos derechos están mal protegidos. El sistema de seguridad social de China, que ha mejorado mucho a lo largo de los años, sigue caracterizándose por una doble estrechez: una cobertura reducida y una prestación de servicios limitada. Las numerosas medidas adoptadas por el gobierno chino durante la lucha contra el Covid-19 se han limitado a aplicar más estrictamente el marco jurídico actual y a mejorar marginalmente los sistemas de asistencia social existentes. En este contexto, la pandemia del Covid-19 ha puesto de manifiesto las condiciones precarias de un gran número de trabajadores chinos, y ha exigido una mayor reforma para construir un sistema de seguridad social universal y moderno, no sólo adaptado a la estructura dual del mercado laboral, sino también ajustado a un nuevo panorama laboral después del Covid-19.

KEYWORDS

China
Covid-19
Unemployment
Migrant workers
Social protection

PALABRAS CLAVE

China
Covid-19
Desempleo
Trabajadores migrantes
Protección social

SUMMARY

- I. INTRODUCTION
- II. THE CONSTRUCTION AND REFORM OF SOCIALIST WELFARE SYSTEM IN PRC
- III. COVID-19 OUTBREAK AND ITS IMPACTS ON CHINA'S ECONOMIC AND SOCIAL LIFE
- IV. REVIEW OF MEASURES AND INITIATIVES TO FIGHT AGAINST COVID-19
- V. LIMITS AND CHALLENGES OF CURRENT SUPPORT POLICIES

1. INTRODUCTION

While much of the rest of the world is facing the worst of the virus, China has largely gotten Covid-19 under control. The celebration of Two Sessions¹ between May 21 and 22 marks the start of the post-crisis recovery. After two-month delay because of the Covid-19 pandemic, all the eyes are on the government's plan to revive the economy. Surprisingly, Beijing, for the first time in history, did not set specific GDP growth target for 2020, which implies big uncertainties and unpredictable factors that the country is facing. Such uncertainty, if demonstrated in the form of social instability, would greatly weaken the legitimacy of the ruling party. Consequently, we witness a clear focus of the government's following work on securing employment and livelihood. In the whole government working report presented by Premier Minister Li Keqiang, "employment" is mentioned 39 times and "livelihood" is repeated 21 times. Beijing thus sends a clear signal that the Covid-19 pandemic has caused significant economic and social damages, and it is urgent for the state to act to provide social protection for the population affected. This text intends to contextualize the impacts of the Covid-19 pandemic and the government's responses with its existing social security system. In the following part, I would first trace the evolution of China's welfare system by highlighting some unique features, then estimate the impacts of the Covid-19 across the population, and explain the rationale of the government's reactions constrained by the current system. The text would end with the discussions about the limits and challenges of ongoing support policies.

2. THE CONSTRUCTION AND REFORM OF SOCIALIST WELFARE SYSTEM IN PRC

China's socialist welfare system has undergone three steps of transformation since 1949. In the first period of time under the planned economy, the foundation was established respecting the socialist justice principle and guarantee of basic life requirements. However, urban-rural gaps in the level, extent and resources of social protection were significant. In the urban welfare system, the state was responsible for the policy and budget, and the work units were responsible for the administration

1. Two Sessions refer to the annual sessions of the Chinese People's Political Consultative Conference (CPPCC) National Committee, the top advisory body and the National People's Congress (NPC), the country's top legislature.

of welfare relief and services. Given the full urban employment rate, almost all urban residents were entitled to welfare benefits including medical services, education, pensions, work-related injuries, and other subsidies and aids. On the contrary, in rural areas, the state only complemented the role played by collectives, which managed to run the so-called “five guarantees” system covering basic needs of specific groups². In this case, the rural welfare pattern under a collective economic system actually emphasized mutual help and other informal support, such as family, relatives, friends, or neighbors, while official social protection provided either by the state or the collectives was far from sufficient.

Later, during the first two decades of the reform towards a market economy, this system began to erode, and new elements were introduced in response to the social consequences of economic reform. The rural collective social protection system collapsed quickly after 1984 when the de-collectivization of rural economies became national policy. Such reform indeed boosted farmers' enthusiasm for production, expanded their employment channels, increased their income, and improved their living conditions. In fact, according to official statistics, 216 million individuals were lifted from absolute poverty by the end of the 1990s. But once the reform dividends were exhausted, China's rural areas face a more challenging entrenched poverty problem. Moreover, the individualization of agricultural production meant that the state and the collectives withdrew from rural areas in providing already limited social protection, especially in the fields of medical care services. Rural residents have to cope with all the problems and risks solely on their own, leaving vulnerable populations in a more difficult situation.

The erosion of the urban welfare system based on work units took longer to develop. Well shielded from risks, urban workers were less risk-taking than rural farmers, and the state also adopted a dual-track reform³ approach to maintain social stability during the first phase of the reform. The real collapse of the former urban welfare system occurred in the late 1990s when the reform of state-owned enterprises (SOE) drove up unemployment pressures. Thousands of small and medium SOEs were closed or privatized, while large SOEs were corporatized, leading to more than 40 million lay-offs. Their re-employment, training, and life after losing their jobs became an urgent issue. As a result, the state began to imitate foreign experiences and a social insurance system was introduced. Under the new system, the state neither takes care of everything nor backs off completely, but rather advocates welfare individual responsibility and emphasizes the welfare system's marketization principle. In other

2. Under the “five guarantees” system, elderly people, disabled people and minors meeting the following conditions in rural areas can enjoy the “five guarantees” of food, clothing, housing, medical care and burial expenses (compulsory education for minors): Those who have no legal guardian to provide for them, or whose legal guardians are unable to provide for them; those who have no working ability; and those who have no source of income.

3. As China adopts a gradualist reform approach, China's economy as well as society in the 1980s functioned under a dual-track system, in which the command economy and the market economy coexisted, leading to incremental changes without jeopardizing the foundation of the centrally planned system. In the labor market, SOEs began to gain the liberty to employ contracted workers, while maintaining the “iron rice bowl” for their existing labor force.

words, both individuals, enterprises, and the state shall contribute to social security, while acknowledging the role of the market in social protection.

After plenty of trials and errors, it was not until 2003 that the government started to truly promote the construction of a new social protection system, first in urban areas and then extended to rural areas. The social insurance system is composed of “five social insurances and one housing fund” (see table 1), which has been established and developed rapidly. The coverage of the population by social insurances has expanded. According to the Statistical Bulletin on the Development of Human Resources and Social Security for the year 2018 (NHSA, 2019)⁴, by the end of 2018, 419.02 million urban employees and 523.92 million urban and rural residents participated in basic pension insurance, while only 82 million people were covered in 2002. In 2018, 316.81 million urban employees and 897.36 million urban and rural residents were enrolled in basic medical insurance, compared with 100 million in 2002. The coverage of unemployment insurance and work-related injury insurance reached 196.43 million and 238.74 million people in 2018, compared with 4.4 million and 45.75 million in 2002. Maternity insurance covered 204.34 million people in 2018, compared to 35 million in 2002 (table 1).

Although China's social protection system is developing rapidly, and the Ministry of Civil Affairs of China stated as early as in 2007 its aim to “promote the transformation of welfare model from ‘complementary’ to ‘moderately universal’ type” (SSNEWS, 2007)⁵, it is still a system with residual features, which provides benefits and services to those “selected”, and assists only those with special difficulties. One of the most outstanding features of China's social protection system is the close relationship between labor rights and formal employment relations, such as unemployment protection which targets principally urban workers. There is basically no unemployment protection in rural areas. This narrow and inadequate coverage of labor protection is due to another feature of China's social management strategy: the “hukou” system.

The current hukou system is a system of household registration, which does not necessarily reflect the true residency status of Chinese citizens. People characterized as rural residents are entitled to a piece of agricultural land guaranteed by the state to be used for agricultural purposes. Consequently, they are treated as auto-employed agricultural laborers to whom unemployment is irrelevant. In this context, China's land system, which has not yet been privatized, serves as the last safety net for rural residents in the country. The bottom line of China's social policy in rural areas is to provide social relief and poverty alleviation assistance in order to reach the strategic target of eliminating poverty in the countryside under current standards by 2020. Nevertheless, alongside the economic modernization, there has been a systematic labor abundance in the primary sector. A huge number of rural residents began to mobilize towards

4. NHSA: *Statistical Bulletin on the Development of Human Resources and Social Security for the year 2018*, 2019. <http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/tjgb/201906/W020190611539807339450.pdf>.

5. SSNEWS: “Social welfare services will be transformed into ‘moderate universalism’”, 2007. <http://finance.people.com.cn/GB/6397295.html> (accessed on May 15, 2020).

Table 1. China's social insurance and social assistance system in 2017

Welfare system	Social policy issued (year)
<i>Social insurance system</i>	Social insurance law of PRC (2010)
Pension insurance	Basic pension insurance of urban employees (2005)
	New rural pension insurance (2009)
	Social pension insurance for urban citizens (2011)
Medical insurance	New rural cooperative medical care (2002)
	Basic medical insurance for urban employees (2005)
	Basic medical insurance for urban citizens (2007)
	Urban and rural serious illness insurance system (2012)
Work-related injury insurance	Regulations for work-related injury insurance (2003)
Maternity insurance	Regulations for urban maternity insurance (1994)
Unemployment insurance	Unemployment insurance act (1999)
Housing fund	Housing accumulation fund system (1994)
<i>Social assistance system</i>	
Minimum living security system	Regulations for minimum living security in urban areas (1999)
	Minimum living security system for rural residents (2007)
	Rural five-guarantee system (1956, 2006)
Medical assistance system	Nature disaster emergency rescue system (2004)
	Rural medical help system (2003)
	Urban medical help system (2005)
Vagrants and beggars in urban areas	Relief regulation for urban vagrants and beggars (2003)
Housing	Assistance for housing (2004)
	Social assistance for rural poor households (2003)
Education	Assistance for education (2004)

(Source: Pan, 2019, p. 19)

urban areas seeking for non-farming jobs but without full integration into cities. They constitute therefore a special social group labeled as “migrant workers” trapped between two social statuses, neither of which gives them adequate social protection.

The rise of migrant workers also highlights the pending need to construct a unified national social protection system for the working class. The fiscal reform implemented in 1993 has decentralized social expenditure, leading to a *de facto* fiscal federalism in China. Currently, the central government bears about 20% of social protection costs, while local governments at provincial, municipal, and county levels provide the lion's share of funding. As every administrative region has its own policies, the level of social protection varies greatly and cross-regional protection faces all kinds of obstacles, which to some extent exacerbates the rights and interests of migrant workers.

In the end, the reform towards a market economy since 1980s has led to changes in China's welfare system. A welfare system under the socialist planned economic system that was created in the early days of the People's Republic of China, with its

low levels of benefits and wide coverage, has been transformed into a social security system with obvious features of a complementary type, with yet limited coverage and partial protection measures. In this context, a pandemic like Covid-19 would not only expose the defaults of the current system, but also challenges the state's capacity to amend it.

3. COVID-19 OUTBREAK AND ITS IMPACTS ON CHINA'S ECONOMIC AND SOCIAL LIFE

Despite the controversy about the origin of the virus, China is undoubtedly the first country in the world that observed a serious expansion of Covid-19, and the first to put in place lockdown policies that limited mobility and human contact. In Wuhan, the epicenter of the outbreak, the entire city went into lockdown from January 23 until April 8, bringing the city to a standstill for 76 days. Although the Chinese government has been criticized by its own citizens for being slow to act, the emergency response afterwards has proved to be effective. Total reported cases stabilized at just over 80,000 in late February, and by May 23, when this article was edited, there were a total of 84,522 confirmed cases, of which 4,645 were deceased (IFENG NEWS, 2020)⁶. The effectiveness of containing Covid-19 was achieved by the sacrifice of economic activity. According to the data from the National Bureau of Statistics (NBS, 2020a)⁷, China's GDP contracted by 6.8 percent year-on-year during the first quarter of 2020, its first contraction since 1992 (see table 2). Among sectors, the secondary sector was the most affected, with a contraction of 9.6 percent, followed by the tertiary sector (-5.2%). At the sub-sector level, construction decreased by 17.5 percent over the same period last year. Several service industries have also suffered significant declines, including the accommodation and catering industries, wholesale and retail industries, transportation, warehousing, and postal industries (table 2).

On the expenditure side, the decline in final consumption accounted for 64.1 percent of the GDP loss, while fixed asset investment as well as net exports also dropped significantly, driving down the GDP growth rate by 1.5 and 1 percentage points, respectively. The covid-19 crisis partially paralyzed economic activity, and directly caused a significant decline in corporate cash flow, which led to a noticeable deterioration in the balance sheets of businesses, households, and governments. In the first quarter, above-scale industrial enterprises achieved a total profit of 781.45 billion yuan, a year-on-year decrease of 36.7%. Tax revenue for the public budget dropped by 16.4% over the last year, and the real growth rate of per capita disposable income has declined by 3.9% from the same period in 2019.

6. IFENG NEWS: "National epidemic situation in real time", 2020. <https://news.ifeng.com/c/special/7tPIDSzDgVk> (accessed on May 23, 2020).

7. NBS: "Preliminary accounting data for GDP in the first quarter of 2020", 2020a. http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/202004/t20200417_1739602.html (accessed on May 16, 2020).

Table 2: Preliminary accounting data for GDP in the first quarter of 2020

	Absolute value (billion yuan)	Year-on-year growth rate
GDP	20650	-6.8
Primary sector	1019	-3.2
Secondary sector	7364	-9.6
Tertiary sector	12268	-5.2
Agriculture, forestry, animal husbandry and fishery	1071	-2.8
Manufacturing	5385	-10.2
Construction	938	-17.5
Wholesale and retail trade	1875	-17.8
Transportation, warehousing and postal services	787	-14.0
Accommodation and catering	282	-35.3
Financial industry	2135	6.0
Real estate	1527	-6.1
Information transmission, software, and information technology services	893	13.2
Leasing and business services	714	-9.4
Other services	3966	-1.8

(Source: NBS, 2020a)

All these economic indicators should have led to a rise in the unemployment rate. Nevertheless, in March 2020 China's registered urban unemployment rate was only 3.66%, even better than last year, while the surveyed urban unemployment rate was 5.9%, an increase of a mere 0.7 percentage point compared with last year. Therefore, we witnessed a bizarre low unemployment rate in China during the pandemic crisis, which could be explained by a systematic underestimation of the unemployment rate.

Currently, there are two official indicators relevant to unemployment: registered and surveyed one. The first refers to the number of registered urban unemployed persons as percentage of the sum of the total number of urban employees and the registered urban unemployed persons, while the second is obtained through sample surveys. Due to the longstanding urban-rural dual employment policy, migrant workers with rural "hukou" status cannot be registered as unemployed, making therefore the registered unemployment rate an extremely narrow indicator, which has consistently hovered around 4% for 20 years regardless of macroeconomic fluctuations. In this context, the Chinese government began to publish the surveyed unemployment rate in 2018 and use it to define major policies and goals. As the survey is based on the population that has lived in urban areas for more than six months during the reference year, including part of migrant workers, and uses statistical standards recommended by the International Labor Organization (ILO), this new indicator better reflects the real situation.

However, the surveyed unemployment rate may still underestimate the real problem of unemployment under the current circumstances. According to recent data, rural migrant workers account for about one-third of the urban employed population, most of whom have returned to villages to celebrate the Spring Festival, which coincides with the outbreak of Covid-19. If we assume that these returned migrant workers have not yet returned to cities in March, then the latest survey base is different from that at the end of 2019 when the resident population structure was relatively normal. Second, the existing survey used looser employment definitions and statistical calibers, and it is likely that a considerable number of underemployed, vulnerable, and unstable “quasi-unemployed people” were classified as employed rather than unemployed. The China Unemployment Rate Survey defines the employed population as “people who have worked for at least one hour in the course of a reference week in order to obtain remuneration or business income, including those who are on duty but not working, such as on vacations or on temporary work stoppage” (NBS, 2018)⁸. This standard follows the basic recommendations of the ILO but would risk misclassifying the so-called “flexible employees” facing great uncertainty under Covid-19 as fully employed. According to the data available, at the end of February, there were 122.51 million migrant workers leaving villages for cities, 50 million fewer than the 174.25 million recorded in December last year (CHINANEWS, 2020)⁹. If we assume that this reduction was due to the slow economic recovery in urban areas and that they are unlikely to get new job offers in the short term, then the *de facto* unemployment number in March would reach 70 million, leading to an unemployment rate of more than 20%, which is roughly the same as other estimates based on sectoral observations and prospects. (Liang *et al.*, 2020)¹⁰.

The discrepancy between the registered, surveyed, and *de facto* unemployment rates implies that only a small portion of the workers affected by the Covid-19 outbreak have benefited from the current unemployment insurance mechanism. According to communication from the Ministry of Human Resources and Social Security, at the end of March 2020, among more than 9 million registered unemployed, only 2.3 million were qualified to receive a total 9.3 billion yuan from unemployment insurance funds (MOHRSS, 2020a)¹¹. The unemployment insurance benefit rate is only 25% based on the registered unemployment rate, and could be as low as 3.3% if we adopt the *de facto* unemployment rate. The payment standard varies across regions, but there is a basic principle that the insurance payment should be lower than the local minimum wage standard and higher than the local minimum living security standard of urban

8. NBS: “The statistic method for surveyed unemployment rate is scientific”, 2018. http://www.stats.gov.cn/tjsj/sjjd/201804/t20180418_1594627.html (accessed on May 17, 2020).

9. CHINANEWS: “Employment in the first quarter is overall stable and the scale of employment continues to expand”, 2020. <https://m.chinanews.com/wap/detail/zw/sh/2020/04-18/9160851.shtml> (accessed on May 16, 2020).

10. Liang, Z.H.; Zhang, C. and Su Y.: “How high is the unemployment rate in China?”, 2020. <https://finance.jrj.com.cn/2020/04/26095329376263.shtml> (accessed on May 17, 2020).

11. MOHRSS: “We have faith in keeping jobs”, 2020a. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/bu-neiyaowen/202005/t20200522_369404.html (accessed on May 23, 2020).

residents (MOHRSS, 1999)¹². In this context, even though the insurance compensation is small, it could be extremely important for jobless families, and the low benefit rate is a serious concern.

This low benefit rate is attributed primarily to the rigid regulations on the claiming rights to unemployment insurance. According to the Unemployment Insurance Act (MOHRSS, 1999)¹³, in order to be able to claim unemployment insurance, one has to satisfy four conditions: (1) the employer and (or) employee have participated in unemployment insurance for more than one year; (2) The employment was not interrupted by the individual's own will; (3) the claimant has completed unemployment registration; (4) the claimant is actively searching for jobs, willing to accept vocational training and job introductions. Out of these four conditions, unemployment registration and sufficient insurance premium payment are the two conditions that really matter. The outbreak of Covid-19 complicates the registration procedure, as the quarantine measures limit the possibility of conducting the registration by physical presence. In response, the government has promoted the digitalization of unemployment registration and insurance claims, hoping to identify and locate all qualified unemployed workers (MOHRSS, 2020b)¹⁴. However, the registration itself is not sufficient as the claiming right is directly linked with the preexistence of a formal labor contract which, according to Labor Contract Law promulgated in 2007, obliges the employer to pay its due amount in the social security fund for all its workers. Unfortunately, this requirement contradicts the flexible labor market characterized by high informal employment.

From the late 1990s to the early 2000s, informal employment was formally advocated by the government as a strategic arrangement to solve the problem of laid-off workers from state-owned enterprises¹⁵. Nowadays, the main body of "flexible employment" is the rural-urban migrant group. One of the unintended consequences of the Labor Contract Law of 2007 which set higher protection standards is that it has pushed many workers into non-standard employment, including the controversial labor dispatch practice. The scale of "flexible employment" can be estimated from two sources. The first is the statistics on the "informal employment". In 2018, at least 125 million urban workers could be categorized as informal workers, accounting for almost one third of total urban workers. This number corresponds with the statement made by Prime Minister Li Keqiang in his government working report on May 22 of 2020, acknowledging that there exist "hundreds of millions of flexible employees in China"

12. MOHRSS: *Unemployment Insurance Act*, 1999. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zcfg/flfg/xzfg/201604/t20160412_237907.html (accessed on May 15, 2020).

13. MOHRSS: *Unemployment Insurance Act*, 1999. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zcfg/flfg/xzfg/201604/t20160412_237907.html (accessed on May 15, 2020).

14. MOHRSS: "Ministry of Human Resources and Social Affairs announces online application platform for unemployment insurance", 2020b. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneyaowen/202002/t20200212_359633.html (accessed on May 15, 2020).

15. Flexible employment first appeared in the "Tenth Five-Year Plan for National Economic and Social Development" in 2001. It was proposed to change ideas and adopt a variety of flexible employment forms such as part-time employment.

(LI Keqiang, 2020)¹⁶. The second reference is the labor contract signing rate. According to Migrant Workers Monitoring Investigation Reports, the proportion of labor contracts signed by “migrant workers” has decreased year by year, reaching only 35.1% in 2016¹⁷ (NBS, 2017)¹⁸. The lack of a standard employment relationship between migrant workers and their employers suggests a low coverage of unemployment insurance of these workers. At the end of 2017, only 17% of migrant workers have participated in the unemployment insurance (MOHRSS, 2018)¹⁹. Taking into account the sectoral distribution of migrant workers, over 85% of them were concentrated in the sectors that were severely impacted by the Covid-19 outbreak (NBS, 2020b)²⁰, making them the most vulnerable worker group facing the risk of job loss without subsequent adequate protection.

4. REVIEW OF MEASURES AND INITIATIVES TO FIGHT AGAINST COVID-19

Facing the Covid-19 outbreak, the Politburo of the Chinese Communist Party conducted three meetings in one month between March 17 and April 17 to comprehensively readjust the traditional macro policy from one centered on “six stabilities” to one emphasizing “six priorities”: ensuring security in jobs, basic living needs, operations of market entities, food and energy security, stable industrial and supply chains, and the normal functioning of primary-level governments. The shift from “six stabilities” to “six priorities” implies that the policy measures in China will primarily focus on livelihood assistance. Contrary to the traditional policy logic, which advocates trickle-down effects of general economic growth in terms of creating employment and increasing household income, the Chinese government seems to be adopting an inverse approach trying first to tackle the livelihood difficulties of the vulnerable population, hoping to subsequently sustain a reasonable economic growth.

Protecting basic living needs in present-day China is a synonym for securing employment. Unlike an inclusive social security system, which does not only include social security programs linked to standard employment relationships, but also a universal assistance package whose funds are not limited to regular contributory payments, China's social security system is strongly tied to standard employment relationships, making it difficult to benefit flexibly employed migrant workers concentrated in the secondary labor market. As far as reality is concerned, employment is indeed the

16. LI, Keqiang: “Government working report”, 2020. <http://www.gov.cn/zhuanti/2020lhzfgzbg/index.htm> (accessed on May 23, 2020).

17. This is the final year that we can find data on labor contract signing practice among migrant workers.

18. NBS: *Migrant Workers Monitoring Investigation Reports of the Year 2016, 2017*. http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201704/t20170428_1489334.html (accessed on May 18, 2020).

19. MOHRSS: *Statistical Bulletin on Human Resources and Social Security Development 2017, 2018*. <http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/tjgb/201805/W020180521567611022649.pdf>.

20. NBS: *Migrant Workers Monitoring Investigation Reports of the Year 2019, 2020b*. http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/202004/t20200430_1742724.html (accessed on May 18, 2020).

greatest livelihood and guarantee for workers at the lower levels in the dual labor market. This is the rationale for putting employment security at the utmost priority. Under this logic, the government has issued numerous measures to stabilize employment.

By far, most of China's measures are of a contributory nature, primarily in spending adjustment measures. According to the International Labor Organization, between February 12 and March 7, out of the 16 measures implemented in China, 60% are of contributory nature, while the majority of non-contributory measures are program adjustments to extend coverage. Only one new program has been introduced to provide special allowance and grants to poor or vulnerable populations (ILO, 2020)²¹. This contrasts with the trend observed throughout the world, where 74.4% of measures are of a non-contributory nature by the introduction of new programs and benefits. The update of the comprehensive list of measures adopted until May 29 (Dezan Shira & Associates, 2020)²² also highlights the fact that pro-business measures outnumber those strengthening labor rights (figure 1).

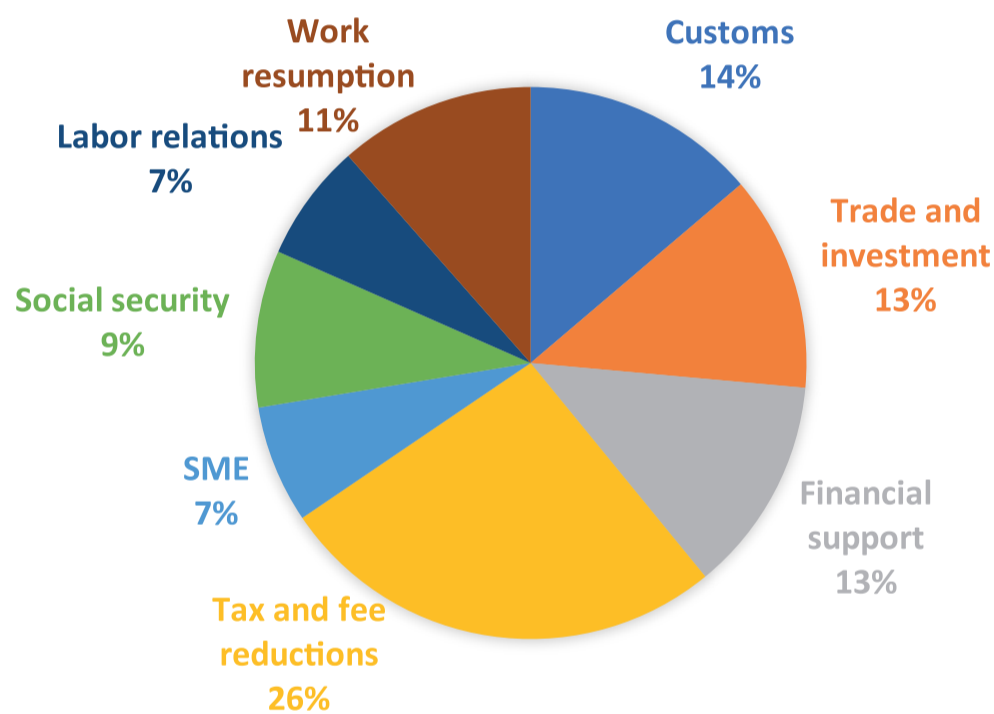


Figure 1: China's support policies under Covid-19.
(Source: Dezan Shira & Associates, 2020)

More precisely, among 87 measures adopted at national level²³, 10 measures are about de-escalation process and work resumption, 27% intend to promote and sustain trade and investment, 39% benefit business owners through financial support and tax and fee reductions. In addition, SMEs can enjoy six non-financial support measures. In the area of social security, besides the promotion of online services to ensure social

21. ILO: "Social protection responses to Covid-19 crisis around the world", 2020. <https://www.social-protection.org/gimi/ShowWiki.action?id=3417> (accessed on May 15, 2020).

22. Dezan Shira & Associates: "China's Support Policies for Businesses Under COVID-19: A Comprehensive List", 2020. <https://www.china-briefing.com/news/china-covid-19-policy-tracker-benefiting-business-enterprises-comprehensive-updated-list/> (accessed on May 29, 2020).

23. We do not include measures decided and adopted at local level, nor other industry specific policies.

insurance claims, the majority of the payment adjustment is made through provisional reduction and exemption of social security contributions made by employers. Only 6 of 87 measures directly protect labor rights by denying claims to terminate employment contracts if it is possible for the parties to continue to perform under the contract. Actually, according to the clarification made by China's Supreme People's Court (Supreme People's Court, 2020)²⁴, while the Covid-19 is recognized as force majeure, courts should not support claims for contract termination due to "difficulty" in performance and shall mediate and encourage performance of the contract by the parties involved. In other words, if the parties are able to perform by revising the contract, they should negotiate an amendment, rather than terminating it.

The policy tracker of the Chinese government's response since the Covid-19 outbreak demonstrates an unchanged belief in welfare trickle-down effects. This involves stabilizing employment by supporting businesses and ensuring people's livelihoods through employment. By far, all measures concerning vulnerable populations are confined to the enforcement of the current legal framework and marginal amelioration of existing social assistance systems. However, due to China's dual labor market structure and complementary social welfare system, these measures may have less effect than the government anticipated.

5. LIMITS AND CHALLENGES OF CURRENT SUPPORT POLICIES

It is undeniable that supporting business activities, especially SMEs, is a must, not only because the lockdown policy has directly endangered the livelihood of small business owners, but also because SMEs are the largest employment creators in China. However, pro-business measures alone may not be enough to improve the situation of workers located in the secondary labor market.

The majority of SMEs, faced with uncertain economic prospects and poor international trade circumstances, would prefer conservative and risk-averse options. More importantly, there is unequal power and a blurred and loose relationship between the enterprise and its non-standard, informal employees. These flexible workers were not properly protected by official labor laws during the epidemic period and often powerless in the "negotiations" with their employers. In fact, flexible and precarious employment itself implies a transfer of risk from the state and the employer to the labor side, which is one of the characteristics of a "risky society". The flexible arrangement of employment conceals the related risks when market conditions are better, and even seems to bring more "freedom" and income for the working class. Nevertheless, once market conditions deteriorate, risks accumulate on the weaker side. The majority of the so-called flexible employees do not have fixed labor contracts with the enterprise, and their "jobs" are dispensable and their income is tied only to actual performance.

24. Supreme People's Court: "Guidance on the Proper Handling of Civil Cases Involving the Novel Coronavirus Outbreak in Accordance with the Law (No.1)", 2020. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-226241.html> (accessed on May 29, 2020).

For those with fixed salaries, their total income depends mostly on the variables, which would shrink significantly if the epidemic control policy were to continue. While it is true that it is difficult for businesses to operate in times of crisis, it is also true that businesses have relatively more options, and that workers, especially these informal, non-standard and precarious workers, are stuck in a passive and risky position.

The Chinese government also recognizes the possible low employment recovery because of the lack of entrepreneurial initiatives. In May 2020, National Development and Reform Commission announced that it would encourage the government-backed construction projects to employ more labor from regions severely affected by the Covid-19 and increase the share of labor remuneration in related investments from 10 to 15 per cent (NDRC, 2020)²⁵. According to the budget report submitted for review at National People's Congress, the issue of special Covid-19 bonds would reach 1 trillion RMB in 2020, mainly used for the construction of infrastructure such as local public health and related expenditures for the fight against the epidemic (XINHUANET, 2020)²⁶. Moreover, on April 21 of 2020, Premier Li Keqiang also revealed the decision to extend for the first time the coverage of the current minimum living security system to include migrant workers not covered by unemployment insurance, and other people not covered by government insurance schemes (State Council, 2020)²⁷. Based on the limited information available, it is not difficult to see that the Chinese government intends to complement more actively the role of the market in securing the basic income of its most vulnerable population. While a minimum income for everyone is the bottom line that the state should sustain, the "stable livelihood" goes beyond income acquisition, and social security should take care of not only material needs but also non-material support.

For a long time, workers in China have been considered as a "labor force" driven by economic rationality, ignoring the fact that they have the need to balance work and life and are embedded in the family structure. They also have complex emotions such as fear and anxiety about the unknown, which influence their economic choices and actions. In this context, the impact of Covid-19 is not limited to the loss of jobs and income. The implementation of quarantine measures has caused the retreat of individuals from public space and social life to the private sphere of the family, where complex and tense emotions accumulate. Delayed opening of schools, especially for lower age groups, increases the family burden, which exacerbates the tensions within families, especially for those who are already deprived of life and social resources. As a result, the Chinese government faces a double challenge due to the dual narrowness of its social security system.

25. NDRC: "National Development and Reform Commission's response to economic and social hotspot issues", 2020. https://www.ndrc.gov.cn/fzggw/wld/njz/lddt/202005/t20200524_1228779.html (accessed on May 25, 2020).

26. XINHUANET: "China will issue 1 trillion yuan of special government bonds to fight the epidemic", 2020. http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c_1126021120.htm (accessed on May 25, 2020).

27. State Council: "Increase the support and protection for the poor and unemployed!", 2020. http://www.gov.cn/fuwu/2020-04/21/content_5504923.htm (accessed on May 23, 2020).

While it is encouraging to observe all the measures taken to improve service coverage, there is much that needs to be done to amplify the narrow services provided. Even from the perspective of economic development, stabilizing expectations and family order are also fundamental. Like all other countries affected by the Covid-19, the economic recovery depends primarily on internal consumption growth. However, despite continuing per capita income growth, China's savings rates have remained at high levels, suggesting the propensity of Chinese households to save instead of consuming. The reasons for China's high savings rate cannot be denied, mostly because of the uncertainty about the future--that is, the insecurity in the face of the increasing marketization of property, education, pensions and health care. Only if the state begins to take over part of family burdens in order to create more positive expectations and personal/family stability for the future, current programs including relevant subsidies and minimum income guarantees would be effectively translated into consumer spending.

Overall, Covid-19, as a public health crisis, on the one hand has exposed the inadequacy of China's social security system and on the other has provided an opportunity to reflect on the ways in which the employment model and development model is sustainable, especially in the context of societal disparities between the rich and the poor, the low share of labor income in GDP, and structural changes in labor force size and population. While the Chinese government is still on the course to construct a universal social safety net, more or less converged to the European model, more challenges lie in the foreseeable future, as the expected acceleration of digitalization of economic and social life after the Covid-19 would require novel conceptual models and institutional settings to cope with increasing social risks in virtual spaces, such as the rural-urban educational digital divide and the erosion of labor regulations in the digital labor market (Chen *et al.*, 2020)²⁸.

Bibliografía

- Chen, B.; Liu, T.; Guo, L. and Xie, Z.: "The disembedded digital economy: Social protection for new economy employment in China", *Social Policy & Administration*, 2020. DOI: 10.1111/spol.12603.
- CHINANEWS: "Employment in the first quarter is overall stable and the scale of employment continues to expand", 2020. <https://m.chinanews.com/wap/detail/zw/sh/2020/04-18/9160851.shtml>.
- Dezan Shira & Associates: "China's Support Policies for Businesses Under COVID-19: A Comprehensive List", 2020. <https://www.china-briefing.com/news/china-covid-19-policy-tracker-benefiting-business-enterprises-comprehensive-updated-list/>.
- IFENG NEWS: "National epidemic situation in real time", 2020. <https://news.ifeng.com/c/special/7tPIDSzDgVk>.
- ILO: "Social protection responses to Covid-19 crisis around the world", 2020. <https://www.social-protection.org/gimi/ShowWiki.action?id=3417>.

28. Chen, B.; Liu, T.; Guo, L. and Xie, Z.: "The disembedded digital economy: Social protection for new economy employment in China", *Social Policy & Administration*, 2020.



Panorama jurídico laboral brasileiro no enfrentamento à pandemia causada pela COVID-19 (doença do coronavírus)

BRAZILIAN LABORAL LEGAL OVERVIEW IN COPING WITH THE PANDEMIC CAUSED BY COVID-19 (CORONAVIRUS DISEASE)

Fabiano Zavanella

Advogado e professor de Direito Trabalhista

fabzavanella@gmail.com

Recibido: 04.06.2020 | Aceptado: 11.06.2020

RESUMO

Nos últimos três meses, o país mergulhou em uma crise na saúde pública jamais vista na História moderna. Desde a notificação da primeira morte pela Covid-19, ou doença do Coronavírus (Sars-Cov-2), registrada no dia 17 de março de 2020, até a data de 2 de junho de 2020, ou seja, menos de três meses, o país já havia somado mais de 31 mil mortos. Essa triste marca fez o Brasil se igualar aos três países que mais tiveram baixas por causa da avassaladora infecção causada pelo vírus, a saber, Itália, Reino Unido e Estados Unidos. Considerando esse cenário tão assustador quanto desafiador, este artigo pretende, em linhas bastante objetivas, apresentar um panorama jurídico no que diz respeito às relações de trabalho, em especial, ao teletrabalho, ou trabalho remoto e trabalho a distância, trazendo as principais medidas legislativas já adotadas no período, bem como as medidas emergenciais criadas para a proteção ao emprego e à renda.

ABSTRACT

In the last three months, the country dived into a public health crisis never seen in modern History. Since the first death notification by covid - 19, or the disease of corona virus (sars-cov-2), registered on March 17th, 2020, until June 2nd 2020, that is, less than three months, the country have summed more than 31 thousand casualties. This sad mark made Brazil match to three countries that had more casualties because of the overwhelming infection caused by the virus, to know, Italy, United Kingdom and United States. Considering this scenario as frightening as challenging, this article intend, with quite objective lines, introducing a legal overview regarding at work relations, in special, telework, or remote work and distance work, bringing the main legal measures already adopted in the period, as well as the emergency measures created for jobs and income protecting.

PALAVRAS-CHAVE

Pandemia
Covid-19
Flexibilização
Teletrabalho
Desafio econômico

KEYWORDS

Pandemic
Covid-19
Flexibility
Telework
Economic challenge

SUMARIO

1. A PANDEMIA NO BRASIL
2. PRINCIPAIS MEDIDAS LEGISLATIVAS E OS IMPACTOS DA PANDEMIA NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS
 - 2.1. O teletrabalho e outras flexibilizações
 - 2.2. Medidas de proteção ao emprego e à renda
3. CONCLUSÕES

1. A PANDEMIA NO BRASIL

É possível afirmar que, no Brasil, a pandemia provocada pela COVID-19 desde sua chegada a cada dia ganha contornos extremamente graves e de proporcional complexidade aos problemas e mazelas que o país carrega em seus ombros em especial pela enorme desigualdade social e um sistema público de saúde saturado em muitos Estados e colapsado em outros, o que coloca o país em estágio de completo alerta e com uma grande reação do Poder Público por meio da edição de um conjunto normativo desde fevereiro passado em vista da chegada do contágio à nossa realidade.

Todos os países do mundo –e, assim, todas as economias, das mais fortes às mais frágeis– enfrentam a pandemia causada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2) e, dele, em razão dessa doença ainda de sequelas tão pouco conhecidas: a COVID-19.

A realidade brasileira não foge a esse quadro. Quando do fechamento deste artigo, já se aproximavam trezentos mil casos constatados de COVID-19 no Brasil, com número de mortes que, a passos largos, aproxima-se do ceifar de mais de trinta mil vidas em nossas terras.

A constatada capacidade de transmissão do vírus (o que tem levado à afirmação da existência do “supertransmissor”, ou seja, pessoas que são contaminadas e, por isso, tornam-se transmissores, não raro até sem saber que portam o vírus em razão de quadros assintomáticos) faz com que recursos como o distanciamento social acentuado tenham emergido, no ambiente global, como soluções inafastáveis para, ao menos, permitir a conquista do tempo necessário às adequações estruturais da rede de saúde, na busca de se evitar o caos que já se abate sobre a Itália, a Espanha e outros países, conforme chega até aqui pelos noticiários trazidos por diversas empresas de comunicação.

O resultado desse processo histórico e claramente disruptivo já se tornou bastante perceptível: diversas empresas com suas atividades reduzidas ou até paralisadas em benefício das referidas medidas de distanciamento social, a bem da vida humana, mas, com sensíveis impactos na atividade econômica que variam caso a caso, a culminar na inviabilização de algumas, na necessidade de contenção de custos por outras (para sobreviver ao período crítico desta crise supranacional) e outras que permanecem intocadas, ao menos de um modo direto (outras, aliás, que, no momento, pelos setores, serviços e produtos ofertados no mercado, até obtendo maximização de lucros, mas que, por certo, sofrerão os impactos de toda essa crise em pouco tempo).

2. PRINCIPAIS MEDIDAS LEGISLATIVAS E OS IMPACTOS DA PANDEMIA NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS

Ninguém foge da responsabilidade exigida de toda a sociedade e seus integrantes, nesse momento difícil: muito menos o Estado (entenda-se: governo - Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário).

De outro lado, a tarefa de encontrar soluções que atendam a todos os interesses conflitantes é muito difícil, o que há de ser reconhecido.

Assim, nos deparamos com o quadro normativo já traçado até aqui, no Brasil (MPs 926, 927, 928 e, depois da 936, a 944 e 945, bem como as Leis nº 13.979 e nº 13.982, de 2020, dentre outras), já desperta “amores e ódios”, razão pela qual será perseguida a sua análise sob o ponto de vista mais técnico possível, com predominância do analítico-descritivo, até como forma de buscar a formatação de explanação que permita o encontro de posicionamentos dos próprios autores destes comentários, que, entre si, também guardam entendimentos que, em certas questões, não se harmonizam perfeitamente.

Com isso, do ponto de vista técnico e prático, os breves comentários que serão apresentados aproximam-se da almejada confiabilidade necessária à colaboração com aqueles que buscam, neste momento de escuridão nos caminhos a trilhar, alguma luz que possam considerar.

A primeira Lei, 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, estruturou medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia e no art. 3, parágrafo 3 considerou como justificadas as faltas ao trabalho em decorrência das medidas preventivas da lei que previam isolamento ou quarentena de suspeitos de contágio ou infectados além de exames e internação compulsória.

Lamentavelmente a doença, de forma muito rápida, avançou e exigiu outras medidas mais amplas sob o aspecto laboral, em especial do Poder Executivo, com base no decreto legislativo nº 6 de 20 de março de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil com efeitos até 31 de dezembro de 2020 prevendo, dessa maneira, flexibilização das normas de responsabilidade fiscal, vinculação do orçamento e suas diretrizes a fim de que mecanismos urgentes e necessários fossem efetivamente implementados.

Vale destacar, também, que no mesmo dia 20 de março publicou-se o decreto nº 10.282, que regulamentou a lei 13.979 a fim de definir quais eram, naquele momento, os serviços públicos e atividades privadas classificadas como essenciais, o que desdobrou, por decorrência, no fechamento dos demais estabelecimentos e setores por meio de uma série de decretos municipais e estaduais (outra discussão ampla sobre a competência concorrente dos entes federativos nesse particular) que ocasionou o fechamento de muitos negócios e um aumento significativo do desemprego e do empobrecimento social, sobretudo dos trabalhadores informais relegados à própria sorte.

Avançando na cronologia das medidas adotadas no dia 22 de março de 2020 o Poder Executivo editou e publicou a Medida Provisória 927 com uma série de medidas que, conforme o artigo primeiro, pretende oferecer ao empregador medidas de

proteção ao emprego e a renda durante o estado de calamidade pública, portanto mecanismos transitórios e excepcionais à luz do cenário imposto pela pandemia.

2.1. O teletrabalho e outras flexibilizações

Dentre suas disposições, a referida Medida Provisória flexibilizou a figura do teletrabalho e do trabalho à distância dispensando aspectos formais exigidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inclusive controle de jornada para os empregados até então submetidos a tal, possibilitou à antecipação de férias quando ainda em curso o período aquisitivo e até mesmo férias futuras sem dimensionar quais, diferindo tanto o pagamento das mesmas para o mês subsequente como o terço constitucional para o mês de abril, mecânica também aplicável às férias coletivas, as quais, pelo texto, não precisam de prévia comunicação dos órgãos de fiscalização ou tampouco do sindicato.

A Medida Provisória 927 permite, ainda, o aproveitamento ou antecipação de feriados como maneira de evitar a presença física dos empregados que não tenham funções compatíveis com trabalho remoto e também estrutura um novo banco de horas, que, por meio, de acordo individual, pode estabelecer um período de até 18 meses para compensação negativa ou positiva em relação ao empregado da quantidade de horas.

De outro turno, a medida indica no artigo 29¹, que os casos de contaminação pela Covid-19 não serão considerados ocupacionais, salvo se demonstrado o nexo de causalidade previsão ajustada ao disposto no art. 20, parágrafo 1º, alínea “d” da Lei nº 8213/01² e no artigo 31, que suspende à atividade punitiva da fiscalização do trabalho, dentre outras disposições, tais como o diferimento do recolhimento dos depósitos do FGTS, a prorrogação pela iniciativa do empregado dos acordos ou das convenções coletivas vencidas no prazo de 180 dias contados da entrada em vigor da medida provisória (uma espécie de ultratividade unilateral como salvaguarda do negócio e do emprego), além de algumas outros ajustes de menor impacto.

Dois pontos merecem destaque maior e final em relação à reflexão quanto a MP 927, já que o artigo 2º, que autoriza o acordo individual como mecanismo de proteção e garantia do vínculo de emprego, e a sobreposição desse ajuste aos demais instrumentos normativos, negociais ou legais, desde que respeitados os limites da Constituição Federal o que reavivou uma discussão muito acalorada sobre aplicação do art. 503 da CLT³, já que o parágrafo único do artigo primeiro da Medida Provisória

1. Foram ajuizadas pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354), julgadas no último dia 29 de abril de 2020 pelo pleno do STF.

2. § 1º Não são consideradas como doença do trabalho: d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

3. Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a

é textual ao reconhecer que o estado de calamidade pública constitui motivo de força maior para fins e efeitos trabalhistas, e o artigo 18, que perde relevância, uma vez que revogado no dia seguinte, ou seja, 23 de março de 2020 pela Medida Provisória 928 dada a irrisignação geral à sua previsão de suspensão dos contratos de trabalho sem nenhum tipo de recebimento de renda pelos trabalhadores.

Praticamente a totalidade da sociedade jurídica, além das entidades representativas dos trabalhadores, a gama de informais e os próprios setores mais frágeis da economia reagiram com muito vigor ao estrutural da Medida Provisória 927 (forçando quase que a imediata revogação do artigo 18 como acima apontado), principalmente pela ausência total do Estado nessa concertação social, já que despejada no ombro dos atores (empregado e empregador) a mecânica integral da solução dos graves problemas impostos pela pandemia.

2.2. Medidas de proteção ao emprego e à renda

O receio do Poder Executivo residia na assunção de responsabilidades derivadas do arcabouço normativo que guia e impõe limites à gestão pública, notadamente aquelas indicadas no próprio decreto nº 6 anteriormente citado, em eventual discussão judicial e possível interpretação diversa no controle concreto de constitucionalidade, e, assim, propôs a Presidência da República a ação direta de inconstitucionalidade 6357 em 27 de março de 2020, que ficou sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes que, em sede de liminar, que proferiu a seguinte decisão:

CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta de inconstitucionalidade, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. Ressalto que, a presente MEDIDA CAUTELAR se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19. Intime-se com urgência. Publique-se.

Essa decisão foi publicada no dia 31 de março de 2020 e impulsionou, dessa forma, o movimento do Poder Executivo na estruturação da Medida Provisória 936, publicada em 1º de abril de 2020, e que, dentre outras medidas, estabeleceu e estruturou o benefício emergencial de proteção ao emprego e à renda, que, dentre os critérios fixados, é pago pelos cofres públicos e toma como base de cálculo a tabela e as regras

25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região. Parágrafo único - Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

do seguro desemprego a que o trabalhador faria jus se dispensado fosse não, no entanto, se confundindo ou impactando no acesso a tal verba previdenciária.

O estrutural da referida medida provisória, que prevê medidas complementares ao programa de proteção do emprego e da renda, se orienta por dois caminhos específicos: redução proporcional e transitória da jornada e do salário dos empregados e ou a suspensão provisória dos contratos de trabalho, ambas modalidades são harmônicas e podem ser fixadas dentro de uma mesma empresa, afetando grupo de trabalhadores diferentes ou até os mesmos empregados desde que em períodos não concomitantes e respeitado o prazo máximo de 90 dias para tal mecânica (suspensão do contrato de trabalho só poderá ser de até 60 dias, fracionada em dois períodos de 30 dias, e a redução poderá acontecer até o limite de 90 dias contínuos ou escalonados a depender da situação fática).

Buscando contornar a polêmica instaurada na discussão dos limites do art. 2º da Medida Provisória 927, que permite o ajuste individual amplo e limitado apenas aos cânones constitucionais, a Medida Provisória 936 institui um estrutural bastante razoável e sustentável do ponto de vista jurídico no que boa parte da doutrina chama de “direito do trabalho na crise” (relativização dos pilares da proteção do empregado genericamente para que se garanta a proteção em sentido estrito do vínculo de emprego, conforme guarida de outros princípios constitucionais que se sobrepõem pela regra de sopesamento na interpretação constitucional em questão).

Dessa forma, é autorizado o ajuste individual para adoção da redução proporcional ou da suspensão do contrato de trabalho, levando-se em conta faixas salariais indicadas no artigo 12 da medida que não contempla, por exemplo, a redução de 50% ou 70% para trabalhadores que recebem salário igual ou superior a R\$ 3.135,00 e inferior ao dobro do teto do regime de benefícios da previdência social e possua diploma superior (hipersuficientes), que deve necessariamente acontecer via negociação coletiva.

Importante observar e ressaltar que em nenhum momento a medida provisória veda ou impede que os sindicatos assumam o protagonismo das negociações para todo e qualquer empregado sob seu guarda-chuva de representação; pelo contrário, o texto incentiva a retomada do protagonismo sindical neste momento de extrema crise como uma entidade que precisa se reinventar e resgatar sua importância histórica, entretanto pelo cenário crítico que os micro e pequenos empreendedores enfrentam desde o início da pandemia.

São os micro e pequenos empreendedores que respondem pela geração de praticamente 70% dos empregos formais no país; oferecem uma via de salvaguarda das unidades produtivas, prestação de serviços ou comércio e também dos empregos através dessa negociação individual, sobretudo para o empregado que ganha igual ou menos que R\$ 3.135,00 (parcela significativa do mercado formal) e que terá uma redução mínima de sua renda conforme o estrutural do benefício emergencial.

Apesar dessa louvável construção que merece destaque já que se estima um acesso de até 25 milhões de empregados formais ao benefício, o que gera um empenho de aproximados 50 bilhões de reais custeados pelo Estado, no dia seguinte da publicação

da medida provisória, ou seja, 2 de abril de 2020, o partido Rede Solidiedade propôs uma ação direta de inconstitucionalidade, que recebeu o número 6363 sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, sendo pretendida como tema central a declaração de inconstitucional dos artigos que autorizam o acordo individual e em sede cautela a suspensão dos mesmos até o julgamento de mérito pelo pleno do Supremo Tribunal Federal (STF).

No dia 6 de abril de 2020, quando dados do Ministério da Econômica, citados pelo próprio Ministro em seu voto, indicavam mais de 8.000 (oito mil) acordos individuais já realizados e informados ao Poder Público para deflagração do pagamento do benefício emergencial, o pedido liminar foi deferido de maneira ampliativa, ou seja, fora do requerimento inicial que cingia-se à suspensão da aplicabilidade para dar nova redação ao parágrafo 4º do artigo 11 da Medida Provisória que exigia apenas a comunicação ao Sindicato do ajuste realizado entre empregado e empregador para impor a concordância (tácita ou expressa da entidade) ou a assunção pelo ente sindical da referida negociação suspendendo o pacto individual⁴.

Tal decisão, sem dúvida, criou um grande alvoroço e impôs uma reconhecida insegurança jurídica, tanto assim que o presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, incluiu em caráter de urgência no calendário de julgamento do dia 16 de abril de 2020, pelo Pleno, a deliberação pela manutenção, alteração ou reforma da decisão liminar concedida, sessão essa precedida pelo julgamento dos embargos de declaração opostos pela Advocacia Geral da União, rejeitados pelo Ministro relator em nova decisão polêmica porque mais extensa que a primeira e com notório caráter integrativo e que aclarava a decisão liminar, sem, contudo, prover os embargos⁵.

O referido julgamento iniciou-se no dia 16 de abril conforme previsto e, por problemas técnicos na estabilização da conexão dos Ministros, foi suspenso e retomado no dia seguinte quando, então por sete votos favoráveis contra três contrários (Ministros Lewandowski, Fachin e Rosa Weber) decidiu-se pela reforma da decisão liminar e, por conseguinte, sua negação nos termos do voto divergente proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que havia adotado linha muito parecida com as reflexões do presente autor em outra oportunidade⁶.

Essa decisão reestabelece o estrutural da Medida Provisória 936 e garante a continuidade do fluxo de ajustes individuais e coletivos na perspectiva do realismo jurídico

4. “Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes. Solicitem-se informações à Presidência da República. Requistem-se a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República. Comunique-se, com urgência. Publique-se”.

5. “Em conclusão, conheço do recurso, nos termos do art. 1.024, § 2º, do CPC, admitindo a legitimidade do Advogado-Geral da União para opor os embargos declaratórios, porém os rejeito, por entender que não se encontram presentes os vícios apontados, sem prejuízo dos esclarecimentos supra explicitados. Publique-se”.

6. Zavarella, F.; Maistro Junior, G.; Simonato, P. M.: *Primeiras linhas sobre a MP 936/2020 e o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda*, Foca, São Paulo, 2020.

e da proteção efetiva do legítimo interesse da manutenção do emprego e da renda, a qual, segundo dados no *site* do Ministério da Econômica até a data deste artigo, já contempla 5 milhões de acordos individuais informados (30 de abril de 2020)⁷.

Retomando a linha cronológica depois desse grande parênteses para tratar da mais significativa das medidas até aqui adotadas pelo Poder Executivo e o enfrentamento da discussão via controle abstrato de constitucionalidade pelo STF (sem falar no debate legislativo também necessário), no dia 2 de abril de 2020 publicou-se a Lei nº 13.982, que estabelece o acesso ao auxílio, no valor de R\$ 600,00, por três meses, em favor do trabalhador informal ou do microempreendedor individual respeitados alguns requisitos objetivos que habilitam ou não para o recebimento de tal benefício.

Nos dias seguintes, ainda foram editadas duas outras medidas provisórias, dias 3 e 4 de abril, respectivamente, nº 944 e nº 945:

[A] primeira estabeleceu o programa emergencial de suporte a empregos, abrindo linha de crédito às pessoas jurídicas para honrar com os pagamentos de salários de seus empregados e estabeleceu uma importante medida de proteção ao trabalhador: aquele que for beneficiário do crédito, não poderá rescindir o contrato de trabalho dos seus empregados sem justo motivo até o 60º dia após o recebimento da última parcela da linha de crédito. A segunda, traçou uma importante regulamentação durante o tempo de duração da pandemia, aos trabalhadores portuários, entendendo o legislador a importância de se regulamentar este setor da economia nacional que tem uma expressiva e abundante entrada e saída de pessoas e mercadorias⁸.

A partir desse cenário pelo qual elencamos as principais medidas legislativas adotadas pelo governo brasileiro para tentativa de enfrentamento dos impactos impostos pela pandemia da covid-19, os meses de março, abril e maio presenciaram um aumento considerável de dispensas (rescisões do contrato de trabalho), e segundo relatório do IBGE temos, no primeiro trimestre do ano, quase um milhão de pessoas a mais no quadro de desocupados, afetados diretamente pelos desdobramentos do período no cenário econômico⁹.

Outras tantas notícias e informação também apontam que uma série de negócios sucumbiram aos efeitos da crise já que quase a totalidade das empresas no Brasil (99%) são micro ou pequenas empresas que respondem por quase 60% do empregos formais gerados; logo, não são estruturas sólidas ou que contem com reservas suficientes para sobreviver a tamanha avalanche imposta sem qualquer tipo de aviso ou preparo¹⁰.

7. Disponível em: <<https://servicos.mte.gov.br/bem/>>. Acesso em 30 de abril de 2020.

8. Nahas, T. C.; Martinez, L.: *Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais*. Disponível em <http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/brasil_noticias_cielo_coronavirus-3.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2020.

9. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27821-de-semprego-atinge-12-6-no-trimestre-ate-abril-com-queda-recorde-na-ocupacao>>. Acesso em 1º de abril de 2020.

10. Disponível em <<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em 30 de maio de 2020.

3. CONCLUSÕES

As breves e inconclusivas linhas anteriores perfazem um voo panorâmico sobre o cenário normativo do Brasil no plano jus laboral, ao menos as principais tentativas intentadas, demonstrando, assim, que, de forma muito acanhada, o Estado brasileiro adotou modelos ou construiu cenários que tardaram ou se demonstram ineficientes para frear ou impedir os fluxos verificados de encerramento de negócios e atividades econômicas, além, também, o aumento do desemprego.

Ademais o Brasil convive com a complexa situação da mão de obra informal que representa praticamente 40% do total da população economicamente ativa, drasticamente impactada pela pandemia em suas diversas facetas (preparação física, serviços domésticos, trabalhadores em plataformas, salões de beleza ou estética, passeadores, pequenos comércios em geral, dentre outras), e o período previsto do auxílio emergencial já atingido também se mostrou insuficiente para permitir que essas pessoas fizessem frente às necessidades básicas sem ter que ir para as ruas, nos grandes centros em especial, em busca da subsistência, contribuindo para que os níveis de isolamento recomendáveis pelas autoridades de saúde jamais fossem alcançados.

As técnicas de ajuste individual previstas, em especial na Medida Provisória 936, possibilitaram, conforme números do próprio Ministério da Economia, a preservação de quase 10 milhões de empregos, o que representa 30% do total dos postos de trabalho formais no país, dado extremamente significativo que revela, de fato, que vivenciamos um momento de convergência¹¹ de interesses (empregador e empregado) na busca de algum caminho possível de manter o negócio funcionando e, assim, preservar, ao máximo, os empregados, ainda que sejam feitos ajustes ou adaptações para fazer frente ao cenário devastador imposto pela pandemia.

O país agora, ainda de forma desordenada, é verdade, se prepara para uma retomada progressiva das atividades (em especial nas capitais mais afetadas pelo contágio; São Paulo em especial) sem que tenha conseguido êxito nos mecanismos de enfrentamento efetivo da crise, no que se refere em especial a manutenção da renda, do emprego e das atividades produtivas, deixando muito a mercê da própria sorte os respectivos agentes (empregados e empresários).

Embora não seja uma realidade muito parecida com os países mais afetados pela doença, uma percepção de terra devastada e, pelo menos, dois anos completamente perdidos nessa perspectiva (econômica), o que difere o Brasil dos demais países é justamente como o necessário é visto para se possibilitar alguma retomada, o que ainda nos parece bastante obscuro e um pouco distante, já que ainda vivemos o aumento de

11. "Trata-se de mera conformação de interesses convergentes, por força (maior) de fato totalmente estranho à vontade das partes. Não há, nesse caso, barganha, mas medidas de exceção para estabilização do país. E a opção de resolução é estatal, no seu legítimo papel, para fins de enfrentamento comum da sociedade como um todo, e não apropriada para determinados contratos individuais". Aguiar, A. C.; Calvet, O. A.: *Negociação individual para redução de salário e jornada de trabalho*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>>. Acesso em 21 de abril de 2020.

peças infectadas e de mortes causadas pelas complicações da Covid-19, superando, diariamente, cerca de mil pessoas!¹².

Bibliografía

- Aguiar, A. C.; Calvet, O. A.: Negociação individual para redução de salário e jornada de *trabalho*, <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>.
- Nahas, T. C.; Martinez, L.: *Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais*, http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/brasil_noticias_cielo_coronavirus-3.pdf.
- Zavanella, F.; Maistro Junior, G.; Simonato, P. M.: *Primeiras linhas sobre a MP 936/2020 e o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda*, Foca, São Paulo, 2020.

12. Disponível em <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/01/casos-de-coronavirus-e-numero-de-mortes-no-brasil-em-1o-de-junho.ghtml>>. Acesso em 1º de junho de 2020.



La normativa di emergenza in Italia nell'ambito del diritto del lavoro e della sicurezza sociale

LABOR AND SOCIAL SECURITY EMERGENCY LEGISLATION IN ITALY

Ligia Ramia Munerati

Dottoressa di ricerca. Università di Roma Tor Vergata (Italia)

Avvocato presso il tribunale di Roma (Italia)

ligia.munerati@gmail.com  0000-0002-9296-1196

Recibido: 04.06.2020 | Aceptado: 10.06.2020

RIASSUNTO

Il presente scritto analizza alcune delle principali misure prese dal governo italiano nell'ambito dell'emergenza Covid-19, in particolare, quelle relative al smart working, al divieto dei licenziamenti e alla responsabilità del datore di lavoro in caso di contagi all'interno dell'azienda.

ABSTRACT

This paper analyses the some of the main measures that the Italian Government has being taking in order to reorganize labor work activities according to Covid-19 emergency legislation, in particular, remote work, dismissal prohibition and responsibility of the employer in case of contamination at the workplace.

PAROLE CHIAVE

Covid-19
Normativa di emergenza
Smart working
Telelavoro
Divieto licenziamenti
Responsabilità del datore di lavoro
Diritto del lavoro
Italia

KEYWORDS

Covid-19
Emergency legislation
Remote work
Dismissal prohibition
Employer responsibilities
Italian labor law
Italy

SOMMARIO

1. INTRODUZIONE: L'EMERGENZA COVID-19
2. LO *SMART WORKING* COME MODALITÀ PRIORITARIA PER LO SVOLGIMENTO DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO
3. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO: REGOLE ED ECCEZIONI
4. COVID.19 E SALUTE E SICUREZZA DEL LAVORO: LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO
5. CONCLUSIONI

1. INTRODUZIONE: L'EMERGENZA COVID-19

L'Italia è stato il primo paese europeo a dichiarare lo stato di emergenza dovuto alla diffusione del nuovo virus SARS-CoV-2 (COVID-19, coronavirus) nel proprio territorio, tale decisione è stata presa sulla scia della dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) del 30 gennaio 2020, in cui definiva la diffusione del Covid-19 come emergenza internazionale per la salute pubblica¹.

Il Consiglio dei ministri ha, quindi, deliberato lo stato di emergenza sanitaria (delibera del 31 gennaio 2020) per una durata di sei mesi². Presto l'emergenza sanitaria, che inizialmente sembrava limitata ad alcune regioni del nord, si è trasformata in una emergenza nazionale per poi essere dichiarata dalla stessa Oms come una vera e propria pandemia che avrà effetti negativi per un lungo periodo su tutti i settori produttivi in diversi paesi.

Improvvisamente i luoghi di lavoro, le scuole e le attività commerciali sono diventati un rischio per la propagazione del virus e per la prima volta nella storia repubblicana³ sono state adottate pesanti misure di restrizioni alla circolazione di lavoratori e cittadini⁴. Caratterizzate soprattutto dalla limitazione degli spostamenti individuali, improntate al principio del «distanziamento sociale» e dalla chiusura delle attività non essenziali, queste misure hanno richiesto l'adozione di provvedimenti straordinari nell'ambito del lavoro e della politica sociale.

1. Per un quadro sinottico dell'evoluzione della pandemia da SARS-CoV-2 v. sito del ministero della salute <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5338&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto> (ultimo accesso 15 maggio 2020).

2. In base al d.lgs. n. 1/2018 con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 1 febbraio 2020, veniva dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili in Italia, v. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg> (ultimo accesso 30 maggio 2020).

3. Come ricordato da Pallante, F.: "Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19", in Bonardi, O. (a cura di): *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, p. 19, "[m]ai, nella storia repubblicana, era stato necessario disporre misure giuridiche suscettibili di incidere tanto in profondità sull'organizzazione sociale e sulle abitudini personali dei cittadini, al punto da provocare un vero e proprio sconvolgimento della vita politica, economica e culturale del Paese".

4. Come noto, infatti, il decreto 9 marzo 2020 vieta ogni spostamento delle persone fisiche, salvo che per comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute, a queste misure si aggiungono le disposizioni in materia di igiene personale, le norme sulle distanze tra le persone e quelle sul divieto di assembramenti, che impongono al datore di lavoro l'adozione di misure idonee a prevenire il contagio.

Le pesanti decisioni sopracitate prese dal governo italiano (inizialmente isolato nel panorama Europeo e mondiale⁵) hanno subito trovato l'appoggio della comunità scientifica e dopo pochi giorni altri paesi europei fortemente colpiti dalla diffusione del SARS-CoV-2 sono stati costretti ad adottare misure simili⁶ e l'Unione Europea è stata chiamata ad attuare la sua funzione di sostegno ai paesi membri maggiormente colpiti.

Il susseguirsi di provvedimenti governativi quali i DPCM dell'8, 9, 11 marzo 2020 recanti nuove misure per il contenimento e il contrasto della diffusione del virus Covid-19 e del decreto-legge 17 marzo 2020, n.° 18 (cosiddetto Decreto Cura Italia, convertito con modifiche dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), nonché la pubblicazione del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (cosiddetto Decreto Rilancio, contenenti misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19)⁷, impone una riflessione sulle conseguenze che gli stessi hanno sui rapporti lavorativi in essere e sul proseguimento degli stessi.

Gli aspetti giuridici da analizzare sono molteplici, visto la complessità dell'attuale situazione giuridico-sociale. In questo scritto saranno analizzati alcuni dei principali provvedimenti attuati dal governo durante la pandemia, quali lo *smart working*, il divieto di licenziamento e la responsabilità del datore di lavoro in caso di contagi nel luogo di lavoro attuati dalla normativa di emergenza, in particolare, dal decreto-legge 17 marzo 2020, n.° 18, e dal decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, non essendo questa la sede per un'analisi dettagliata dei contenuti delle misure e delle regole precauzionali introdotte per il contrasto della diffusione del contagio pandemico, il che meriterebbe un intero trattato.

2. LO SMART WORKING COME MODALITÀ PRIORITARIA PER LO SVOLGIMENTO DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

Introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 22 maggio 2017, n.° 81 (articoli da 18 a 23), lo *smart working* (o lavoro agile) è la «modalità di esecuzione del rapporto di

5. All'inizio dell'emergenza molti paesi si domandavano sugli effetti che la chiusura delle attività non essenziali potesse avere sull'economia italiana questionando la correttezza di tali misure e le loro conseguenze nel lungo periodo per l'Italia e l'Unione Europea, in questo senso v. l'articolo di The Economist del 12 marzo 2020, disponibile sul sito <https://www.economist.com/international/2020/03/12/should-other-countries-copy-italys-nationwide-lockdown> (ultimo accesso il 28 maggio 2020).

6. Il 14 marzo 2020, la Spagna ha dichiarato lo stato di emergenza, decretando in questo modo l'imposizione della quarantena nazionale. La misura, entrata in vigore immediatamente ha avuto come principale obiettivo la riduzione del numero di contagi, v. <https://elpais.com/espana/2020-03-14/consulta-el-real-decreto-por-el-que-se-declara-el-estado-de-alarma-en-espana.html>. Lo stesso accade in Francia che il 23 marzo dichiara lo stato di emergenza attuando le prime misure per contenere i contagi del Covid-19 nel proprio territorio, v. <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A14013> (ultimo accesso il 28 maggio 2020).

7. I provvedimenti di emergenza attuati dal 1° febbraio sono molteplici e le loro fonti normative sono molto articolate, si indicano di seguito le principali: (i) decreti governativi con forza di legge, (la base di autorizzazione generale dell'intero processo di normazione emergenziale) (ii) decreti del presidente del consiglio dei ministri (iii) provvedimenti ministeriali, (iv) ordinanze della Protezione Civile, (v) normative Regionali e (vi) Protocolli di intesa e accordi collettivi con le parti sociali. Per un elenco aggiornato delle disposizioni del governo v. <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-ri-schi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/normativa-emergenza-coronavirus> (ultimo accesso il 31 maggio 2020).

lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici» (art. 18, comma 1). Non si tratta, quindi, di un vero e proprio contratto di lavoro, bensì di una modalità di esecuzione dei contratti di lavoro già previsti dal nostro ordinamento (tempo indeterminato, tempo determinato, part-time, etc.) che per via di un accordo tra datore di lavoro e lavoratore permette lo svolgimento della prestazione lavorativa, in tutto o solo in parte, all'esterno del "luogo di lavoro" con l'aiuto di strumenti tecnologici idonei⁸.

Tale strumento lavoristico è stato indicato nella normativa di emergenza Covid-19 come uno degli strumenti idonei a limitare gli inevitabili disagi creatosi in questo momento di allerta, in attuazione della politica del distanziamento sociale. In particolare, la disciplina emergenziale è contenuta nel decreto-legge n. 6 del 2020, convertito con legge n. 13 del 2020, e i relativi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo, dell'11 marzo 2020 e del 22 marzo 2020; nel il decreto-legge n. 18 del 2020 convertito con legge 27 del 2020; infine nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contratto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro⁹.

Dopo il DPCM 25.2.2020 che determinava una prima misura limitata alle imprese in Lombardia, Emilia Romagna, Piemonte, Liguria, Veneto e Friuli Venezia Giulia, il DPCM 1.3.2020, n. 52 che disponeva ulteriori disposizioni attuative al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ha ampliato a tutto il territorio nazionale la possibilità di attivare il lavoro agile con una procedura semplificata stabilendo che «la modalità di lavoro agile (...), può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza (...), dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti. Gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica» (art. 4) la normativa straordinaria prevede, pertanto, che tale modalità di lavoro possa essere determinata unilateralmente dal datore di lavoro, osservati i principi generali dettati dalle disposizioni di legge ordinaria, e dispone in via temporanea una semplificazione delle procedure gestionali e amministrative per attivare il lavoro agile¹⁰.

8. La dottrina relativa al *smart working* o lavoro agile in Italia è molto vasta, per un approfondimento sul tema v. Fiorillo, L. e Perulli, A.: *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018; Tiraboschi, M.: "Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del lavoro", *WP CSDL E Massimo D'Antona*, n° 335, 2017 e Massi, E.: "Il lavoro agile: problemi e prospettive", *Dottrina per il lavoro*, maggio 2017, pp. 4 e ss.

9. Per approfondire l'argomento relativo alla normativa di emergenza e lo smart working, nonché ad una riflessione sulla sua applicazione e risultati, si rinvia a Cappetta, R. e Del Conte, M.: "Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus", in *Enciclopedia Treccani*, il testo integrale è disponibile su: http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Cappetta_DelConte_Tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Lo_smart_working_ai_tempi_del_coronavirus.html (ultimo accesso il 27 maggio 2020).

10. La procedura semplificata è tutta telematica, come si vede dal sito appositamente creato dal governo <https://servizi.lavoro.gov.it/ModalitaSemplificataComunicazioneSmartWorking/> è stato facilitato l'inoltro delle comunicazioni di lavoro agile, snellendo effettivamente la burocrazia relativa all'attuazione della prestazione del lavoro da remoto sempre che compatibile con il tipo di prestazione.

Per quanto riguarda la sicurezza del lavoratore, restano fermi gli ulteriori adempimenti, rimangono gli obblighi del datore di lavoro di inviare telematicamente l'informativa sulla sicurezza secondo il modello predisposto dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) ed effettuare la comunicazione telematica obbligatoria al Ministero del Lavoro. Per agevolare tale obbligo il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha realizzato una procedura semplificata per il caricamento massivo delle comunicazioni di smart working, ai sensi del DPCM del 1° marzo 2020. Avvalendosi di questo modulo e, quindi, senza che sia necessaria la predisposizione di uno specifico documento aziendale, l'obiettivo del governo è facilitare l'implemento di tale modalità della prestazione di lavoro dal punto di vista tecnico e amministrativo, riducendo per i datori di lavoro gli oneri per l'adempimento di tale obbligo.

L'articolo 90 del decreto-legge 34 del 2020 ha ribadito che la suddetta modalità di svolgimento dell'attività lavorativa può essere applicata dai datori di lavoro privati a ogni rapporto di lavoro subordinato anche in assenza degli accordi individuali previsti dalla normativa vigente fino al 31 dicembre del 2020.

È importante osservare che quello attuato dal decreto-legge 18 del 2020 non è il lavoro agile come determinato dal d.l.s. 81 del 2017, poiché come precisato da ADAPT in collaborazione con l'Ufficio per l'Italia e San Marino dell'Organizzazione internazionale del lavoro "nonostante abbia raccomandato il ricorso al lavoro agile, il Governo italiano ha in realtà implicitamente promosso una forma classica di lavoro da casa, derogando sostanzialmente ad alcune delle caratteristiche di tale modalità di lavoro, a cominciare dalla necessaria alternanza tra la prestazione resa all'interno dei locali aziendali e quella resa in locali esterni all'azienda liberamente scelti dal lavoratore, che in questa fase è impraticabile per motivi di salute pubblica"¹¹.

La principale differenza tra telelavoro e *smart working* è, infatti, il fatto che la prestazione dell'attività lavorativa deve essere svolta senza la predisposizione di una postazione fissa, senza precisi vincoli di orario (tranne il rispetto della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale) o di luogo (in cui la prestazione deve essere svolta), requisito quest'ultimo che come sopra ricordato non poteva realizzarsi visto le disposizioni restrittive della circolazione.

Ai sensi del decreto-legge del 19 maggio 2020, n. 34, inoltre, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato, con almeno un figlio a carico minore di 14 anni, avranno diritto al lavoro agile a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche delle mansioni svolte e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito, nei casi di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa, o che non vi sia un genitore non lavoratore (art. 90).

La normativa di emergenza per quanto riguarda i lavoratori delle pubbliche amministrazioni indica lo *smart working* come modalità di lavoro da essere considerata

11. V. Scheda n.° 1 curata da ADAPT in collaborazione con l'Ufficio per l'Italia e San Marino dell'Organizzazione internazionale del lavoro, disponibile on-line sul sito: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/genericdocument/wcms_741776.pdf (ultimo accesso il 1° giugno 2020).

come ordinaria. È possibile lo svolgimento delle attività lavorative presso l'ufficio pubblico esclusivamente per le attività urgenti che richiedano necessariamente la presenza nel luogo di lavoro. Il decreto-legge 34 del 2020, nel suo articolo 263 rinnova tali misure disponendo che nel settore pubblico, fino al 31 dicembre 2020, il lavoro agile sarà la modalità ordinaria di svolgimento del lavoro, organizzando il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro.

Per quanto riguarda invece i lavoratori dipendenti disabili (art. 3, comma 3, della legge n.° 104/1992) o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità (art. 3, comma 3, della legge n. 104/1992), il decreto 18 del 2020 stabilisce un vero e proprio diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della mansioni svolte.

Viene, inoltre, riconosciuta ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa la priorità nell'assegnamento delle prestazioni lavorative in modalità agile. In pratica, per forza delle disposizioni di emergenza nel caso in cui per una singola posizione lavorativa che possa essere svolta in *smart working* vi siano più lavoratori interessati, questa deve necessariamente essere assegnata al lavoratore che a causa di una patologia ha una ridotta capacità lavorativa.

3. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO: REGOLE ED ECCEZIONI

Una tra le più importanti misure sotto il profilo giuslavoristico si trova all'art. 46 del decreto legge 18 del 2020¹², il quale preclude i datori di lavoro per i successivi 60 giorni, ad intraprendere procedure di licenziamento collettivo ai sensi della legge n.° 223/1991, nonché ad intimare licenziamenti individuali ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966 (giustificato motivo oggettivo)¹³, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto stesso, termine questo prorogato successivamente decreto-legge 34 del 2020 a 5 mesi, sia per i licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia per quelli collettivi nonché la sospensione delle procedure in corso (art. 80).

Con riferimento alle procedure di licenziamento collettivo viene, inoltre, determinata la sospensione di tutte le procedure iniziate dopo il 23 febbraio 2020, fino alla scadenza del termine di 5 mesi (come stabilito nel decreto-legge 34 del 2020).

In sintesi, il decreto-legge 18 del 2020 determina che a partire dalla sua entrata in vigore e per i successivi 60 giorni, termine questo successivamente prorogato a 5 mesi dal decreto-legge 34 del 2020, che il datore di lavoro non possa avviare nuove procedure di licenziamento collettivo e sospende quelle pendenti e avviate dopo il 23 febbraio 2020, e che a prescindere dal numero dei dipendenti in forza, non possa effettuare alcun licenziamento per giustificato motivo oggettivo fino al 17 agosto 2020.

12. La rubrica fuorviante dell'articolo 46 che menziona la sospensione dei ha generato non poche perplessità nonostante la rubrica dell'articolo sia "la sospensione delle procedure di impugnazione" l'articolo sospende tutti i licenziamenti di natura oggettiva e non il mero termine di impugnazioni degli stessi.

13. Per approfondire il tema del licenziamento collettivo e del licenziamento per giustificato motivo oggettivo in Italia si rinvia a Persiani, M. (a cura di): "Commentario della legge 23 luglio 1991", *Le nuove leggi civili commentate*, 1994 e Perulli, A. (a cura di): *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017.

Di particolare interesse appare l'applicabilità o meno dell'art. 46 del D.L. n. 18/2020 anche al licenziamento del dirigente. La dottrina e la giurisprudenza in Italia dividono i dirigenti in due tipi dirigenti "apicali" e dirigenti "non apicali", o "pseudo-dirigenti", mentre i primi hanno un vero e proprio potere decisionale la seconda categoria è priva di poteri decisionali-organizzativi¹⁴ e, pertanto, sono destinatari per consolidata giurisprudenza¹⁵ delle tutele della L. n. 604/1966.

La normativa di emergenza lascia intendere, pertanto, che la protezione dell'articolo 46 del decreto-legge n.° 18 del 2020 è valida soltanto nei confronti dei dirigenti non apicali, in quanto i dirigenti apicali potrebbero essere licenziati secondo la nozione di giustificatezza e ciò in quanto godono delle tutele contrattuali, ma non di quelle della L. n. 604/1966, espressamente richiamata nell'articolo 46 del decreto 18 del 2020¹⁶.

Riguardo agli effetti prodotti in caso di non osservanza della norma il divieto di licenziamento di cui all'art. 46 del decreto-legge. n. 18 del 2020 deve essere inteso come una ipotesi di nullità del licenziamento prevista dalla legge (art. 1418, commi 1 o 3 c.c. e non per frode alla legge ai sensi degli artt. 1343 e 1418, comma 2 c.c.) o nella fattispecie del licenziamento intimato per un motivo illecito (ex art. 1345 c.c.).

Si risalta, inoltre, che i licenziamenti di carattere disciplinare sia per giustificato motivo soggettivo che per giusta causa restano fuori dall'ambito della sospensione dei licenziamenti previsto dall'articolo ora analizzato. Si ritengono esclusi dal divieto anche il licenziamento per superamento del periodo di comporta, in quanto escluso dal legislatore (articolo 7, comma 7, della legge n. 604/1966) e il licenziamento dell'ex socio di una cooperativa di produzione e lavoro (qualora vi sia stata una previa risoluzione dal rapporto associativo).

Devono ritenersi fuori dalla portata dell'articolo 46 anche i rapporti di lavoro per i quali la legge permette la risoluzione *ad nutum*: durante o alla fine del periodo di prova, licenziamento per raggiungimento del limite massimo di età per la fruizione della pensione di vecchiaia, il licenziamento del lavoratore domestico.

La normativa di emergenza Covid-19, infine, non dispone nessuna sospensione, per quanto riguarda le risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro o quelle dimissioni che dipendono da un comportamento irregolare del datore di lavoro (giusta causa del lavoratore) come, ad esempio, il reiterato mancato pagamento della retribuzione.

Eventuali licenziamenti effettuati durante il periodo del divieto, ovvero fino al 17 agosto 2020, saranno nulli dovendo applicarsi il disposto all'art. 18, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori (licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.) o

14. Per quanto riguarda la distinzione tra dirigente apicale e pseudo-dirigente v. Zoppoli, A.: *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 543.

15. V. per tutte Cass. sez. un. 30 marzo 2007, n. 7880.

16. In questo senso anche Bacchini, F.: *Il "pasticciaccio" del licenziamento da Covid-19*, Ipsoa, Milano, 2020, disponibile online su <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/rapporto-di-lavoro/quotidiano/2020/04/04/pasticciaccio-licenziamento-covid-19> (ultimo accesso il 1° giugno 2020).

l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 (licenziamento riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge), prevede la reintegrazione nel posto di lavoro oltre all'indennità risarcitoria piena, a prescindere dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro¹⁷.

Infine, il decreto-legge 34 del 2020 crea l'Osservatorio nazionale del lavoro, con lo scopo di programmare adeguate strategie occupazionali in conseguenza degli effetti dell'emergenza epidemiologica sul mercato del lavoro (art. 99).

4. COVID.19 E SALUTE E SICUREZZA DEL LAVORO: LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO

Uno dei temi più discussi riguardo la normativa di emergenza sono gli aspetti legati alla responsabilità del datore di lavoro in caso di contagi dentro l'azienda e alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

La qualificazione per legge del Covid-19 come infortunio sul lavoro¹⁸, come determinato dall'articolo 42, comma 2, del decreto-legge 18 del 2020, occorre qualora sia accertata la contrazione della malattia in occasione di lavoro. Le prestazioni infortunistiche sono inoltre estese al periodo di quarantena o di permanenza domiciliare, in quanto risulti astensione dal lavoro e presumibilmente verranno erogate anche in relazione ai postumi dell'infezione (ed anche in decesso), attraverso una valutazione del grado percentuale di inabilità ai fini del calcolo delle prestazioni permanenti¹⁹.

Per quanto riguarda la qualificazione come malattia professionale l'INAIL stesso ha precisato, fin dalla sua circolare n. 74/1995, che le malattie virali (come il Covid-19) conseguono ad una causa violenta –l'infezione appunto– e, pertanto, vanno qualificate come infortunio e non come malattia professionale.

Da tale qualificazione ne deriva una potenziale responsabilità del datore di lavoro (anche di rilevanza penale per i reati di lesioni colpose o, nei casi estremi, per quello di omicidio colposo), per l'ipotesi in cui i suoi dipendenti risultino effettivamente essere stati contagiati in ambito lavorativo. Sarà valutato, quindi, se l'azienda ha preso tutti i provvedimenti necessari per evitare la contaminazione dei suoi dipendenti (come la mancata formazione ed adeguamento del documento di valutazione del rischio o la mancata consegna dei dispositivi di protezione individuali), tale analisi sarà fatta ai sensi dell'art. 2087 del codice civile e del Testo Unico in materia di salute e sicurezza (decreto legislativo n. 81/2008), disciplina di riferimento della prevenzione contro i rischi per la salute e sicurezza del lavoratore.

17. In questo anche senso v. Iervolino, P.: "Sospensione (*rectius* nullità) dei licenziamenti economici per il Covid-19 e dubbi di legittimità economici", *GiustiziaCivile.com*, articolo del 24 aprile 2020 e Bacchini, F.: *Il "pasticciaccio" del licenziamento da Covid-19*, op. cit

18. Sulla qualificazione del Covid-19 come infortunio sul lavoro e le precisazioni del governo v. l'articolo di Il Sole 24 Ore: https://www.ilssole24ore.com/art/l-inail-esclude-responsabilita-impres-casi-infezione-covid-19-ADAE1sR?refresh_ce=1.

19. V. Sandulli, P.; Pandolfo, A. e Faioli, M.: "Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito", *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n° 420, 2020.

La responsabilità che l'art. 2087 cod. civ. pone a carico del datore di lavoro verso i propri dipendenti ha natura contrattuale e ciò determina una inversione parziale dell'onere della prova, in questo modo se il lavoratore dimostra che l'evento lesivo è da ricondursi all'occasione di lavoro (comprovando il nesso causale tra la malattia e il posto di lavoro), toccherà al datore di lavoro l'onere di dimostrare di aver fatto tutto quanto ragionevolmente possibile per evitare il verificarsi del danno²⁰.

La circolare n. 13/2020 dell'Inail chiarisce in merito che in linea generale: "Nell'attuale situazione pandemica, l'ambito della tutela riguarda innanzitutto gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus. A una condizione di elevato rischio di contagio possono essere ricondotte anche altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc."²¹.

Orbene, esclusi i casi di presunzione semplice di origine professionale, dovuto alla virulenza della malattia, sarebbe quasi impossibile escludere cause di contagio come la vicinanza ad altre persone positive nei luoghi di aggregazione come supermercati, mezzi pubblici, nell'ambito familiare o ancora che il lavoratore non abbia sempre e con rigore osservato le precauzioni imposte quali l'uso della mascherina o dei guanti forniti dall'azienda durante lo svolgimento delle sue attività.

Al datore di lavoro, quindi, potrebbe essere sufficiente dimostrare di aver adottato tutti i presidi indicati dalla legge per escludere in capo a sé ogni responsabilità. Nel caso particolare del Covid-19, l'adempimento datoriale agli obblighi posti a suo carico dall'art. 2087 cod. civ. è certamente data dalla scrupolosa osservanza della recente normativa emergenziale, di cui all'articolo 2, comma 6, del DPCM 26 aprile 2020, che impone alle imprese le cui attività non sono state sospese di rispettare "i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali"²².

Per quanto riguarda la messa in sicurezza del luogo di lavoro, il governo e le parti sociali hanno sottoscritto il 14 marzo 2020 il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro", in attuazione della misura, contenuta all'articolo 1, comma primo, numero 9), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020,

20. In questo senso anche Moretti, M. e Racchi, L.: *Responsabilità del datore di lavoro da Covid-19 alla prova del doppio nesso causale*, 2020 disponibile in <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/sicurezza-del-lavoro/quotidiano/2020/05/14/responsabilita-datore-lavoro-covid-19-prova-doppio-nesso-causale>.

21. V. Circolare INAIL 13/2020 disponibile online sul sito: <https://www.inail.it/cs/internet/docs/circolare-13-del-3-aprile-2020-testo.pdf> (ultimo accesso 28 maggio 2020).

22. Moretti, M. e Racchi, L.: *Responsabilità del datore di lavoro da Covid-19 alla prova del doppio nesso causale*, op. cit.

che raccomanda intese tra organizzazioni riguardo alle attività professionali e alle attività produttive.

Il Protocollo del 14 marzo, infatti, autorizza espressamente i datori di lavoro a fare ricorso agli ammortizzatori sociali, con la conseguente riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per realizzare i necessari interventi per rendere sanificati e sicuri i luoghi aziendali. Nell'intuito di favorire il contrasto e il contenimento della diffusione del virus, inoltre, le aziende potranno ricorrere al lavoro agile e agli ammortizzatori sociali, nonché a soluzioni organizzative straordinarie. In più, per assicurare la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative, i datori di lavoro potranno avvalersi anche della riduzione o la sospensione temporanea delle attività.

Il Protocollo prevede ancora ulteriori misure per la messa in sicurezza dei locali di lavoro come l'obbligo di informazioni ai lavoratori relative alle norme anti-contagio, di determinare orari di ingresso scaglionati nell'azienda, nonché della gestione dei lavoratori sintomatici^{23 24}.

5. CONCLUSIONI

La normativa di emergenza Covid-19 è per la sua stessa natura temporanea e fino a un eventuale nuovo decreto-legge che prolunghi lo stato di emergenza è destinata ad esaurirsi entro il 31 luglio (fatte salve le norme che indicano un termine superiore per dispiegare i suoi effetti), dopodiché si tornerà, almeno giuridicamente, alla normalità con l'applicazione della legislazione ordinaria, tuttavia, gli effetti della normativa di emergenza perdureranno ancora per un lungo periodo sia amministrativamente, per quanto riguarda ad esempio la normativa INAIL e i pagamenti ai lavoratori che hanno avuto danni permanenti dovuto all'infezione da Covid-19, sia nei tribunali per le questioni sorte in questo momento storico, nonché nella società per lo sconvolgimento delle abitudini e dei rapporti interpersonali.

Con l'attuazione della politica di distanziamento sociale vi è stata l'inedita necessità di cambiamento organizzativo massivo all'interno delle aziende nel quale il lavoro agile, o meglio il telelavoro²⁵ è passato per milioni di lavoratori da una modalità residuale dello svolgimento della prestazione lavorativa a quella ordinaria.

È, infatti, evidente che in questo periodo nonostante il massivo utilizzo del telelavoro non è possibile misurare la sua funzionalità e il suo impatto nella produttività dei lavoratori, poiché attuato come sostegno alla politica del contenimento del contagio, i lavoratori mentre svolgevano le proprie attività lavorative hanno dovuto improvvisarsi

23. Per un elenco di tutte le misure previste dal Protocollo del 14 marzo 2020 si rinvia al sito governativo: <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5383&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto> (ultimo accesso 31 maggio 2020).

24. V. Scheda n.° 2 curata da ADAPT in collaborazione con l'Ufficio per l'Italia e San Marino dell'Organizzazione internazionale del lavoro, disponibile on-line sul sito: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/genericdocument/wcms_741776.pdf (ultimo accesso il 1° giugno 2020).

25. Poiché, come sopra descritto le modalità per l'attuazione del lavoro agile durante la pandemia erano completamente irrealizzabili a causa delle restrizioni alla libertà di circolazione.

insegnati, *baby-sitter*, badanti, colf (ecc.), in una casa affollata, essendo indubbio che questa non è la condizione ideale per lo svolgimento di qualsiasi tipo di lavoro.

In Italia da pochi giorni²⁶ è iniziata la cosiddetta "fase due" in cui si ripristinano con cautela i servizi, in particolare quelli alle famiglie e agli anziani. In questo nuovo scenario lo svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità di lavoro agile, il divieto dei licenziamenti per motivo oggettivo, nonché la responsabilità del datore di lavoro nel garantire un ambiente di lavoro sano saranno messi indiscutibilmente alla prova, dovendo la giurisprudenza e il legislatore sgarbugliare questo complesso intreccio che vi sarà tra norme ordinarie ed emergenziali.

Bibliografía

- Ligia Ramia Munerati: *La normativa di emergenza in Italia nell'ambito del diritto del lavoro e della sicurezza sociale*
- Bacchini, F.: *Il "pasticciaccio" del licenziamento da Covid-19*, Ipsoa, Milano, 2020, <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/rapporto-di-lavoro/quotidiano/2020/04/04/pasticciaccio-licenziamento-covid-19>.
- Cappetta, R. e Del Conte, M.: "Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus", in *Enciclopedia Treccani*, http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Cappetta_DelConte_Tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Lo_smart_working_ai_tempi_del_coronavirus.html.
- Fiorillo, L. e Perulli, A.: *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018.
- Iervolino, P.: "Sospensione (*rectius* nullità) dei licenziamenti economici per il Covid-19 e dubbi di legittimità economici", *GiustiziaCivile.com*, articolo del 24 aprile 2020.
- Massi, E.: "Il lavoro agile: problemi e prospettive", *Dottrina per il lavoro*, maggio 2017.
- Moretti, M. e Racchi, L.: *Responsabilità del datore di lavoro da Covid-19 alla prova del doppio nesso causale*, 2020, <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/sicurezza-del-lavoro/quotidiano/2020/05/14/responsabilita-datore-lavoro-covid-19-prova-doppio-nesso-causale>.
- Pallante, F.: "Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19", in Bonardi, O. (a cura di): *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020.
- Persiani, M. (a cura di): "*Commentario della legge 23 luglio 1991*", *Le nuove leggi civili commentate*, 1994 e Perulli, A. (a cura di): *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017.
- Tiraboschi, M.: "Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del lavoro", *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n° 335, 2017.
- V. Sandulli, P.; Pandolfo, A. e Faioli, M.: "Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito", *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n° 420, 2020.
- Zoppoli, A.: *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2011.

26. La cosiddetta "fase 2" è iniziata con la pubblicazione del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 e del D.P 17 maggio 2020.



O impacto do COVID-19 no Direito português de Segurança Social

THE IMPACT OF COVID-19 ON PORTUGUESE SOCIAL SECURITY LAW

Mário Silveiro de Barros

Professor Auxiliar Convidado

ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa (Portugal)

mario_barros@iscte-iul.pt 0000-0002-5526-1553

Recibido: 15.05.2020 | Aceptado: 04.06.2020

RESUMO

A doença de COVID-19, declarada como uma pandemia, provocou um *tsunami* a nível mundial afetando todos os Estados, incluindo Portugal, o que levou à declaração de estado de emergência e consequente encerramento de grande parte da economia neste País. O impacto legislativo de tal pandemia foi enorme, sendo que, no âmbito da legislação de segurança social portuguesa, tendo por referência a data da conclusão deste trabalho (8 de maio de 2020), a resposta jurídica produziu-se, essencialmente, através de duas leis para proteção dos trabalhadores. A primeira dessas leis aprovou medidas de excepcionais e temporárias de proteção da contingência da incapacidade temporária de origem comum, e ainda, de proteção da família. A segunda grande resposta jurídica de segurança social aos efeitos da pandemia, deu-se pela aprovação de uma lei que concedeu apoios aos empregadores, para proteção do emprego, designadamente, para manutenção dos postos de trabalho. A produção normativa de segurança social foi extensa, no entanto, caracterizou-se pela adoção de algumas soluções incoerentes, do ponto de vista do sistema de segurança social, esquecendo alguns grupos de trabalhadores, mas também a proteção dos dependentes, que permanecem parcialmente esquecidos no sistema de segurança social português.

ABSTRACT

The COVID-19 disease, declared as a pandemic, has caused a worldwide *tsunami* affecting all States, including Portugal, which led to the declaration of a state of emergency and the consequent closing of a big part of the economy in this Country. The legislative impact of such pandemic was massive and within the scope of the Portuguese social security legislation, having as reference the date of the conclusion of this work (May 8, 2020), the legal response was produced, essentially, through two statutes on the protection of workers. The first of these statutes, approved the exceptional and temporary measures on protection of the contingency of the temporary incapacity of common origin, and also, on family protection.

PALAVRAS CHAVE

Coronavírus
Incapacidade temporária
Proteção emprego
Segurança social
Portugal

KEYWORDS

Coronavirus
Temporary incapacity
Employment protection
Social security
Portugal

The second major legal response to the effects of the pandemic regarding social security, was the approval of a law that granted social support to the employers in order to protect employment, namely, to maintain jobs. The production of social security laws was extensive, however, it was characterized by the adoption of some incoherent solutions from the perspective of the social security system, leaving behind some groups of employees, but also the protection of dependents who remain partially forgotten in the Portuguese social security system.

SUMÁRIO

1. AS FONTES NORMATIVAS PARA RESPOSTA AO COVID-19
2. O IMPACTO NA PROTEÇÃO DA INCAPACIDADE TEMPORÁRIA
3. O IMPACTO NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA
4. O IMPACTO NA PROTEÇÃO DO EMPREGO

1. AS FONTES NORMATIVAS PARA RESPOSTA AO COVID-19

1. No passado dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde declarou a doença de COVID-19 como uma pandemia, depois de em 30 de janeiro ter considerado tal situação como uma emergência de saúde pública. A propagação dessa doença veio a constituir uma calamidade pública, ou antes, um *tsunami* que correu o mundo, de Leste a Oeste, afetando todos os Estados. Portugal não foi exceção, tendo sido atingido por esta onda gigante que obrigou à declaração de estado de emergência pelo Presidente da República em 18 de março¹, com o consequente encerramento da economia e obrigação de confinamento dos cidadãos nas suas residências. Esta situação foi totalmente inédita e obrigou a olhar para o sistema de segurança social português e a perguntar, se o mesmo estava preparado para situações semelhantes às vivenciadas e se dava uma resposta efetiva às situações de necessidade dos trabalhadores. Para compreendermos o impacto normativo de tal pandemia, é incontornável conhecer as normas estruturadoras do sistema de segurança social, iniciando-se pela vigente Constituição Portuguesa de 1976, que contém uma previsão a reconhecer a obrigação do Estado de responder às situações de necessidade dos seus cidadãos, estabelecendo-se que “o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade de trabalho”².

1. A declaração do estado de emergência foi declarada em Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, que pode ser consultada, assim como toda a legislação portuguesa em www.dre.pt; o referido estado de emergência veio a ser renovado mais duas vezes e foi regulamentado pelo Governo, inicialmente pelo Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março.

2. Artigo 63.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976; sobre esta norma constitucional, veja-se Miranda, J. e Medeiros R.: *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 631 e ss.; e Gomes Canotilho, J.J. e Moreira, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I*, 4.ª ed revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 811 e ss.

O desenvolvimento desta norma constitucional foi realizado pela Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que aprova as “bases gerais do sistema de segurança social”, que podemos considerar genericamente equivalente à espanhola Ley General de Seguridad Social de 2015. Ao abrigo dessa norma, que tem constitucionalmente “valor reforçado”³, o sistema de segurança social está estruturado no que podemos chamar três pilares, que a referida lei denomina de “sistemas”, afirmando-se que “o sistema de segurança social abrange o sistema de proteção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar”⁴, que correspondem, respetivamente e em termos genéricos, a um primeiro pilar não contributivo ou assistencialista, a um segundo pilar contributivo e a um terceiro pilar de natureza complementar ou facultativa. Por essa razão, a proteção social dos trabalhadores numa situação de pandemia como a que vivemos, teria de ser feita pela proteção conferida pelo sistema previdencial, que protege as contingências, ou na terminologia portuguesa, as “eventualidades” doença, parentalidade, desemprego, acidentes de trabalho e doenças profissionais, invalidez, velhice e morte⁵, ou por outras medidas transitórias aprovadas para resposta às contingências criadas por esta infeção epidemiológica.

2. Com a declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, o legislador de Segurança Social iniciou dois dias depois, todo um processo de publicação sucessiva de leis, que regulavam as medidas para mitigar o impacto de tal pandemia. Podemos dividir essa produção legislativa realizada pelo legislador de segurança social, entre 13 de março e 08 de maio de 2020 (data em que concluímos este trabalho), ou seja, em pouco menos de dois meses, em três momentos ou fases. Um primeiro momento, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que aprovou “medidas excepcionais e temporárias de resposta à epidemia SARS-CoV-2”, para a “prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por COVID-19, bem como a reposição da normalidade em sequência da mesma”⁶, que veio a ser ratificado pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, considerando que a competência legislativa de muitas das matérias ali reguladas era da Assembleia da República⁷. Trata-se de um diploma relativamente extenso, com trinta e sete artigos, dividido em onze capítulos, que regula matérias tão diversas como temas de contratação pública, suspensão de atividades letivas, limitação de acesso a espaços públicos, atos e diligências processuais e procedimentais, no qual apenas três capítulos são dedicados a temas de segurança social. O

3. Veja-se o artigo 112.º n.º 3 da Constituição da República, com a epígrafe “atos normativos”, segundo o qual “têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas”.

4. Artigo 23.º da Lei n.º 4/2007; sobre esta Lei de Bases do Sistema de Segurança Social e a referida composição do sistema de segurança social, veja-se Conceição, A.: *Legislação da Segurança Social*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 45; e ainda, embora com a natureza de manual prático, *Segurança social*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 80.

5. Cfr. artigo 52.º da Lei n.º 4/2007.

6. Artigo 1.º n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o qual foi aprovado na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-A/2020, que aprovou em termos genéricos, dividido por cada Ministério, “um conjunto de medidas destinadas aos cidadãos, às empresas, às entidades públicas e privadas e aos profissionais relativas à infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e à doença de COVID-19”.

7. Cfr. artigo 161.º e 165.º da Constituição da República Portuguesa.

mais relevante desses três capítulos, é o Capítulo VIII, intitulado “medidas de proteção social na doença e na parentalidade”, no qual se regularam as medidas excepcionais para proteção na incapacidade temporária (cfr. *infra*, II) e para proteção da família (cfr. *infra*, III)⁸. Refira-se que este Decreto-Lei n.º 10-A/2020, até à presente data, sofreu já nove alterações, com sucessivas modificações e aditamentos ao seu texto. O segundo momento de impacto legislativo, deu-se com a regulamentação dos apoios concedidos aos empresários e empregadores, para proteção do emprego, com a aprovação inicial da Portaria n.º 71-A/2020, de 15 de março⁹, que veio a ser revogada cerca de 10 dias depois, pelo Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, que a substituiu, aprovando “medidas excepcionais e temporárias, definindo e regulamentando os termos e condições de atribuição de apoios destinados aos trabalhadores e às empresas afetados pela pandemia de COVID-19, tendo em vista a manutenção dos postos de trabalho e mitigação de situações de crise empresarial” (cfr. *infra*, IV), o qual só foi regulamentado quase um mês depois¹⁰. O terceiro momento de impacto legislativo deu-se só muito recentemente, através da aprovação do Decreto-Lei n.º 20-C/2020, de 7 de maio, no qual, pela primeira vez nesta fase pandémica, o legislador de segurança social, entre outras medidas, veio proceder a alterações temporárias em prestações de natureza não contributiva ou assistencial, designadamente, nos denominados “subsídio social de desemprego” e “rendimento social de inserção”.

3. O impacto normativo da propagação da doença de COVID-19 teve reflexos também em temas transversais ao sistema de proteção, designadamente nos aspetos contributivos e procedimentais de segurança social. Com efeito, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 10-F/2020, de 26 de março, que a par de outras medidas de natureza fiscal, no Capítulo III intitulado “contribuições sociais”, aprovou um “regime de pagamento diferido das contribuições devidas pelas entidades empregadoras e pelos trabalhadores independentes”¹¹. Prevê-se nessa norma que as entidades empregadoras que cumpram certas condições, beneficiavam do direito a que “as contribuições da responsabilidade da entidade empregadora, devidas nos meses de março, abril e maio de 2020”, fossem pagas de forma faseada e prorrogada no tempo, designadamente “um terço do valor das contribuições é pago no mês em que é devido” e “o montante dos restantes dois terços é pago em prestações iguais e sucessivas nos meses de julho, agosto e setembro de 2020 ou nos meses de julho a dezembro, sem juros”¹². Esse mesmo Decreto-Lei n.º 10-F/2020, veio ainda a regular regras transitórias sobre

8. Os restantes dois capítulos são o Capítulo IX, com a epígrafe “medidas de apoio aos trabalhadores independentes”, no qual se regulou os apoios aos trabalhadores independentes ou prestadores de serviços, e ainda, o Capítulo XI, intitulado “disposições complementares e finais”, com previsões sobre o financiamento das medidas transitórias (cfr. artigo 33.º) e responsabilidade emergente do pagamento indevido de prestações de segurança social (cfr. artigo 34.º).

9. Esta Portaria n.º 71-A/2020, de 15 de março, definia e regulamentava “os termos e as condições de atribuição dos apoios imediatos de carácter extraordinário, temporário e transitório, destinadas aos trabalhadores e empregadores afetados pelo surto do vírus COVID-19, tendo em vista a manutenção dos postos de trabalho e mitigar situações de crise empresarial”.

10. Cfr. Portaria n.º 94-A/2020, de 16 de abril.

11. Artigo 1.º alínea a); veja-se ainda artigos 3.º a 5.º e 9.º do Decreto-Lei 10-F/2020.

12. Artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 10-F/2020, sendo que as condições para acesso a tal deferimento encontram-se previstas no artigo 3.º do mesmo Decreto-Lei.

a duração de prestações de segurança social e regras transitórias procedimentais de segurança social. Com efeito, estabeleceu-se nessa norma a “prorrogação extraordinária das prestações de desemprego e de todas as prestações do sistema de segurança social que garantam mínimos de subsistência cujo período de concessão ou prazo de renovação termine antes de 30 de junho de 2020, bem como a suspensão das reavaliações das condições de manutenção das prestações do sistema de segurança social”¹³. Ou seja, através desse diploma regulou-se a prorrogação de todas as prestações de natureza temporária que terminassem durante este período que se presumia vir a ser de confinamento, como seriam o caso das prestações de desemprego ou de incapacidade temporária, suspendendo-se igualmente todos os procedimentos de reavaliação legalmente devidos até finais de junho de 2020. Esta decisão de prorrogação era necessária, visto que desde 13 de março encontravam-se suspensos os prazos administrativos que corram a favor dos particulares¹⁴, como é o caso dos prazos procedimentais para a prática de quaisquer atos pelos beneficiários de prestações de segurança social.

4. Para entender o impacto legislativo da pandemia de COVID-19, em Portugal, é importante ter em conta que o sistema normativo de segurança social português é regulado por inúmeros diplomas legislativos de segurança social que regulam o sistema de proteção de cada contingência, na sua vertente contributiva e não contributiva. Como referido, a propagação do vírus de SARS-CoV-2 constituiu um verdadeiro *tsunami* que correu todo o mundo, mas o impacto legislativo em matéria laboral e de segurança social, em Portugal, se nos é permitido, foi equivalente a uma onda gigante que impedia o intérprete de respirar à tona da água. Com efeito, desde 13 de março e até à data em que concluímos este trabalho (08/05/2020), foram aprovados cerca de vinte e três diplomas normativos com impacto direto ou indireto em matérias laborais e de segurança social, procedendo-se a uma aprovação massiva de normas que criavam regimes excecionais de proteção, mas também que alteravam, aditavam, retificavam e revogavam normas extraordinárias e transitórias. Por outro lado, essa sucessiva produção legislativa era feita de forma assistemática, pois o legislador, ao invés de aprovar diplomas de segurança social em sentido estrito, que alterassem transitoriamente normas vigentes de proteção social, procedeu à inserção de tais normas em diplomas que tinham por objeto, temas tão diversos como o direito fiscal, o direito administrativo, o direito da contratação pública, e o direito processual. As alterações produzidas não terão sido precedidas de qualquer estudo, como resulta do facto dos preâmbulos de tais diplomas não fazerem referência a estudos ou relatórios que tenham fundamentado as opções tomadas pelo legislador – como por vezes sucede em normas de segurança social –, não justificando a falta de estudo e preparação das alterações, pelo facto de estarmos perante uma situação epidemiológica nova na sociedade moderna, pois cabe recordar que retroagia a 30 de janeiro de 2020 a declaração de emergência internacional feita pela Organização Mundial

13. Artigo 1.º alínea e), e ainda, artigo 6.º do Decreto-Lei 10-F/2020.

14. Cfr. artigo 7.º n.º 9, alínea d) da Lei n.º 1-A/2020, na redação da Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril.

de Saúde, pelo que, pelo menos desde essa data, justificava-se a preparação de planos de contingência legislativa para o eventual impacto de tal epidemia¹⁵. Por fim, na compatibilidade entre a proteção conferida pelo sistema previdencial de proteção contributiva e as medidas criadas extraordinariamente para resposta ao COVID-19, o legislador de segurança social criou uma desarmonia e não complementaridade entre os regimes de proteção, como passaremos a demonstrar neste trabalho.

2. O IMPACTO NA PROTEÇÃO DA INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

5. O impacto mais evidente da epidemia de COVID-19, nas contingências protegidas pela Segurança Social, verifica-se na incapacidade temporária e a necessidade de proteção daqueles trabalhadores impossibilitados de trabalhar, por estarem infetados. A proteção social dessa contingência foi das primeiras preocupações do legislador de segurança social, que no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sob a epígrafe “subsídio de doença”, procedeu a uma pequena modificação do regime de proteção na “doença”, que corresponde na terminologia do direito português da segurança social à contingência de incapacidade temporária de origem comum. Nos termos expressos nessa norma “nas situações de doença dos trabalhadores por conta de outrem [...] do regime geral de segurança social com doença causada pelo referido COVID-19, a atribuição do subsídio de doença não está sujeita a período de espera”¹⁶. Há que ter em consideração que a proteção da incapacidade temporária de origem comum, no sistema previdencial, é protegida pelo Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, “mediante a atribuição de prestações destinadas a compensar a perda de remuneração presumida, em consequência de incapacidade temporária para o trabalho”, sendo que essa norma considera doença “toda a situação mórbida evolutiva, não decorrente de causa profissional [...] que determine incapacidade para o trabalho”¹⁷, na qual se subsume a epidemia em apreço. A proteção da incapacidade temporária é conferida aos trabalhadores que à data do início dessa incapacidade temporária para o trabalho, reúnam as respetivas condições de atribuição, que correspondem a três requisitos ou condições: 1) o cumprimento de um prazo de garantia, ou prazo de carência, que é de “seis meses civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações”¹⁸; 2) a verificação

15. Destacando os estudos feitos pelo legislador de segurança social Alemão, na adaptação desse ordenamento à pandemia, veja-se Martínez Girón, J. e Arufe Varela, A.: “El impacto de la pandemia del Coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, abril, 2020, pp. 517 e ss.

16. Artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020; estabelecendo-se no Capítulo XI desse decreto-lei, com a epígrafe «disposições complementares e finais», que tal norma produzia efeitos retroativos, designadamente, no artigo 36.º, que tal diploma entrava em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, e no artigo 37.º que previa a respetiva «produção de efeitos», que o disposto no capítulo VIII, no qual se inclui o referido artigo 20.º, produz efeitos desde 3 de março de 2020.

17. Artigo 1.º, n.º 2 e artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 28/2004; sobre a proteção social na doença, em Portugal, embora numa perspetiva laboralista, veja-se Gomes, J.: “Algumas reflexões sobre as faltas justificadas por doença (não profissional) do trabalhador”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 717 e ss.; Mendes Baptista, A.: “As faltas ao trabalho por motivo de doença (não profissional) do trabalhador”, em *Separata do VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 47 e ss.

18. Artigo 9.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/2004.

do índice de profissionalidade exigindo-se “12 dias com registo de remunerações por trabalho efetivamente prestado no decurso dos quatro meses imediatamente anteriores ao mês que antecede o da data do início da incapacidade”¹⁹; e 3) a certificação da incapacidade temporária para o trabalho por serviços competentes do Serviço Nacional de Saúde²⁰. Com a referida modificação excecional e transitória do regime geral de proteção na doença, estabeleceu-se apenas uma alteração do início da cobertura de tal proteção social, pois, como regra geral, “o início do pagamento do subsídio de doença dos trabalhadores por conta de outrem está sujeito a um período de espera de três dias, sendo devido a partir do 4.º dia de incapacidade temporária para o trabalho”²¹. Ou seja, procedeu-se, por aquela via, a uma equiparação da proteção face esta infeção epidemiológica, no que concerne ao início da prestação, com as situações de incapacidade temporária por doença derivada de infeção por tuberculose ou por internamento hospitalar, as quais estão excluídas do referido período de espera²².

6. O referido Decreto-Lei n.º 28/2004 regula igualmente as prestações que são devidas para proteção da referida incapacidade temporária. Essa norma refere que a proteção é feita através de uma prestação pecuniária diária, denominado “subsídio de doença”²³. Na atribuição da prestação pecuniária correspondente, o regime jurídico de proteção na doença estabelece que a mesma é calculada num montante, tendo por base a remuneração de referência do trabalhador e a aplicação de uma percentagem variável em função da duração do período de incapacidade ou da natureza da doença²⁴. Considerando essa regra geral, o subsídio de doença poderá ser determinado de duas formas, consoante a natureza da doença: 1) perante qualquer doença comum incapacitante, a prestação pecuniária será determinada pela duração da incapacidade do trabalhador, sendo as percentagens aplicadas, fixadas entre 55% e 75% da remuneração de referência²⁵; 2) diversamente, “o montante diário do subsídio de doença nas situações de incapacidade decorrente de tuberculose é calculado pela aplicação das percentagens de 80% ou 100%, consoante o agregado familiar do beneficiário integre até dois ou mais familiares a seu cargo”²⁶. Com a redação da norma transitória prevista no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a que acima fizemos referência, verifica-se que o legislador, ao eliminar o “período de espera” e nada dizendo sobre o montante da prestação, pretendeu fazer corresponder tal proteção às situações de internamento, afastando-a do regime especial da doença infecciosa de tuberculose. Dessa forma, os beneficiários de tal proteção receberão uma prestação determinada nos termos gerais de proteção na doença, calculada num montante diário, tendo por

19. Artigo 12.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/2004.

20. Cfr. artigos 8.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 28/2004.

21. Artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 28/2004.

22. Cfr. artigo 21.º, n.º 6 alínea b) do mesmo Decreto-Lei n.º 28/2004.

23. Cfr. artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/2004.

24. Cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 28/2004.

25. De acordo com o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, estabelecem-se percentagens distintas para quatro grupos de duração do período de incapacidade, sendo 55% nos primeiros 30 dias de incapacidade, 60% no período de 31 a 90 dias, 70% no período de 91 a 365 dias e 75% nos períodos superiores a 365 dias de incapacidade.

26. Artigo 16.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 28/2004.

base a remuneração de referência do trabalhador e a aplicação de uma percentagem variável entre 55% e 75% em função da duração do período de incapacidade.

7. As características desta pandemia, a forma da sua propagação e contágio, cedo levantou problemas relacionados com a necessidade de proteção daqueles trabalhadores impossibilitados de trabalhar, por força da necessidade de estarem em isolamento ou confinamento, por terem estado em contacto com alguém infetado ou suspeito de estar infetado, mesmo que não estivessem doentes. O referido regime de proteção na doença, não contém qualquer proteção para esta específica situação, pois, não consagra uma proteção para esse grupo de trabalhadores saudáveis, aptos para trabalhar, que teriam de estar obrigatoriamente isolados. Por essa razão, o artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sob a epígrafe “isolamento profilático”, fez corresponder tal situação a uma “doença” afirmando-se que “é equiparada a doença a situação de isolamento profilático durante 14 dias dos trabalhadores por conta de outrem [...] do regime geral de segurança social, motivado por situações de grave risco para a saúde pública decretado por entidades que exercem o poder de autoridade de saúde”²⁷, prevendo-se ainda, de forma coerente com a proteção na doença por COVID-19, que este subsídio de doença não está sujeito a período de espera²⁸. Aquela norma excepcional e transitória de resposta à epidemia do SARS-CoV-2 veio ainda desonerar o beneficiário de tal prestação de proteção na doença, de cumprir os três requisitos ou condições exigidos para o deferimento do subsídio de doença, afirmando-se que “o reconhecimento do direito ao subsídio de doença não depende da verificação do prazo de garantia, do índice de profissionalidade e da certificação da incapacidade temporária para o trabalho”²⁹, fazendo corresponder essa proteção a uma prestação não contributiva³⁰ e o requisito para o deferimento do subsídio de doença, por isolamento profilático, reduzido à decisão de isolamento determinada por autoridade de saúde, por risco para a saúde pública. Paradoxalmente, em matéria de montante dessa prestação de doença por isolamento profilático, o legislador de segurança social, não ponderou a incoerência da solução legislativa adotada para resposta ao referido *tsunami*. Com efeito, nestas situações equiparadas a doença prevê-se que “o valor do subsídio corresponde a 100% da remuneração de referência”³¹, o que não obstante constituir uma prestação por um período limitado de catorze dias, contrasta muito com a prestação económica inferior, devida em caso de efetiva doença, que corresponderá a 55% nos primeiros 30 dias e 60% no período de 30 a 90 dias, levando a uma situação paradoxal de um trabalhador que estivesse em isolamento profilático e depois confirmado como doente de

27. Artigo 19.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o qual produz efeitos retroativos também desde 3 de março de 2020.

28. Cfr. *Supra* 5. e ainda artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

29. Cfr. *Supra* 5, e ainda, artigo 19.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

30. O caráter assistencialista e não contributivo da medida é confirmado não só pela não sujeição a um prazo de garantia, ou de contribuições prévias, mas também pela declaração de que esta prestação, para efeitos de financiamento é enquadrada “no subsistema de proteção familiar”, que pertence ao 1º pilar, ou seja, sistema de proteção social de cidadania, sendo financiada por transferências do Orçamento de Estado, conforme previsto no artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

31. Artigo 19.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

COVID-19, ver reduzida para quase metade a prestação económica que lhe é conferida pelo sistema de segurança social português.

8. Estas alterações tópicas feitas pelo legislador para responder pontualmente a riscos e necessidades derivadas da pandemia, levou a que existissem grupos de trabalhadores, potenciais beneficiários, que ficarão carentes de proteção e totalmente esquecidos. Desde logo, ficaram esquecidos os trabalhadores do regime geral abrangidos pela proteção na doença, infetados por COVID-19, que à data da incapacidade não tivessem cumprido o prazo de garantia que, recorde-se, é de “seis meses civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações”³². Mas também os trabalhadores que não tivessem cumprido o referido índice de profissionalidade, que corresponde a “12 dias com registo de remunerações por trabalho efetivamente prestado no decurso dos quatro meses imediatamente anteriores ao mês que antecede o da data de início da incapacidade”³³. Para além desses de trabalhadores, verifica-se, ainda, que foi esquecida a proteção da incapacidade temporária derivada de riscos profissionais, não se encontrando qualquer referência à proteção dessa incapacidade, derivada de acidente de trabalho e doenças profissionais, em toda a massiva legislação extraordinária e temporária que foi aprovada para resposta à epidemia. Há que levar em conta, que a proteção da incapacidade temporária, de origem profissional, em Portugal, não é matéria de segurança social em sentido estrito, sendo regulada na Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que “regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais”, desenvolvendo os artigos 283.º e 284.º do Código do Trabalho³⁴. A incapacidade temporária de causa profissional, está regulada sob a base da responsabilidade civil objetiva do empregador, que tem a obrigação de transferir a responsabilidade civil para uma Seguradora privada, que em princípio, será a responsável pelas prestações em espécie e pecuniárias devidas por situações de incapacidade. Dessa forma, estranha-se a falta de regulamentação extraordinária das obrigações das seguradoras, dos serviços médicos destas, das obrigações de participação dos acidentes de trabalho e do efetivo cumprimento da obrigação de pagamento das indemnizações em situação de incapacidade temporária, especialmente, tendo em consideração o ainda grande grupo de trabalhadores de serviços de primeira necessidade e de fornecimento de bens e serviços essenciais, que continuaram em atividade durante esta conjuntura.

32. Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 28/2004.

33. Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 28/2004.

34. Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. Sobre o tema da proteção por acidentes de trabalho e doenças profissionais, na doutrina laboralista portuguesa, veja-se Gomes, J.: *Acidente de Trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013; Menezes Leitão, L.: *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 401 e ss.; Palma Ramalho, R.: *Tratado de Direito do Trabalho, parte II*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 709 e ss.; Romano Martinez, P.: *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 839 e ss.; Romano Martinez, P.: “Anotação ao artigo 283.º”, em Romano Martinez, P.: Monteiro, L.; Vasconcelos, J.; Madeira de Brito, P.; Gonçalves da Silva, L.: *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed. Almedina, Coimbra, 2012, pp. 620 e ss.

3. O IMPACTO NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

9. No mesmo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 o legislador veio a prever uma prestação para proteção da parentalidade, designadamente, para proteção das situações de necessidade de acompanhamento de isolamento profilático de filho ou outro dependentes, intitulada “subsídio de assistência a filho e a neto”³⁵. Do ponto de vista laboral, na relação jurídica com o empregador, essa norma veio prever que “considera-se falta justificada a situação decorrente do acompanhamento de isolamento profilático durante 14 dias de filho ou outro dependente a cargo dos trabalhadores por contra de outrem do regime geral de segurança social, motivado por situações de grave risco para a saúde pública decretado pelas entidades que exerçam o poder de autoridade de saúde”³⁶. Paralelamente, com natureza de proteção de segurança social, estabeleceu-se que naquela situação de isolamento profilático, tratando-se de “criança menor de 12 anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, a atribuição do subsídio para assistência a filho e do subsídio para assistência a neto, não depende de prazo de garantia” e que, “o número de dias de atribuição [desses subsídios] não releva para o cômputo dos período máximo de atribuição em cada ano civil”³⁷. Para entender essas prestações de segurança social, há que ponderar que no sistema de segurança social português o regime de proteção na parentalidade encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril, que textualmente “define e regulamenta a proteção na parentalidade, no âmbito da eventualidade maternidade, paternidade e adoção”³⁸. A atribuição desses subsídios, como regra geral, está dependente da verificação dos seguintes requisitos ou condições: 1) é concedido “nas situações de impedimento para o exercício de atividade laboral determinadas por necessidade de prestar assistência inadiável e imprescindível” a filhos ou netos (neste último caso, se os progenitores estiverem impossibilitados); 2) desde que se verifique situação de doença ou acidente, medicamente certificadas; 3) na condição de que o outro progenitor ou outros progenitores tendo uma atividade profissional, não exercerem o direito ao respetivo subsídio pelo mesmo motivo ou estejam impossibilitados de prestar assistência; 4) estão sujeitos a um período de duração máximo anual de “30 dias, seguidos ou interpolados, em cada ano civil ou durante todo o período de eventual hospitalização”³⁹. Com aquela norma transitória para proteção nesta epidemia, o legislador procedeu à equiparação do isolamento profilático de filho ou neto, a situação de doença ou de hospitalização,

35. Artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

36. Artigo 21.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

37. Artigo 21.º, n.º 2 e 4 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

38. Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 91/2009; sobre a proteção na parentalidade, em Portugal, veja-se Dray, G.: “Anotação ao artigo 50.º”, em Romano Martinez, P.; Monteiro, L.: Vasconcelos, J.: Madeira de Brito, P.; Gonçalves da Silva, L.: *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed. Almedina, Coimbra, 2012, pp. 207 e ss.; Menezes Leitão, L.: *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 329 e ss.; Monteiro Fernandes, A.: *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 463 e ss.; Palma Ramalho, M.: *Tratado do Direito do Trabalho, parte II*, ob. cit., pp. 481 e ss.; Rebelo, G.: “As ausências no âmbito da proteção da parentalidade no trabalho”, em *Prontuário de direito do trabalho*, nº 1 (1º semestre), 2018, pp. 259 e ss.; Romano Martinez, P.: *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 397 e ss.

39. Para análise da caracterização dessas prestações de proteção na parentalidade, vejam-se artigo 19.º e artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 91/2009.

dispensando a exigência de prazo de garantia ou de carência, que é de “seis meses civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações, à data do facto determinante”⁴⁰, sem contabilização desses períodos de concessão do subsídio, para os limites máximos anuais de acesso a tal prestação. Cabendo ainda referir, na ausência de regulação especial naquele Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que tais subsídios são concedidos no montante de 100% da remuneração do beneficiário, no caso de assistência a filho e de 65%, no caso de assistência a neto⁴¹.

10. Com a decisão do Estado de suspender as atividades letivas e não letivas presenciais nos estabelecimentos escolares, a partir do dia 16 de março de 2020, gerou-se um problema para os trabalhadores portugueses, que à semelhança de outras sociedades do sul da Europa, muito dependem da ajuda dos avós para cuidar dos seus filhos, sendo que aqueles, por pertencerem ao grupo de maior risco nesta pandemia, não constituíam uma opção válida para atender e cuidar dessas crianças e jovens. Para resolver este problema, logo em 13 de março, no mesmo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o legislador aprovou três medidas, que estão interrelacionadas e que respondem a esse problema, duas de natureza laboral relativas à prestação de trabalho, e uma de natureza de segurança social pura, com a previsão de uma nova prestação social extraordinária. Do ponto de vista laboral estabeleceu-se no artigo 29.º, com a epígrafe “teletrabalho”, incluído no Capítulo X intitulado “formas alternativas de trabalho”, que “durante a vigência do presente decreto-lei, o regime de prestação subordinada de teletrabalho pode ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerida pelo trabalhador, sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções exercidas”⁴², consagrando a possibilidade de o trabalhador realizar a sua atividade fora das instalações do empregador através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação, tal como previsto nos artigos 165.º a 171.º do Código do Trabalho. A segunda medida laboral, prevê a possibilidade de suspensão de atividade laboral pelo trabalhador, prevendo-se que, durante os períodos de suspensão das atividades letivas presenciais, não incluindo, portanto, os períodos de férias escolares, “consideram-se justificadas, sem perda de direitos salvo quanto à retribuição, as faltas ao trabalho motivadas por assistência inadiável ao filho ou outro dependente a cargo menor de 12 anos, ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, decorrentes de suspensão das atividades letivas e não letivas presenciais em estabelecimento escolar [...] quando determinado: a) por autoridade de saúde [...]; b) pelo Governo”⁴³. Relacionada com estas duas medidas, mas com a natureza de prestação de segurança social, o legislador criou uma medida de proteção na parentalidade, denominado “apoio excecional à família para trabalhadores por conta de outrem”, regulada no artigo 23.º daquele Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Trata-se de uma prestação de concessão automática, por re-

40. Artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 91/2009.

41. Cfr. artigos 35.º e 37.º do Decreto-Lei n.º 91/2009.

42. Artigo 29.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

43. Artigo 22.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

querimento da entidade empregadora, após ter recebido a comunicação de ausência do trabalhador, por necessidade de assistência aos filhos ou dependentes sem atividades letivas presenciais, proteção que tem os mesmos requisitos do “subsídio para assistência a filho” que acima fizemos referência⁴⁴, limitada temporalmente ao período das atividades letivas.

11. Na regulação do denominado apoio excecional à família para trabalhadores por conta de outrem, incoerência é a palavra chave que caracteriza este regime de proteção, no que concerne aos aspetos que regulam a fixação do montante de tal prestação e o seu financiamento. Com efeito, estabelece-se que o referido apoio excecional confere o direito a uma prestação pecuniária correspondente a dois terços da remuneração base do trabalhador, com o limite mínimo de “uma remuneração mínima mensal garantida (RMMG) e por limite máximo três RMMG”⁴⁵, o que contrasta muito com a prestação devida no subsídio de assistência a filho, conferido pela proteção na parentalidade, que corresponde, como vimos, a 100% da remuneração de referência do trabalhador⁴⁶. Dessa forma, na comparação da prestação conferida neste apoio, com aquela que é atribuída no subsídio para assistência a filho, ou para assistência a filho em isolamento profilático, ou seja, em situações equivalentes de necessidade de proteção, as prestações económicas pagas serão calculadas em montantes pecuniários totalmente distintos, em prejuízo dos beneficiários do apoio excecional à família. Também os aspetos financeiros que suportam este apoio comportam algumas incoerências. Com efeito, esta prestação tem como beneficiários os trabalhadores por conta de outrem, não exigindo qualquer prazo de garantia, ou seja, a existência de períodos de contribuições prévias, o que parcialmente se compreende porque o legislador estabeleceu que esta medida “para efeitos de financiamento”, é enquadrado “no subsistema de proteção familiar”⁴⁷, ou seja, é financiada por transferências do Orçamento de Estado. No entanto, estabelece-se que o indicado apoio “é pago em partes iguais pela entidade empregadora e pela segurança social”, sendo que, “a parcela da segurança social é entregue à entidade empregadora que procede ao pagamento da totalidade do apoio ao trabalhador”⁴⁸. Ou seja, parece estarmos perante uma violação do princípio da adequação seletiva nas fontes de financiamento do sistema de segurança social, pois se esta prestação visa substituir rendimentos perdidos do trabalho, deveria ser enquadrada no sistema previdencial, ou contributivo, e financiada pelas contribuições e quotizações,

44. Cfr. *Supra* 9.

45. Cfr. artigo 23.º nº 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, ou seja, este apoio de dois terços da remuneração base tem como limite mínimo € 635,00 e como máximo € 1.905,00, sendo que o artigo 2.º da Portaria n.º 94-A/2020, que veio regulamentar esse apoio excecional, estabeleceu que a remuneração base de referência a considerar seria a remuneração base de fevereiro, declarada em março de 2020.

46. Cfr. artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, sendo que, segundo o artigo 28.º do mesmo diploma, a remuneração de referência é determinada pelas “remunerações registadas nos primeiros seis meses civis que precedem o segundo mês anterior ao da data do facto determinante da proteção”, ou seja, contemplará todas as remunerações e não apenas a remuneração base.

47. Artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

48. Artigo 23.º nº 1 e 4 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

sem esta participação relevante dos empregadores e sem que este apoio fosse sujeito a quotizações do trabalhador e parcialmente do empregador⁴⁹. Por fim, estando enquadrado este apoio como uma prestação financiada em partes iguais pelo Orçamento de Estado e pela entidade empregadora, parece-nos incoerente a opção de estabelecer como requisito negativo para acesso a tal apoio, que o mesmo apenas é atribuído “desde que não existam outras formas de prestação da atividade, nomeadamente por teletrabalho”⁵⁰, não se percebendo, porque razão o legislador de segurança social não exigiu o prévio esgotamento de saldos de créditos de tempo de trabalho do trabalhador, emergentes de banco de horas, trabalho suplementar, férias vencidas e não gozadas, em atraso, que permitiam ao trabalhador permanecer a ser remunerado, pelo menos no período em que tivesse créditos de tempos de trabalho, pela totalidade da sua remuneração e o empregador a desonerar-se dos custos laborais que tinham em dívida, assumindo a segurança social o seu papel assistencialista e supletivo.

12. Surpreende que os cerca de vinte e três diplomas normativos que se debruçaram sobre a proteção social durante esta pandemia, não contenham qualquer referência à proteção da segurança social daquele que é o grupo mais vulnerável a tal infeção. Referimo-nos, obviamente, aos idosos que apresentam a maior taxa de mortalidade por infeção deste vírus e que representam um grupo numeroso em Portugal, tendo em consideração que é o quarto País da União Europeia com maior população com mais de 65 anos de idade⁵¹. A este aparente esquecimento do legislador não será alheio o facto de Portugal não conter qualquer regime jurídico real e efetivo de proteção da contingência da dependência, apesar de um pequeno avanço, nesse sentido, ter sido produzido na segunda metade do ano de 2019. Com efeito, confirma tal conclusão: 1) o facto de a prestação pecuniária denominada “complemento de dependência”, criada pelo Decreto-Lei n.º 265/99, de 14 de julho, constituir uma nova denominação do antigo “subsídio para assistência de terceira pessoa”⁵²; 2) a proteção da

49. Cfr. artigo 23.º n.º 5 do mesmo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, pois, nessa disposição estabelece-se que sobre o apoio incide a quotização do trabalhador e 50% da contribuição social da entidade empregadora. Sobre o princípio da adequação seletiva nas fontes de financiamento, enquanto princípio estruturante das regras de financiamento do sistema de segurança social, veja-se artigo 89.º da Lei de Bases do Sistema de Segurança Social, segundo o qual “o princípio da adequação seletiva consiste na determinação das fontes de financiamento e na afetação dos recursos financeiros, de acordo com a natureza e os objetivos das modalidades de proteção social definidas na presente lei e com situações e medidas especiais, nomeadamente as relacionadas com políticas ativas de emprego e de formação profissional”.

50. *Ibidem*, n.º 3.

51. Fonte PORDATA e Instituto Nacional de Estatística (INE), consultada em 8 de maio de 2020, disponível em <http://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente+segundo+os+Censos+total+e+por+grandes+grupos+et%C3%A1rios-512>.

52. Como é reconhecido pelo artigo 32.º n.º 1 daquele Decreto-Lei n.º 265/99, no qual se afirma “consideram-se convertidos em complemento por dependência, a partir da data do início da vigência do presente diploma, os subsídios por assistência de terceira pessoa atribuídos a pensionistas, ao abrigo da anterior legislação”; sobre a proteção da contingência da dependência, em Portugal, veja-se Silveiro de Barros, M.: “La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 12 (3.º trimestre), 2017, pp. 203 e ss.; “La protección social de las personas dependientes en Portugal”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 8, diciembre 2017, pp. 142 e ss; sobre o impacto da epidemia de coronavírus na Alemanha, especificamente nesta contingência da dependência, veja-se ainda Martínez Girón, J. e

dependência, na sua vertente de prestação social de serviços, através da denominada “Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados”, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho, tem um âmbito subjetivo de beneficiários muito reduzido, considerando que as regras de acesso a tais serviços está intimamente relacionada com as vagas e disponibilidade de tal Rede, mas também os rendimentos do dependente e do seu agregado familiar; 3) a constatação da omissão de regulamentação legal dos cuidadores profissionais, considerando que, em Portugal, o contrato de trabalho de serviço doméstico, previsto no Decreto-Lei n.º 235/92 de 24 de outubro, continua a ser a forma corrente de contratação de serviços domésticos de vigilância e assistência a idosos⁵³; e 4) a inexistência de formas de sustentação financeira de um sistema de proteção social dos idosos dependentes, ou de sistemas de controlo de qualidade de equipamentos, instalações, etc. O único desenvolvimento recente em matéria de proteção da contingência da dependência resultou da aprovação da Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, que aprovou o “Estatuto do Cuidador Informal, que regula os direitos e os deveres do cuidador e da pessoa cuidada, estabelecendo as respetivas medidas de apoio”⁵⁴, que regulamentou juridicamente a figura do cuidador não profissional ou benévolo, que será sempre um familiar do dependente. Ponderando este enquadramento legislativo, em especial a recente aprovação do Estatuto do Cuidador Informal, que faz pressupor que o legislador português de Segurança Social estaria mais consciente dos riscos inerentes à contingência da dependência, estranha-se que neste período pandémico não tenha existido qualquer proteção social especial para os cuidadores informais, nem mesmo para os cuidadores profissionais. Com efeito, a única proteção conferida aos cuidadores informais tem natureza exclusiva laboral, prevendo-se como “faltas justificadas [...] as motivadas por assistência a cônjuge ou pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador, parente ou afim na linha ascendente que se encontre a cargo do trabalhador e que frequente equipamentos sociais cuja atividade seja suspensa por determinação da autoridade de saúde [...] ou pelo Governo, desde que não seja possível continuidade de apoio através de resposta social alternativa”⁵⁵, proteção esta que não foi acompanhada de qualquer prestação compensatória da perda de rendimentos do trabalho, visto que

Arufe Varela, A.: “El impacto de la pandemia del Coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana”, ob. cit., pp. 531 e ss.

53. Com efeito, o contrato de trabalho de serviço doméstico, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro, é o contrato “pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem ... atividades destinadas à satisfação das necessidades próprias específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respetivos membros, nomeadamente: d) vigilância e assistência a crianças, pessoas idosas e doentes”.

54. Artigo 1.º do Estatuto do Cuidador Informal anexo à lei n.º 100/2019; De acordo com este mesmo Estatuto será Cuidador Informal principal “o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada, que acompanha e cuida desta de forma permanente, que com ela vive em comunhão de habitação e que não auferir qualquer remuneração de atividade profissional ou pelos cuidados que presta à pessoa cuidada” (artigo 2.º n.º 2 do referido Estatuto), e Cuidador Informal não principal “o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada, que acompanha e cuida desta de forma regular, mas não permanente, podendo auferir ou não remuneração de atividade profissional ou pelos cuidados que presta à pessoa cuidada” (artigo 2.º n.º 3 do Estatuto).

55. Artigo 2.º n.º 1 alínea b) do Decreto-Lei n.º 10-K/2020, de 26 de março.

estas faltas determinam a perda de retribuição⁵⁶, constatando-se, também, que tais cuidadores não estão incluídos no acima referido “apoio excecional à família para trabalhadores por conta de outrem”.

4. O IMPACTO NA PROTEÇÃO DO EMPREGO

13. Diferentemente do que sucede na legislação de segurança social, antes desta epidemia do SARS-CoV-2, as normais laborais portuguesas já previam instrumentos jurídicos de resposta a situações epidémicas, destinados à proteção do emprego, de natureza jurídica laboral e, só reflexa ou indiretamente, como medida de proteção de segurança social. Com efeito, em apenas onze artigos constantes dos artigos 298.º a 308.º do Código do Trabalho prevê-se de forma que podemos qualificar de suficientemente regulada, a medida laboral de “redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador” determinada por “situação de crise empresarial”⁵⁷, vulgarmente denominada de “lay-off”. Esta medida, na sua previsão laboral, pode ser aplicada por “motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho”⁵⁸, na qual se subsumiriam, sem dificuldades interpretativas, as situações de paragem económica dos empregadores, por força da obrigação de confinamento para prevenção da propagação da infeção. Naquela regulação laboral encontramos a previsão das regras para a tramitação da declaração de *lay-off*, a qual pressupõe um procedimento de comunicação, informação e negociação relativamente rápido entre empregador e estrutura representativa dos trabalhadores –com uma duração estimada mínima entre 10 e 15 dias–, num modelo semelhante ao procedimento de despedimento coletivo⁵⁹. Esta medida, que pode ter uma duração máxima de seis meses –ou 12 meses nos casos de catástrofes⁶⁰– constitui o empregador numa série de obrigações, entre as quais se destaca, na perspetiva de

56. Cfr. Artigo 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 10-K/2020.

57. Epígrafes da Subseção III e Divisão I, da Seção III intitulada “Redução da atividade e suspensão de contrato de trabalho”; esta medida laboral não é de origem recente, remontando a 1983, ou seja, a um diploma anterior ao Código do Trabalho, designadamente, ao Decreto-Lei n.º 398/83, de 2 de novembro, que aprovou a Lei da Suspensão do Contrato de Trabalho e da Redução da Prestação de Trabalho. Sobre o regime do *lay-off* previsto no Código do Trabalho, nas obras gerais, veja-se Amado, L.: *Contrato de Trabalho – à luz do novo Código do Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 344 e ss.; Menezes Leitão, L.: *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 389 e ss.; Monteiro Fernandes, A.: *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 488 e ss. e “A suspensão do Contrato de Trabalho por factos ligados à Empresa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 17, 1970, pp. 10 e ss.; Palma Ramalho, M.: *Tratado do Direito do Trabalho, parte II*, ob. cit., pp. 668 e ss.; Romano Martinez, P.: *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 397 e ss.; Vasconcelos, J.: “Anotação aos artigos 298.º e ss.”, em Romano Martinez, P.; Monteiro, L.; Vasconcelos, J.; Madeira de Brito, P.; Gonçalves da Silva, L.: *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 653 e ss.; Xavier, B.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo-Babel, Lisboa, 2014, pp. 708 e ss.

58. Artigo 298.º n.º 1 do Código do Trabalho.

59. Cfr. artigos 299.º e 300.º do Código do Trabalho.

60. Como regra, no artigo 301.º do Código do Trabalho, prevê-se que tal medida terá uma duração não superior a seis meses, podendo em caso de catástrofes ser de um ano.

manutenção do emprego, que os trabalhadores abrangidos ficam sujeitos a uma especial proteção no desemprego, considerando que “durante o período de redução ou suspensão, bem como nos 30 ou 60 dias seguintes à aplicação das medidas, consoante a duração da respetiva aplicação não exceda ou seja superior a seis meses, o empregador não pode fazer cessar o contrato de trabalho”⁶¹.

14. Com a declaração de pandemia, o legislador de Segurança Social apressou-se a aprovar um conjunto de medidas que protegessem os postos de trabalho, o que fez através da Portaria n.º 71-A/2020, de 15 de março, com uma existência efémera, pois foi logo revogada pelo Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, que “estabeleceu medidas excecionais e temporárias, definindo e regulamentando os termos e as condições de atribuição dos apoios destinados aos trabalhadores e às empresas afetadas pela pandemia da COVID-19, tendo em vista a manutenção dos postos de trabalho e a mitigação de situações de crise empresarial”⁶². O ponto central desse regime jurídico transitório centra-se na definição de crise empresarial que afeta o empregador –conceito indeterminado já existente no artigo 298.º do Código do Trabalho, no regime do *lay-off*, mas que aí teria de ser objeto de informação e demonstração pelo empregador– mas que se vê agora concretizado como a situação de: 1) “encerramento total ou parcial da empresa ou estabelecimento, decorrente do dever de encerramento de instalações e estabelecimentos” imposta como consequência da declaração do estado de emergência, “ou por determinação legislativa ou administrativa”, ao abrigo da legislação de proteção civil ou da lei de bases da saúde, “relativamente ao estabelecimento ou empresa efetivamente encerrados e abrangendo os trabalhadores a este diretamente afetados”; 2) “paragem total ou parcial da atividade da empresa ou estabelecimento que resulte da interrupção das cadeias de abastecimento globais, ou da suspensão ou cancelamento de encomendas”; e 3) “quebra abrupta e acentuada de, pelo menos, 40% da faturação no período de trinta dias anterior ao pedido [...], com referência à média mensal dos dois meses anteriores a esse período, ou face ao período homólogo do ano anterior”⁶³. Este Decreto-lei veio a regular o acesso a quatro medidas que, na verdade, se reconduzem a duas, tendo sido criada a medida denominada “apoio extraordinário à manutenção de contrato de trabalho, em caso de redução temporária do período normal de trabalho ou da suspensão do contrato de trabalho”, baseada no *lay-off* previsto no Código do Trabalho e que veio a ser vulgarmente denominada de “*lay-off* simplificado”, e ainda, o “plano extraordinário de formação”⁶⁴. Analisada a estrutura desse diploma,

61. Artigo 303.º n.º 3 do Código do Trabalho. Destacam-se ainda, como outras obrigações do empregador, durante o período de redução ou suspensão dos contratos de trabalho: 1) a obrigação de não distribuir lucros, sob qualquer forma [alínea c)]; 2) a obrigação de não aumentar a retribuição ou outra prestação patrimonial a membros dos corpos sociais, ou seja, gerentes ou administradores [alínea d)]; e 3) a obrigação de não proceder à admissão ou renovação de contrato de trabalho para preenchimento de posto de trabalho suscetível de ser assegurado por trabalhador em situação de redução ou suspensão [alínea e)]

62. Cfr. *supra*, I; e ainda, artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

63. Cfr. artigo 3.º n.º 1 alínea a), alínea b), subalíneas i) e ii) do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

64. Cfr. artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 10-G/2020; dizemos que são apenas duas medidas, considerando que as duas medidas adicionais, denominadas de “incentivo financeiro extraordinário para apoio à normalização da

verifica-se que se trata dum diploma com vinte e um artigos e diversas remissões legais para o Código do Trabalho. Com esse decreto-lei, o legislador pretendeu criar como medida mais relevante, dentro das ali previstas, o *lay-off* simplificado, como foi reconhecido no preâmbulo, quando se afirma que o *lay-off* “tem demonstrado ao longo da história ser um instrumento robusto para ajudar a responder a situações de crise como a que o País atravessa, importando, no entanto, garantir a sua flexibilidade procedimental de forma que este possa ser operacionalizado rapidamente”, sendo assim criado “um regime simplificado da redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão de contrato de trabalho, previsto nos artigos 298.º e seguintes do Código do Trabalho”⁶⁵. Este regime é um regime simplificado pois, em termos procedimentais, não se exige a fase de informações, documentação e negociação do *lay-off* consagrado no Código do Trabalho, prevendo-se apenas a obrigação de comunicar por escrito aos trabalhadores, após audição dos delegados sindicais e comissões de trabalhadores, quando existam, remetendo-se imediatamente requerimento eletrónico ao serviço competente da área da segurança social com a lista nominativa dos trabalhadores abrangidos⁶⁶, sendo a Segurança Social a entidade gestora de tal apoio que é concedido ao empregador (e não ao trabalhador), nos termos que analisaremos de seguida.

15. A referida medida excecional e temporária⁶⁷ de *lay-off* simplificado, cujo regime está totalmente construído sobre o edifício jurídico do regime de *lay-off* previsto nos artigos 298.º e seguintes do Código do Trabalho, não obstante gerida pela Segurança Social, não pode ser considerado um regime de proteção social tendo como beneficiários diretos os trabalhadores. Do ponto de vista das prestações conferidas, trata-se, primordialmente, de um apoio financeiro dirigido ao empresário, mas com reflexos indiretos na manutenção do contrato de trabalho, pois afirma-se que esta medida “reveste a forma de um apoio financeiro, por trabalhador, atribuído à empresa nos termos do n.º 4 do artigo 305.º do Código do Trabalho e destinado, exclusivamente, ao pagamento de remunerações”⁶⁸. Ou seja, por força da remissão para as normas laborais, o empregador fica constituído na obrigação de pagar ao trabalhador, uma “compensação retributiva na medida do necessário para, conjuntamente com a retribuição prestada na empresa ou fora dela, assegurar o montante mensal” correspondente a “um montante mínimo igual a dois terços da sua retribuição normal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho, consoante o que

atividade da empresa” (no valor de uma remuneração mínima mensal garantida, que em Portugal é de € 635,00, a atribuir após o *lay-off*, num pagamento único, por cada trabalhador), e “isenção temporária do pagamento de contribuições para a Segurança Social, a cargo da entidade empregadora” (relativamente aos trabalhadores abrangidos e membros dos órgãos sociais), são apoios financeiros atribuídos de forma cumulada e oficiosamente, com qualquer uma daquelas duas primeiras medidas.

65. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

66. Cfr. artigo 4.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

67. Com efeito, nos termos do artigo 4.º n.º 3 e 20.º do Decreto-Lei n.º 10-G/2020, este apoio financeiro é temporário, prevendo-se que a medida tem a duração de um mês, excecionalmente prorrogável, mensalmente, até ao máximo de três meses, estabelecendo-se igualmente que este regime jurídico produz efeitos até 30 de junho de 2020, eventualmente prorrogável por mais três meses.

68. Artigo 5.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

for mais elevado ... até ao triplo da retribuição mínima mensal garantida”⁶⁹ (ou seja, uma compensação retributiva entre € 635,00 e o máximo de € 1.905,00), sendo financiada maioritariamente pela Segurança Social. Com efeito, absorvendo o regime jurídico laboral previsto no Código do Trabalho, prevê-se que “a compensação retributiva é paga em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pelo serviço público competente da área da segurança social”⁷⁰, sendo esta percentagem da responsabilidade da Segurança Social reembolsada diretamente ao empregador, que procedeu previamente ao pagamento da compensação retributiva ao trabalhador, com a especificidade que tal reembolso é agora financiado pelo Orçamento do Estado⁷¹. Paralelamente, este regime do *lay-off* simplificado procedeu ainda a duas modificações importante do regime previsto no Código do Trabalho, para uma específica proteção dos efeitos desta pandemia: 1) prevê-se um alargamento do prazo e do âmbito subjetivo de proteção contra o desemprego, a todos os trabalhadores do empregador e não apenas os abrangidos pela medida de *lay-off*, pois, durante a aplicação da medida de *lay-off* simplificado, bem como nos 60 dias seguintes, o empregador não pode fazer cessar contratos de trabalho ao abrigo das modalidades de despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho⁷²; e 2) o trabalhador abrangido pela medida que exerça atividade remunerada fora da empresa, durante o *lay-off* simplificado, não verá aplicada a redução da compensação retributiva, se a referida atividade for exercida nas áreas do apoio social, saúde, produção alimentar, logística e distribuição, ou seja, algumas áreas de serviços essenciais durante a fase pandémica⁷³.

16. Quer a referida medida de *lay-off* simplificado, como o *lay-off* previsto no Código do Trabalho, são medidas de proteção contra a perda temporária de emprego, assentando num modelo de apoio financeiro da Segurança Social ao empregador. Com efeito, qualquer um destes institutos tem como pressuposto que o empregador procederá ao pagamento de uma compensação retributiva aos trabalhadores abrangidos, durante essa medida de redução ou suspensão do contrato de trabalho, no entanto, o custo da referida compensação retributiva é suportado, em grande parte, pela Segurança Social, em contrapartida da proteção destes trabalhadores que não poderão ser despedidos pelo prazo de vigência da medida e nos 60 dias subsequentes. Trata-se de uma medida que não está condicionada ao preenchimento de quaisquer requisitos relacionados com o trabalhador, como sejam, prazos de garantia ou de carência, com exceção da vinculação ao empregador por um contrato de trabalho. No entanto, o legislador de segurança social, olvidou totalmente a proteção dos trabalhadores que se vissem em situação de perda definitiva de emprego, ou seja, em situação de desemprego. A proteção social no desemprego é conferida, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, que “estabelece, no âmbito do subsistema previdencial, o quadro legal

69. Artigo 305.º n.º 1 alínea a) e n.º 3 do Código do Trabalho, por remissão do artigo 6.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

70. Cfr. artigo 305.º n.º 4 do Código do Trabalho, por remissão do artigo 6.º n.º 5 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

71. Cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

72. Cfr. artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

73. Cfr. artigo 6.º n.º 9 do Decreto-Lei n.º 10-G/2020.

da reparação da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem⁷⁴, que, podemos caracterizar como a situação temporária decorrente da cessação involuntária do emprego que vinha desempenhando o beneficiário, com capacidade e disponibilidade para o trabalho, inscrito no centro de emprego, e que conseqüentemente se vê privado dos rendimentos do trabalho⁷⁵. O deferimento de uma prestação de desemprego, na sua vertente contributiva, denominada em Portugal de “subsídio de desemprego”, está condicionada a um prazo de garantia, ou prazo de carência, que é de “360 dias de trabalho por conta de outrem, com o correspondente registo de remunerações, num período de 24 meses imediatamente anterior à data do desemprego”⁷⁶. Verifica-se, assim, que não foram tomadas medidas de resposta transitória para a proteção dos trabalhadores que viram caducados os seus contratos de trabalho a termo, contratos de trabalho temporário, ou que viram denunciados os contratos no período experimental, ou objeto de decisões de despedimento, durante esta pandemia, que não tivessem cumprido o prazo de garantia para acesso às prestações de desemprego, na sua modalidade contributiva, que por certo, se encontrarão impossibilitados de encontrar nova colocação laboral durante muitos meses, o que poderá ter deixado sem proteção alguns jovens recém-contratados, bem como anteriores desempregados que haviam regressado recentemente ao mercado de trabalho. Na verdade, só com a recente aprovação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 20-C/2020, de 7 de maio, o legislador de segurança social reduziu os prazos de garantia, mas exclusivamente na modalidade não contributiva do subsídio de desemprego, denominado “subsídio social de desemprego”, o qual, está condicionado aos recursos do beneficiário, designadamente, em função dos rendimentos mensais do agregado familiar do requerente, calculado nos termos da lei de condições de recursos, que não pode ultrapassar 80% do IAS⁷⁷.

Bibliografía

- Mário Silveiro de Barros: *O impacto do COVID-19 no Direito português de Segurança Social*
Amado, L.: *Contrato de Trabalho – à luz do novo Código do Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
Conceição, A.: *Legislação da Segurança Social*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.
Conceição, A.: *Segurança social*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.
Dias Matias, C.: “Cessação do contrato de trabalho e prestações de desemprego: análise e reflexão sobre o conceito de desemprego involuntário”, *Questões Laborais*, n.º 50, 2018.

74. Artigo 1.º n.º 1; sobre a prestação de desemprego, em Portugal, veja-se Dias Matias, C.: “Cessação do contrato de trabalho e prestações de desemprego: análise e reflexão sobre o conceito de desemprego involuntário”, *Questões Laborais*, n.º 50, 2018, pp. 121 e ss.; Fraústio da Silva, F.: “A ilicitude do despedimento disciplinar: salários intercalares, reintegração e proteção no desemprego”, *Prontuário de direito do trabalho*, n.º 1 (1º semestre), 2017, pp. 149 e ss.

75. Cfr. artigos 2.º, 6.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 220/2006.

76. Sobre a denominação da prestação de desemprego, veja-se artigo 7.º n.º 1 e sobre o prazo de garantia, veja-se artigo 22.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 220/2006.

77. Cfr. artigo 7.º n.º 2, artigo 18.º n.º 2 e artigo 24.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 220/2006, competindo ainda referir que o acrónimo “IAS” designa o valor do indexante dos apoios sociais, quantificado para o ano de 2020 em € 438,81, nos termos da Portaria n.º 27/2020, de 31 de janeiro.

- Dray, G.: "Anotação ao artigo 50.º", em Romano Martinez, P.; Monteiro, L.; Vasconcelos, J.; Madeira de Brito, P.; Gonçalves da Silva, L.: *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed. Almedina, Coimbra, 2012.
- Fraústo da Silva, F.: "A ilicitude do despedimento disciplinar: salários intercalares, reintegração e proteção no desemprego", *Prontuário de direito do trabalho*, nº 1 (1º semestre), 2017.
- Gomes Canotilho, J.J. e Moreira, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Gomes, J.: "Algumas reflexões sobre as falta justificadas por doença (não profissional) do trabalhador", em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- Gomes, J.: *Acidente de Trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- Martínez Girón, J. e Arufe Varela, A.: "El impacto de la pandemia del Coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, abril, 2020.
- Mendes Baptista, A.: "As faltas ao trabalho por motivo de doença (não profissional) do trabalhador", em *Separata do VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Menezes Leitão, L.: *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- Miranda, J. e Medeiros R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Monteiro Fernandes, A.: "A suspensão do Contrato de Trabalho por factos ligados à Empresa", *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 17, 1970.
- Monteiro Fernandes, A.: *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Palma Ramalho, R.: *Tratado de Direito do Trabalho, parte II*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- Rebelo, G.: "As ausências no âmbito da proteção da parentalidade no trabalho", em *Prontuário de direito do trabalho*, nº 1 (1º semestre), 2018.
- Romano Martinez, P.: "Anotação ao artigo 283.º", em Romano Martinez, P.; Monteiro, L.; Vasconcelos, J.; Madeira de Brito, P.; Gonçalves da Silva, L.: *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed. Almedina, Coimbra, 2012.
- Romano Martinez, P.: *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Silveiro de Barros, M.: "La protección social de las personas dependientes en Portugal", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 8, diciembre 2017.
- Silveiro de Barros, M.: "La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 12 (3.º trimestre), 2017.
- Vasconcelos, J.: "Anotação aos artigos 298.º e ss.", em Romano Martinez, P.; Monteiro, L.; Vasconcelos, J.; Madeira de Brito, P.; Gonçalves da Silva, L.: *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed. Almedina, Coimbra, 2012.
- Xavier, B.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo-Babel, Lisboa, 2014.



El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España

THE RIGHT TO WORK IN TIMES OF CONSTITUCIONAL EXCEPTIONALITY: LABOUR REGULATION AROUND COVID-19 IN SPAIN

Nuria Reche Tello

Profesora Asociada Doctora de Derecho Constitucional

Universidad Miguel Hernández

nuria.reche@umh.es 0000-0002-8670-5794

Recibido: 15.06.2020 | Aceptado: 22.06.2020

RESUMEN

El estado de alarma decretado por causa del COVID-19 se ha traducido en una importante producción regulatoria con especial incidencia en el derecho constitucional al trabajo. El criterio fundamental que ha guiado la normativa laboral, así como los numerosos instrumentos interpretativos que la han acompañado, ha sido el del mantenimiento del empleo y la tutela de los colectivos más vulnerables, así como de la red de servicios sociales que han dado apoyo a la ciudadanía en una crisis sin precedentes en la historia reciente. El peso de las circunstancias, a su vez, ha provocado notables deficiencias en la técnica legislativa e incidido en algunas carencias estructurales del mercado de trabajo en España. La crisis del sistema de cuidados ha sido la principal de ellas. Por otro lado, alguna de las soluciones adoptadas, como el trabajo a distancia o ciertas herramientas de flexibilidad en el desarrollo la actividad productiva, requerirían de una ordenación estructural consensuada capaz de proyectarlas hacia el futuro.

ABSTRACT

The state of alarm decreed due to COVID-19 has resulted in significant regulatory production with special incidence on the constitutional right to work. The fundamental criterion that has guided the labor regulations, as well as the numerous interpretative instruments that have accompanied it, has been the maintenance of employment and the protection of the most vulnerable groups, as well as the network of social services that have supported citizenship in a crisis unprecedented in recent history.. The weight of the circumstances, in turn, has caused notable deficiencies in the legislative technique and affected some structural deficiencies in the labor market in Spain. The crisis in the care system has been the main one. On the other hand, some of the solutions adopted, such as remote work or certain flexibility tools in the development of productive activity, would require a consensual structural arrangement capable of projecting them into the future.

PALABRAS CLAVE

Estado de alarma
Derecho al trabajo
COVID-19
Mantenimiento del empleo
Trabajo a distancia
Labores de cuidado
Crisis económica

KEYWORDS

State of alarm
Right to work
COVID-19
Job maintenance
Remote work
Care-giving tasks
Economic crisis

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE ALARMA Y DERECHO DE EXCEPCION
2. DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA LABORAL DURANTE EL ESTADO DE ALARMA
3. LAS MATERIAS AFECTADAS POR EL DERECHO DE EXCEPCIÓN LABORAL
 - 3.1. Medidas destinadas a flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras
 - 3.1.1. El trabajo a distancia
 - 3.1.2. Derechos de adaptación y reducción de la jornada de trabajo, plan medida
 - 3.2. Regulación de los mecanismos de ajuste temporal de actividad
 - 3.2.1. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa de fuerza mayor
 - 3.2.2. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa económica, técnica, organizativa y de producción
 - 3.2.3. El permiso retribuido recuperable
 - 3.3. Medidas de protección del empleo
 - 3.3.1. La salvaguarda temporal de los puestos de trabajo
 - 3.3.2. La prohibición de despedir o de extinguir el contrato por causas de fuerza mayor, económicas, técnicas, organizativas o de producción
 - 3.3.3. La suspensión de los contratos temporales
 - 3.3.4. El mantenimiento del empleo de los trabajadores fijos discontinuos
 - 3.3.5. Flexibilización del empleo en el sector agrario
 - 3.3.6. Otras medidas de mantenimiento del empleo
 - 3.3.6.1. Prórroga de los contratos del personal docente e investigador celebrado por las universidades
 - 3.3.6.2. Prórroga de los contratos predoctorales para el personal de investigación en formación
 - 3.3.6.3. Prórroga de los contratos temporales de investigadores y personal del sistema nacional de salud
 - 3.4. Procedimiento sancionador
 - 3.5. Algunas particularidades en el sector público
 - 3.5.1. Medidas de apoyo a la investigación del covid-19
 - 3.5.2. Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de la protección de la salud
 - 3.5.3. Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de colectivos vulnerables
 - 3.5.4. Régimen de colaboración de los empleados públicos
 - 3.5.5. Personal en ejercicio de funciones sindicales y reincorporación por COVID-19
 - 3.6. Integración de las personas en situación de vulnerabilidad económica y social
 - 3.7. Prevención de la salud frente a contagios
4. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE ALARMA Y DERECHO DE EXCEPCION

El pasado 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma de conformidad con el art. cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de

crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, entrando en vigor en ese mismo momento de su publicación.

Esta situación tenía un único precedente, el del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Ambas circunstancias no resultan, sin embargo, comparables. La primera en el tiempo respondía al conflicto laboral ocasionado por el abandono de sus funciones a cargo de los controladores civiles de tránsito aéreo, y su finalidad era restablecer el derecho fundamental a la libertad de circulación y movimiento mediante la militarización de tales funciones bajo la dirección del Ejército del Aire; se trataba pues de una medida muy concreta y en un ámbito que, pese a su evidente relevancia, no producía una afectación generalizada en el día a día de la ciudadanía.

Ahora, en cambio, nos encontramos ante una situación inédita en nuestra historia constitucional reciente en la que se ven implicados muchos de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Es sabido que estos sólo pueden ser suspendidos durante la declaración de los estados de excepción y sitio, mientras que en el estado de alarma únicamente procedería, llegado el caso, cierta limitación. Y es que el estado de alarma aparece concebido en nuestra Constitución como un estado de emergencia despolitizado, lo que plantea incluso la conveniencia o no de su constitucionalización. En todo caso “el problema fundamental que plantea la declaración del estado de alarma es si sus efectos repercuten o no de algún modo sobre la propia vigencia de la Constitución, y más concretamente sobre los derechos de la persona”¹. Esto plantea el debate sobre su alcance, de forma que, en palabras de Aba Catoira no es “posible identificar limitación con suspensión, pues mientras la primera restringe de alguna forma las posibilidades de actuación que un derecho ofrece a su titular, la segunda impide el ejercicio del derecho en cualquiera de sus modalidades, por lo que ya no sólo restringe o limita sino que prohíbe”².

Ciertamente que el contexto en el que se ha debido adoptar esta medida ha excedido con mucho cualquier previsión o experiencia previa que permitiese actuar con suficientes certezas, no obstante lo cual los juristas no debemos renunciar al análisis de su adecuación al marco constitucional con la finalidad, al menos, de que las generaciones futuras que lamentablemente deban enfrentarse a algo parecido sí que cuenten con alguna orientación precedente.

Así, por un lado, debemos contemplar con cierta naturalidad el derecho de excepción toda vez que, en palabras de Álvarez Conde, “al ser el Estado de Derecho un Estado absolutamente normativizado, donde se regulan relaciones de normalidad, hay que suponer que el caso excepcional, el supuesto anormal, debe encontrarse también sometido a la correspondiente normatividad”³, lo que no obsta para que en evitación de ciertos riesgos a menudo consustanciales al poder público este haya de

1. Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019.
2. Aba Catoira, A.: “El estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 28, 2011.
3. Álvarez Conde, E.: *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990.

ser particularmente limitado en tales circunstancias, según precisa el propio autor. De este modo, aclara Torres del Moral⁴ los estados de excepción constituyen un mecanismo de defensa de la propia Constitución de tal forma que en ellos se establecen unas cautelas, unos tiempos y la necesaria intervención del Parlamento para evitar el abuso de poder, y en todo caso con la finalidad de, una vez superada la crisis, volver a la Constitución legítima, en definitiva, el derecho de excepción debe “protegerse frente a sí mismo”⁵.

A la fecha de redacción de este artículo son ya casi tres meses los de vigencia del estado de alarma al que han acompañado más de doscientas regulaciones en materias tales como: la propia declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria COVID-19 y sus prórrogas, la transición hacia una nueva normalidad, así como toda una serie de medidas de gestión de la crisis en materia de sanidad, seguridad, interior, tráfico y protección civil, transporte y movilidad, defensa, economía y otras medidas.

Esta cifra de por sí nos indica que la labor del ejecutivo ha venido condicionada semana a semana por realidades sanitarias y socioeconómicas en cierto modo imprevisibles y con arreglo a las cuales se han debido adoptar decisiones de amplia implicación: restricciones a la movilidad, a las manifestaciones y reuniones, a la libertad de empresa, al derecho a la educación, un insólito desarrollo del derecho al trabajo, la tutela de colectivos especialmente vulnerables, y en definitiva, una completa ordenación de la vida cotidiana de la ciudadanía.

Todas estas medidas se han dirigido principalmente a proteger los derechos a la vida, la integridad física y la salud, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Auto de 30 de abril de 2020. En palabras del Tribunal, “es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del COVID-19”.

No es objeto de este artículo, sin embargo, el análisis de en qué medida el derecho de excepción aplicado en nuestro país ha resultado ser exclusivamente limitativo o si ha producido una afectación más intensa en todos estos derechos. Quizá sencillamente tampoco sea el momento adecuado. A menudo los juristas tenemos la tentación de pretender dar respuestas rápidas a problemas lo suficientemente relevantes para ser examinados con el debido reposo. Sin embargo, en las páginas que siguen no renunciaremos a subrayar que el derecho excepcional laboral ha tenido como propósito último la tutela del derecho constitucional al trabajo, procurando garantizar su contenido al tiempo que respetaba otros habitualmente sometidos a conflicto con él como la libertad de empresa, o tan trascendentales como el derecho a la protección de la salud, la salvaguarda frente al desempleo o las situaciones de especial vulnerabilidad.

4. Torres del Moral, A.: *Principios de Derecho Constitucional, tomo I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010.

5. Cruz Villalón, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

Al mismo tiempo, y en el plano estrictamente laboral, resulta de interés discernir los aciertos y errores de la ingente regulación aprobada en la materia en tan poco tiempo con la finalidad de que una vez que, como esperamos, retornemos a la “Constitución legítima” hayamos adquirido unas enseñanzas importantes para mejorar nuestro mercado laboral y las condiciones de vida y trabajo de quienes lo ponen en marcha cada día.

Esta tarea no ha estado exenta de dificultad en la medida en que la propia excepcionalidad de los hechos ha provocado no solo una sobreproducción regulatoria sin parangón –y que no descartamos que prosiga, dejando este artículo necesariamente obsoleto en algunos aspectos–, sino frecuentes aclaraciones y rectificaciones de la propia normativa que se iba aprobando. Esperamos al menos que este trabajo sirva de apoyo y orientación para los operadores jurídicos y nos permita reflexionar en estos tiempos apresurados sobre la esencialidad de los derechos, aún en tiempos de pandemia.

2. DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA LABORAL DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

La normativa laboral que ha ido aprobándose por causa del COVID-19, sustentada en una serie de medidas de ajuste o flexibilidad interna que intervienen sobre el tiempo de trabajo, ha tenido como objetivo no sólo la protección y el mantenimiento del empleo, con el fin de evitar la destrucción de puestos de trabajo que auguraban las circunstancias, sino también una cierta agilización y flexibilización de los procedimientos necesarios para ello, en coordinación con las medidas preventivas y las decisiones que en materia sanitaria fuesen acordadas en cada momento por las autoridades competentes. Lo cierto es que hemos asistido a una producción normativa gubernamental sin precedentes en nuestra historia reciente, de lo cual da buena cuenta la guía COVID-19 elaborada por el BOE⁶. Más aún, si algo ha caracterizado este periodo es la ingente producción de guías, criterios de interpretación, recomendaciones, instrucciones, infografías o FAQs que, ante la oleada de decretos-leyes, en ocasiones no lo suficientemente explicitados y argumentados –valga como muestra la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, redactada en tres ocasiones y que aún continúa presentando importantes lagunas– han tratado de suplir las carencias fruto de la precipitación y falta de previsión en la propia aprobación de la norma.

No es quizá momento para ser excesivamente críticos con la labor normativa del ejecutivo ante una situación sin precedentes, ya que en el fondo de todas estas medidas excepcionales se encuentra el empeño de garantizar una cobertura económica a las personas trabajadoras, tanto autónomas como por cuenta ajena, así como el referido propósito de minorar la destrucción del empleo. Se trataba, a fin de cuentas,

6. Guía en permanente actualización disponible en https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355¬a=1&tab=2.

de tutelar el derecho al trabajo al mismo tiempo que se protegía el interés general de la salud de la ciudadanía en un contexto mudable semana a semana a tenor de los trágicos datos sanitarios de la pandemia.

Ciertamente que las implicaciones laborales futuras que tendrán las medidas adoptadas en el estado de alarma serán muchas y habrá tiempo de analizarlas; por el momento, este artículo pretende realizar una labor de sistematización en el plano laboral y, al mismo tiempo, ir dando cuenta de algunos de los problemas que se han planteado.

Para ello comenzaremos, en el presente apartado, por una somera exposición cronológica del caudal regulativo desarrollado en el marco del denominado derecho de excepción, centrándonos exclusivamente en aquellas regulaciones que han tenido repercusión en el ámbito laboral y en los derechos de las personas trabajadoras. Para ello incluiremos no sólo las diferentes normas aprobadas, sino también todas aquellas recomendaciones e interpretaciones que se han ido publicando por los distintos organismos públicos, y que creemos aportan una visión más completa.

- Guía del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de 4 de marzo, para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus⁷.

La guía anticipa el desarrollo legislativo posterior y puede decirse que prepara el escenario, facilitando a empresas y personas trabajadoras la información mínima necesaria en relación con las diferentes situaciones en las que puedan encontrarse en esta crisis.

Así, en primer lugar, se aborda el tema de la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud indicando los supuestos en los que procede la paralización de la actividad por decisión de la empresa, o de las personas trabajadoras, así como las medidas preventivas a adoptar.

En segundo lugar, se recuerdan los preceptos de la normativa laboral que permiten adoptar el teletrabajo como medida organizativa, además de los mecanismos para suspender la actividad, con o sin expediente de regulación de empleo.

Por último, se señala que en todo caso se estará a lo previsto en Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, en su artículo 24.2.b), a propósito de la declaración de una zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil y la consideración de situación de fuerza mayor respecto de las extinciones y suspensiones de los contratos de trabajo, las reducciones temporales de la jornada que tengan su causa directa en la emergencia, así como en las pérdidas de actividad directamente derivadas de la misma que queden debidamente acreditadas.

- Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

7. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Gua_Definitiva.pdf (consulta 15/04/2020).

En él se adoptan una serie de medidas “para responder al impacto económico negativo que se está produciendo en el ámbito sanitario, en el sector turístico, y sobre las personas afectadas por las medidas de contención adoptadas por las autoridades competentes, así como prevenir un mayor impacto económico negativo sobre las PYMES y autónomos. En concreto, las medidas adoptadas se orientan a reforzar el sistema de salud pública, apoyar a las personas trabajadoras y familias más vulnerables afectadas por la situación excepcional y extraordinaria, garantizar la liquidez de las empresas del sector turístico y apoyar la financiación de las pequeñas y medianas empresas y autónomos”. En el ámbito laboral cabe destacar el apoyo al sector turístico a través del establecimiento de líneas de financiación y la anticipación y ampliación de las bonificaciones en seguridad social durante los meses de febrero a junio de los trabajadores fijos discontinuos.

- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo).

El decreto, en vigor desde el 14 de marzo, y por una duración de quince días, afecta a todo el territorio nacional. Han sido convalidadas en el Congreso, en el momento en que se elabora este artículo, seis prórrogas más de quince días⁸, siendo por tanto su finalización hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, en la fecha de redacción de este artículo, si bien no es descartable que existan nuevas prórrogas.

En él se introducen toda una serie de medidas con el fin de hacer frente a la crisis sanitaria que tendrán efectos inmediatos muy importantes sobre el empleo. Así, cabe destacar dos artículos que afectarán de pleno a las personas trabajadoras:

Por un lado –aunque indirectamente–, el art. 9 suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, de forma que aquellas personas con menores escolarizados se encontraron con el problema inmediato de que debían atenderlos en casa y procurar su seguimiento escolar mediante la enseñanza *on-line*. Y aunque nuestro ordenamiento jurídico laboral ya contaba con una serie de medidas para afrontar la conciliación de la vida familiar y laboral, no podemos perder de vista que se trata en su mayor parte de derechos no retribuidos (reducciones

8. Las prórrogas, sometidas a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se han adoptado en: Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, Real Decreto 514/2020, de 08 de mayo, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo y Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. Como se indica en este último: “Las dos últimas prórrogas autorizadas por el Congreso de los Diputados se han enmarcado en el proceso de desescalada que, en el contexto propuesto por la Comunicación «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el pasado 15 de abril por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, inició el Gobierno de España, al igual que distintos Estados miembros, con la aprobación, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, del Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19”.

de jornadas o excedencias) sometidos a unas particularidades específicas y que no parecen dar respuesta a esta situación excepcional.

De manera directa, el art. 10 suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los relacionados con las necesidades básicas, así como actividades o establecimientos que a juicio de la autoridad competente puedan suponer un riesgo de contagio (art. 10.1). Se suspende también la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos y las prácticas deportivas y de ocio indicadas en el anexo, donde se relacionan los equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida (art. 10.3). También se suspenden las de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio (art. 10.4). Cabe añadir que las comunidades autónomas han ampliado el cierre al público de otros centros añadidos a los contemplados en el decreto. Ello supone, en definitiva, que la relación laboral de todas las personas trabajadoras ocupadas en estos ámbitos queda inmediatamente suspendida. Al mismo tiempo, en virtud del art. 14, determinadas empresas se ven obligadas a reducir sus actividades, como los servicios de transportes de viajeros, lo que necesariamente determinará durante este periodo un excedente importante de personal para tales empresas.

El decreto fue modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que amplía la limitación de la libertad de circulación y limita la actividad de peluquería a los servicios a domicilio.

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo).

En él se introducen toda una serie de medidas económicas y sociales con el objetivo de mitigar “un impacto económico prolongado más allá de la crisis sanitaria”, dando para ello prioridad a la protección de las familias, autónomos y empresas más directamente afectadas. Los mandatos que se adoptan se dirigen, en términos generales, a reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; a apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y a reforzar la lucha contra la enfermedad.

Así, centrándonos en el ámbito laboral, en el capítulo I se introduce la necesidad de priorizar aquellos sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Además se adoptan algunas otras para favorecer la conciliación, mediante el derecho de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes por las circunstancias excepcionales –relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19–, a acceder a la adaptación

o reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario.

Por su parte, el capítulo II establece las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, son los expedientes de regulación temporal de empleo, comúnmente denominados ERTes, por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, CETOP).

En el caso de los ERTes por fuerza mayor se establece una exoneración de cuotas de seguridad social de la parte empresarial del cien por cien vinculada directamente con el compromiso del mantenimiento del empleo en los seis meses siguientes a su finalización.

Las medidas que aquí se adoptan mantendrán la vigencia durante el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la norma, sin perjuicio de que, previa evaluación de la situación, se pueda prorrogar su duración por el Gobierno a través de decreto-ley. Aquellas medidas que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.

- Guía del Ministerio de Trabajo y Economía social, de 17 de marzo, sobre medidas laborales excepcionales contra el COVID-19 aprobadas por el Decreto-ley 8/2020⁹.

La guía presenta un resumen de las medidas adoptadas en el decreto-ley 8/2020 dirigido a la población general.

- Criterio DGE-SGON-8IIbis CRA, de 19 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación Normativa a las Autoridades laborales de las Comunidades Autónomas sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19¹⁰.

Mediante oficio se da traslado a las autoridades laborales de las comunidades autónomas sobre los criterios comunes de aplicación de la Dirección General de Trabajo a la hora de resolver los ERTes por fuerza mayor.

- Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE de 28 de marzo).

La norma establece, en primer lugar, la consideración de servicios que resultan esenciales para atender las necesidades sanitarias y sociales como son los hospitales, los ambulatorios y las residencias de personas mayores, entre otros, ya sean de titularidad pública o privada. Estos centros están llamados a prestar un servicio básico en un contexto de emergencia de salud pública y social, de manera que, como servicios esenciales, no podrán tramitar un ERTE.

9. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/contacto_ministerio/Guia_adicional-RDLEY-8-2020.pdf (consulta 15/04/2020).

10. Disponible en <https://www.ibermutua.es/wp-content/uploads/2020/03/DOC-01-Criterio-DGT-sobre-expedientes-temporales-002.pdf> (consulta 17/04/2020).

Al mismo tiempo se complementan y detallan algunas de las medidas previstas en el RD Ley 8/2020:

- ▶ La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido
 - ▶ Se interrumpe el cómputo de la duración de los contratos temporales que, ante la suspensión de la actividad económica, no pueden alcanzar el objeto para el que fueron suscritos.
 - ▶ Se aclara el límite temporal de las resoluciones tácitas recaídas en los ERTE solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio positivo no puede suponer una duración máxima diferente de la aplicable a las resoluciones expresas, que se circunscriben a la vigencia del estado de alarma, así como de sus posibles prórrogas.
 - ▶ Se introduce un régimen sancionador para las solicitudes presentadas por las empresas que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados, así como para aquellas que soliciten medidas en relación al empleo que no resulten necesarias o no tengan conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.
- Criterio del Área de Coordinación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 27 de marzo, sobre pautas de actuación a las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en los expedientes temporales de regulación de empleo tramitados por el COVID-19¹¹.
- El documento, complementario al elaborado por la Dirección General de Trabajo y dirigido a las autoridades laborales de las comunidades autónomas, establece una serie de pautas de actuación para las Inspecciones Provinciales de forma que estas actúen homogéneamente en todo el territorio nacional, no sólo a la hora de valorar la fuerza mayor temporal, sino en la constatación de que no exista fraude, bien porque no se haya producido un cese real de la actividad, bien porque se incluyan trabajadores que no deberían estar, o bien por otra causa. Para ello se incorporan criterios en los diferentes sectores de la actividad económica: sector primario, sector industrial, sector de la construcción, sector servicios, además de supuestos específicos.
- Criterio DGE-SGON-841 CRA, de 28 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación Normativa a las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por Covid-19 (continuación del de 19 de marzo)¹².

11. Disponible en <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/INFORME%20Pautas%20EITSS%20ERTES%20COVID-19.pdf> (consulta 17/04/2020).

12. Disponible en <https://www.escura.com/wp-content/uploads/2020/03/Ampliacion-Criterio-Interpretativo-DG-de-Trabajo-sobre-ERTE-de-fuerza-mayor.pdf> (consulta 17/04/2020).

Mediante oficio se da traslado a las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas del criterio de la Dirección General de Trabajo sobre la consideración de la fuerza mayor temporal descrita en el art. 22.1 del RD Ley 8/2020, o la ampliación del plazo para resolver los procedimientos por fuerza mayor temporal, entre otras cuestiones.

- Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE de 29 de marzo).

Se adopta un permiso retribuido recuperable para los trabajadores por cuenta ajena, tanto del sector público como privado, con la finalidad de controlar la propagación del virus y evitar la saturación de las UCIs, partiendo de la premisa de que la actividad laboral es la que genera la mayoría de los desplazamientos. Así, con el fin de reducirla y limitarla al máximo, se adopta este permiso para aquellos que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tal en el anexo de dicho decreto. El permiso tiene carácter obligatorio y está limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos). Se exceptúan de su aplicación las personas trabajadoras que tengan su contrato suspendido durante el periodo indicado y aquellas que puedan continuar prestando servicios a distancia.

- Orden SND/307/2020, de 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo (BOE de 30 de marzo).

La Orden aclara algunos extremos del RD Ley 10/2020. Así, las personas trabajadoras por cuenta propia quedan fuera de su ámbito de aplicación, puesto que no podría hacerse efectiva ni la contraprestación económica ni la recuperación de horas, de manera que aquellos autónomos que desarrollan actividades que no se hayan visto suspendidas por las medidas de contención previstas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el resto de normas que lo desarrollan, pueden continuar prestando sus servicios normalmente. También se aclara que la actividad sindical y la actividad de las asociaciones empresariales ha de mantenerse inalterada y no puede verse afectada por las restricciones a la movilidad y circulación de las personas. Por último, para aquellas empresas donde se establezca un mínimo de plantilla con el fin de mantener la actividad indispensable se facilita un modelo de declaración responsable en el que se indique que la persona trabajadora portadora del mismo puede continuar realizando desplazamientos a su lugar de trabajo.

- Criterio DGE-SGON-849 CRA, de 31 de marzo, de la Dirección General de Trabajo, Subdirección General de Ordenación Normativa¹³.

13. Disponible en <https://umivale.es/dam/jcr:e281be97-592e-4e57-9f0c-fe95bd2e98bb/Criterio%20DGT%2031%2003%202020.pdf> (consulta 17/04/2020).

A la pregunta sobre qué medidas pueden aplicar las empresas que se han visto obligadas a interrumpir su actividad o paralizar su producción al mínimo indispensable durante el período del 30 de marzo al 9 de abril, como consecuencia de la entrada en vigor del RD Ley 10/2020, se responde que podrán adoptarse cuantas satisfagan adecuada y suficientemente dicha restricción de movimientos por las personas trabajadoras, siempre que concurren las circunstancias y requisitos que justifican su uso y con arreglo a las limitaciones y exigencias legales previstas en cada caso. De todos modos, si no fuese posible su aplicación, o si resultasen insuficientes, y respecto de las actividades no esenciales, deberá aplicarse el permiso retribuido recuperable.

- Instrucción 2/2020 de la Dirección del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 31 de marzo, sobre actuaciones inspectoras urgentes para la comprobación del cumplimiento del Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19¹⁴.

Se establecen una serie de actuaciones con el objeto de comprobar las denuncias por el incumplimiento del RD Ley 10/2020 en cuanto a la orden de paralización de la actividad.

- Informe de la Abogacía del Estado, ref. 429/2020, de 3 de abril¹⁵.
Considera ajustada a derecho la posibilidad, al amparo del art. 23 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, de 1 de octubre, en adelante LPAC, de ampliar a 10 días el plazo máximo para resolver previsto en el art. 22.5 del RD Ley 8/2020, siempre que se verifiquen los requisitos formales y de motivación.
- Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE de 8 de abril).
La norma tiene por objeto, entre otras cuestiones, favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario mediante el establecimiento de medidas extraordinarias de flexibilización del empleo, de carácter social y laboral, necesarias para asegurar el mantenimiento de la actividad agraria.
- Criterio DGT-SGON-863CRA, de 7 de abril, de la Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social¹⁶.
Se pronuncia sobre la aplicación del art. 5 del RD Ley 9/2020 respecto de los contratos temporales en los que decae la causa o desaparece su objeto a lo largo de la vigencia del ERTE, señalando que el cómputo se interrumpe durante

14. Disponible en https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Instruccion_2_2020%20pdf.pdf (consulta 17/04/2020).

15. Disponible en http://www.consultor.com/archivos/ultimahora/ABOGACIA_ESTADO_INFORME_AMPLIACION_PLAZO_MAXIMO_RESOLVER_ARTICULO_22_REAL_DECRETO_LEY_8_2020.pdf (consulta 17/04/2020).

16. Disponible en https://www.fempa.es/usuario/documentos/20200408172156_Aclaracion%2520respuesta%-2520DGT.pdf (consulta 17/04/2020).

el periodo de suspensión y se restablece una vez que la misma concluye, permitiendo compatibilizar así la preservación del empleo con la reanudación de la actividad de la empresa. Excepciona de esta regla aquellos casos en que, en el periodo de suspensión o tras la reanudación de la actividad, y durante el periodo “prorrogado” o ampliado concurriese alguna causa que “haga decaer el objeto del contrato”, esto es, que le ponga fin de manera válida y objetiva, considerando plenamente eficaz la extinción del mismo de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) 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, en adelante ET.

En cuanto al mantenimiento del empleo contenido en la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020, considera que el compromiso de su conservación durante los seis meses posteriores a la finalización del ERTE ha de ser del cien por cien de los trabajadores afectados, sin que se tenga por incumplido cuando el contrato se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, y en el caso de contratos temporales, cuando se extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto.

- Guía de buenas prácticas en los centros de trabajo, Ministerio de Sanidad, de 11 de abril de 2020¹⁷.

El Ministerio de Sanidad edita una guía en la que se establecen pautas de actuación para evitar contagios en el ámbito laboral.

- Criterio DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril, de la Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social¹⁸.

Nuevamente, respecto del ámbito de aplicación del RD Ley 10/2020, responde que las empresas podrán adoptar cualesquiera medidas de las previstas legalmente que garanticen suficientemente el objetivo pretendido por la norma, incluido el permiso retribuido recuperable, con las únicas excepciones referidas al mantenimiento de las denominadas actividades de carácter esencial.

En cuanto al alcance de la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020, las empresas deberán comprometerse a mantener el empleo, durante los seis meses posteriores, del cien por cien de los trabajadores afectados por la suspensión o la reducción, salvo por aquellos motivos que resulten ajenos a la voluntad del empresario o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el art. 49.1.c), teniendo en cuenta, no obstante, lo recogido en el art. 5 del RD Ley 9/2020 a propósito de la extensión del periodo suspendido, debiendo en caso contrario reintegrarse las cuotas dejadas de ingresar.

17. Disponible en <http://www.consultor.com/archivos/ultimahora/GUIACENTROSTRABAJOCOV19b.pdf> (consulta 17/04/2020).

18. Disponible en <http://ae.asesorexcelente.es/11042020.pdf> (consulta 17/04/2020).

- Orden SND/340/2020, de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID-19 para personas no relacionadas con dicha actividad (BOE de 12 de abril).

La orden, dictada por el Ministerio de Sanidad, a fin de evitar contagios, procede a suspender la actividad de las obras que supongan una intervención en edificios en los que se hallen personas no relacionadas con la ejecución de las mismas, manteniendo su vigencia hasta la finalización del estado de alarma o hasta que existan circunstancias que justifiquen la aprobación de una nueva orden que modifique los términos de la presente.

- Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE de 22 de abril).

El contenido de la norma refuerza la financiación empresarial, adoptando medidas fiscales y otras para “facilitar el ajuste económico”. Además introduce algunas medidas en el ámbito laboral, entre las que cabe destacar la prórroga por dos meses de la preferencia del trabajo a distancia, así como de los derechos de adaptación/reducción de la jornada (ahora denominado Plan MECUIDA); la modificación del concepto de fuerza mayor para posibilitar la realización de ERTE en actividades consideradas como esenciales; así como la prórroga de los contratos predoctorales para el personal investigador en formación.

- Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE de 29 abril).

La norma aspira a “procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produzca el levantamiento de la suspensión”. En el ámbito procesal laboral se introducen algunas medidas específicas como la tramitación de la impugnación de ERTE *ex art. 23 RD Ley 8/2020*, o la tramitación preferente de determinados procedimientos como los despidos o extinciones de contrato; los derivados del procedimiento para declarar el deber y forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido recuperable *ex RD Ley 10/2020*; los procedimientos por aplicación del plan MECUIDA *ex art. 6 RD Ley 8/2020*; los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los ERTE *ex arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020*; y los que se sustancien para hacer efectiva la modalidad de trabajo a distancia o la adecuación de las condiciones de trabajo previstas en el art. 5 *RD Ley 8/2020*.

- Plan para la transición hacia una nueva normalidad, 28 de abril de 2020, elaborado por el Ministerio de Sanidad¹⁹.

Su objetivo fundamental pasa por “conseguir que, manteniendo como referencia la protección de la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y

19. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Documents/2020/03052020_Desescalada.pdf (consulta 09/05/2020).

la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar. Es decir, la máxima seguridad sanitaria combinable con la recuperación del bienestar social y económico". En lo que respecta a los aspectos económicos, se subordina la reactivación de la economía a los principios de "coordinación, prevención, prudencia, proporcionalidad, y seguimiento y monitorización" de manera que se plantean dos horizontes temporales, a corto y medio plazo, dependiendo de la evolución de los indicadores sanitarios, y en paralelo a la activación de la movilidad personal. En el anexo II del Plan se establece una previsión orientativa para el levantamiento de las limitaciones de ámbito nacional establecidas en el estado de alarma, en función de las fases de transición.

- Criterio DGT-SGON-927 CRA, de 1 de mayo, Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, sobre la aplicación de las medidas de suspensión y reducción de jornada durante la fase de desconfinamiento del estado de alarma²⁰.

Se aclara que las empresas que estuviesen aplicando medidas de suspensión o reducción de jornada puedan "renunciar a las mismas, de manera total o parcial, respecto de parte o la totalidad de la plantilla, y de forma progresiva según vayan desapareciendo las razones vinculadas a la fuerza mayor". Del mismo modo "será posible alterar la medida suspensiva inicialmente planteada y facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y permitirán atender a la paulatinamente creciente oferta y demanda de productos y servicios de las empresas".

- Criterio DGT-DGT-SGON-919 CRA, de 4 de mayo, Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social²¹.

Este criterio nuevamente se pronuncia sobre la aplicación de la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020, aclarando, en primer lugar, que el mantenimiento del empleo debe considerarse nominativo, referido a los trabajadores afectados, no siendo posible sustituir a un trabajador por otro en el mismo puesto.

Respecto a cómo afectaría el mantenimiento del empleo a un empresario individual que tiene reconocido un ERTE de fuerza mayor y que se jubilara, bien durante su vigencia o a la finalización del mismo, se responde que la extinción de los contratos podría entenderse inicialmente no incluida en el ámbito de aplicación del referido artículo, si bien, llegada la jubilación, si se continuase la actividad produciéndose la subrogación sería el nuevo titular que ocupa la

20. Disponible en http://www.ugtcatlunya.cat/FESMC/download/%C3%80rees/covid-19/CRITERIO_INTERPRETATIVO_DGT_ERTE_DURANTE_EL_DESCONFINAMIENTO.pdf (consulta 09/05/2020).

21. Disponible en http://www.femz.es/wp-content/uploads/Criterio-DGT-Disp.Ad_6%C2%AA-RDL-8-2020.pdf (consulta 09/05/2020).

posición de empresario al que corresponde cumplir el compromiso de mantenimiento del empleo conforme a lo previsto en la Disposición adicional sexta.

- Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 13 mayo).

Se trata de la primera norma de excepción fruto del diálogo social y el acuerdo alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno, que introduce una serie de medidas que pretenden “dar una respuesta adecuada para que las empresas adopten los ajustes dinámicos necesarios que les permitan transitar hasta un escenario de ‘nueva normalidad’, salvaguardar el empleo y proteger especialmente a las personas trabajadoras”.

Al efecto, resumidamente, se prorroga la duración de los ERTes por fuerza mayor hasta el 30 de junio de 2020; se introduce un nuevo concepto de fuerza mayor parcial para aquellas afectadas por la misma pero de tal forma que las causas que la provocaron permitan la recuperación parcial de su actividad; se posibilita que se pueda iniciar el tránsito a un ERTE por CETOP mientras está vigente el ERTE por fuerza mayor (art. 2); se incluye un sistema específico de exoneración de cuotas, en los meses de mayo y junio, para estas empresas en fuerza mayor parcial; se prohíbe que las empresas con domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales puedan acogerse a estos ERTes y del mismo modo se establece la imposibilidad para las empresas que los adopten de repartir dividendos en el ejercicio fiscal, salvo en determinados supuestos (art. 5).

En cuanto a su vigencia, se mantendrá durante el estado de alarma y sus posibles prórrogas a excepción de los arts. 2 y 5, que la prevén hasta el 30 de junio de 2020.

- Criterio DGE-SGON-929 CRA, de 22 de mayo, de la Dirección General de Trabajo, Subdirección General de Ordenación Normativa²².

Aclara el art. 23 RD Ley 8/2020 sobre la constitución de la comisión representativa en los ERTE por CETOP derivados del COVID-19 señalando que habrá que acudir a dicha comisión en “aquellos supuestos en los que en la empresa, unidad de imputación subjetiva a la que se refiere el artículo, no existe representación de las personas trabajadoras en ninguno de sus centros de trabajo”.

- Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE de 27 de mayo).

La norma completa otras publicadas anteriormente para paliar los efectos del COVID-19 en los ámbitos agrario, científico, económico, laboral y de la Seguridad Social y tributario. Concretamente, en lo que al empleo se refiere, se prorrogan hasta el 30 de septiembre las medidas adoptadas en materia de empleo agrario en el RD Ley 13/2020; al mismo tiempo se reconoce a los jóvenes extranjeros

22. Disponible en <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6669532681719574528/> (consulta 22/05/2020).

contratados para estas concretas labores agrarias el acceso a una autorización de trabajo y residencia por dos años de duración sin limitaciones de actividad, válida para todo el territorio nacional y sin que se aplique la situación nacional de empleo; por último se modifica el art. 33 ET incluyendo una regulación específica sobre el silencio administrativo en los procedimientos de garantía salarial para evitar que personas que en ningún caso puedan ser beneficiarias obtengan este tipo de prestaciones así como evitar que los solicitantes puedan percibir cantidades por encima de los límites máximos previstos en la ley.

- Oficios DGT-SGON-726PGG²³, DGT-SGON-733PGG²⁴ de 27 de mayo y DGT-SGON-962 CRA²⁵, de 28 de mayo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, Dirección General de Trabajo.

Se pronuncian en relación con el nuevo concepto de fuerza mayor recogido en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo. Así, en primer lugar aclaran, en cuanto a la fuerza mayor total, que se encontrarán en dicha situación las empresas que continúen aplicando la suspensión o reducción autorizada en la medida en que las causas previstas inicialmente impidan a aquellas recuperar su actividad. En cuanto a la fuerza mayor parcial, se considera que ésta no actúa de forma automática sino en la medida en que las causas del art. 22 RD Ley 8/2020 permitan parcialmente el inicio de la actividad y se hubiese desafectado a algún trabajador, tanto con carácter previo como posterior al 13 de mayo. De esta forma será la empresa la que valore el grado de reincorporación a la actividad, con independencia de que la fase concreta contemple la posibilidad. Por último se interpreta que la norma permite la posibilidad de desafectar y volver a afectar nuevamente a los trabajadores incluidos en el ERTE.

- Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 1 de junio).

Con apoyo en el mandato del art. 41 CE se introduce el denominado “ingreso mínimo vital”, en adelante IMV, que como expresa su preámbulo, está destinado a corregir la situación de pobreza y desigualdad así como el aumento de la fragilidad económica y social por causa del COVID-19 y el estado de alarma. Pretende asegurar un mínimo nivel de rentas a todas las personas en situación de vulnerabilidad integrándolas de nuevo en la vida social y económica y garantizando así la igualdad efectiva y la participación de toda la ciudadanía.

3. LAS MATERIAS AFECTADAS POR EL DERECHO DE EXCEPCIÓN LABORAL

Una vez que hemos expuesto la regulación aprobada en orden cronológico, en el presente apartado procederemos a sistematizar por materias todas aquellas que se han

23. Disponible en <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/DGT-SGON-726PGG.pdf>.

24. Disponible en <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/DGT-SGON-733PGG.pdf>.

25. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/0.pdf>.

visto afectadas dentro el ámbito laboral a consecuencia de ese desarrollo normativo, haciendo hincapié en que no serán objeto de análisis las conexas relacionadas con la Seguridad Social. Partimos de cinco bloques que abordarán respectivamente las medidas adoptadas para flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras, las de flexibilidad interna para las empresas, las de fomento del empleo, las sancionadoras y por último, las particularidades que afectan al empleo público.

3.1. Medidas destinadas a flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras

Si hay una cuestión que ha golpeado de nuevo con rotundidad esta crisis sanitaria es el eterno problema del cuidado y de la conciliación de las personas trabajadoras, un derecho básico y fundamental que debe ser incorporado a nuestra Constitución como garantía de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como del libre desarrollo de la personalidad²⁶. La cancelación de las clases presenciales de los menores junto con el riesgo de contagio de los abuelos ha puesto en el punto de mira algunas carencias de nuestro estado de bienestar en el que el cuidado sigue siendo una cuestión del ámbito estrictamente privado. La brecha de género se agranda durante el COVID-19 como a continuación veremos, ya que la configuración de estos derechos no favorece a la mitad de la población, esto es, las mujeres.

3.1.1. El trabajo a distancia

Esta modalidad de prestación de servicios, que se caracteriza por realizarse de manera preponderante en el domicilio de la persona trabajadora, o en el lugar libremente elegido por ésta, se encuentra regulada con carácter general en el art. 13 ET, precepto que básicamente se limita a reconocer los mismos derechos que para los que prestan sus servicios de manera presencial. Aunque el ET no hace referencia alguna, se ha considerado como uno de los mecanismos legales previstos para facilitar la conciliación, si bien se trataba de una modalidad muy poco arraigada en nuestro país²⁷, dada la fuerte cultura empresarial del presentismo. La crisis sanitaria del COVID-19 ha alterado por completo esta realidad, de forma que una gran parte de los trabajadores del sector servicios, así como los de la Administración Pública, desde la declaración del estado de alarma han comenzado de manera inmediata a trabajar en sus domicilios, en un fenó-

26. Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, Comares, Granada, 2018.

27. Según las estadísticas de Eurostat, en 2018 en España sólo un 4,3% de los trabajadores se conecta a distancia para desempeñar su trabajo, porcentajes mínimos y ligeramente más bajos que los países europeos. Disponible en <https://www.expansion.com/economia/2020/03/10/5e676cd4e5fdea36358b45d9.html> (consulta 20/04/2020). Las últimas cifras disponibles son de un estudio elaborado por Adecco en el cuarto trimestre de 2019, momento en el que, con un 7,9% sobre el total de ocupados, se alcanzó el máximo histórico de teletrabajo. Disponible en <https://www.adecco.institute.es/informes/monitor-adecco-de-oportunidades-y-satisfaccion-en-el-empleo-ii-teletrabajo/> (consulta 20/04/2020).

meno que sorprende por su amplitud e inmediatez, de forma que, en palabras de Cruz Villalón, “constituye el cambio de organización del trabajo y de actividad empresarial más intenso y rápido que se ha producido de todas las transformaciones conocidas en la historia del trabajo”²⁸.

Así, el RD Ley 8/2020, de 18 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introduce en su preámbulo la preferencia de este sistema de organización “con el fin de ejecutar las medidas de contención y al mismo tiempo garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales”, priorizando para ello “sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible”²⁹. Como podemos ver la motivación última de esta medida no tiene tanto que ver con la conciliación cuanto con las circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia.

Concretamente, en el art. 5 se establece su carácter “preferente y prioritario” frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, siempre que la empresa pueda adoptar las medidas oportunas, si ello es técnica y razonablemente posible, y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Además, se regula que, en materia de evaluación y prevención de riesgos laborales, con el objetivo de facilitar su ejercicio en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que esta modalidad no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación recogida el art. 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora. Estas medidas preventivas vendrán determinadas por el resultado del autochequeo o *check-list*³⁰, de manera que para cada respuesta la empresa deberá asignar una medida específica encaminada a resolver la cuestión planteada.

En cuanto a la duración de esta modalidad de trabajo, el RD Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, ahora “con el objetivo de garantizar la protección de las personas trabajadoras y seguir atendiendo sus necesidades de conciliación”, en su art. 15 la prorroga durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo

28. Cruz Villalón, J.: “Del coronavirus al contagio del teletrabajo”, *Nueva Tribuna*, 20/03/20, disponible: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/coronavirus-confinamiento-teletrabajo-covid19-oms-salud/20200320232306172385.html> (consulta 20/04/2020).

29. Así, la exposición de motivos del decreto-ley 8/2020 señala que para posibilitar el trabajo a distancia: “(...) se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable y se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para PYMES dentro del programa ACELERA PYME de la empresa pública RED.ES”. Sin embargo, consultando la web de dicho programa, disponible en: <https://acelerapyme.gob.es/soluciones-tecnologicas/teletrabajo> (consulta 20/04/2020) sólo encontramos una relación de proveedores tecnológicos.

30. Con el fin de realizar esta autoevaluación el Ministerio de Trabajo y Economía Social elaboró un borrador de cuestionario que aún no está publicado como anexo del citado Real Decreto, por tanto, no figura entre la documentación oficial facilitada por los ministerios afectados por el Covid-19, si bien los servicios de prevención externos lo han adoptado a fin de que las empresas puedan dar cumplimiento.

primero de la Disposición final décima del RD Ley 8/2020, modificado por la Disposición final 1.17 del RD Ley 11/2020. Ello supone que, si el estado de alarma finalizase el 7 de junio, de acuerdo con la prórroga vigente en el momento de redactar este artículo, la duración sería hasta el 7 de septiembre de 2020. No obstante, también se establece que, en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno.

Nada más se ha concretado respecto de esta modalidad de trabajo a distancia, por lo que son muchas las dudas que se generan en cuanto a su aplicación.

Por ejemplo, las que se plantean acerca del derecho a la desconexión digital, íntimamente ligado con el teletrabajo y necesario para velar por la salud y la conciliación de esta clase de trabajadores digitales. Recordemos que el art. 88. 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDyGDD), hace hincapié en que “se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia”. Es por ello que podría haberse aprovechado la ocasión para recordar, junto con la autoevaluación de riesgos, la obligación de las empresas de elaborar una política interna en ese sentido, incluso concretar aquellos aspectos a los que alude el propio art. 88. 3. Tengamos en cuenta que el actual régimen de prevención de riesgos laborales está concebido de manera prácticamente exclusiva para las situaciones de presencialidad.

Tampoco se aclara cómo realizar el control horario en la modalidad de teletrabajo, máxime teniendo en cuenta que son muy pocos los convenios colectivos que se pronuncian acerca de tal aspecto, por lo que en todo caso deberá ser la empresa la que dicte instrucciones expresas al personal sobre la forma de realizar este control durante dicha modalidad poniendo los recursos necesarios. Si bien existe la obligación, no está tan claro cómo articular el registro, ya que muchas empresas no cuentan con sistemas digitales para realizarlo, y la privacidad de los trabajadores puede verse seriamente comprometida con la utilización de determinadas herramientas de geolocalización.

Por ello, teniendo en cuenta que tanto el derecho a la desconexión digital como el registro de la jornada constituyen instrumentos esenciales para el descanso, el bienestar y la protección de la salud de los trabajadores digitales a distancia³¹, el silencio de la norma no contribuye desde luego a su tutela, por no hablar de la inseguridad jurídica que para la empresa puede provocar.

En cuanto a quiénes deben facilitar el teletrabajo para hacerlo posible, tampoco aclara demasiado la norma más allá de recoger una relación de proveedores tecnológicos en una web a los que puede acudirse previo pago. Es de prever que en muchos casos los costes derivados del establecimiento del teletrabajo recaigan sobre el propio trabajador, quien deberá asumir gastos tales como los de las herramientas informáticas de las que ya dispone, el suministro eléctrico o la adecuación del espacio

31. Arrieta Idiákez, F.J.: “La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia”, *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.

en su vivienda. Teniendo en cuenta que apenas el 14% de las pequeñas y medianas empresas cuenta con planes de digitalización³², consideramos que deberían ser los poderes públicos quienes les facilitasen la implementación de las herramientas tecnológicas adecuadas.

Además de las lagunas que hemos señalado, cabe recordar la brecha de género que abre el teletrabajo en esta clase de situaciones ya que, como demuestran las estadísticas, siguen siendo las mujeres las que mayoritariamente continúan asumiendo la mayoría de las responsabilidades familiares, por lo que la presencia de los menores en casa durante el confinamiento posiblemente dificulte aún en mayor medida el trabajo de éstas. A todo ello habría que añadir el hecho de que en los hogares no siempre se dispone de espacios aislados y con las condiciones necesarias para trabajar.

En resumen, aunque los beneficios de esta modalidad de trabajo se han puesto de relieve en numerosos estudios, al favorecer no sólo la conciliación de las personas trabajadoras sino además incrementar la productividad de las empresas, también se ha advertido de sus efectos perversos, efectos que posiblemente puedan verse potenciados en estos momentos. Y es que las precipitadas circunstancias en las que se ha adoptado -recordemos que no se trata de una elección de la persona trabajadora, sino de una obligación impuesta por la normativa de excepción a las empresas como medida preferente frente al cese temporal o reducción de la actividad-, unido a la ausencia de regulación sobre algunos aspectos esenciales, pueden terminar por ensombrecer esta modalidad. Es por ello que, si finalmente se decide potenciar el teletrabajo más allá de la crisis sanitaria, el legislador debería adoptar medidas dirigidas a prevenir estos inconvenientes, así como introducir mayores garantías.

En este sentido, autores como Cruz Villalón³³ proponen que una eventual futura regulación del teletrabajo debe contemplar aspectos tales como la asunción por la empresa de los costes derivados de estas medidas, así como la potenciación de la negociación colectiva en este ámbito, toda vez que las formas de articulación del teletrabajo pueden ser muy diversas dependiendo de los distintos sectores y empresas, por lo que la vía del desarrollo en el convenio colectivo resultaría imprescindible para dotar al sistema de estabilidad, previsibilidad y una tutela adecuada.

Por otra parte, desde el comienzo de la desescalada son muchos los trabajadores que han visto cancelada por la empresa esta modalidad de prestación de servicios, pese a las recomendaciones de su mantenimiento en la Orden del Ministerio de Sanidad del 16 de mayo, que establece que “siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia”. Sin embargo hay que considerar que esta modalidad introducida durante el COVID-19 es una medida puesta a disposición de la empresa para su utilización prioritaria frente al cese de la actividad, no frente al trabajo presencial, donde, recordemos, deberán garantizarse todas las medidas de seguridad oportunas. Ahora

32. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/10/07/companias/1570458826_014704.html (consulta 01/05/2020).

33. Cruz Villalón, J: “Del coronavirus al contagio del teletrabajo”, ob. cit.

bien, sí cabría la posibilidad de que por las razones de cuidado previstas en el Plan MECUIDA, la persona trabajadora pudiese mantener el trabajo a distancia como una de las formas de adaptación previstas en art. 6 del RD Ley 8/2020.

Todo ello nos lleva a plantearnos si nos encontramos ante una realidad que ha llegado para quedarse, y que resultará imprescindible para la sociedad contemporánea, como sostiene Cruz Villalón³⁴, o bien ante una respuesta rápida y eficaz frente a unas circunstancias de una relevancia económica y social como no ha existido en nuestra historia reciente y cuya continuidad se encontraría estrechamente ligada a la pandemia. Tengamos en cuenta que el teletrabajo se opone a décadas de acendrado ‘presentismo’ en las organizaciones empresariales. Si se trata de una verdadera transformación social, o un mero ejemplo de adaptabilidad y supervivencia, lo dirá el tiempo, como tantas otras cosas.

3.1.2. *Derechos de adaptación y reducción de la jornada de trabajo, plan MECUIDA*

El art. 6 del RD Ley 8/2020 introduce un nuevo derecho de adaptación del horario y reducción de jornada para aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado, tanto del cónyuge o pareja de hecho como de familiares por consanguinidad hasta el segundo grado. Aunque se enuncia como un único derecho, al analizar su contenido nos encontramos ante tres derechos diferentes, tal y como se desprende de sus apartados segundo, tercero y cuarto. En este sentido, creemos que para subsanar esta deficiente técnica, el RD Ley 15/2020 modifica el título del precepto para pasar a denominarlo “Plan MECUIDA”³⁵.

Las condiciones generales de ejercicio se recogen en el apartado 1º del art. 6. Estos derechos podrán ejercerse cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del virus, esto es: (i) cuando la persona trabajadora deba atender de manera directa y personal a dichos familiares que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, y como consecuencia directa del COVID-19, necesiten cuidados; (ii) cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos; (iii) cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos del cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

Estamos ante derechos individuales para cada uno de los progenitores o cuidadores que, en la línea de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI), deberán llevarse a cabo de manera corresponsable a fin de evitar la perpetuación de roles de género.

34. Ob. cit.

35. En la guía del Ministerio de Trabajo y Economía social, de 17 de marzo sobre medidas laborales excepcionales contra el Covid-19 aprobadas por el Real Decreto-ley 8/2020 ya se denominaba a este precepto como “El Mecuida”.

En cuanto a su ejercicio, éste deberá ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que existan varios solicitantes, remitiendo los conflictos que pudieran generarse al art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), considerándose a todos los efectos ejercicio de derechos de conciliación.

Como ya advertíamos, el segundo apartado del art. 6 introduce el derecho a la adaptación de la jornada, muy similar al ya existente en el art. 34.8 ET, si bien los términos en los que se enuncia como un “derecho” a la adaptación resultan más garantistas que el “derecho a solicitar” la adaptación del controvertido art. 34.8 ET. Esta apreciación puede resultar reveladora de la voluntad de otorgar eficacia real a un determinado derecho por parte del poder político, que hasta el momento había estado en cuestión desde diversas instancias³⁶.

Su concreción inicial corresponderá a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, debiendo la solicitud estar justificada, ser razonable y proporcionada, considerándose tanto las necesidades concretas de cuidado como las de organización de la empresa, por lo que ambas partes deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo.

En cuanto a qué se entiende por adaptación de la jornada, ésta podrá referirse a la distribución del tiempo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo cuya alteración o ajuste permita dispensar la atención y el cuidado. A tal efecto se enumeran toda una serie de posibilidades como: “cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19”.

En el tercer apartado se regula el derecho a la reducción especial de la jornada de trabajo con la reducción proporcional del salario. Nada se aclara en cuanto a su adjetivación como “especial”. Al igual que ocurría en el anterior derecho de adaptación, encuentra bastantes similitudes con el regulado en el art. 37. 6 y 7 del ET, si bien en este caso sí se refiere al mismo expresamente para señalar que será de aplicación en las situaciones previstas en él³⁷, pero cuando concurren las circunstancias excepcionales del apartado primero del art. 6 del RD Ley 8/2020, de manera que esta reducción especial se regirá por lo establecido en el ET, así como por el resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las

36. Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, ob. cit., pp. 94-107.

37. El art. 37.6 ET establece diferentes supuestos por razones de guarda legal de menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, así como de cuidado de familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

personas que acceden a los derechos establecidos en estos preceptos, a excepción de algunas peculiaridades.

Así, en cuanto a las condiciones de ejercicio, la reducción deberá notificarse a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar hasta el cien por cien de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el artículo 37.6 ET, aunque dicha reducción deberá justificarse y ser razonable y proporcionada en atención a la situación de la empresa. Por último, se aclara que, para el supuesto de cuidado de familiar, no será necesario que éste no desempeñe actividad retribuida.

Para finalizar, el apartado cuarto establece un derecho a la novación de la adaptación o reducción existente, que posibilita a aquella persona trabajadora que ya se encontrase disfrutando de estos derechos, renunciar temporalmente o modificar los términos de su disfrute, siempre que concurren las circunstancias excepcionales descritas, aunque limitándose al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria, y en todo caso con la debida acreditación, justificación, razonabilidad de la petición, que se presumirá salvo prueba en contrario, debiéndose también observar las necesidades de organización de la empresa.

En cuanto a la duración de este elenco de derechos de conciliación “excepcionales”, al igual que en la modalidad de trabajo a distancia, y en virtud de lo dispuesto en el RD Ley 15/2020, se establece su prolongación hasta el 7 de septiembre de 2020. No obstante, en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno. Al mismo tiempo, como ya hemos dicho, el RD Ley 15/2020 modifica el título del art. 6 en la redacción dada por el RD Ley 8/2020 “Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada” pasando a denominarse “Plan MECUIDA”.

Aunque es de valorar el esfuerzo por incorporar estos derechos de conciliación en el derecho laboral de excepción, lo cierto es que su repercusión en la mejora de la vida de las personas trabajadoras no sólo va a ser prácticamente inexistente, sino que con toda probabilidad acabará pasando mayor factura a las mujeres, confirmando que el ejercicio de ciertas políticas de urgencia sin la necesaria perspectiva de género puede incrementar la indefensión de los colectivos más vulnerables. En el caso del derecho a la adaptación, como señala Rojo Torrecilla, “su recorrido será breve, al menos en el periodo álgido de la crisis, ya que parece que las empresas están optando por expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs) en forma de suspensiones contractuales y/o reducción de jornada”³⁸. Resulta claro que, ante la paralización casi total de la actividad económica, este derecho sólo podría ejercerse de manera residual por aquellos que se encuentren en activo, como son los trabajadores de los

38. Rojo Torrecilla, E.: “Un primer análisis de las medidas laborales contenidas en el RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”, 18/03/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html> (consulta 02/05/2020).

servicios considerados esenciales, cuya propia naturaleza, por otra parte, condiciona la adopción de este tipo de iniciativas.

En cuanto al derecho de reducción de jornada, tampoco “parece previsible que sea muy utilizada esta posibilidad”³⁹. Y es que la falta de una retribución aparejada no sólo lo convierte en ineficaz, sino que continúa relegando el “MECUIDA” al espacio privado, informal y por supuesto feminizado. El anuncio⁴⁰ por parte del Gobierno de una prestación extraordinaria de la Seguridad Social para compensar a todos aquellos que, ante el cierre de los colegios, tenían que hacerse cargo del cuidado de sus hijos, finalmente no se llevó a efecto. Por tanto, en aquellas empresas cuya actividad no ha tenido que cerrar obligatoriamente, aquellas personas trabajadoras con necesidades de cuidado que no puedan desarrollar sus tareas a distancia han pasado a engrosar los ERTes por CETOP. Y muchas de las que podrían reincorporarse a la actividad una vez pasados los peores momentos, seguramente continuarán en el desempleo hasta agotar el ERTE, incluso corren el riesgo de formar parte de un nuevo ERTE, o del despido una vez finalice el estado de alarma, puesto que no se prevé la vuelta al colegio y el soporte habitual de nuestro estado de bienestar, es decir, los abuelos, en estos momentos no puede asumir el cuidado por el riesgo de contagio. Es momento para reflexionar sobre la crisis de los cuidados en España y cómo estas circunstancias extraordinarias habrían sido un buen momento para afrontar la cuestión de los permisos parentales remunerados como ya sugiere la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, a fin de evitar que la falta de retribución durante el cuidado suponga que se siga cargando todo su peso sobre las mujeres⁴¹.

Para finalizar, hay que señalar que la tutela jurisdiccional tanto del ejercicio del trabajo a distancia como de los derechos comprendidos en el Plan MECUIDA tendrá carácter urgente y preferente a todos los efectos frente a cualquier otra clase de procedimientos, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, en virtud de lo establecido el art. 7 del RD Ley 16/2020.

3.2. Regulación de los mecanismos de ajuste temporal de actividad

El RD Ley 8/2020 introduce una serie de medidas destinadas a apoyar la continuidad de la actividad productiva, al tiempo que la flexibilidad necesaria para el ajuste temporal de las relaciones de trabajo con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y

39. Ob. cit.

40. Disponible en https://www.abc.es/economia/abci-gobierno-prepara-ayuda-extraordinaria-padres-trabajadores-cuidado-hijos-202003110934_noticia.html (consulta 02/05/2020).

41. Considerando nº 26: “Los estudios demuestran que los Estados miembros que ofrecen una parte significativa del permiso parental a los padres y que abonan al trabajador una remuneración o prestación durante dicho permiso con una tasa de sustitución relativamente elevada, presentan un índice de aceptación más elevado por parte de los padres y una tendencia positiva en la tasa de empleo de las madres. Procede, por tanto, permitir que se mantengan estos sistemas siempre que cumplan determinados criterios mínimos, en lugar de prever el pago de una prestación económica durante el permiso de paternidad establecido en la presente Directiva”.

reforzar la protección de los trabajadores afectados. En este sentido, la norma contempla en su capítulo II las denominadas “medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”. Como recoge su preámbulo, “las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”.

Se contemplan para ello los siguientes mecanismos⁴²:

- La consideración de “fuerza mayor” derivada de las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada (art. 22).
- La agilización de la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo por CETOP (art. 23).

Por su parte, el RD Ley 9/2020 por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, en su art. 1 introduce ciertas restricciones a la tramitación de ERTes, ordenando el mantenimiento de la actividad en los centros, servicios y establecimientos sanitarios que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros de atención a personas mayores, dependientes o con discapacidad, con independencia de su titularidad pública o privada. Al considerarse estas actividades “servicios esenciales”, deberán mantenerse, pudiendo únicamente reducirlas o suspenderlas parcialmente en los términos que así lo permitan las autoridades competentes. El incumplimiento o la resistencia a tales órdenes es susceptible de sanción conforme al art. 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esta medida, aclara el preámbulo “busca garantizar el 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 dependientes”.

Además, el art. 4 del RD Ley 9/2020 incorpora una medida extraordinaria aplicable a las sociedades cooperativas para la adopción de acuerdos en los ERTes por fuerza

42. Ello se complementa con el refuerzo de la cobertura a los trabajadores afectados por un ERTE, posibilitando que todos tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario y, adicionalmente, que el periodo en ERTE durante el que estén percibiendo dicha prestación no les compute a efectos de consumir los periodos máximos legalmente establecidos. Y al mismo tiempo, con la exoneración del pago del 75% de la aportación empresarial a la Seguridad Social alcanzando dicha exoneración el 100 % de la cuota cuando se trate de empresas de menos de 50 trabajadores, siempre que éstas se comprometan a mantener el empleo, con el objetivo de aligerar los costes en los que incurren las empresas, en los casos de fuerza mayor. La norma recuerda que hasta ahora, “sólo en los casos en los que la fuerza mayor derive de acontecimientos catastróficos naturales que supongan la destrucción total o parcial de la empresa o centro de trabajo impidiendo la continuidad de la actividad el empresario se podría exonerar del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social”.

mayor o CETOP. Así, “cuando por falta de medios adecuados o suficientes la Asamblea General de las sociedades cooperativas no pueda ser convocada para su celebración a través de medios virtuales, el Consejo Rector asumirá la competencia para aprobar la suspensión total o parcial de la prestación de trabajo de sus socias y socios y emitirá la correspondiente certificación para su tramitación, en los términos previstos en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”.

Finalmente, en materia procesal, el RD Ley 16/2020 introduce en el orden jurisdiccional social el carácter urgente y preferente a todos los efectos, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, de los procedimientos para la impugnación individual o colectiva de los ERTes ex arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020.

3.2.1. *Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa de fuerza mayor*

El art. 22 del RDL 8/2020 introduce en su primer apartado la consideración de situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del art. 47 ET. Así, enumera una serie de situaciones en las que se podrá acudir a la suspensión o reducción de la jornada de las personas trabajadoras por esta causa cuando derive directamente de pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma:

- Las que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías. En este supuesto se incluyen aquellas empresas que se vean imposibilitadas de seguir prestando servicios –total o parcialmente– por las distintas medidas de contención incluidas en art. 10 y el anexo del decreto que aprueba el estado de alarma. Asimismo también aquellas que se hayan visto afectadas por las decisiones vinculadas con el COVID-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas, que se entienden ratificadas por la Disposición final primera del mismo decreto.
- La falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad.
- Situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditadas.
- En relación con aquellas actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de

jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad (supuesto introducido por la Disposición final octava del RD Ley 15/2020).

La causa de fuerza mayor que introduce el art. 22 del RD Ley 8/2020 ha sido objeto de diferentes interpretaciones y aclaraciones desde su inicio.

En primer lugar, el informe⁴³ de la Subdirección General de Ordenación Normativa dirigido a aclarar a las autoridades laborales de las comunidades autónomas la aplicación de este precepto conceptualiza la fuerza mayor como “un acaecimiento externo al círculo de la empresa, de carácter objetivo e independiente de la voluntad de esta respecto de las consecuencias que acarrea en orden a la prestación de trabajo, existiendo una desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la propia empresa”.

En cuanto a las causas que pueden generarla, el informe de ampliación⁴⁴ de la Subdirección General de Ordenación Normativa, aclara los tres requisitos que deberá satisfacer la fuerza mayor, sobre todo en aquellos supuestos “fronterizos” que a causa del COVID-19 van a traer consigo la pérdida de actividad:

- Su carácter inevitable sobre la actividad productiva, con desconexión entre el evento del que trae su causa la falta de actividad y el área de actuación de la propia empresa.
- La imposibilidad objetiva de seguir prestando servicios.
- El medio instrumental en virtud del cual se producen las anteriores consecuencias tiene que ser de manera necesaria alguno de los mencionados en el art. 22.1 del RD Ley 8/2020, que se interpretarán de manera exhaustiva. De forma que fuera de dichos supuestos hay que entender que estamos ante suspensiones o reducciones por causas productivas (o económicas) por más que pudieran existir dificultades objetivas para mantener la actividad productiva, establecer nuevas pautas organizativas, bajada de clientela o suministros, cuando este último caso no suponga una dificultad grave.

Por su parte, el informe⁴⁵ del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dirigido las Inspecciones Provinciales para que las actuaciones sean homogéneas en todo el territorio nacional, señala al efecto como criterios generales de actuación en torno a la consideración de la fuerza mayor:

- La necesidad de motivación, justificación y acreditación de las circunstancias invocadas por la empresa, tanto más cuanto la apreciación de la fuerza mayor dependa de conceptos jurídicos indeterminados.

43. Criterio DGE-SGON-811 bis CRA, de 19 de marzo.

44. Criterio DGE-SGON-842 CRA, de 27 de marzo.

45. Criterio del Área de Coordinación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 27 de marzo, sobre pautas de actuación a las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en los expedientes temporales de regulación de empleo tramitados por el Covid-19, de 27 de marzo.

- La valoración de la proporcionalidad de la medida y el equilibrio en el reparto de cargas.
- La consideración a efectos de la existencia de una imposibilidad de mantenimiento del trabajo de poder llevar a efecto, o no, de mecanismos alternativos como el trabajo a distancia.
- La necesidad de que la actuación no sólo se centre en la apreciación de la fuerza mayor, sino en la constatación de que no existe fraude, bien porque no se haya producido un cese real de la actividad, bien porque se incluyen trabajadores que no deberían estarlo, o bien por cualquier otra causa.

De manera específica el informe de la Inspección aborda las situaciones que pueden presentarse en los diferentes sectores de actividad: primario, industrial, construcción, servicios, así como supuestos específicos, señalando cuándo podría considerarse, o no, la existencia de fuerza mayor para justificar la presentación de un ERTE por dichas causas.

Lo cierto es que el precepto se presta a confusión ya que, a pesar de que “de la literalidad puede desprenderse que se está procediendo a un listado “constitutivo” de acontecimientos imposibilitantes, el hecho de que el empresario tenga una obligación de “acreditación” sugiere lo contrario”⁴⁶. Así, será preciso acreditar que la pandemia o las medidas adoptadas para contenerla por las autoridades generan un impacto en la empresa que le obliga a interrumpir o reducir significativamente su actividad, por lo que su demostración requerirá un mayor esfuerzo, no solo respecto de la prueba que debe aportarse para justificarla sino también al relacionar estas situaciones con las medidas adoptadas y los trabajadores por ello afectados.

Más adelante, el preámbulo del RD Ley 15/2020 aclara que la fuerza mayor del art. 22 es un concepto de “creación legal y concreción administrativa” directamente vinculada a la situación excepcional derivada de la crisis sanitaria y por tanto no configurada por referencia a la construcción doctrinal del ordenamiento civil. De esta forma, el art. 22 define los supuestos, si bien la autoridad laboral deberá “constatar la concurrencia de los hechos descritos, el necesario vínculo entre aquellos y la actividad productiva singular de la empresa, así como la proporcionalidad entre las medidas propuestas, en sus términos personales y objetivos, y el suceso configurado como de fuerza mayor”. Por tanto la fuerza mayor del art. 22 se diferencia de otros sucesos catastróficos por su vinculación “a unas circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por la ley; de ahí su definición, los elementos que satisfacen en cada caso la concurrencia de la causa y el papel atribuido a la autoridad laboral”.

De este modo, la modificación que introduce el RDL 15/2020 posibilita que la fuerza mayor pueda ser parcial, y no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales, concurriendo la causa

46. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Covid-19 y ERTE por fuerza mayor: situaciones que lo justifican y acreditación”, 27/03/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/27/covid-19-y-erte-por-fuerza-mayor-situaciones-que-lo-justifican-y-acreditacion/> (consulta 03/05/2020).

obstativa descrita en el art. 22 en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial. Ello, en la práctica, vendría a significar que, por ejemplo, un centro médico dermatológico que tuviese una línea de venta de productos atendida por personal específico podría incluir a éste en un eventual ERTE por fuerza mayor, pese a que la actividad estrictamente considerada esencial sea la de carácter médico.

En cuanto al procedimiento para la tramitación del ERTE por fuerza mayor, el RD-Ley 8/2020 recoge una serie de especialidades respecto del general del art. 47 ET que, en virtud de la Disposición transitoria primera, establece que no será de aplicación a aquellos ERTEs iniciados o comunicados antes de la entrada en vigor del RD-Ley 8/2020 y basados en las causas que se prevén en el mismo. Así:

- La empresa debe iniciar el ERTE a través de una solicitud ante la autoridad laboral acompañando un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, y la documentación acreditativa. Además deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y dar traslado del informe y la documentación acreditativa a los representantes legales.
- La autoridad laboral deberá constatar la existencia de fuerza mayor como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.
- La autoridad laboral deberá dictar resolución, limitándose a constatar la existencia, o no, de la fuerza mayor alegada por la empresa en el plazo de cinco días desde la solicitud empresarial, previo informe potestativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que asimismo se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.

En este sentido, aunque el procedimiento, a priori, resulta sencillo y no requiere de grandes complicaciones en cuanto a su tramitación, no son desdeñables los problemas que ha generado desde el punto de vista práctico.

En primer lugar, en cuanto a la necesidad de constatación por parte de la autoridad laboral de la fuerza mayor, creemos que la agilización administrativa que se requería en estos momentos habría precisado de un planteamiento más ajustado a la realidad sobre esta cuestión. Así, no parece tener sentido la necesidad de constatación de la fuerza mayor por la autoridad laboral en aquellas actividades que, en cumplimiento del decreto sobre el estado de alarma, se vieron obligadas a cesarla. Tratándose de la ejecución de una orden gubernamental, la mera comunicación empresarial al trabajador de la adopción de la medida habría sido suficiente para acreditar la situación legal de desempleo; junto con un refuerzo importante de personal en las administraciones correspondientes, autoridades laborales, y servicios de empleo, por supuesto, y ello con independencia de las revisiones que a posteriori pudieran realizarse por la Inspección de Trabajo. Todo lo cual habría favorecido la agilización en el percibo de la prestación, evitando las dramáticas situaciones que están viviendo, sobre todo, familias con todos sus miembros en ERTEs y que llevan aún varios meses sin percibir

ingresos a fecha de este artículo⁴⁷. En nuestra opinión, la constatación por la autoridad laboral tendría que haberse restringido a los supuestos que requerían de una acreditación específica, como los relacionados con la falta de material, o los contagios de la plantilla.

En segundo lugar, se plantea el problema del plazo de resolución administrativa de los ERTes por fuerza mayor. El art. 22.2.c) establece que la resolución de la autoridad laboral, en los expedientes de tramitación de ERTes por fuerza mayor, se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud. Por otro lado, la Disposición adicional primera del RD Ley 9/2020 hace referencia, al tratar sobre la duración máxima de estos expedientes –ciñéndola al plazo del estado de alarma– a aquellos resueltos por silencio. Estos dos preceptos nos sitúan de inmediato ante un relevante problema de gestión para las administraciones públicas competentes, y es que pese a la gravedad del contexto en el que se adoptaron tales medidas, no era fácil de prever que se acabarían presentando más de medio millón de ERTes en todo el territorio nacional. El plazo de cinco días para resolver, y el sentido positivo del silencio ex art. 24.1 LPAC, desembocan en una presión sobre la autoridad laboral que presenta la dificultad jurídica añadida, como bien ha analizado Mercader Uguina⁴⁸, de que la incorrección de fondo de una eventual resolución tácita sólo podría enmendarse por vía de los procedimientos revisorios previstos en la referida LPAC; ahora bien, en el ámbito laboral, el art. 146.2.b) de la LRJS, limita a su vez al plazo máximo de un año la realización de tales procedimientos por parte de las entidades, órganos u organismos gestores competentes en materia de protección por desempleo.

A este problema de orden práctico se ha pretendido dar respuesta, por un lado, a través del informe de la Abogacía del Estado 429/2020, que con fundamento en sentencias como la del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 30 de enero de 2013, llega a la conclusión de que de que las circunstancias derivadas del COVID-19 justifican la “excepcionalidad” requerida por el art. 23 LPAC para poder ampliar en cinco días más el plazo de resolución de las solicitudes de ERTE; ello, eso sí, motivando adecuadamente “la imprevisibilidad sobrevenida de la situación” (manifestada en el “gran número de solicitudes que [...] exceden de la capacidad ordinaria del órgano competente”) y el recurso a todos los medios disponibles para solventarla, sin que hayan resultado suficientes. A su vez justifica desde el punto de vista material esta ampliación en el hecho de que “se pretenden garantizar los derechos de los trabajadores, en la medida en que no se proceda a la estimación, por silencio positivo, de medidas de suspensión contrarias a nuestro ordenamiento jurídico que, so pretexto de esta situación extraordinaria, quedarían consolidadas por no poder ser objeto de revisión al amparo de los motivos tasados previstos en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de la Jurisdicción Social”.

47. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/economia/20200523/481325608998/crisis-erte-prestacion-cobrar-sepe-familias.html> (consulta 23/05/2020).

48. Mercader Uguina, J. R.: “El silencio administrativo positivo y ERTES por fuerza mayor: la negra sombra del Barón de Rothschild”, 01/04/2020, blog *El Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/el-silencio-administrativo-positivo-y.html> (consulta 15/05/2020).

De este modo, algunas Comunidades Autónomas, como Baleares, Asturias, Castilla y León, Valencia o Galicia han procedido a modificar el plazo al amparo de esta posibilidad ofrecida por la LPAC mediante órdenes o resoluciones –siendo de valorar que, en el caso de la Comunidad Valenciana, la Resolución de 30 de marzo de 2020, del director General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral aclare que dicha ampliación solo podrá tener lugar “cuando el plazo inicial para resolver no se encontrara ya vencido en la fecha de publicación de este acuerdo”–.

Por otro lado, la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social de la Dirección General de Trabajo publicó un Oficio el 28 de marzo en el mismo sentido, concluyendo que “la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se extiende a todos sus extremos, valiendo en este caso la doctrina judicial o administrativa que se aplique a tal respecto, incluida la ampliación o la interrupción del plazo de resolución, con arreglo a los requisitos y en las condiciones previstas en los citados artículos 22 y 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”. Esto es, en este documento se ofrece asimismo la posibilidad de suspensión del plazo máximo para resolver de conformidad con el art. 22 LPAC, que establece no obstante unos requisitos estrictos para su aplicación:

- El plazo máximo para resolver “podrá” suspenderse cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 de la norma.
- Y deberá suspenderse en todo caso cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria de las previstas en el art. 87, desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones hasta que se produzca su terminación.

Este último precepto, art. 87, recoge un concepto flexible de “actuaciones complementarias”, toda vez que las define como las “indispensables para resolver el procedimiento” –sin que a ese respecto deban considerarse como tales los informes que preceden a la resolución–, lo que pese a la aparente severidad de su tenor deja un cierto margen de apreciación para la autoridad administrativa.

En definitiva, la aplicación de estas herramientas normativas libera un tanto la presión sobre las administraciones públicas encargadas de resolver los ERTes, pese a lo cual el ejecutivo ha considerado preciso incluir una Disposición adicional segunda en el RDL 9/2020 a la que Mercader Uguina atribuye acertadamente “carácter admonitorio”⁴⁹, al establecer que “el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos previstos en el apartado anterior (solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa

49. Ob. cit.

que las origina, cuando dicha circunstancia se deduzca de las falsedades o incorrecciones en los datos facilitados por aquellas y siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas o a la aplicación de deducciones indebidas en las cuotas a la Seguridad Social), dará lugar a la devolución de las prestaciones indebidamente generadas"; obligando a la empresa a ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Será el tiempo el que determine si realmente han existido importantes bolsas de fraude en estas circunstancias; un tiempo tasado, sin embargo, como hemos visto, y que plantea un reto importante para las administraciones públicas no sólo de orden organizativo, sino con evidentes implicaciones económicas y sociales, por lo que no es descartable que más adelante se aprueben nuevas modificaciones normativas que, esperamos, abunden en la seguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras.

Por lo que atañe a la duración de estas medidas de flexibilidad interna empresarial, el RD Ley 9/2020 en su Disposición adicional primera establece que no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19 de acuerdo con lo previsto en el art. 28 de la misma norma, entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma y sus posibles prórrogas. Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como en los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta.

Finalmente el RD Ley 18/2020 introduce un cambio sustancial con el objetivo de desvincular la duración de los ERTE por fuerza mayor al estado de alarma, posibilitando su duración hasta el 30 de junio de 2020, aunque su Disposición adicional primera prevé la posibilidad de extender a través de un Acuerdo del Consejo de Ministros, la prórroga de los ERTE del art. 1 "en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegado el 30 de junio de 2020".

El art. 1 introduce una serie de especialidades aplicables a los ERTEs basados en las causas recogidas en el art. 22 RD Ley 8/2020 diferenciando entre fuerza mayor total y parcial a partir del 13 de mayo de 2020, fecha de entrada en vigor de la norma, y describiendo dos situaciones distintas. Como advierte Beltrán de Heredia⁵⁰, aunque este artículo contemple dos posibilidades (total/parcial) es importante tener en cuenta que no está reconociendo una facultad de elección, destacando el carácter impropio de la denominada "fuerza mayor parcial" y que más bien se trataría de una situación de "excesiva onerosidad sobrevenida".

Así, el apartado primero describe la continuidad de la fuerza mayor total, para aquellas empresas que contando con un ERTE del art. 22 estuvieran afectadas por las causas referidas en el mismo que impidan el reinicio de la actividad mientras duren,

50. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿la fuerza mayor puede ser parcial?; y ¿puede exigirse el reingreso?", 18/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/05/18/rdley-18-2020-y-erte-la-fuerza-mayor-puede-ser-parcial-y-puede-exigirse-el-reingreso/> (consulta 21/05/2020).

y en ningún caso más allá del 30 de junio de 2020. Esta limitación plantearía cierta controversia en el caso de que el hecho obstativo persistiese, pues, “en la lógica de la transitoriedad que ampara la suspensión no parece adecuado que se establezca un término (aunque sea prorrogable) porque compromete la causalidad de la medida”⁵¹.

Por su parte, el apartado segundo describe como “fuerza mayor parcial”, la de aquellas empresas que cuenten con un ERTE autorizado en base al art. 22, “desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020”. Estas empresas deben proceder a reincorporar a los trabajadores afectados “en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada”. El objetivo de la misma, como se expresa en el preámbulo de la norma es “facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y que permitirán atender de manera paulatina la oferta y demanda de productos y servicios de las empresas, en la medida en la que la actividad y estructura de personal lo permitan. Asimismo, lo anterior permite garantizar una mejor gestión del tiempo de trabajo, reduciendo los tiempos de exposición, de conformidad con la información actualizada por parte de las autoridades públicas sobre la prevalencia del COVID-19”.

Al mismo tiempo la situación de parcialidad de la fuerza mayor que se describe, así como el propio mandato de reincorporación que establece el art. 1.2 hace que resulte ciertamente controvertido afirmar que se dan los requisitos para mantener un ERTE por fuerza mayor, ya que los casos de reducción de jornada que describe el art. 1.2 estarían “habilitando un ERTE que *causalmente* no “encaja” en la delimitación conceptual de la fuerza mayor (pues, en puridad, no concurre)”⁵². Consecuentemente, si las empresas no quieren verse forzadas al reingreso de la plantilla, deberían transitar hacia un ERTE por CETOP. Coincidimos con Beltrán de Heredia en cuanto al “desajuste ‘casual’ precipitado por el RD Ley 18/2020”, en palabras del propio autor, y que se evidencia en los mecanismos laborales adoptados y los criterios para la aplicación de exoneración de cuotas de los boletines RED. En este sentido es posible que la intención en todo caso de mantener la consideración de fuerza mayor (total o parcial) hasta el 30 de junio obedezca al particular régimen de exoneraciones de cuotas previsto en el art. 4 de esta norma, que trata de favorecer transitoriamente ese pase de las empresas afectadas por la fuerza mayor hacia la “nueva normalidad” aliviando la carga en las cotizaciones sociales, y que no se contemplan durante el ERTE por CETOP. De hecho el tránsito de fuerza mayor a las causas previstas en el art. 23 RD Ley 8/2020 ya se contempla el propio art. 2 del RD Ley 18/2020 que prevé que cuando se inicie un ERTE por CETOP tras la finalización de uno por fuerza mayor, la fecha de efectos de aquél se retrotraerá a la fecha de finalización de este. Tal previsión acoge así una de las principales demandas empresariales formuladas en relación con ello.

51. Ob. cit.

52. Ob. cit.

Sin embargo, la interpretación que han ofrecido los últimos oficios dictados por la Dirección General de Trabajo, DGT-SGON-726PGG, DGT-SGON-733PGG de 27 de mayo y DGT-SGON-962 CRA, de 28 de mayo, en respuesta a las consultas planteadas a propósito de los nuevos conceptos de fuerza mayor total y parcial, entienden que esta última no actuaría de forma automática, sino en la medida en que las causas del art. 22 RD Ley 8/2020 permitan parcialmente el inicio de la actividad y hubiesen desafectado a algún trabajador, tanto con carácter previo como posterior al 13 de mayo, considerando que es la empresa la legitimada para valorar el grado de reincorporación a la actividad, pudiendo además desafectar y volver a afectar nuevamente a los trabajadores incluidos en el ERTE. Estas resoluciones han sido valoradas de forma crítica, y en nuestra opinión acertadamente, por Beltrán de Heredia⁵³ que recomienda a los operadores jurídicos seguir un principio de prudencia recordando que se trata de criterios no vinculantes sino meramente informativos y que serán los tribunales los que interpreten dichas disposiciones. Así, insiste en lo controvertido de calificar una imposibilidad objetiva como “parcial” del mismo modo que afirmar que ésta no actúe de forma automática, ya que el hecho de que una empresa tenga autonomía para decidir la intensidad de la reincorporación o, incluso, que pueda afectar o desafectar a un trabajador en función de la situación, es una evidencia clara de la inexistencia de una imposibilidad objetiva y sí, en cambio, de una excesiva onerosidad sobrevenida debiendo transitar del ERTE por fuerza mayor, que dejaría de tener una causa habilitante, al ERTE por CETOP.

Por su parte, el apartado tercero del art. 1 se establecen obligaciones empresariales tales como la comunicación a la autoridad laboral de la renuncia total al ERTE en el plazo de 15 días desde la fecha de efectos de la misma, la comunicación previa al SEPE de las variaciones que se produzcan respecto de los datos contenidos en la solicitud colectiva inicial de acceso a la protección por desempleo, así como de la comunicación al SEPE de las “variaciones que se refieran a la finalización de la aplicación de la medida de todos o una parte de los trabajadores, bien en el número de estas o bien en el porcentaje de actividad parcial de su jornada individual, cuando la flexibilización de las medidas de restricción que afectan a la actividad de la empresa permita la reincorporación al trabajo efectivo de aquellas”.

Finalmente se introduce para aquellas empresas que se acojan a un ERTE de los regulados en el art. 1 del RDL 18/2020, y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos, la prohibición de proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se aplique dicho ERTE, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración de cuotas de seguridad social. No obstante, esta limitación no será de aplicación para aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, en situación de alta en la Seguridad Social (art. 5).

53. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo”, 01/06/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/> (consulta 07/06/2020).

3.2.2. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa económica, técnica, organizativa y de producción

El art. 23 del RD Ley 8/2020 contempla aquellos supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por CETOP relacionadas con el COVID-19, de acuerdo con una serie de especialidades respecto del procedimiento general previsto y que concretamente se desarrollan en Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Las particularidades son las siguientes:

- La constitución de una comisión representativa para negociar durante el periodo de consultas en el caso de que no exista representación legal de los trabajadores en la empresa, y que obedece a las peticiones sindicales. Esta comisión estará conformada por una persona designada por cada uno de los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. Las decisiones se adoptarán por las mayorías representativas correspondientes.

Esta cuestión suscita ciertas dudas, ya que como señala Rojo Torrecilla “parece que se da por sentado que en todos los casos puede haber más de dos sindicatos presentes en el sector y que tengan la condición de representativos (añadiéndose a CCOO y UGT que tienen la condición de más representativos), algo que no creo que ocurra en todas las empresas ni tampoco en todos los sectores de actividad”⁵⁴.

En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el art. 41.4 ET. En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

En consecuencia, siguiendo de nuevo a Rojo Torrecilla estas modificaciones con respecto a la normativa general otorgan en primer lugar una preferencia por la negociación con la representación “legal”, que debería incluir tanto la sindical como la unitaria; en segundo término a los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y, supletoriamente, en caso de no poder aplicar uno de los dos criterios anteriores, se mantiene la posibilidad de que la comisión, por la parte social, esté integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el art. 41.4. ET. Así lo confirma el Criterio DGE-SGON-929 CRA, que aclara que en todo

54. Rojo Torrecilla, E.: “Un primer análisis de las medidas laborales contenidas en el RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”, 18/03/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html> (consulta 15/04/2020).

caso habrá que acudir a dicha comisión representativa en “aquellos supuestos en los que en la empresa, unidad de imputación subjetiva a la que se refiere el artículo, no existe representación de las personas trabajadoras en ninguno de sus centros de trabajo”.

- El periodo de consultas será como máximo de siete días.
- La autoridad laboral tendrá la potestad de solicitar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social un informe que deberá evacuarse en el plazo improrrogable de siete días.
- Para la tramitación de ERTES que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado será de aplicación el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, excepto en lo atinente al desarrollo del periodo de consultas y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo dispuesto con carácter general.

Por su parte, el RD Ley 16/2020, introduce algunas particularidades en su art. 6 en cuanto a la tramitación de la impugnación judicial de ERTES ex art. 23 RD Ley 8/2020. Así:

- Las suspensiones y reducciones de jornada adoptadas en aplicación de lo previsto en el art. 23 RD Ley 8/2020 que afecten a más de cinco trabajadores se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo siendo los sujetos legitimados los descritos en el art. 154 LRJS, y también la comisión representativa que prevé el art. 23.1.a) RD Ley 8/2020. Como ha señalado Rojo Torrecilla el objetivo es tratar de evitar el colapso reduciendo las impugnaciones de carácter individual⁵⁵.

En cuanto a aquellos ERTES por CETOP que se inicien tras la entrada en vigor del RD Ley 18/2020, de 12 de mayo, y hasta el 30 de junio de 2020, les resultarán a su vez de aplicación ciertas especialidades:

- La tramitación de estos ERTES por CETOP “podrá iniciarse mientras esté vigente un ERTE de los referidos en el art. 1”. Ello significa que tanto en los supuestos de fuerza mayor total como parcial descritos en dicho artículo del RD Ley 18/2020 podría transitarse hacia un ERTE por CETOP. Si bien, como decíamos, en la medida en que en estos últimos no se contempla ninguna exoneración de cuotas de seguridad social, no parece lógico que esa transición se inicien al menos hasta el 1 de julio.

55. Rojo Torrecilla, E.: “Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Análisis y comentario del RDL 16/2020 de 28 de abril. ¿Una jurisdicción laboral virtual temporal o permanente?”, 29/04/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/emergencia-sanitaria-y-legislacion_29.html (consulta 20/05/2020).

- Cuando el ERTE por CETOP comience tras la finalización de un ERTE por fuerza mayor ex art. 22 RD Ley 8/2020, la fecha de efectos de aquél se retrotraerá a la de finalización de este.
- Los ERTEs vigentes al 13 de mayo de 2020 seguirán siendo aplicables en los términos previstos en la comunicación final de la empresa y hasta el término referido en la misma. Este precepto parece que contempla la imposibilidad de prorrogar, por ejemplo, un ERTE por CETOP que se hubiera solicitado hasta el 31 de mayo, debiendo, si continúan las circunstancias que lo provocasen, solicitar uno nuevo para aquellos trabajadores que se viesen afectados.

3.2.3. *El permiso retribuido recuperable*

El RD Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena se aprueba con el objetivo de limitar al máximo la movilidad, partiendo de la premisa de que la actividad laboral y profesional es la causa que explica la mayoría de los desplazamientos que se producen en el país, reduciéndola al máximo a fin de contener la pandemia. Se aprueba para ello un permiso retribuido recuperable de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril.

Los destinatarios de dicho permiso (art. 1) van a ser los trabajadores por cuenta ajena, tanto del sector público como privado que presten sus servicios en actividades no esenciales. Por el contrario, se exceptúan del ámbito de aplicación:

- Los trabajadores que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el anexo⁵⁶ de la norma.
- Los que presten sus servicios en las divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales en el anexo de dicho RD Ley.
- Los trabajadores que tengan su contrato de trabajo suspendido por haber sido incluidos en un ERTE.
- Los que se encuentren de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato se encuentre suspendido por otras causas legalmente previstas.
- Los que puedan seguir desempeñando su trabajo a través de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.
- Los que presten servicios en las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los

56. El anexo, sin embargo, no se refiere expresamente a los sectores calificados como esenciales, sino que señala lo siguiente: “no será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena:” pasando a enumerar 25 supuestos que han de considerarse como actividades esenciales. La redacción en este caso del enunciado del anexo resulta manifiestamente mejorable.

servicios públicos, incluida la realizada de forma no presencial, y ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 34 RD Ley 8/2020 (DA 5ª)⁵⁷.

- Los trabajadores autónomos (art. 2º Orden SND/307/2020).
- Los trabajadores que asuman las actividades de representación sindical y patronal (art. 3º Orden SND/307/2020).
- Aquellos trabajadores que, en virtud del art. 4, realicen los turnos de trabajo imprescindibles con el fin de mantener la actividad indispensable en las empresas que deban aplicar el permiso.

Los trabajadores no afectados por el permiso tendrán derecho a que la empresa o entidad empleadora les expida una declaración responsable reconociendo tal circunstancia, de acuerdo con el modelo recogido en el Anexo de la Orden SND/307/2020, 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del RD Ley 10/2020, de 29 de marzo, y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo.

En cuanto a la naturaleza del permiso (art.2), este tiene un carácter obligatorio, debiendo disfrutarse durante los días 30 a 9 de abril, ambos incluidos, si bien hay que destacar que la norma no contempla ninguna sanción en caso de incumplimiento del permiso por parte de las empresas. Es retribuido, de forma que los trabajadores conservarán su remuneración durante dicho periodo, incluyendo tanto el salario base como los complementos salariales, por lo que, como afirma Aragón Gómez⁵⁸, podrían dejar de abonarse durante dicho periodo determinadas partidas de carácter extrasalarial, ya que no tendría ninguna lógica su abono a quienes no están prestando servicios efectivos y no están asumiendo, en consecuencia, tales gastos. Por último, se trata de un permiso recuperable. Como señala Gordo González⁵⁹, es más bien un instrumento de flexibilidad y distribución irregular de la jornada que un permiso en sentido estricto. Esta fórmula, subraya Cruz Villalón, “se parece bastante a lo hecho en Dinamarca con una reducción de las vacaciones laborales, si bien a través de una técnica parcialmente diversa. Tiene en común que se fija un reparto de sacrificios: los trabajadores tienen que realizar la misma jornada anual, mientras que las empresas tienen que adelantar la retribución de ese tiempo que se realizará más tarde, sin la seguridad para las empresas de recuperar esas horas pues puede que la demanda

57. Recordamos que el art. 34 establece la suspensión total o parcial de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva vigentes celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse.

58. Aragón Gómez, C.: “Claves prácticas del permiso retribuido recuperable”, 02/04/20, blog *El Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/claves-practicas-del-permiso-retribuido.html> (consulta 15/05/2020).

59. Gordo González, L.: “RDL 10/2020: ¿se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, 01/04/2020, blog *Instituto de Derecho Local de la UAM*, disponible en <https://www.idluam.org/blog/rdl-10-2020-se-aplica-el-permiso-retribuido-recuperable-obligatorio-previsto-a-los-empleados-publicos/> (consulta 15/05/2020).

no se recupere posteriormente”⁶⁰. Nos recuerda además que este sistema de permisos ya existía en nuestro país a principios de los años ochenta en un Reglamento que regulaba como horas retribuidas las perdidas por fuerza mayor que había que recuperar.

Por lo que respecta a la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido, el art. 3 establece un procedimiento negociado con los representantes de los trabajadores en los siguientes términos:

- La recuperación deberá realizarse hasta el 31 de diciembre de 2020. Ello plantea la duda de si cabría trasladar la recuperación de las horas más allá de dicha fecha, si bien el tenor literal parece apuntar en sentido negativo. No obstante, creemos que nada impediría, previo acuerdo alcanzado con los representantes legales, llegar soluciones no previstas en la norma siempre y cuando se respetasen los mínimos legales y convencionales.
- La recuperación debe negociarse entre la empresa y la representación legal de los trabajadores en un periodo de consultas que no podrá exceder de siete días.
- En caso de no existir representación legal, se deberá constituir una comisión representativa con los sindicatos en los mismos términos y plazo establecidos en el art. 23 RD Ley 8/2020. Los acuerdos se alcanzarán con la mayoría de los representantes legales, o de la mayoría de los miembros de la comisión representativa, siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario.
- Las partes podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en el art. 83 ET.
- El acuerdo podrá regular la recuperación de las horas de trabajo, el preaviso mínimo para el trabajador, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. Autores como Beltrán de Heredia⁶¹ entienden que no sería factible que el pacto incluyese la calificación del permiso como un período de vacaciones por la diferente naturaleza jurídica de las instituciones. En caso de no alcanzarse un acuerdo durante el periodo de consultas, la empresa notificará a los trabajadores y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde su finalización, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del permiso.
- En cuanto a los límites para la recuperación de las horas, en ningún caso se podrán incumplir los periodos mínimos legales de descanso diario y semanal; el periodo mínimo de preaviso deberá ser al menos de cinco días, según está

60. Cruz Villalón, J.: “Permisos retribuidos recuperables, un reparto de sacrificios”, 29/03/20, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/29/opinion/1585481116_777134.html (consulta 15/05/2020).

61. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “COVID-19 y RD Ley 10/2020: comentario de urgencia sobre el permiso retribuido recuperable”, 30/03/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/30/covid-19-y-rdley-10-2020-comentario-de-urgencia-sobre-el-permiso-retribuido-recuperable/#recuperación> (consulta 15/05/2020).

previsto en el art. 34.2 ET para la distribución irregular de la jornada; y deberán respetarse los derechos de conciliación de los trabajadores reconocidos legal y convencionalmente.

- No se contempla ninguna regla específica sobre la recuperación para los empleados públicos.

En cuanto a algunos concretos aspectos relativos a la actividad económica empresarial, se establecen las siguientes disposiciones:

- Las empresas que deban aplicar el permiso podrán establecer un número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo imprescindibles con el fin de mantener la actividad indispensable fijando para ello como referencia la mantenida en un fin de semana ordinario o en festivos (art. 4).
- Por parte del Ministerio de Sanidad se podrán modificar o especificar aquellas actividades que se vean afectadas por el permiso retribuido recuperable y sus efectos (art. 5).
- Se establece, para aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de forma inmediata la actividad, la posibilidad de prestar servicios el lunes 30 de marzo, con el propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso sin perjudicar la actividad empresarial (DT1ª). Hay que recordar en este sentido que el RD Ley 10/2020 se publicó en el BOE casi a las 24 horas del domingo 29 de marzo.
- Para las actividades de transporte, aquellos trabajadores que se encuentren realizando un servicio no incluido en la norma, iniciarán el permiso una vez finalizado el servicio en curso, incluyendo como parte del mismo, en su caso, la operación de retorno correspondiente (DT 2ª).
- Podrán continuar las actividades no incluidas en el anexo de la norma que hayan sido objeto de contratación a través del procedimiento establecido en el art. 120 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (DA 4ª).

Por último se establecen ciertas particularidades para los siguientes colectivos:

- En el caso de los empleados públicos y personal con legislación específica propia, la norma se remite a los órganos competentes habilitados para dictar las instrucciones necesarias para regular la prestación de servicios con el objeto de mantener el funcionamiento de los servicios públicos esenciales (DA 1ª y 2ª).
- En el caso del personal al servicio de la Administración de Justicia, estos cumplirán con los servicios esenciales fijados (DA 3ª).

Cierta confusión ha generado el permiso en lo que respecta a su aplicación en las administraciones públicas, en este sentido la nota interpretativa de la Comisión de Coordinación de Empleo Público, considera que la norma no incluye en su ámbito de aplicación al personal funcionario, ni al personal laboral de los departamentos

ministeriales ni sus organismos públicos⁶², cuestión controvertida puesto que como afirma Gordo González⁶³ la norma se refiere específicamente al régimen jurídico de parte del personal público, el contemplado en el art. 4 EBEP (DA 1ª y 2ª) y por tanto, parece razonable sostener que el resto del personal deberá regirse por régimen general previsto en el RD Ley 10/2020. Si bien algunas instituciones públicas han recurrido al permiso del artículo 48.j) EBEP para paralizar las actividades de su personal, considera más adecuado sostener que el permiso retribuido recuperable debe ser aplicable de forma obligatoria a todo el personal de la administración –laboral o funcionario–, incluida la local, que en este momento aún siga desarrollando sus funciones y estas no hayan sido declaradas esenciales.

Finalmente cabe recordar el Criterio de la Dirección General de Trabajo de 31 de marzo de 2020 en el que se aclara que aquellas empresas que se hayan visto obligadas a interrumpir su actividad o paralizar su producción al mínimo indispensable durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril podrán adoptar cuantas medidas satisfagan adecuadamente sus necesidades, entre otras un ERTE, por ejemplo, siempre que estas se adecúen a las circunstancias y requisitos que justifican su uso. En caso de que no fuese posible ampliarlas o resultasen insuficientes, deberán entonces aplicar el permiso retribuido recuperable.

3.3. Medidas de protección del empleo

Como venimos diciendo, uno de los principales objetivos de esta normativa laboral excepcional ha sido el de garantizar el mantenimiento del empleo, tanto durante la crisis sanitaria como a lo largo de los seis meses siguientes. Con esta idea, se han adoptado toda una serie de medidas de las que daremos cuenta a continuación.

3.3.1. La salvaguarda temporal de los puestos de trabajo

El RD Ley 8/2020 en su Disposición adicional sexta “condiciona” las medidas extraordinarias que se prevén en el mismo, esto es, la exoneración de la cuota empresarial durante la duración del ERTE, “al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. Esta Disposición ha sido objeto de diferentes aclaraciones por parte de la Dirección General de Trabajo que, resumiendo, podemos concretar en los siguientes aspectos:

- El compromiso de mantenimiento ha de ser del 100% de los trabajadores afectados, exceptuando extinciones de contrato por despido procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el

62. Web de la Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP, disponible en http://covid19.femp.es/rd10_20/ (consulta 22/05/2020).

63. Gordo González, L.: “RDL 10/2020: “¿Se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, ob. cit.

caso de contratos temporales por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto (Criterio DGT-SGON-863 CRA, de 7 de abril).

- En el caso de los contratos temporales suspendidos por efecto del art. 5 del RD Ley 9/2020, se deberá tener en cuenta la extensión de dicho periodo (Criterio DGT-SGON-850 CRA, de 11 de abril).
- El mantenimiento del empleo debe considerarse nominativo, no siendo posible sustituir a un trabajador por otro en el mismo puesto de trabajo. También se aclara que, en el caso de producirse la jubilación del empresario individual durante la vigencia del compromiso, si se continuase la actividad por subrogación, será el nuevo titular quien deberá cumplir dicho compromiso de mantenimiento (Criterio DGT-SGON-919 CRA, de 4 de mayo).

La Disposición adicional decimocuarta del RD Ley 11/2020 flexibiliza este compromiso al posibilitar la valoración “en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico y audiovisual”.

Al mismo tiempo se introduce una aclaración sobre dicho compromiso en los trabajadores temporales estableciendo al efecto que: “no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”. En otras palabras, los trabajadores temporales cuyo contrato se extinga lícitamente por finalización del tiempo convenido o por la obra o por imposibilidad de realizar la actividad objeto de la contratación no computarán a efectos de cálculo para el mantenimiento del empleo.

Finalmente, la Disposición final primera del RD Ley 18/2020, en su punto tres, introduce una nueva redacción de la Disposición adicional sexta. Esta recoge, en parte, las interpretaciones de los Criterios de la Dirección General de Trabajo a las consultas realizadas desde su publicación a las que hemos hecho alusión, así como las directrices dadas en la Disposición adicional decimocuarta del RD Ley 11/2020. Su contenido final puede resumirse en lo siguiente:

- El compromiso de mantenimiento del empleo durante seis meses se computará desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose como el *dies a quo* la fecha de reincorporación al trabajo efectivo de las personas afectadas por el ERTE, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.
- Este compromiso se incumplirá cuando se produzca el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por los ERTEs. En estos casos la empresa deberá reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses

de demora correspondientes, previa actuación al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

- No se considerará incumplimiento del compromiso si los contratos de las personas trabajadoras afectadas se extinguen por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. Tampoco en el caso de contratos temporales cuando se extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación. Como señala Beltrán de Heredia⁶⁴, este listado de causas sin mayor indicación de los supuestos extintivos (particularidades/naturaleza) sugiere que la lista es cerrada. Por consiguiente, a sensu contrario, la cláusula deberá entenderse incumplida en los supuestos de: resolución por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; extinción por fuerza mayor; cualquier resolución calificada como improcedente o nula; extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física; extinción por mutuo acuerdo sobrevenido (mutuo disenso); extinción por cumplimiento de cláusula válidamente consignada en el contrato (art. 49.1 b ET); desistimiento durante el periodo de prueba; extinción a instancia de trabajadora víctima de violencia de género; resolución ex arts. 40, 41 o 50 ET.
- En atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo, se valorará el compromiso del mantenimiento del mismo. Cabe señalar la poca concreción de esta posibilidad, en idénticos términos a la introducida en la Disposición adicional 14ª del RD Ley 11/2020 para aquellas “empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico u audiovisual”.
- Tampoco resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

Parece, pues, que el ámbito de aplicación de la Disposición adicional sexta parece haberse reducido considerablemente, si bien cabe pronosticar que será sin duda uno de los preceptos que en un futuro generen numerosos conflictos de interpretación, por

64. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “COVID-19 y RD Ley 18/2020: comentario crítico de urgencia”, 13/05/20, blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/05/13/covid-19-y-rd-ley-18-2020-comentario-critico-de-urgencia/#nuevasalvaguarda> (consulta 14/05/2020).

no hablar de las empresas que se vean abocadas al cierre definitivo y cuya situación de insolvencia haga imposible la devolución de las cuotas exoneradas durante el ERTE.

A ello hay que añadir, como apunta Mercader Uguina, que siguen sin aclararse cuestiones como, por ejemplo, desde cuándo comenzaría a computar el plazo de seis meses previsto en la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020. En este sentido entiende que el plazo se activaría desde el momento en el que se haya reincorporado el primer trabajador, ya que el nivel de empleo a mantener está referido al existente en el momento en el que se obtuvo el beneficio de la exoneración de cuotas por lo que, “el *dies a quo* debe entenderse que se produce para cada empresa (no para cada trabajador) y lo hace desde el momento en que la misma se sitúa en fuerza mayor parcial”⁶⁵.

En cuanto a si el incumplimiento del mantenimiento del empleo supondrá la devolución de todas las cuotas exoneradas o sólo las del trabajador concretamente despedido o extinguido durante dicho periodo, parece pronunciarse por la primera opción en virtud de lo dispuesto en la norma, si bien considera que la misma resulta desproporcionada.

3.3.2. *La prohibición de despedir o de extinguir el contrato por causas de fuerza mayor, económicas, técnicas, organizativas o de producción*

El art. 2 del RD Ley 9/2020, que se denomina de “medidas extraordinarias para la protección del empleo” introduce la prohibición de extinguir el contrato de trabajo o de despedir por causa de fuerza mayor o CETOP, causas en las que se amparan las medidas de los arts. 22 y 23 del RD Ley 8/2020, y que, recordemos, sólo prevén la suspensión y reducción de jornada. Por su parte, la Disposición final tercera señala que esta medida solo afectará a los despidos y extinciones realizadas desde el 28 de marzo de 2020 hasta la finalización del estado de alarma o sus posibles prórrogas, de manera que a las extinciones efectuadas con anterioridad a esa fecha no les será de aplicación este límite adicional. Este precepto introduce por tanto un nuevo límite a la extinción de los contratos temporales de forma que ni la fuerza mayor ni las CETOP relacionadas con el COVID-19 serán razones lícitas para extinguir un contrato temporal.

Son varias las dudas que plantea, no obstante. En primer lugar, si se podrá seguir extinguendo contratos –no incluidos en un ERTE– por el resto de causas legales. A priori, parece que el art. 2 no afectaría al contenido de lo previsto en el art. 5 del RD-Ley 9/2020 sobre la obligación de suspensión de los contratos temporales incluidos en ERTE, y que analizaremos a continuación, de forma que si una empresa no ha procedido a adoptar las medidas ex arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020, podría finalizar dichos contratos temporales siempre que la causa de temporalidad sea lícita al amparo del

65. Mercader Uguina, J. R.: “El RD Ley 18/2020 y la “nueva” concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”, 28/05/2020, blog *El Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html> (consulta 29/05/2020).

art. 49.1.c ET. Del mismo modo también podrá extinguir contratos indefinidos por aquellas causas previstas legalmente en el ordenamiento que no guarden relación con el COVID-19.

El art. 2 tampoco aclara la calificación jurídica que deberían recibir estas extinciones en caso de realizarse, es decir, nulidad o improcedencia. En este sentido Beltrán de Heredia⁶⁶ entiende que debe prevalecer el criterio jurisprudencial vigente, por lo que no cabría declarar la nulidad, sino la improcedencia. Recuerda en este sentido la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo 2015, rec. 2659/2014 que ha establecido que cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de 'improcedencia' del despido, y no la de nulidad del mismo.

3.3.3. La suspensión de los contratos temporales

Otra medida importante para la protección del empleo es la que prevé el art. 5 del RD Ley 9/2020, que introduce la suspensión del cómputo de la duración máxima de aquellos contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, que se hayan incluido en ERTes por las causas previstas en los arts. 22 y 23 del RD Ley 8/2020, interrumpiéndose el cómputo por el tiempo equivalente al periodo suspensivo. De esta forma, una vez finalizado el ERTE, se reiniciará dicho cómputo por el tiempo restante hasta su finalización. Para Todolí Signes⁶⁷, aquellos contratos por obra o servicio donde no existe un día concreto de terminación, no parece que se vayan a ver afectados por esta medida si desaparece la causa de la temporalidad por motivos distintos al COVID-19, con independencia de que se hubieran incluido en un ERTE, al igual que en el caso de reincorporación de la persona sustituida en la interinidad. Sin embargo sería distinto en el caso de un contrato eventual cuya fecha de finalización sí se ampliará –por efecto de esta disposición– por el tiempo que se estuvo en el ERTE, del mismo modo que en caso de un contrato formativo o de relevo. Gómez Abelleira⁶⁸ también se plantea los desajustes del tenor literal, si tiene sentido hablar de interrupción del cómputo de su duración si la obra o servicio termina durante el ERTE, del mismo modo que ante la finalización de un contrato de interinidad, puesto que si la persona sustituida se reincorpora vigente el ERTE, ¿cómo se va a "interrumpir" el cómputo de la duración del contrato de interinidad? Una solución, apunta, pasaría en este

66. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 9/2020: comentario crítico de urgencia", blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 28/03/2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/28/covid-19-y-rdley-9-2020-comentario-critico-de-urgencia/> (consulta 09/05/2020).

67. Todolí Signes, A.: "¿Los contratos temporales pueden extinguirse por el Covid19? Incluyendo las novedades del RD 11/2020", 01/04/2020, blog *Argumentos en Derecho Laboral*, disponible en <https://adriantodoli.com/2020/04/01/los-contratos-temporales-pueden-extinguirse-por-el-covid19-incluyendo-las-novedades-del-rd-11-2020/> (consulta 09/05/2020).

68. Gómez Abelleira, F.J.: "La duración de los contratos temporales en suspensión por ERTE", blog *El Foro de Labos*, 31/03/2020, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/la-duracion-de-los-contratos-temporales.html> (consulta 09/05/2020).

caso, por comunicar al trabajador que la extinción por reincorporación del sustituido se aplaza a la fecha de terminación del ERTE.

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto Beltrán de Heredia, esta medida podría resultar problemática en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato haya desaparecido, “porque una vez superada la alarma sanitaria y restablecida la normalidad, puede suponer que las personas trabajadoras no tengan cometido alguno que hacer. Y el hecho de que la empresa está sujeta a la cláusula de la salvaguarda de empleo (la citada DA 6a) podría delimitar un escenario de gestión compleja”⁶⁹. Esta cuestión, sin embargo, ha quedado solventada finalmente en la Disposición adicional décimocuarta del RD Ley 11/2020 al establecer que “en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”.

También se han generado dudas en cuanto a si el art. 5 deja fuera de su ámbito la reducción de jornada por ERTE puesto que la interpretación literal se refiere únicamente a la suspensión, no a la reducción, lo que implicaría que en caso de que el contrato temporal esté afectado por una reducción, no se interrumpiría el cómputo de su duración.

Finalmente el Criterio DGT-SGON-863CRA ha arrojado luz sobre la mayoría de las dudas planteadas señalando, en primer lugar, que los contratos que integran su ámbito de aplicación son aquellos temporales vigentes que sean suspendidos como consecuencia de las causas previstas en el art. 22 o en el art. 23, descartando por tanto a los contratos que sean objeto de reducción, como aquellos que no fuesen incluidos en el ERTE. Del mismo modo se señala que “si durante el periodo de suspensión o tras la reanudación de la actividad y durante el periodo “prorrogado” o ampliado concurriese alguna causa que “haga decaer el objeto del contrato”, esto es, que le ponga fin de manera válida y objetiva, se entenderá plenamente eficaz la extinción del mismo de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) ET. Este podría ser el caso de un contrato de interinidad por sustitución, o un contrato de relevo por cumplimiento de la edad de jubilación, no así de un contrato de interinidad por cobertura de vacante, o el contrato de relevo en el caso de jubilación parcial diferida, o el de cualquier otro contrato temporal en donde la causa de extinción sea la mera expiración del plazo”.

3.3.4. *El mantenimiento del empleo de los trabajadores fijos discontinuos*

El art. 13 del RD Ley 7/2020 prevé una serie de medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos de las

69. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “COVID-19 y RD Ley 9/2020: comentario crítico de urgencia”, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 28/03/2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/28/covid-19-y-rdley-9-2020-comentario-critico-de-urgencia/> (consulta 09/05/2020).

empresas del sector privado dedicadas a actividades encuadradas en los sectores del turismo, así como los del comercio y hostelería. En el mismo se establece que, siempre que éstas generen actividad productiva en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y que inicien o mantengan en alta durante ellos la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social de dichos trabajadores, siendo de aplicación desde el 1 de enero de 2020 hasta el día 31 de diciembre de 2020⁷⁰. A la vista de lo acontecido, y con el cierre decretado de estas actividades desde el estado de alarma, no parece que tales medidas para incentivar el mantenimiento del empleo fijo discontinuo vayan a llevarse a efecto.

3.3.5. Flexibilización del empleo en el sector agrario

El RDLey 13/2020 se aprueba, como se indica en su preámbulo, para poner solución a “la disminución acusada de la oferta de mano de obra que habitualmente se ocupa de las labores agrarias como temporera en el campo español, bien por limitaciones sanitarias a los viajes desde sus países de origen, bien por las precauciones que muchos de esos trabajadores están adoptando a la vista de la evolución de la pandemia, lo que puede acabar por afectar severamente a la capacidad y condiciones de producción de una parte importante de las explotaciones agrarias españolas. Esta situación, además, se ve agravada por su coincidencia temporal con varias de las campañas de mayor actividad e importancia, como la fruta de hueso, los cultivos de verano o la fresa”.

Al efecto, la celebración de contratos laborales de carácter temporal que se celebren para desarrollar actividades en régimen de ajenidad y dependencia en explotaciones agrarias comprendidas en cualquiera de los códigos de CNAE propios de la actividad agraria, con independencia de la categoría profesional o la ocupación concreta del empleado, cuya firma y finalización se encuentre en el periodo comprendido hasta el 30 de junio de 2020 va a posibilitar la compatibilización de la prestación por desempleo o demás prestaciones de carácter social o laboral, con el desempeño de estas tareas agrarias, asegurando que cualquier trabajador que acepte tal contrato temporal no se vea perjudicado, con independencia de que perciba o no algún tipo de subsidio, ayuda o prestación de carácter social o laboral, contributiva o no contributiva.

En todo caso la empresa que proceda a la contratación deberá asegurar la disponibilidad de medios de prevención apropiados frente al COVID-19.

70. En las comunidades autónomas de Illes Balears y Canarias se amplía la bonificación a los meses de febrero y marzo de 2020, donde será de aplicación la bonificación establecida en el artículo 2 del Real Decreto-ley 12/2019, de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook.

En cuanto a los beneficiarios, se establecen los siguientes (art. 2):

- Personas en situación de desempleo o cese de actividad.
- Trabajadores cuyos contratos se hayan visto temporalmente suspendidos como consecuencia del cierre temporal de la actividad conforme a lo señalado en el art. 47 ET en los términos previstos en el art. 3.1.b).
- Trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluya en el periodo comprendido entre el 14 de marzo, y el 30 de junio de 2020, cuya prórroga se determinará a través de instrucciones de la Secretaría de Estado de Migraciones.
- Jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años.
- Personas cuyos domicilios se hallen próximos a los lugares en que haya de realizarse el trabajo. Se entenderá que existe en todo caso proximidad cuando el domicilio del trabajador o el lugar en que pernocte temporalmente mientras se desarrolla la campaña esté en el mismo término municipal o en términos municipales limítrofes del centro de trabajo. Las comunidades autónomas podrán ajustar este criterio en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de municipios.

Las retribuciones percibidas por la actividad laboral agrícola serán compatibles (art. 3):

- Con el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, o la renta agraria prevista en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.
- Con las prestaciones por desempleo derivadas de la suspensión con arreglo a lo previsto en el art. 47 ET con exclusión de aquellas que tengan su origen en las medidas previstas en los arts. 22, 23 y 25 el RD Ley 8/2020.
- Con cualesquiera otras prestaciones por desempleo reguladas en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Con la prestación por cese de actividad motivada por las causas previstas en el art. 331 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con exclusión de aquellas que tengan su origen en la medida prevista en el art. 17 del RD Ley 8/2020.
- Con cualquier otra prestación de carácter económico o cualquier otro beneficio o ayuda social, otorgada por cualquier Administración que sea incompatible con el trabajo, o que, sin serlo, como consecuencia de la percepción de ingresos por la actividad laboral se excederían los límites de renta señalados en la normativa correspondiente al tipo de prestación.

Los ingresos obtenidos por esta actividad laboral agrícola no se tendrán en cuenta a efectos de los límites de rentas establecidos para las prestaciones contributivas o no contributivas de la Seguridad Social, incluidos los complementos por mínimos de las pensiones contributivas.

Por contra, las retribuciones percibidas por la actividad laboral serán incompatibles (art. 3):

- Con las prestaciones económicas de Seguridad Social por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Con las pensiones de incapacidad permanente contributiva, salvo los supuestos de compatibilidad previstos en la Ley General de la Seguridad Social.
- Con la prestación por nacimiento y cuidado de menor de la Seguridad Social, si bien se podrán disfrutar desde el día siguiente a la finalización de las prestaciones previstas en esta norma, salvo por lo que respecta al periodo obligatorio de la madre biológica a continuación del parto, o la parte que restara del mismo.

Las Administraciones competentes y los agentes sociales deberán promover estas contrataciones. A tal efecto, las ofertas de empleo que sea necesario cubrir en cada localidad serán comunicadas por las empresas y empleadores a los servicios de empleo autonómicos competentes, que las gestionarán para darles cobertura de manera urgente con las personas beneficiarias asegurando que cumplan los requisitos previstos. Para el caso de que el número de demandantes de empleo supere la oferta disponible de trabajadores se establecen una serie de colectivos y de criterios prioritarios para gestionar y cubrir dichas ofertas (art. 5).

Finalmente el art. 1 del RD Ley 19/2020 ha prorrogado estas medidas hasta el 30 de septiembre de 2020, debiendo las empresas comunicar a los servicios públicos de empleo autonómicos aquellas contrataciones que acuerden prorrogar en el plazo de diez días (art. 1.2).

Al mismo tiempo, la Disposición adicional segunda del mismo introduce un régimen particular en materia de extranjería aplicable a jóvenes nacionales de terceros países de entre los 18 y los 21 años que se encuentren en situación regular y que hayan sido empleados en el sector agrario con base en el RD Ley 13/2020. Así, cuando finalice su vigencia, previa solicitud, se concederá una autorización de residencia y trabajo por una duración de dos años, renovables por otros dos, válida en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por ocupación o sector de actividad, sin aplicación de la situación nacional de empleo y acreditando el cumplimiento de una serie de requisitos⁷¹.

3.3.6. Otras medidas de mantenimiento del empleo

3.3.6.1. Prórroga de los contratos del personal docente e investigador celebrado por las universidades

La Disposición adicional duodécima del RD Ley 11/2020 establece la prórroga de los contratos de ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores asociados y profesores

71. Haber sido contratado para una actividad continuada en el sector agrario con base en el artículo 2.1.d) del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, y no haya desistido de la misma y carecer de antecedentes penales.

visitantes, celebrados conforme a los artículos 49, 50, 53 y 54 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y cuya duración máxima esté prevista que finalice durante la vigencia del estado de alarma y de sus prórrogas. La renovación de estos contratos, salvo pacto en contrario, se realizará por una extensión equivalente al tiempo de duración del estado de alarma y, en su caso, sus prórrogas. Las partes, por motivos justificados y de manera excepcional, podrán acordar, con carácter previo a la fecha de finalización del contrato, una prórroga del mismo por hasta tres meses adicionales al tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas. En todo caso, "la duración de los contratos prorrogados podrá exceder los límites máximos previstos para los mismos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre".

3.3.6.2. *Prórroga de los contratos predoctorales para el personal de investigación en formación*

La Disposición adicional décimocuarta del RD Ley 15/2020 establece una serie de reglas en relación a los contratos predoctorales para personal investigador en formación suscritos en el ámbito de la investigación. Así:

- Puede prorrogarse la vigencia cuando se encuentren dentro de los últimos doce meses del contrato (salvo que la financiación proceda de convocatorias de ayudas de recursos humanos realizadas por agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación ex Ley 14/2011).
- La duración de la prórroga puede acordarse por el tiempo que dure el estado de alarma, pudiéndose ampliar en tres meses adicionales al tiempo que en su totalidad dure la declaración de estado de alarma.
- La duración total del contrato y la prórroga que pueda acordarse podrá exceder los límites temporales máximos previstos en la Ley 14/2011, de 1 de junio.
- La prórroga debe ser pactada y con carácter previo a la fecha prevista de finalización del contrato.
- Los costes laborales y sociales derivados de dicha prórroga serán financiados con cargo a los presupuestos de la entidad que hubiera suscrito el contrato de trabajo.
- Las entidades suscriptoras de los contratos podrán dictar las resoluciones que resulten precisas para adaptar estas previsiones en sus respectivos ámbitos de actuación, así como prever otras cuestiones necesarias para una adecuada gestión.
- Estas reglas pueden aplicarse a los contratos predoctorales que finalicen desde el 2 de abril de 2020.

3.3.6.3. *Prórroga de los contratos temporales de investigadores y personal del sistema nacional de salud*

La Disposición adicional decimotercera del RD Ley 11/2020 introduce la prórroga de estos contratos de duración determinada cuando reste un año o menos para su finalización. A tal efecto las entidades que hubieran suscrito estos contratos con cargo a la financiación procedente de convocatorias de ayudas de recursos humanos realizadas por agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación, bajo cualquier modalidad laboral y en el marco de la Ley 14/2011, de 12 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, podrán prorrogar su vigencia exclusivamente cuando reste un año o menos para la finalización.

La renovación podrá ser acordada por el tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas y, por motivos justificados, cabrá prolongar los contratos por hasta tres meses adicionales al tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas.

Por último, cuando los contratos hayan sido suspendidos para posibilitar que las personas contratadas se integren en el Sistema Nacional de Salud con el fin de atender las contingencias derivadas del COVID-19, el tiempo de suspensión se adicionará al previsto para las prórrogas. En todo caso, la duración total de estos contratos de trabajo, y sus eventuales prórrogas, “podrá exceder los límites temporales máximos previstos en la Ley 14/2011, de 1 de junio”.

3.4. Procedimiento sancionador

La introducción de un procedimiento sancionador y de reintegro de prestaciones indebidas en el derecho de excepción laboral se introduce en el RD Ley 9/2020, ante el aluvión de solicitudes de ERTes y el colapso de las autoridades laborales con la intención de prevenir conductas empresariales no ajustadas a derecho.

Ya en la exposición de motivos se justifica su introducción ante la necesidad de “proporcionar un equilibrio entre los recursos del sector público y las necesidades de respuesta de empresas y personas trabajadoras afectadas por la grave situación de crisis sanitaria por la que atravesamos. Todo ello, sin olvidar, la necesidad de implementar todos los mecanismos de control y de sanción necesarios, con el fin de evitar el uso fraudulento de los recursos públicos para finalidades ajenas a las vinculadas con su naturaleza y objetivo”.

Así, la Disposición adicional segunda del RD Ley 9/2020, modificada por la Disposición final novena del RD Ley 15/2020, prevé dos conductas sancionables:

- Solicitudes presentadas por las empresas que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados.
- Solicitudes presentadas por las empresas, en relación al empleo, que no resulten necesarias o no tengan la conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.

Por otra parte se establece que el reconocimiento indebido de prestaciones de desempleo por estas causas dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de las mismas, debiendo la empresa ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas, y ello al margen de la responsabilidad administrativa o penal que pudiese derivarse en cada caso. Se impone así una responsabilidad directa para las empresas, en el caso de que no hubiera dolo o culpa por parte de las personas trabajadoras, que conservarán el derecho al salario correspondiente al período de ERTE inicialmente autorizado, una vez descontadas las cantidades percibidas por prestación por desempleo.

En cuanto a la obligación de devolver las prestaciones indebidas, será exigible hasta que finalice su plazo de prescripción de acuerdo con el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (en adelante, LISOS), que resulten aplicables.

Paralelamente, en la Disposición adicional cuarta del RD Ley 9/2020 se establece el deber de colaboración de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debiendo notificar a tal efecto a esta última los supuestos en los que apreciase indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo. También se contempla que la Inspección de Trabajo, en colaboración con la Agencia Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluya entre sus planes de actuación, la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTE *ex arts.* 22 y 23 RD Ley 8/2020.

Para hacer efectivo lo dispuesto en la Disposición adicional segunda del RD Ley 9/2020, se procede a modificar varios preceptos de la LISOS:

- Art. 23.1.c): introduce en el tipo infractor los comportamientos que supongan la presentación de solicitudes que contuvieran incorrecciones (dado que las falsedades ya estaban incluidas).
- Art. 23.2: diferencia los supuestos en los que la empresa responde de forma solidaria o de forma directa en la obtención indebida de prestaciones por los trabajadores, en los supuestos de la infracción muy grave tipificada en el art. 23.1.c).
- Art. 43.3: se añade un nuevo apartado tercero para introducir en la LISOS la responsabilidad directa introducida en la Disposición adicional segunda RD Ley 9/2020.

Consideramos que la primera de las conductas sancionadoras resulta altamente reprobable, en lo que a las incorrecciones se refiere, teniendo en cuenta que, con toda seguridad, serán numerosos los errores que se detecten en el proceso de revisión. Y es que la norma no ha tenido en cuenta el insólito escenario en que graduados sociales y abogados debíamos ofrecer respuestas inmediatas a las empresas en unas condiciones de urgencia máxima, incertidumbre, desconcierto, el propio confinamiento y la ausencia de los medios materiales y humanos necesarios para prestar el servicio, por no hablar de las lagunas de las propias normas, circunstancias que

los respectivos colegios profesionales se encargaron de trasladar a las autoridades competentes. Es por ello que, ante los errores materiales o incorrecciones, la Inspección de Trabajo deberá tener presente todas estas circunstancias a fin de valorar si tuvieron, o no, finalmente un ánimo defraudatorio. Además, como destaca Beltrán de Heredia⁷², la apreciación de la necesidad de las medidas adoptadas o de la conexión suficiente de las mismas con la causa que las origina son cuestiones que pueden ser difíciles de determinar y sobre las que, además, caben criterios de apreciación notablemente dispares, por lo que seguramente esta disposición acabe provocando numerosos conflictos a causa de la inseguridad jurídica que genera.

3.5. Algunas particularidades en el sector público

En los sectores públicos de aquellos ámbitos dedicados a la investigación, la sanidad, o los servicios sociales y ayuda a la dependencia, se incorporan toda una serie de previsiones extraordinarias para el apoyo de los colectivos más vulnerables, así como del refuerzo del sistema público de salud, incluida la investigación del COVID-19. Por otra parte, se adoptan también medidas para que aquellos trabajadores del sector público que no estén en activo y lo deseen puedan reincorporarse a su actividad en determinadas circunstancias, así como prestar su colaboración en los ámbitos necesitados de refuerzo.

3.5.1. Medidas de apoyo a la investigación del covid-19

El RD Ley 8/2020, en el marco de las medidas de apoyo a la investigación del COVID-19, introduce en el art. 36 una serie de previsiones excepcionales en el ámbito de las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. Así:

- Por un lado, se permite el establecimiento de jornadas laborales extraordinarias para los trabajadores de las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuando hayan de desarrollar medidas excepcionales en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19. La compensación económica por estas jornadas se realizará a través del complemento de productividad o gratificaciones extraordinarias.
- De otro, se autoriza a las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación a realizar contratos indefinidos y temporales para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica

72. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y medidas sociolaborales («refundición» RD Ley 6 a 18/20)", 15/05/20, blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/#sanciones> (consulta 16/05/2020).

y técnica o de innovación relacionados con el COVID-19. Los contratos indefinidos deberán ser financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista. Dichos contratos deberán ser comunicados a los Ministerios de Hacienda y Política Territorial y Función Pública.

3.5.2. *Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de la protección de la salud*

La Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el marco del decreto por el que se establece el estado de alarma, establece una serie de medidas en materia de recursos humanos que habrán de desarrollar las comunidades autónomas en su territorio y que tratarán de garantizar la existencia de profesionales suficientes para atender a todas aquellas personas afectadas por este virus. A tal efecto se adoptan las siguientes:

- Contratación de aquellos profesionales sanitarios que en la Convocatoria de pruebas selectivas 2018 para el acceso en 2019 a plazas de Formación Sanitaria Especializada que, a pesar de haber superado la referida prueba, no obtuvieron plaza por no existir número de plazas suficientes.
- La incorporación de manera inmediata a los servicios de Salud de las comunidades autónomas de todos aquellos profesionales sanitarios pendientes de realización de prácticas o formación, por decisión del Comité de Evaluación o tras la superación de la parte teórica de las correspondientes pruebas teórico-prácticas, según lo recogido en el Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea.
- La incorporación voluntaria de los profesionales sanitarios jubilados a los servicios de salud de las comunidades autónomas compatibilizando el disfrute de la pensión de jubilación con la prestación de servicios en los centros sanitarios, priorizando la ubicación de los mismos en atención primaria.

3.5.3. *Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de colectivos vulnerables*

La Orden SND/295/2020 de 26 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19 tiene asimismo como propósito intentar paliar la situación crítica de los colectivos destinatarios de los servicios sociales que precisan de una atención urgente e inmediata, ante la grave situación de falta de personal en los centros y entidades públicas y privadas acreditadas que proveen de tales servicios sociales esenciales. Con estas medidas se pretende garantizar

el correcto funcionamiento y continuidad del sistema de servicios sociales, en desarrollo y aplicación de lo previsto en el decreto por el que se declara el estado de alarma. Estas previsiones serán aplicables a todos los centros y entidades que presten los servicios sociales⁷³, con independencia de su titularidad, así como a todos sus trabajadores. En este sentido se adoptan las siguientes:

- Se podrá imponer a los trabajadores de los servicios sociales la prestación de trabajos extraordinarios, ya sea en razón de su duración o de su naturaleza cuando estas medidas contribuyan a la correcta prestación de los servicios sociales, utilizando de manera racional los recursos humanos disponibles y en todo caso atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad. Se exceptúa de su aplicación a las mujeres que se encuentren en estado de gestación.
- Las medidas podrán dirigirse a la encomienda de funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo, categoría o especialidad, si bien preferentemente serán similares o análogas a las del puesto que se viene desempeñando y teniendo en cuenta la capacitación profesional. Asimismo, se podrán adoptar medidas de reasignación de efectivos y cambios de centro de trabajo siempre que no comporten la movilidad geográfica de la persona trabajadora. También se podrán adoptar las medidas que se consideren precisas en materia de jornada de trabajo y descanso, permisos, licencias y vacaciones y reducciones de jornada.
- Todo el personal de servicios sociales, independientemente de que esté prestandolos en la modalidad de teletrabajo u otras, deberá estar disponible para ser requerido en cualquier momento para la prestación de tareas presenciales, con excepción de aquellas personas que se encuentren en situación de aislamiento domiciliario por COVID-19. Lo anterior afecta también al personal administrativo mínimo imprescindible para el desarrollo de los servicios.

Por su parte, el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, Resolución de 23 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, pretende flexibilizar por razones de urgencia y de forma temporal, la acreditación y funcionamiento de los servicios de atención a la dependencia mientras persista la situación de crisis por COVID-19. A tal efecto, cuando se acredite la no existencia de demandantes de empleo con las titulaciones específicas necesarias en la zona donde esté ubicado el centro o institución social, o bien donde se preste el servicio de asistencia personal o las labores de auxiliar de ayuda a domicilio, se autoriza

73. Servicios contenidos en el Catálogo de Referencia aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013.

la contratación temporal, a jornada parcial o completa, de personal que se encuentre cursando el último año de los estudios requeridos para la prestación de los correspondientes servicios en los distintos ámbitos del sector de los Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y que, en consecuencia, no se halle en posesión del preceptivo título académico o de la habilitación profesional correspondiente.

3.5.4. Régimen de colaboración de los empleados públicos

El RD Ley 11/2020, en la Disposición adicional decimoctava, prevé que los empleados públicos en servicio activo que soliciten colaborar tanto en el ámbito de su administración de origen como en cualquier otra administración, en las áreas de carácter sanitario, sociosanitario, de empleo, para la protección de colectivos vulnerables y aquellas otras que requieran un refuerzo en materia de personal como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19, seguirán devengando sus retribuciones por el organismo de origen, no suponiendo modificación de su situación administrativa o contrato de trabajo mientras dure la declaración del estado de alarma. La prestación del servicio se podrá llevar a cabo tanto de manera presencial como a través de modalidades no presenciales de trabajo, previa autorización de su superior jerárquico y comunicación al órgano competente en materia de personal.

3.5.5. Personal en ejercicio de funciones sindicales y reincorporación por COVID-19

La Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, dictada por el Ministerio de Sanidad por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales, en el párrafo tercero del apartado cuarto estableció la obligatoriedad de reincorporación de aquellos trabajadores con dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por el ejercicio de funciones sindicales, para desempeñar las propias del mismo en atención a la situación generada por el COVID-19.

Posteriormente, la Orden SND/307/2020, 30 de marzo, que establece una serie de criterios interpretativos para la aplicación del RD Ley 10/2020 determinó que las actividades de representación sindical y patronal se consideran, como no podía ser de otra forma, actividades esenciales para garantizar la asistencia y asesoramiento a trabajadores y empresas.

En consecuencia, la Orden SND/322/2020, de 3 de abril modifica la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, rectificando esta obligación de reincorporación, pasando a ser una opción que puedan ejercer de forma voluntaria aquellos trabajadores con dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por ejercicio de funciones sindicales. En cualquier caso si se produce la reincorporación de estos trabajadores, ello no supondrá el cese del personal sustituto que pudiera existir. Se añade además que el personal que tenía reconocida la dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por ejercer funciones sindicales con anterioridad a la aprobación de la Orden SND/295/2020, de 26

de marzo, y que se haya incorporado como consecuencia de la aprobación de la misma, podrá volver a su situación de dispensa para el ejercicio de funciones sindicales.

3.6. Integración de las personas en situación de vulnerabilidad económica y social

Se trata sin duda de la medida estrella aprobada por el Gobierno durante el estado de alarma y que, en general, ha tenido buena acogida, sobre todo entre los sectores progresistas de la sociedad. Con el marco comunitario de fondo, se justifica en base a las recomendaciones de 2018 y 2019 del Consejo relativas al Programa Nacional de Reformas de España, donde se advierte que la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social sigue estando por encima de la media de la Unión. Al mismo tiempo, el pilar europeo de derechos sociales⁷⁴ entre sus veinte principios fundamentales, establece en el catorce: “Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

Así pues, el RD Ley 20/2020 concibe el IMV como 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”. Esta vía hacia la integración prevé, con carácter principal, la garantía de unos ingresos mínimos en función del número de integrantes de la “unidad de convivencia”, ingresos que además serán compatibles con los que en la actualidad están previstos en cada una de las administraciones autonómicas en concepto de rentas mínimas, actuando así a modo de prestación “suelo”.

Pero dejando de lado su análisis desde la perspectiva propia de la Seguridad Social, que sin duda será tratada ampliamente por la doctrina científica en los próximos meses, cabe destacar aquí brevemente la introducción en la norma de mecanismos complementarios que buscan favorecer esa integración social:

- En primer lugar, se establece la posibilidad de compatibilizar la percepción de esta prestación con los rendimientos del trabajo, lo que supone, al menos en teoría, un mecanismo incentivador del empleo. Así, el art. 8.4 recoge lo siguiente: “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

74. Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, disponible en <https://www.boe.es/doue/2017/113/L00056-00061.pdf> (consulta 04/06/2020). El pilar se basa en un nuevo enfoque sobre el crecimiento, apoyado en el empleo y la inclusión social, que supone un compromiso renovado con la dimensión social de la Unión con la pretensión de fortalecer los derechos sociales existentes, incluso unificar el acervo social, recogiendo una serie de principios inspiradores de la acción política económica y de empleo de las instituciones europeas y de sus Estados miembros.

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". Habrá que estar por tanto al desarrollo reglamentario para ver las condiciones que posibiliten, superados los límites de rentas previstos, la compatibilidad del trabajo tanto por cuenta ajena como por cuenta propia con el IMV⁷⁵.

- Por otro lado, las personas beneficiarias del IMV estarán obligadas a participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de sus competencias. En este sentido, el art. 28.1 introduce la promoción de "estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital mediante la cooperación y colaboración con los departamentos ministeriales, las comunidades autónomas, las entidades locales, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como con las entidades del Tercer Sector de Acción Social. El diseño de estas estrategias se dirigirá a la remoción de los obstáculos sociales o laborales que dificultan el pleno ejercicio de derechos y socavan la cohesión social".
- A su vez, el art. 28.2. dispone que "los beneficiarios del ingreso mínimo vital serán objetivo prioritario y tenidos en cuenta en el diseño de los incentivos a la contratación que apruebe el Gobierno." En consecuencia, el cumplimiento de este mandato supondrá el establecimiento de nuevas modalidades contractuales en los próximos meses para incentivar la contratación por parte de las empresas de los perceptores del IMV.
- Por último, los beneficiarios del IMV deberán figurar como demandantes de empleo en caso de no trabajar (art. 7), siendo éste uno de los requisitos de acceso, así como permanecer inscritos durante el periodo de percepción del mismo (art. 33), obligación que se exigirá tanto de la persona beneficiaria como del resto de integrantes de la unidad de convivencia.

75. Consultada la información sobre el IMV en la página del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/> (consulta 04/06/2020), respecto al régimen de compatibilidad se establece lo siguiente: "Podrás seguir disfrutando de la prestación, que únicamente se reducirá al tener en cuenta tus mayores ingresos. No obstante, existirá un complemento o "estímulo al empleo": una parte de esos nuevos ingresos que obtengas no computarán para el cálculo de la prestación. De este modo, se garantizará que tus ingresos totales finales (salario o ingresos como autónomo/a + IMV) sean mayores. En ese caso, la única obligación que tienes es la de informar a la Seguridad Social del cambio en tu situación" (...). "Además, el IMV está diseñado para generar incentivos al empleo y al emprendimiento. En primer lugar, porque, a diferencia de otras prestaciones o ayudas sociales, su percepción es compatible con tener un trabajo o se establece como autónomo/a, lo cual va a ayudar a evitar que quienes lo cobran acaben en la economía informal. En segundo lugar, porque se va a establecer un mecanismo de incentivo por el cual los ingresos obtenidos con el trabajo o con las actividades profesionales reduzcan en una cantidad menor la prestación de IMV de modo que se premie a quien logra un empleo o monta su negocio".

El régimen de infracciones previsto en la norma (art. 34.3) atribuye la calificación de grave, entre otras, a los incumplimientos de la obligación de participar en las estrategias de inclusión y de las condiciones asociadas a la compatibilidad del IMV con las rentas del trabajo o la actividad económica. Estas infracciones, en caso de ser reiteradas, serán consideradas muy graves⁷⁶. En cuanto a los responsables de las mismas, se considerarán tanto los beneficiarios de la prestación como los miembros de la unidad de convivencia y “aquellas personas que hubiesen cooperado en su comisión mediante una actuación activa u omisiva sin la cual la infracción no se hubiera cometido”, resultando responsables solidarios del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Aunque el régimen sancionador es riguroso en este extremo, llama la atención el hecho de que no se prevea sanción alguna por el rechazo de una oferta de empleo adecuada, lo que a nuestro juicio contradice el propio espíritu de la norma.

En definitiva, pese a resultar inicialmente bienvenido el IMV, será el tiempo el que juzgue si cumple con el objetivo de erradicar la pobreza extrema entre la población más vulnerable, manteniendo simultáneamente su carácter de mecanismo de reintegración, tanto social como económica, y de tránsito hacia el empleo de todas las personas especialmente afectadas.

3.7. Prevención de la salud frente a contagios

El RD Ley 21/2020 introduce, en primer lugar, la necesidad de adoptar una serie de medidas en los centros de trabajo (art. 7.1) sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación. Así, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades deberá:

- a) Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso.
- b) Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.
- c) Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.

76. Las infracciones graves se sancionarán con la pérdida de la prestación por un periodo de hasta tres meses y las muy graves con la pérdida de la prestación por un periodo de hasta seis meses.

- d) Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.
- e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

Respecto a las personas trabajadoras, el art. 7.2, establece que no acudirán al centro de trabajo aquellas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19. De este modo, si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales. Aunque la norma guarda silencio, es claro que el trabajador deberá obtener el parte médico correspondiente a fin de justificar la ausencia al trabajo.

Algunas particularidades se recogen en cuanto a las medidas a adoptar por sectores de actividad en los arts. 8 a 16 que emplazan a las administraciones competentes a establecer normas específicas sobre aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento en los siguientes sectores, debiéndose en todos los casos preservar, en la medida de lo posible, la distancia de seguridad de 1,5 metros: centros, servicios y establecimientos sanitarios (art. 8); centros docentes (art. 9); servicios sociales (art. 10); establecimientos comerciales (art. 11); hoteles y alojamientos turísticos (art. 12); actividades de hostelería y restauración (art. 13); equipamientos culturales, espectáculos públicos y otras actividades recreativas (art. 14) e instalaciones para las actividades y competiciones deportivas, incluida las Ligas Profesionales de Fútbol y Baloncesto (art. 15).

Finalmente, el art. 26 dedicado a la “trazabilidad de contactos” establece la obligación de facilitar información esencial, en los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada en los que las autoridades sanitarias identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos, debiendo facilitar a las autoridades sanitarias la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas.

4. REFLEXIONES FINALES

La paralización de buena parte de la actividad industrial y de servicios por causa de la declaración del estado de alarma derivada del COVID-19 ha supuesto indudablemente, y desde su mismo inicio, la mayor amenaza para el mercado laboral y los derechos sociales a él vinculados de nuestra historia reciente. En este marco el ejecutivo ha venido aprobando una cantidad ingente de regulaciones relacionadas con el derecho

al trabajo que acometen diversas áreas con la finalidad de compatibilizar la necesaria salvaguarda de la salud con la minoración de los efectos destructivos de la pandemia sobre el empleo y las redes de protección social preexistentes. Tales iniciativas normativas han venido fuertemente condicionadas por una realidad sanitaria que semana a semana proporcionaba indicadores poco halagüeños para la reactivación de la actividad económica, de modo que la gestión del ejecutivo ha ido más bien encaminada al mantenimiento de empleo mediante fórmulas suspensivas y prestacionales, junto con modalidades no presenciales de desempeño y herramientas de flexibilidad que, en respuesta a las circunstancias referidas, han modificado de manera notable el día a día del trabajo en España. Así, hemos identificado las siguientes áreas de actuación: (i) medidas destinadas a flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras; (ii) medidas para flexibilizar los mecanismos de ajuste temporal de actividades para evitar despidos; (iii) medidas de protección del empleo; (iv) un procedimiento sancionador frente a eventuales irregularidades; y (v) medidas específicamente destinadas al sector público.

Por lo que a este trabajo respecta, podemos decir que gran parte del contenido del derecho de emergencia laboral ha sido respetuoso y tuitivo con el derecho al trabajo recogido en el art. 35.1 CE que, recordemos, como ha declarado la STC 22/1981, de 2 de julio, se concreta, entre otros aspectos, en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. Y es que la finalidad última de las medidas económicas adoptadas por el Gobierno del Estado, con mayor o menor fortuna, ha sido la de preservar la continuidad de las relaciones de trabajo, al mismo tiempo que se protegía a aquellos colectivos más vulnerables. Estas medidas han contenido los despidos masivos a través de la figura de los ERTes, tanto por fuerza mayor como por CETOP, al tiempo que han procurado el acceso generalizado y sin restricciones de las personas trabajadoras a la prestación de desempleo (RD-Ley 8/2020), medidas reforzadas además con la prohibición del despido por las causas en las que se ampara la suspensión y reducción de jornada, además de la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales (RD-Ley 9/2020).

Al mismo tiempo, este derecho de excepción ha tratado de dar cobertura a otros derechos sociales básicos como la vivienda digna y adecuada, art. 47 CE, la protección social de la familia, art. 39.1 CE o la protección en el caso del desempleo, art. 41 CE, introduciendo para ello disposiciones sobre suspensión del procedimiento de desahucio, la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, la garantía del suministro energético y de agua para hogares mientras dure el estado de alarma, el bono social, medidas para consumidores, trabajadores autónomos, trabajadoras del hogar, etc.

Tampoco ha dejado de lado a las víctimas de violencia de género posibilitando una flexibilización de las restricciones de movilidad para ellas y un refuerzo de los recursos asistenciales y tecnológicos con el fin de prevenir, en primer lugar, y en su caso dar respuesta rápida a esta clase de situaciones.

Todo ello, a fin de cuentas, es expresión de la cláusula del estado social que impone nuestra Constitución en el art. 9.2 CE.

Si algún reproche generalizado cabe hacer a toda esta producción normativa es el de la ausencia patente de perspectiva de género, más allá del uso de un lenguaje inclusivo: la pandemia ha multiplicado las necesidades de cuidado y ninguna de las medidas sociolaborales adoptadas ha contribuido a descargar estas obligaciones del ámbito privado, bien al contrario, las ha reforzado. Siguiendo a Gálvez Muñoz podemos afirmar que las medidas han tenido un impacto desigual: pensemos en que las mujeres son “las principales empleadas, usuarias y “sustitutas naturales”⁷⁷ de unos servicios públicos, en aspectos como la educación o la atención a dependientes, que se han visto prácticamente suspendidos a causa de la pandemia, a lo que debemos unir las propias necesidades de cuidado derivadas de la enfermedad, de la existencia de personas mayores aisladas en sus domicilios, de menores sin jornada escolar, etc. Frente a ello, la regulación de carácter excepcional no ha hecho sino consolidar el cuidado, como decimos, en el ámbito privado, recayendo este mandato social de manera mayoritaria en las mujeres. En este sentido el Plan MECUIDA ha venido lastrado por importantes carencias, a las que ya hemos hecho referencia, y tiene algo de oportunidad perdida para haber incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, aun de manera excepcional, un permiso retribuido para el cuidado más allá de los permisos por nacimiento, adopción y acogimiento, de forma que todas estas necesidades han acabado invisibilizadas bajo la cobertura generalizada del ERTE.

Por otro lado, y pese a ser conscientes de la complejidad del contexto en el que se ha desarrollado la labor regulatoria, no podemos dejar de señalar la deficiente técnica jurídica que en ocasiones ha requerido de la aprobación posterior de diversos instrumentos interpretativos que aún así no han sido capaces de desterrar las muchas lagunas existentes en la norma, amén de las propias modificaciones que ha ido sufriendo con el paso de las semanas. Sorprende en este sentido que se establezca un régimen sancionador ciertamente riguroso, como una suerte de admonición en la que se nos viene a decir que todo se revisará cuando haya tiempo; pero esta misma ausencia de tiempo la han tenido empresas, trabajadores y operadores jurídicos, cuya labor parece que se examinará desligándola, incluso, de la apreciación de dolo o negligencia grave como elemento sustentador de una eventual infracción.

Asimismo habría sido necesario plantear todo este derecho de emergencia sociolaboral con una amplitud de miras que permitiese introducir modificaciones estructurales capaces tanto de responder a eventuales rebrotes de la pandemia, que nos coloquen en situaciones similares, como a una deseable normalidad laboral en la que determinadas experiencias vividas en estos tiempos podrían ser de gran utilidad. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del trabajo a distancia, que ha servido para solventar estas necesidades urgentes con una capacidad de respuesta sorprendente en una cultura presentista como la nuestra; ahora bien, por otra parte ha hecho evidente la urgencia de aprobar una regulación específica que, garantizando en todo momento la privacidad de la persona trabajadora, aborde aspectos tales como la desconexión

77. Para un mayor detalle consultar en Gálvez Muñoz, L.: “Desiguales otra vez”, disponible en https://www.eldiario.es/euroblog/Desiguales-vez_6_1008659139.html (consulta 20/05/2020).

digital o el control de la jornada, el coste de implementación de esta modalidad, la prevención de riesgos particularizada a la misma, o su adecuación a empresas y sectores a través de la negociación colectiva.

En cuanto al contenido de la normativa atinente al empleo, son dos los aspectos nucleares que entendemos van a provocar especiales controversias: en primer lugar, el concepto de fuerza mayor en aquellos supuestos fronterizos introducidos en el decreto del estado de alarma, así como en las normas que lo desarrollan; pensemos en los sectores de actividad fuertemente condicionados de manera indirecta por las medidas de protección de la salud, de forma que en la práctica su continuidad se veía comprometida, y sobre los que recaía, sin embargo, la carga de probar tales circunstancias en términos poco claros.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al mantenimiento del empleo, resulta desproporcionada la obligación de devolución de la totalidad de las cuotas exoneradas con los recargos e intereses de demora correspondientes en relación con la amortización de, por ejemplo, un único puesto de trabajo, en los primeros seis meses. Esta eventualidad, que puede volverse frecuente a tenor de las previsiones económicas, deriva en una presión quizá excesiva que podría entrar en conflicto con el propio derecho constitucional a la libertad de empresa.

Existen otros aspectos sobre los que no podemos sino realizar una valoración positiva. Así ocurre con la atribución de carácter preferente y tramitación urgente a los conflictos judiciales derivados tanto del trabajo a distancia o el Plan MECUIDA, como de los ERTES por causa mayor o CETOP, reforzando de este modo la tutela judicial efectiva en un periodo de especial inseguridad jurídica.

Al mismo tiempo resulta plausible la potenciación del papel de los sindicatos a través de la obligación de formar comisiones representativas, en ausencia de representación legal de los trabajadores, y que ha posibilitado que tengan una mayor presencia a la hora de tutelar los derechos de las personas trabajadoras afectadas por ERTES por CETOP o por el permiso retribuido recuperable.

Finalmente, y aun considerando una vez más el particular contexto en el que se debieron tomar las decisiones, habría sido deseable una mayor articulación con fundamento en un consenso con los agentes sociales que habría permitido, a través de su implicación, dotarlas de mayor legitimidad y una perspectiva más amplia y enriquecedora, y sin duda pegada a la realidad cotidiana del mercado de trabajo. Situados aparentemente en el inicio de un escenario post-crisis sanitaria, que sin embargo augura una economía de inquietante profundidad, se hace imprescindible que el diálogo y el refuerzo colectivo de las decisiones caractericen las que deban tomarse en un futuro no menos incierto que el presente.

La pandemia global a la que nos enfrentamos ha revelado algunas carencias estructurales de nuestro modelo productivo y del tejido social que debe sustentarlo, pero también la fortaleza y capacidad de adaptación de la ciudadanía frente a vicisitudes que no tenían cabida en nuestras peores previsiones. Se ha convertido quizá en un tópico el deseo de que seamos capaces de salir de este bache de la historia dotados de mejores cualidades y provechosas experiencias con las que construir una

sociedad más justa y desarrollada democráticamente; un propósito en el que el derecho, en cuanto sistema de ordenación de la convivencia, ha de ocupar un lugar imprescindible donde los y las juristas deben aportar, incluso en tiempos apremiantes, la necesaria reflexión y el análisis crítico. Si algo nos hermana con los profesionales sanitarios y epidemiológicos, que han constituido en este caso una heroica primera línea de defensa frente al virus, es la esperanza común de que, en adelante, nuestra labor sea tomada en cuenta de manera previa, y no quede reducida a un improductivo lamento a posteriori.

Bibliografía

- Nuria Reche Tello: *El Derecho al Trabajo en tiempos de excepcionalidad: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España*
- Aba Catoira, A.: "El estado de alarma en España", *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 28, 2011.
- Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019
- Álvarez Conde, E.: *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990
- Aragón Gómez, C.: "Claves prácticas del permiso retribuido recuperable", 02/04/20, blog *Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/claves-practicas-del-permiso-retribuido.html>.
- Arrieta Idiákez, F. J.: "La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "Covid-19 y ERTE por fuerza mayor: situaciones que lo justifican y acreditación", 27/03/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* <https://ignasibeltran.com/2020/03/27/covid-19-y-erte-por-fuerza-mayor-situaciones-que-lo-justifican-y-acreditacion/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y medidas sociolaborales («refundición» RD Ley 6 a 18/20)", 15/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/#sanciones>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 10/2020: comentario de urgencia sobre el permiso retribuido recuperable", 30/03/2020, blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/03/30/covid-19-y-rdley-10-2020-comentario-de-urgencia-sobre-el-permiso-retribuido-recuperable/#recuperación>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 18/2020: comentario crítico de urgencia", 13/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/05/13/covid-19-y-rdley-18-2020-comentario-critico-de-urgencia/#nuevasalvavarda>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 9/2020: comentario crítico de urgencia", 28/03/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/03/28/covid-19-y-rdley-9-2020-comentario-critico-de-urgencia/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo", 01/06/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿La fuerza mayor puede ser parcial?; y ¿puede exigirse el reingreso?", 18/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/05/18/rdley-18-2020-y-erte-la-fuerza-mayor-puede-ser-parcial-y-puede-exigirse-el-reingreso/>.
- Cruz Villalón, J.: "Del coronavirus al contagio del teletrabajo", 20/03/20, *Nueva Tribuna*, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/coronavirus-confinamiento-teletrabajo-covid19-oms-salud/20200320232306172385.html>.

- Cruz Villalón, J.: "Permisos retribuidos recuperables, un reparto de sacrificios", 29/03/20, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/29/opinion/1585481116_777134.html.
- Cruz Villalón, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Gálvez Muñoz, L.: "Desiguales otra vez", 22/03/2020, https://www.eldiario.es/euroblog/Desiguales-vez_6_1008659139.html.
- Gómez Abelleira, F.J., "La duración de los contratos temporales en suspensión por ERTE", 31/03/2020, blog *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/la-duracion-de-los-contratos-temporales.html>.
- Gordo González, L., "RDL 10/2020: ¿se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?", 01/04/2020, blog *Instituto de Derecho Local de la UAM*, <http://www.luisgordo.es/?p=1548>.
- Mercader Uguina, J. R.: "El RD Ley 18/2020 y la "nueva" concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas", 28/05/2020, blog *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>.
- Mercader Uguina, J. R.: "El silencio administrativo positivo y ERTES por fuerza mayor: la negra sombra del Barón de Rothschild", 01/04/2020, blog *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/el-silencio-administrativo-positivo-y.html>.
- Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, Comares, Granada, 2018.
- Rojo Torrecilla, E.: "Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Análisis y comentario del RDL 16/2020 de 28 de abril. ¿Una jurisdicción laboral virtual temporal o permanente?", 29/04/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/emergencia-sanitaria-y-legislacion_29.html.
- Rojo Torrecilla, E.: "Un primer análisis de las medidas laborales contenidas en el RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19", 18/03/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html>.
- Todoí Signes, A.: "¿Los contratos temporales pueden extinguirse por el Covid19? Incluyendo las novedades del RD 11/2020", 01/04/2020, blog *Argumentos en Derecho Laboral*, <https://adrian-todoli.com/2020/04/01/los-contratos-temporales-pueden-extinguirse-por-el-covid19-incluyendo-las-novedades-del-rd-11-2020/>.
- Torres del Moral, A.: *Principios de Derecho Constitucional, tomo I*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010.



Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19

EXCEPTIONAL SOCIAL SECURITY MEASURES DURING COVID-19

José Antonio González Martínez

Profesor Asociado (Contratado Doctor, acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante, Escuela Universitaria Relaciones Laborales Elda
jantonio.gonzalez@ua.es 0000-0002-8286-6195

Recibido: 15.06.2020 | Aceptado: 19.06.2020

RESUMEN

Analizamos las medidas adoptadas en España, en materia de Seguridad Social, durante el estado de alarma, frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Muchas de ellas, bajo la forma de Real Decreto Ley, suponen, según sus creadores, alteraciones del ordenamiento jurídico completamente justificadas, todas ellas de carácter extraordinario y temporal, y básicamente dirigidas a proteger la salud y el empleo en aras a dar solución a las necesidades sobrevenidas. Y ello con la esperanza de que, en un futuro no muy lejano, se adopten medidas preventivas de calado, fruto de unas buenas líneas de investigación, como freno a nuevos brotes de esta enfermedad que pudieran surgir, como freno a nuevas amenazas y desafíos sanitarios.

ABSTRACT

We analyze the measures adopted in Spain, in terms of Social Security, during the state of alarm decreed against the health crisis caused by COVID-19. Many of them, under the form of Royal Decree Law, suppose, according to their creators, completely justified alterations of the legal system, all of them of an extraordinary and temporary nature, and basically aimed at protecting health and employment in order to solve the unmet needs. And this with the hope that, in the not too distant future, preventive measures are adopted, the result of good lines of research, as a brake on new outbreaks of this disease that may arise, as a brake on new threats and health challenges.

PALABRAS CLAVE

Seguridad social
Empleo
Salud pública
Prestaciones
Crisis sanitaria

KEYWORDS

Social security
Employment
Public health
Benefits
Health crisis

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. MEDIDAS PARA PROTEGER EL EMPLEO
 - 2.1. Medidas relativas a los trabajadores por cuenta ajena
 - 2.1.1. Reajustes a la prestación contributiva por desempleo
 - 2.1.1.1. Ampliación de la protección por desempleo a las personas afectadas por un erte
 - 2.1.1.2. Tramitación de los ERTES: procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo
 - 2.1.1.3. Beneficios en el desempleo para fijos discontinuos
 - 2.1.1.4. Deber de colaboración de la entidad gestora con la ITSS
 - 2.1.2. Medidas extraordinarias en el nivel asistencial
 - 2.1.2.1. Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal
 - 2.1.2.2. Medidas extraordinarias relativas a la prórroga del subsidio por desempleo y a la declaración anual de rentas
 - 2.1.3. Medidas de protección de los ciudadanos: consideración como situación legal de desempleo la extinción de la relación laboral en el periodo de prueba
 - 2.1.4. Medidas paralelas de rescate de la previsión social complementaria en caso de desempleo o cese de actividad
 - 2.2. MEDIDAS RELATIVAS A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
 - 2.2.1. La prestación extraordinaria por cese de actividad de trabajadores autónomos (y trabajadores del mar)
 - 2.2.1.1. Beneficiarios y requisitos exigidos
 - 2.2.1.2. Cuantía de la prestación
 - 2.2.1.3. Duración e incompatibilidad
 - 2.2.1.4. La opción a favor de una mutua colaboradora
 - 2.2.2. Las medidas extraordinarias en materia de cotización y deudas con la Seguridad Social
 - 2.2.2.1. Exenciones en pago de aportación empresarial y en cuotas de recaudación conjunta: erte por fuerza mayor
 - 2.2.2.2. Moratoria de las cotizaciones sociales
 - 2.2.2.3. Aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social
 - 2.3. Medidas relativas a otros colectivos
 - 2.3.1. Empleados de hogar: subsidio extraordinario por falta de actividad
 - 2.3.1.1. Beneficiarios
 - 2.3.1.2. Cuantía del subsidio
 - 2.3.1.3. Compatibilidades e incompatibilidades del subsidio extraordinario
 - 2.3.2. Medidas extraordinarias en el sector agrario
 - 2.3.2.1. Medidas de flexibilización de la contratación temporal de trabajadores
 - 2.3.2.2. Sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios: nuevos requisitos para su inclusión
 - 2.3.3. Acceso extraordinario a la prestación por desempleo de artistas en espectáculos públicos
 - 2.4. El ingreso mínimo vital para las personas en situación de vulnerabilidad
3. MEDIDAS PARA PROTEGER LA SALUD PÚBLICA
 - 3.1. Respecto de la it, en los periodos de baja por aislamiento o contagio
 - 3.1.1. La protección de trabajadores por cuenta ajena y propia
 - 3.1.2. Previsión de mayor cobertura para el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios

- 3.1.3. La situación del personal encuadrado en los regímenes especiales de los funcionarios públicos
- 3.1.4. La IT en situación excepcional de confinamiento total
- 3.1.5. El procedimiento de remisión de partes de baja y alta
- 3.2. Respecto de otras prestaciones
 - 3.2.1. Medidas de reincorporación de profesionales sanitarios en situación de jubilación: compatibilidad de la pensión con el servicio activo
 - 3.2.2. Compatibilidad del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y la prestación por desempleo o cese de actividad por erte

1. INTRODUCCIÓN

Una pandemia puede aparecer en cualquier momento. El Gobierno intenta reducir la vulnerabilidad de la población a los riesgos infecciosos cuando es factible (por ejemplo, se incentivan las campañas de vacunaciones de la gripe común, reforzándose las mismas entre los grupos de riesgo, como mayores de 65 años, enfermos crónicos, profesionales sanitarios, etc., y se recomienda que se vacunen las personas que tienen previsto viajar a países afectados por brotes de gripes), e intenta reducir la probabilidad de transmisión interna de enfermedades (por ejemplo, mediante Planes nacionales de preparación y respuesta ante una pandemia de gripe, o Programas de prevención y promoción de la salud o buenos sistemas de saneamiento), pero todos somos conscientes que dichos riesgos no se pueden eliminar por completo, y si aparecen, sus efectos son devastadores para la población.

Hay que proteger la salud pública a toda costa. Si la enfermedad puede aparecer en cualquier momento, y muchos infectados puede que se encuentren en el periodo de incubación, no mostrando síntomas aparentes al principio del curso de la enfermedad, y propagarse ésta con facilidad, entonces, nos planteamos una serie de preguntas: ¿Se investiga suficientemente el riesgo de que se produzca un intercambio de genes y una posible mutación del virus con la consiguiente coinfección del ser humano con cepas del virus con otros humanos? ¿Se establece una coordinación entre la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas y con organismos internacionales, como la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) o, en el seno de la Unión Europea (en adelante, UE), el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, reforzando al máximo los sistemas de vigilancia epidemiológica internacional? ¿Se adoptan suficientes medidas preventivas para reducir al máximo la vulnerabilidad de la población, minimizar los riesgos y su posible impacto sobre la población, o sólo se adoptan medidas “reparadoras” una vez aparece la enfermedad, para intentar atenuar la situación?

Y la pandemia, sin suficiente INVESTIGACIÓN, con una nefasta COORDINACIÓN, y con nulas medidas de PREVENCIÓN... apareció, declarándose como emergencia de salud pública de importancia internacional. Tras el coronavirus (grupo de virus que vistos al microscopio tienen un halo o corona) que causó el síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV), aparece una nueva amenaza y desafío sanitario, el nuevo

SARS-CoV-2, que causa la enfermedad del Coronavirus (en adelante, COVID-19). El SARS-CoV-2 es un virus zoonótico, ya que se transmite del animal al ser humano, y el COVID-19 es una enfermedad que se detecta por primera vez en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China, con una transmisión local sostenida y notificando de lejos el mayor número de casos confirmados desde el comienzo del brote.

Y a la espera de que se adopten medidas preventivas de calado, como freno a nuevos brotes de esta enfermedad que se transmite por gotículas respiratorias, y que se inicia con síntomas de fiebre, tos, y sensación de falta de aire, y como freno a nuevas amenazas y desafíos sanitarios, pasamos a analizar las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social, básicamente dirigidas a proteger la salud y el empleo, en aras a dar solución a las necesidades sobrevenidas.

Debemos recordar que es imprescindible reforzar las medidas de higiene personal en todos los ámbitos: la higiene de manos es la medida principal de prevención y control de la infección. Y me pregunto: ¿Pueden nuestros representantes políticos lavarse las manos? Entiendo que deben someterse a una cadena de responsabilidad, tengan sus manos visiblemente sucias o no, y deben adoptar las medidas de higiene, sea con solución a base de alcohol, o con agua y jabón si así lo desean. Ante el desastre de normativa emanada, sin control ni criterio, no pueden lavarse las manos, a diferencia del resto, donde la higiene y la limpieza de manos es esencial.

Agradecer, como no, al profesor doctor Francisco Javier Fernández Orrico, sus sabias indicaciones a la hora de la elaboración de este artículo.

2. MEDIDAS PARA PROTEGER EL EMPLEO

2.1. Medidas relativas a los trabajadores por cuenta ajena

2.1.1. Reajustes a la prestación contributiva por desempleo

2.1.1.1. Ampliación de la protección por desempleo a las personas afectadas por un ERTE

Ante la extraordinaria situación de gravedad, tras la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020¹, en el RD-ley 8/2020 se refuerza la cobertura a los trabajadores afectados por un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (en

1. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo), en vigor hasta las 00:00 horas del 28 de marzo. Prorrogado por primera vez por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, (BOE núm. 86 de 28 de marzo), en vigor hasta las 00:00 horas del 12 de abril; una segunda prórroga por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE núm. 101 de 11 de abril), en vigor hasta las 00:00 horas del 26 de abril; una tercera vez por Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE núm. 115, de 25 de abril), en vigor hasta las 00:00 horas del 10 de mayo; una cuarta prórroga por Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE núm. 129, de 9 de mayo), en vigor hasta las 00:00 horas del 24 de mayo; una quinta prórroga por Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE núm. 145, de 23 de mayo), hasta las 00:00 horas del día 7 de junio; y una sexta y última prórroga por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE núm. 159 de 6 de junio), hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

adelante, ERTE), al establecerse dos garantías de derechos²: a) Que tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización mínimo necesario para tener acceso a ella; y b) Que el periodo de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada durante el que estén percibiendo dicha prestación no les compute a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos (contador a cero). En circunstancias normales, durante un ERTE el trabajador puede acceder a la prestación contributiva por desempleo si cuenta con el periodo de cotización necesario para tener acceso a ella y, además, este periodo le computa a efecto de los periodos máximos de percepción de la prestación. Las personas que trabajan a tiempo parcial o bajo un contrato fijo-discontinuo se verán afectadas de forma diferente en su actividad por el COVID-19, ya que, por las características de su modalidad contractual, es probable que no sean afectadas por ERTE sino directamente por un periodo de inactividad.

Pueden acogerse a estas medidas, además de las personas trabajadoras incluidas en el art. 264 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS)³, aquellas personas que tengan la condición de socias trabajadoras de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado que coticen por la contingencia de desempleo. Estas medidas se aplican a las personas trabajadoras afectadas, tanto si en el momento de la adopción de la decisión empresarial tuvieran suspendido un derecho anterior a prestación o subsidio por desempleo, como si careciesen del periodo mínimo de ocupación cotizada para causar derecho a prestación contributiva, o no hubiesen percibido prestación por desempleo precedente.

En todo caso, se reconoce un nuevo derecho a la prestación contributiva por desempleo, topada por arriba y por abajo por el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM), con las siguientes especialidades respecto a la cuantía y duración: a) La base reguladora de la prestación será la resultante de computar el promedio de las bases de los últimos 180 días cotizados o, en su defecto, del periodo de tiempo inferior, inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, trabajados al amparo de la relación laboral afectada por las circunstancias extraordinarias que han originado directamente la suspensión del contrato o la reducción de la jornada de trabajo⁴; b) La duración de la prestación se extenderá hasta la finalización del periodo de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal de la jornada de trabajo de las que trae causa.

La iniciación, instrucción y resolución del procedimiento de reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo se ajustará a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria para los supuestos de suspensión temporal del contrato o de reducción

2. A tenor del art. 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo).

3. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre).

4. Recordar que la prestación tiene un tope mínimo y un tope máximo, dependiendo de las cargas familiares. Topada por abajo con el 80% IPREM, sin hijos (501,98 €) o 107% IPREM con hijos a cargo (671,40 €). Y una cuantía máxima del 175% IPREM si no hay hijos a cargo (1098,89 €), el 200% con un hijo a cargo (1254,96 €) o el 225% con dos o más hijos a cargo (1411,83 €).

temporal de la jornada derivados de causas económicas, técnicas, organizativas, de producción, o de fuerza mayor⁵.

Estas medidas de protección por desempleo son de aplicación hasta el 30 de junio de 2020⁶, si bien mediante acuerdo de Consejo de Ministros se podrá establecer una prórroga de los Expedientes de Regulación de Empleo (en adelante, ERE), en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegado el 30 de junio de 2020; dicho acuerdo podrá, a su vez, prorrogar las exenciones de cotización, o extenderlas a los ERTE basados en causas objetivas, así como prorrogar las medidas de protección por desempleo previstas, por el periodo de tiempo y porcentajes que en él se determinen⁷.

Por otro lado, se establece la no reducción de la duración de la prestación por presentación extemporánea. Así pues, durante el periodo de vigencia de las medidas extraordinarias en materia de salud pública adoptadas por las autoridades para combatir los efectos de la extensión del COVID-19 (que conlleven la limitación de la movilidad de los ciudadanos o que atañan al funcionamiento de los servicios públicos cuya actuación afecte a la gestión de la protección por desempleo), la presentación de las solicitudes de alta inicial o reanudación de la prestación y el subsidio por desempleo realizada fuera de los plazos establecidos legalmente no implicará que se reduzca la duración del derecho a la prestación correspondiente⁸.

La fecha de efectos de la situación legal de desempleo en los supuestos de fuerza mayor será la fecha del hecho causante de la misma. Cuando la suspensión del contrato o reducción de jornada sea debida por causa económica, técnica, organizativa y de producción, la fecha de efectos de la situación legal de desempleo será, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberán figurar, en todo caso, en el certificado de empresa, que se considerará documento válido para su acreditación⁹.

Se prevé la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales: la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas legalmente previstas, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia

5. Conviene matizar, que conforme a la disposición final octava del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 112, de 22 de abril), la fuerza mayor puede ser parcial, es decir, puede esta no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales durante la crisis, concurriendo la causa obstativa en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial.

6. En base al art. 3.2 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE núm. 134, de 13 de mayo). Las medidas recogidas en este RD-ley han sido producto del diálogo social y el acuerdo alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno el día 8 de mayo de 2020, día del primer centenario del Ministerio de Trabajo.

7. Disposición adicional primera del RD-ley 18/2020.

8. Art. 26 RD-ley 8/2020.

9. Disposición adicional tercera, del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE núm. 86, de 28 de marzo).

equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas.

2.1.1.2. *Tramitación de los ERTES: procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo*

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido¹⁰.

En aras a agilizar la tramitación y abono de las prestaciones por desempleo, el legislador establece las particularidades del procedimiento de reconocimiento de la prestación¹¹:

- Se inicia mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en representación de aquellas: esa solicitud se cumplimentará en el modelo proporcionado por la misma entidad gestora y se incluirá en una comunicación.
- Dicha comunicación incluirá la siguiente información, de forma individualizada por cada uno de los centros de trabajo afectados: a) Nombre o razón social de la empresa, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social al que figuren adscritos los trabajadores cuyas suspensiones o reducciones de jornada se soliciten; b) Nombre y apellidos, número de identificación fiscal, teléfono y dirección de correo electrónico del representante legal de la empresa; c) Número de expediente asignado por la autoridad laboral; d) Especificación de las medidas a adoptar, así como de la fecha de inicio en que cada una de las personas trabajadoras va a quedar afectada por las mismas; e) En el supuesto de reducción de la jornada, determinación del porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual; f) A los efectos de acreditar la representación de las personas trabajadoras, una declaración responsable en la que habrá de constar que se ha obtenido la autorización de aquellas para su presentación; g) La información complementaria que, en su caso, se determine por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE).
- La comunicación deberá remitirse por la empresa en el plazo de 5 días desde la solicitud del ERTE en los supuestos de fuerza mayor, o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su decisión en el caso de los ERTES no por fuerza mayor. La comunicación se remitirá a través de medios electrónicos y en la forma que se determine por el SPEE, en el supuesto

10. Art. 2 RD-ley 9/2020.

11. Art. 3 RD-ley 9/2020.

de que la solicitud se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de este RD-ley, el plazo de 5 días empezará a computarse desde esta fecha.

- La no transmisión de la comunicación regulada en los apartados anteriores se considerará conducta constitutiva de la infracción grave prevista en el art. 22.13 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, TRLISOS)¹².

Las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo previstas para los ERTes serán de aplicación a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados, con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa extraordinaria, siempre que deriven directamente del COVID-19, por tanto con limitación de la aplicación a los EREs¹³.

2.1.1.3 Beneficios en el desempleo para fijos discontinuos

Las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores fijos discontinuos y por aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que hayan visto suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, podrán volver a percibirse, con un límite máximo de 90 días (plazo máximo de 90 días considerado como periodo no consumido), cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo. Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efectivamente trabajado por el trabajador durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año, se estará a los periodos de actividad de otros trabajadores comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la Entidad Gestora cuando el interesado solicite su reanudación¹⁴.

Con el RD-ley 15/2020 se refuerza la protección de las trabajadoras y los trabajadores fijos-discontinuos, ampliando la cobertura regulada en el RD-ley 8/2020, a aquellas personas trabajadoras que no hayan podido reincorporarse a su actividad en las fechas previstas, como consecuencia del COVID-19 y que, o bien disponiendo de periodos de ocupación cotizada suficiente, no cumplen el requisito de situación legal de desempleo, o bien no pueden acceder a la prestación por desempleo por carecer del periodo de cotización necesario para acceder a dicha prestación.

Así pues, estos trabajadores tendrán derecho a una nueva prestación contributiva, que podrá percibirse hasta la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de

12. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, de 8 de agosto).

13. Disposición final primera RD-ley 9/2020.

14. Art. 25.6 RD-ley 8/2020.

trabajo, con un límite máximo de 90 días. La cuantía mensual de la nueva prestación será igual a la de la última mensualidad de la prestación contributiva percibida, o, en su caso, a la cuantía mínima de la prestación contributiva. El mismo derecho tendrán quienes durante la situación de crisis derivada del COVID-19 agoten sus prestaciones por desempleo antes de la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de trabajo y carezcan de cotizaciones suficientes para el reconocimiento de un nuevo derecho, en cuyo caso, la certificación empresarial de imposibilidad de reincorporación constituirá nueva situación legal de desempleo¹⁵.

Estas medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo resultan de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2020¹⁶.

2.1.1.4. Deber de colaboración de la entidad gestora con la ITSS

De forma paralela, se establece el deber de colaboración de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS), debiendo notificar, a tal efecto a esta última, los supuestos en los que apreciase indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo. En los supuestos en los que la entidad gestora apreciase indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo, lo comunicará a la ITSS a los efectos oportunos, la cual, en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluirá, entre sus planes de actuación, la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTes¹⁷.

2.1.2. Medidas extraordinarias en el nivel asistencial

2.1.2.1. Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal

La crisis sanitaria motivada por el COVID-19 ha desencadenado nuevas situaciones de necesidad vinculadas a la falta de empleo y ha agravado la situación en la que se encontraban personas desempleadas con anterioridad. Aunque el sistema estatal de subsidios de desempleo y también los sistemas asistenciales de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.), han servido para dar respuesta a algunas de estas situaciones, resulta necesario completar el ámbito de la cobertura a efectos de que queden incluidas las nuevas situaciones de necesidad por falta de empleo generadas por la actual crisis sanitaria. La situación en la que quedan aquellas personas trabajadoras cuyo contrato temporal llega a su fin con posterioridad a la declaración del estado de alarma, debe ser atendida con medidas excepcionales dada la dificultad de acceso al empleo al menos mientras dura la situación de crisis sanitaria.

15. Conforme a la nueva redacción del art. 25.6 RD-ley 8/2020, incorporada por disposición final octava del RD-ley 15/2020.

16. Conforme al art. 3.2 del RD-ley 18/2020.

17. Disposición adicional cuarta RD-ley 9/2020.

El subsidio por circunstancias excepcionales aplicable al colectivo de trabajadores temporales cuyo contrato se extingue porque llega a su fin, con posterioridad a la declaración del estado de alarma, se configura sin requisito de carencia precisamente para equiparar su situación en lo posible a la de las personas que sí han sido incluidas en un ERTE y que han podido acceder, aun sin cumplir la carencia establecida, a la correspondiente prestación de desempleo. El único requisito que se exige es la duración mínima de 2 meses del contrato cuyo fin ha llegado (esta duración del contrato temporal permite identificar la existencia de una expectativa profesional y excluye por tanto las relaciones contractuales esporádicas).

Este subsidio será reconocido a las personas afectadas, por la extinción de un contrato de duración determinada, incluidos los contratos de interinidad, formativos y de relevo. Es incompatible con la percepción de cualquier renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública. Consistirá en una ayuda mensual del 80% del IPREM mensual vigente. Y su duración será de un mes, ampliable si así se determina por RD-ley¹⁸.

Este subsidio, al igual que el subsidio extraordinario por falta de actividad de empleados de hogar, será de aplicación a los hechos causantes aun cuando se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor del RD-ley 11/2020 (2 de abril), siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma (14 de marzo)¹⁹.

2.1.2.2. *Medidas extraordinarias relativas a la prórroga del subsidio por desempleo y a la declaración anual de rentas*

Durante el periodo de vigencia de las medidas extraordinarias en materia de salud pública adoptadas por las autoridades para combatir los efectos de la extensión del COVID-19, que conlleven la limitación de la movilidad de los ciudadanos o que atañan al funcionamiento de los servicios públicos cuya actuación afecte a la gestión de la protección por desempleo, el SPEE y, en su caso, el Instituto Social de la Marina (en adelante, ISM), puedan adoptar como medidas²⁰:

- Autorizar a la entidad gestora para que pueda prorrogar de oficio el derecho a percibir el subsidio por desempleo en los supuestos sujetos a la prórroga

18. Conforme a lo establecido en el art. 33 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 91, de 1 de abril).

19. Disposición transitoria tercera del RD-ley 11/2020. En la misma se establece que en el plazo de un mes a partir de su entrada en vigor, el SPEE establecerá el procedimiento para la tramitación de solicitudes, que determinará los formularios, sistema de tramitación (presencial o telemático) y los plazos para su presentación. En virtud de las facultades conferidas por la citada disposición, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal dicta "Resolución de 1 de mayo de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio excepcional por desempleo regulado en el artículo 33 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19" (BOE núm. 124, de 4 de mayo).

20. Art. 27 RD-ley 8/2020.

semestral del derecho, a efectos de que la falta de solicitud no comporte la interrupción de la percepción del subsidio por desempleo ni la reducción de su duración.

- En el caso de los beneficiarios del subsidio para mayores de cincuenta y dos años no se interrumpirá el pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social aun cuando la presentación de la preceptiva declaración anual de rentas se realice fuera del plazo establecido legalmente.

2.1.3. Medidas de protección de los ciudadanos: consideración como situación legal de desempleo la extinción de la relación laboral en el periodo de prueba

Se atribuye la consideración de situación legal de desempleo a aquellas personas trabajadoras cuyos contratos han sido extinguidos, a instancia de la empresa y con independencia de su causa, durante el periodo de prueba, desde el 9 de marzo de 2020²¹, así como a aquellos que lo hayan extinguido voluntariamente desde el 1 de marzo por tener una oferta laboral en firme que no ha llegado a materializarse²², como consecuencia del COVID-19 (dando así cobertura a todas las personas que en el contexto actual no tengan acceso a la prestación por desempleo).

Vemos pues, que de modo excepcional, la fecha a considerar para la eficacia 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. La situación legal de desempleo se acredita mediante comunicación escrita por parte de la empresa a la persona trabajadora desistiendo de la suscripción del contrato laboral comprometido como consecuencia de la crisis derivada del COVID-19²³.

2.1.4. Medidas paralelas de rescate de la previsión social complementaria en caso de desempleo o cese de actividad

Para contribuir a aliviar las necesidades de liquidez de los hogares, se amplían las contingencias en las que se pueden hacer efectivos los derechos consolidados de los sistemas privados de ahorro, tales como los planes de pensiones, los planes de previsión asegurados, los planes de previsión social empresarial y mutualidades de previsión social. Así, con carácter excepcional, se puede disponer del ahorro acumulado de estos sistemas privados de ahorro, ante las situaciones de desempleo consecuen-

21. Esta situación de necesidad se actualizó en el momento en que fue declarado el estado de alarma, que efectivamente determinó la imposibilidad de estas personas de encontrar un nuevo empleo; pero el hecho causante, de conformidad con los datos existentes, se produjo antes, durante la semana del lunes día 9 al jueves 13, para más de un 12% de las personas afectadas.

22. La situación de necesidad equivale a la frustración del esperado nuevo contrato de trabajo. Sin embargo, la decisión voluntaria de rescindir el contrato previo pudo producirse, y los datos demuestran que efectivamente para muchas personas así fue, con anterioridad a la declaración del estado de alarma, a partir del 1 de marzo.

23. Art. 22 del RD-ley 15/2020.

cia de un ERTE y el cese de actividad de trabajadores autónomos, que se produzcan como consecuencia del COVID-19.

Durante el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del estado de alarma, los partícipes de estos productos pueden, excepcionalmente, hacer efectivos sus derechos consolidados, con una serie de límites en los importes que deben ser acreditados, en los siguientes supuestos²⁴:

- a) Encontrarse en situación legal de desempleo como consecuencia de un ERTE regulación temporal de empleo derivado de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (con el límite de los salarios dejados de percibir mientras se mantenga la vigencia del mismo).
- b) Ser empresario titular de establecimientos cuya apertura al público se haya visto suspendida (con el límite de los ingresos netos estimados que se hayan dejado de percibir mientras se mantenga la suspensión de apertura al público).
- c) En el caso de los trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tales (o en un régimen de mutualismo alternativo a esta) y hayan cesado en su actividad como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (con el límite de los ingresos netos estimados que se hayan dejado de percibir mientras se mantenga la situación de crisis sanitaria). O, conforme al RD-ley 16/2020²⁵, cuando sin haber cesado en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la disponibilidad del plan de pensiones se haya reducido, al menos, en un 75% en relación con el promedio de facturación del semestre natural anterior, siempre que no se encuentren en alguno de los dos supuestos recogidos en los párrafos siguientes.

En el caso de los trabajadores autónomos agrarios de producciones de carácter estacional incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrario, así como los trabajadores de producciones pesqueras, marisqueras o de productos específicos de carácter estacional incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuando su facturación promedio en los meses de campaña de producción anteriores al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75% en relación con los mismos meses de la campaña del año anterior.

En el caso de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en alguno de los siguientes códigos de la CNAE 2009: 5912, 5915, 5916, 5920 y entre el 9001 y el 9004 ambos incluidos, siempre que, no cesando en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la prestación se vea

24. Disposición adicional vigésima RD-ley 11/2020.

25. Redacción de la disposición adicional vigésima del RD-ley 11/2020, modificada por disposición final cuarta del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 119, de 29 de abril).

reducida en al menos un 75% en relación con la efectuada en los 12 meses anteriores.

El reembolso de derechos consolidados se hace efectivo a solicitud del partícipe, sujetándose al régimen fiscal establecido y debiendo efectuarse dentro del plazo máximo de 7 días hábiles desde que el partícipe presente la documentación acreditativa correspondiente. El Gobierno, a propuesta de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, puede ampliar el plazo previsto de seis meses para solicitar el cobro de estos productos, teniendo en cuenta las necesidades de renta disponible ante la situación derivada de las circunstancias de la actividad económica provocadas como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En la línea de contribuir a aliviar las necesidades de liquidez de los hogares, se desarrolla la medida relativa a las condiciones y términos en los que se podrán hacer efectivos los derechos consolidados de estos productos, tras la ampliación de las contingencias²⁶.

La acreditación de las circunstancias del partícipe se realizará mediante la presentación de los siguientes documentos ante la entidad gestora de fondos de pensiones:

- a) En el supuesto de encontrarse el partícipe afectado por un ERTE, tras el COVID-19, se presentará el certificado de la empresa en el que se acredite que el partícipe se ha visto afectado por el ERTE, indicando los efectos del mismo en la relación laboral para el partícipe.
- b) En el supuesto de ser el partícipe empresario titular de establecimiento cuya apertura al público se haya visto suspendida tras el estado de alarma, se presentará declaración del partícipe en la que este manifieste, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos para poder hacer efectivos sus derechos consolidados.
- c) En el supuesto de ser trabajador por cuenta propia que hubiera estado previamente integrado en un régimen de la Seguridad Social como tal, o en un régimen de mutualismo alternativo a esta y haya cesado en su actividad, o su facturación se ha reducido en un 75% como consecuencia del estado de alarma²⁷, debe presentarse, según corresponda: el certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el órgano competente de la CC.AA., en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado; para justificar la reducción de la facturación se hace una remisión a lo ya previsto para la acreditación de ese volumen de facturación en la solicitud de prestación pública extraordinaria por cese de actividad del autónomo que incluye el mismo supuesto de reducción del 75% de la facturación. Con

26. Art. 23 del RD-ley 15/2020, que regula, entre otras cuestiones, la acreditación de las circunstancias que dan derecho a la disponibilidad de los planes, el plazo al que se vinculan dichas circunstancias y el importe máximo del que se puede disponer.

27. Posibilidad introducida por disposición final quinta. Uno del RD-ley 16/2020, que modifica el art. 23.2.c del RD-ley 15/2020.

ello, la misma documentación servirá al trabajador autónomo para acreditar su circunstancia de reducción de facturación tanto en el caso de la prestación pública como en el de la disponibilidad de sus planes de pensiones.

- d) Si el solicitante no pudiese aportar alguno de los documentos requeridos, podrá sustituirlo mediante una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación. Tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas dispondrá del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado.

El importe de los derechos consolidados disponible será el justificado por el partícipe a la entidad gestora de fondos de pensiones, con el límite máximo de la menor de las dos cuantías siguientes para el conjunto de planes de pensiones de los que sea titular:

- 1º) Dependiendo de cuál sea el supuesto de los indicados en el apartado 1 de la disposición adicional vigésima del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo:
 - a) En el supuesto de encontrarse el partícipe afectado por un ERTE derivado por el COVID-19: los salarios netos dejados de percibir mientras se mantenga la vigencia del ERTE, con un periodo de cómputo máximo igual a la vigencia del estado de alarma más un mes adicional, justificados con la última nómina previa a esta situación;
 - b) En el supuesto de empresario titular de establecimiento cuya apertura al público se haya visto suspendida como consecuencia del estado de alarma: los ingresos netos estimados que se hayan dejado de percibir debido a la suspensión de apertura al público, con un periodo de cómputo máximo igual a la vigencia del estado de alarma más un mes adicional, justificados mediante la presentación de la declaración anual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio anterior y, en su caso, el pago fraccionado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes al último trimestre;
 - c) En el supuesto de trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tal, o en un régimen de mutualismo alternativo a esta, y hayan cesado en su actividad o cuya facturación se haya reducido en un 75% como consecuencia del estado de alarma decretado por el Gobierno²⁸: los ingresos netos que se hayan dejado de percibir durante un periodo de cómputo máximo igual a la vigencia del estado de alarma más un mes adicional, estimados mediante la declaración anual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

28. Redacción introducida por disposición final quinta. Dos del RD-ley 16/2020, que modifica el art. 23.3.1º.c del RD-ley 15/2020.

correspondiente al ejercicio anterior y, en su caso, el pago fraccionado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes al último trimestre²⁹.

2º) El resultado de prorratear el IPREM anual para 12 pagas vigente para el ejercicio 2020 multiplicado por tres en la proporción que corresponda al periodo de duración del ERTE, al periodo de suspensión de la apertura al público del establecimiento o al periodo de cese de la actividad, según, respectivamente, corresponda a cada uno de los supuestos a los que se refieren los apartados a), b) y c) del apartado 1 de la disposición adicional vigésima del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo. En todo caso, en los tres supuestos el periodo de tiempo máximo a computar es la vigencia del estado de alarma más un mes adicional.

El partícipe es responsable de la veracidad de la documentación acreditativa de la concurrencia del supuesto de hecho que se requiera para solicitar la prestación, así como de la exactitud en la cuantificación del importe a percibir.

El reembolso debe efectuarse dentro del plazo máximo de siete días hábiles desde que el partícipe presente la documentación acreditativa completa. En el caso de los planes de pensiones de la modalidad de empleo, dicho plazo se ampliará hasta treinta días hábiles desde que el partícipe presente la documentación acreditativa completa.

2.2. Medidas relativas a los trabajadores autónomos

150

2.2.1. La prestación extraordinaria por cese de actividad de trabajadores autónomos (y trabajadores del mar)

Se pone el acento en la casuística de los autónomos, particularmente afectados por la situación actual, creando una prestación extraordinaria por cese de actividad³⁰, que cubre la finalización de la actividad provocada por una situación en todo caso involuntaria: tiene carácter excepcional y vigencia limitada hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma³¹.

29. En el caso de los apartados b) y c), el solicitante deberá aportar además una declaración responsable en la que se cuantifique el importe mensual de reducción de ingresos.

30. Aunque la prestación se denomina de cese de actividad, no es un cese de actividad total sino una suspensión temporal, y al autónomo ese periodo le computa como cotizado y de la cotización se hace cargo la entidad gestora de la prestación (Mutua), por lo que se entiende que no es necesario darse de baja en la Seguridad Social.

31. Conforme a lo establecido en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE núm. 98, de 8 de abril), que modifica el art. 17 del RD-ley 8/2020, que establecía esta vigencia en principio, a un mes, a partir de la entrada en vigor de la declaración del estado de alarma (hasta el 14 de abril), pero extendida (plazo de solicitud y de vigencia) hasta el último día del mes en que finalice dicho estado de alarma (de prolongarse éste durante más de un mes).

2.2.1.1. *Beneficiarios y requisitos exigidos*

Son beneficiarios de esta prestación extraordinaria:

- a) Los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA), los trabajadores autónomos agrarios incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar cuyas actividades queden suspendidas, o que no cesando en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75% en relación con el promedio de facturación del semestre natural anterior (si el trabajador no lleva de alta 6 meses para acreditar la reducción, se valorará el periodo de actividad), y siempre que no se encuentren en los supuestos siguientes³².
- b) Los trabajadores autónomos agrarios de producciones de carácter estacional incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrario, así como los trabajadores de producciones pesqueras, marisqueras o de productos específicos de carácter estacional incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuando su facturación promedio en los meses de campaña de producción anteriores al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75% en relación con los mismos meses de la campaña del año anterior.
- c) Los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en alguno de los siguientes códigos de la CNAE 2009: 5912 (actividades de postproducción cinematográfica, de vídeo y de programas de televisión), 5915 (actividades de producción cinematográfica y de video), 5916 (actividades de producciones de programas de televisión), 5920 (actividades de grabación de sonido y edición musical), y entre el 9001 y el 9004 ambos incluidos (artes escénicas, actividades auxiliares a las artes escénicas, creación artística y literaria, y gestión de salas de espectáculos, respectivamente), siempre que, no cesando en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la prestación se vea reducida en al menos un 75% en relación con la efectuada en los 12 meses anteriores.

32. Se acredita la reducción de la facturación, mediante la aportación de la documentación contable que lo justifique: copia del libro de registro de facturas emitidas y recibidas; del libro diario de ingresos y gastos; del libro registro de ventas e ingresos; o del libro de compras y gastos. Para aquellos trabajadores autónomos que no estén obligados a llevar los libros que acreditan el volumen de actividad, deberán acreditar la reducción al menos del 75% exigida por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Toda solicitud deberá ir acompañada de una declaración jurada en la que se haga constar que cumplen todos los requisitos exigidos para causar derecho a esta prestación. Todo ello, de conformidad con el Criterio 5/2020, de 20 de marzo, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones) sobre la aplicación del art. 17 del RD-ley 8/2020.

Tienen derecho a la prestación extraordinaria por cese de actividad (independientemente de que hayan cotizado o no por la contingencia de cese de actividad, no es preciso tener esta cobertura), siempre que cumplan los siguientes requisitos³³:

- a) Estar afiliados y en alta, en la fecha de la declaración del estado de alarma, en el RETA o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.
- b) En el supuesto de que su actividad no se vea directamente suspendida en virtud de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, acreditar la reducción de sus ingresos en, al menos, un 75%, en los periodos señalados anteriormente.
- c) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. No obstante, si en la fecha de la suspensión de la actividad o de la reducción de la facturación, como consecuencia de la declaración del estado de alarma, no se cumpliera este requisito, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales ingrese las cuotas debidas. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección.
- d) No será necesario para causar derecho a esta prestación tramitar la baja en el régimen de Seguridad Social correspondiente.

2.2.1.2. *Cuantía de la prestación*

La cuantía de la prestación, cuando los trabajadores tengan la carencia para causar derecho a la prestación, será el 70% a la base reguladora, calculada sobre el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese; no obstante, cuando no se acredite el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación, la cuantía de la prestación será equivalente al 70% de la base mínima de cotización en el RETA o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (con los límites establecidos en el TRLGSS). Sus cuantías mínima y máxima, coinciden con las indicadas para la prestación por desempleo.

2.2.1.3. *Duración e incompatibilidad*

Su percepción tendrá una duración de un mes, ampliándose, en su caso, hasta el último día del mes en el que finalice el estado de alarma, en el supuesto de que este se prorrogue y tenga una duración superior al mes.

33. Art. 17 del RD-ley 8/2020 ("Prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19"), modificado por Disposición final segunda del RD-ley 13/2020.

El tiempo en el que se perciba la prestación extraordinaria por cese de actividad se entenderá como cotizado (no existe obligación de cotizar) tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, así como por cese de actividad para quienes vinieran haciéndolo al tiempo de solicitar la prestación. Y no reducirá los periodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro.

Las cotizaciones por las que no exista obligación de cotizar serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación por contingencias comunes, de las Mutuas colaboradoras o, en su caso, entidad gestora correspondiente, en el caso de la aportación por contingencias profesionales y cese de la actividad, y con cargo a los presupuestos de las entidades correspondientes en el caso del resto de aportaciones³⁴.

Si bien el RD-ley 8/2020 establecía la incompatibilidad de esta prestación con cualquier otra prestación del sistema de Seguridad Social, con buen criterio a nuestro parecer, el legislador corrige lo establecido anteriormente, y en el RD-ley 13/2020 señala que esta prestación es compatible con cualquier otra prestación de Seguridad Social que el beneficiario viniera percibiendo y fuera compatible con el desempeño de la actividad que desarrollaba; y para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, la prestación por cese de actividad es incompatible con la percepción de la ayudas por paralización de la flota.

En el supuesto de suspensión de la actividad, la cotización correspondiente a los días de actividad en el mes de marzo de 2020 no cubiertos por esta prestación, que no sea abonada dentro del plazo reglamentario de ingreso, no será objeto del recargo.

El reconocimiento de esta prestación puede solicitarse hasta el último día del mes siguiente al que se produjo la finalización del estado de alarma. Las entidades gestoras, de acuerdo con la solicitud presentada y los documentos en su caso aportados, dictará la resolución provisional que sea procedente, estimando o desestimando el derecho. Finalizado el estado de alarma se procederá a revisar todas las resoluciones provisionales adoptadas. En el supuesto de que se desprenda que el interesado no tiene derecho a la prestación, se iniciarán los trámites de reclamación de las cantidades indebidamente percibidas.

2.2.1.4. La opción a favor de una mutua colaboradora

Conviene recordar que los trabajadores autónomos tenían de plazo hasta el mes de junio de 2019 para realizar la opción por alguna Mutua colaboradora con la Seguridad Social para la gestión de determinadas prestaciones de Seguridad Social: contingencias profesionales, incapacidad temporal (en adelante, IT) y cese de actividad. Un colectivo de unos 50.000 autónomos no lo hicieron y en estos momentos de pandemia tienen

34. Disposición final octava del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE núm. 150, de 27 de mayo), que modifica el art. 17.4 RD-Ley 8/2020.

que realizar de forma masiva la solicitud de cese de actividad, por lo que se dispone que pueden optar por una Mutua al tiempo de solicitar dichas prestaciones, y así garantizar que la nueva entidad les pueda reconocer el derecho y facilitar su tramitación.

Los trabajadores autónomos que no hubieran ejercitado la opción por una Mutua, deben ejercitarla, formalizando el correspondiente documento de adhesión en el plazo de 3 meses desde la finalización del estado de alarma, y dicha opción surtirá efectos desde el día primero del segundo mes siguiente a la finalización de este plazo de tres meses. Una vez transcurrido dicho plazo para llevar a cabo la opción sin que el trabajador hubiere formalizado el correspondiente documento de adhesión, se entenderá que ha optado por la Mutua con mayor número de trabajadores autónomos asociados en la provincia del domicilio del interesado, produciéndose automáticamente la adhesión con efecto desde el día primero del segundo mes siguiente a la finalización del plazo de tres meses a que se refiere el párrafo anterior; con el fin de hacer efectiva dicha adhesión, el INSS comunicará a dicha Mutua los datos del trabajador autónomo que sean estrictamente necesarios; y la MCSS notificará al trabajador la adhesión con indicación expresa de la fecha de efectos y la cobertura por las contingencias protegidas³⁵.

La opción del trabajador autónomo por una Mutua colaboradora da lugar a que esta asuma la protección y la responsabilidad del pago de la prestación extraordinaria por cese de actividad así como del resto de prestaciones derivadas de las contingencias por las que se haya formalizado la cobertura, incluyendo el subsidio por IT cuya baja médica sea emitida con posterioridad a la fecha de formalización de la protección con dicha Mutua y derive de la recaída de un proceso de IT anterior cubierta con la entidad gestora. La responsabilidad del pago de las prestaciones económicas derivadas de los procesos que se hallen en curso en el momento de la fecha de formalización de la protección sigue correspondiendo a la entidad gestora³⁶.

La gestión de esta prestación corresponderá a la Mutua o al ISM. Los trabajadores autónomos que no hubieran ejercido la opción prevista en el art. 83.1.b) del TRLGSS, deben, para causar derecho a esta prestación, presentar la solicitud ante una Mutua, entendiéndose desde ese momento realizada la opción prevista en el mencionado art. con efectos del primer día del mes en que se cause el derecho a la prestación extraordinaria por cese de actividad. Junto con la solicitud de la prestación deberán formalizar la correspondiente adhesión con dicha Mutua, que incluirá la cobertura de las contingencias profesionales, IT por contingencias comunes y la prestación de cese de actividad que hasta el momento tuvieran cubiertas con el INSS y con el SPEE³⁷.

35. Disposición adicional décima del RD-ley 15/2020.

36. Disposición adicional undécima del RD-ley 15/2020.

37. Conforme al art. 17.7 del RD-ley 8/2020, introducido por disposición final octava del RD-ley 15/2020.

2.2.2. *Las medidas extraordinarias en materia de cotización y deudas con la Seguridad Social*

2.2.2.1. *Exenciones en pago de aportación empresarial y en cuotas de recaudación conjunta: ERTE por fuerza mayor*

Con el objetivo de aligerar los costes en los que incurren las empresas, en los casos de fuerza mayor regulados³⁸, se establece la exoneración de la aportación empresarial a la Seguridad Social, siempre que el empresario se comprometa a mantener el empleo. Hasta la fecha, sólo en los casos en que la fuerza mayor derivara de acontecimientos catastróficos naturales, que suponen la destrucción total o parcial de la empresa o centro de trabajo impidiendo la continuidad de la actividad, el empresario se podría exonerar del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social.

Así pues, en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 (ERTE por fuerza mayor) se exonera a la empresa del abono de la aportación empresarial (prevista en el art. 273.2 TRLGSS), así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, con las siguientes características³⁹:

- Mientras dure el periodo de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado en base a dicha causa (durante los meses de marzo y abril, concreta la disposición final primera del Real Decreto-Ley 18/2020) cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores (o asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena) en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 personas trabajadoras, o asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75% de la aportación empresarial.
- La exoneración no tiene efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el art. 20.1 TRLGSS⁴⁰.

38. Se consideran situaciones derivadas de fuerza mayor las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad derivadas de las distintas medidas adoptadas como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

39. Conforme al art. 24 del RD-ley 8/2020, que tiene por rúbrica: "Medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19".

40. Art. 20.1 del TRLGSS: "Únicamente podrán obtener reducciones, bonificaciones o cualquier otro beneficio en las bases, tipos y cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, las empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar que se entienda que se encuentren al corriente en el pago de las mismas en la fecha de su concesión".

- La exoneración de cuotas se aplica por la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) a instancia de parte (el empresario), previa comunicación de la identificación de los trabajadores y periodo de la suspensión o reducción de jornada. A efectos del control de la exoneración de cuotas será suficiente la verificación de que el SPEE proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el periodo de que se trate.
- La TGSS establecerá los sistemas de comunicación necesarios para el control de la información trasladada por la solicitud empresarial, en particular a través de la información de la que dispone el SPEE, en relación a los periodos de disfrute de las prestaciones por desempleo.
- Las exoneraciones serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes, de las Mutuas colaboradoras en el caso de la aportación empresarial por contingencias profesionales, del SPEE en el caso de la aportación empresarial para desempleo y por formación profesional y del Fondo de Garantía Salarial en el caso de las aportaciones que financian sus prestaciones⁴¹.

Las empresas y entidades referidas quedan exoneradas del abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, en los porcentajes y condiciones que se indican a continuación⁴²:

- Respecto de las personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada trabajados desde ese reinicio, la exención alcanzará el 85% de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 70% de la aportación empresarial devengada en junio de 2020, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta, la exención alcanzará el 60% de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45% de la aportación empresarial devengada en junio de 2020.
- Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que continúen con sus actividades suspendidas a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención alcanzará el 60% de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45% de la aportación empresarial devengada en junio de 2020, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más trabajadores, o asi-

41. Disposición final primera. Dos, del RD-Ley 18/2020.

42. Conforme al art. 4.2 del RD-ley 18/2020.

milados a los mismos, en situación de alta, la exención alcanzará el 45% de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 30% de la aportación empresarial devengada en junio de 2020. En este caso, la exoneración se aplicará al abono de la aportación empresarial prevista en el art. 273.2 TRLGSS.

En cuanto al procedimiento, las exenciones en la cotización se aplicarán por la TGSS a instancia de la empresa, previa comunicación sobre la situación de fuerza mayor total o parcial, así como de la identificación de las personas trabajadoras afectadas y periodo de la suspensión o reducción de jornada. Para que la exoneración resulte de aplicación esta comunicación se realizará, por cada código de cuenta de cotización, mediante una declaración responsable que deberá presentarse, antes de que se solicite el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente, a través del Sistema RED. A efectos del control de estas exoneraciones de cuotas, será suficiente la verificación de que el SPEE proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el periodo de que se trate. Las exenciones en la cotización no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del periodo en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos.

2.2.2.2. *Moratoria de las cotizaciones sociales*

Igualmente, se prevé que la TGSS pueda otorgar moratorias de 6 meses para el pago de cotizaciones a la Seguridad Social, sin intereses, a las empresas y los trabajadores por cuenta propia que lo soliciten y cumplan los requisitos y condiciones que se establezcan (para aliviar su tensión financiera). La moratoria comprende, en el caso de las empresas entre los meses de abril y junio de 2020 y en el caso de los trabajadores por cuenta propia entre mayo y julio de 2020, siempre que las actividades que realicen no se hayan suspendido con ocasión del estado de alarma. Esta moratoria afecta al pago de las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta y, desde el RD-ley 13/2020, también a las cuotas de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Y se ha de realizar en los siguientes términos⁴³:

- Para facilitar la realización de las gestiones con la Seguridad Social, las solicitudes de moratoria (al igual que los aplazamientos en el pago de deudas y las devoluciones de ingresos indebidos) deberán presentarse, en el caso de empresas, a través del Sistema RED, y en el caso de los trabajadores por cuenta propia a través del citado Sistema RED o por los medios electrónicos disponibles en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (SEDESS).
- Las empresas deberán presentar solicitudes individualizadas por cada código de cuenta de cotización donde figuren de alta los trabajadores respecto de los

43. Art. 34 del RD-ley 11/2020 (*Moratoria de las cotizaciones sociales a la Seguridad Social*).

- que se solicita la moratoria en el pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta.
- Las solicitudes de moratoria deben comunicarse a la TGSS dentro de los 10 primeros días naturales de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a los periodos de devengo señalados, sin que en ningún caso proceda la moratoria de aquellas cotizaciones cuyo plazo reglamentario de ingreso haya finalizado con anterioridad a dicha solicitud.
 - La concesión de la moratoria se comunicará en el plazo de los 3 meses siguientes al de la solicitud, a través de los medios señalados. No obstante, se considerará realizada dicha comunicación con la efectiva aplicación de la moratoria por parte de la TGSS en las liquidaciones de cuotas que se practiquen a partir del momento en que se presente la solicitud.
 - Esta moratoria no será de aplicación a los códigos de cuenta de cotización por los que las empresas hayan obtenido exenciones en el pago de la aportación empresarial así como en las cuotas de recaudación conjunta.
 - Las solicitudes presentadas por las empresas, o por los trabajadores por cuenta propia, que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes (se considerará a estos efectos como falsedad o incorrección haber comunicado a la TGSS en la solicitud de inscripción como empresa, o en el alta del trabajador en el correspondiente Régimen Especial, o en variación de datos posterior a la inscripción, o al alta, una actividad económica falsa o incorrecta, así como aquellos otros datos que determinen la existencia de las condiciones y requisitos requeridos).
 - El reconocimiento indebido de moratorias como consecuencia de algún incumplimiento previsto, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de la moratoria. En tales supuestos, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa, o el trabajador por cuenta propia, resultarán de aplicación a las cuotas a las que se hubiese aplicado indebidamente la moratoria el correspondiente recargo e intereses.

2.2.2.3. *Aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social*

Y, en este ámbito, se permite que las empresas y los trabajadores por cuenta propia, siempre que no tuvieran otro aplazamiento en vigor, puedan solicitar el aplazamiento en el pago de sus deudas con la Seguridad Social, cuyo plazo reglamentario de ingreso tenga lugar entre los meses de abril y junio de 2020, en los términos y condiciones establecidos en la normativa de Seguridad Social⁴⁴.

Por su parte, el RD-ley 15/2020, al objeto de otorgar una mayor seguridad jurídica al procedimiento administrativo a seguir para el aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social, y debido al elevado número de solicitudes que vienen pro-

44. Previsión inicialmente establecida en el art. 35 del RD-ley 11/2020.

duciéndose desde su entrada en vigor, simplifica el procedimiento de resolución del aplazamiento, con una serie de particularidades⁴⁵:

- Interés: es de aplicación un interés del 0,5%.
- Plazo de solicitud: estas solicitudes de aplazamiento deberán efectuarse antes del transcurso de los 10 primeros naturales del plazo reglamentario de ingreso.
- Procedimiento: el aplazamiento se concede mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortiza mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada a partir del mes siguiente al que aquella se haya dictado, sin que exceda en total de 12 mensualidades.
- Efecto jurídico de la resolución: su solicitud determina la suspensión del procedimiento recaudatorio respecto a las deudas afectadas por el mismo y que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la correspondiente resolución.
- Incompatibilidad: este aplazamiento es incompatible con la moratoria anteriormente señalada (las solicitudes de aplazamiento por periodos respecto de los que también se haya solicitado la citada moratoria se tendrán por no presentadas, si al solicitante se le ha concedido esta última).

2.3. Medidas relativas a otros colectivos

2.3.1. Empleados de hogar: subsidio extraordinario por falta de actividad

Para dar respuesta al colectivo de los empleados del hogar, especialmente vulnerables en las circunstancias actuales, dado que no disponen de derecho a la prestación por desempleo, se establece un sistema de compensación de la pérdida de ingresos originada por el COVID-19. Por ello, se crea un subsidio extraordinario temporal del que se podrán beneficiar ante la falta de actividad, la reducción de las horas trabajadas o la extinción del contrato como consecuencia del COVID-19⁴⁶.

2.3.1.1. Beneficiarios

Tendrán derecho al subsidio extraordinario por falta de actividad las personas que, estando de alta en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General

45. Disposición final décima del RD-ley 15/2020, que modifica el art. 35 del RD-ley 11/2020.

46. Véase, Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 124, de 4 de mayo).

de la Seguridad Social antes de la declaración del estado de alarma, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones⁴⁷:

- Hayan dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19.
- Se haya extinguido su contrato de trabajo por la causa de despido (recogida en el art. 49.1.k del Estatuto de los Trabajadores) o por el desistimiento del empleador (en los términos previstos del art. 11.3 RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar), con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19.

La acreditación del hecho causante deberá efectuarse por medio de una declaración responsable, firmada por la persona/s empleadora/s, respecto de las cuales se haya producido la disminución total o parcial de servicios. En el supuesto de extinción del contrato de trabajo, este podrá acreditarse por medio de carta de despido, comunicación del desistimiento de la empleadora o empleador, o documentación acreditativa de la baja en el Sistema Especial de Empleados del Hogar.

El subsidio extraordinario por falta de actividad será de aplicación a los hechos causantes aun cuando se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor del RD-ley 11/2020 (2 de abril), siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma (14 de marzo)⁴⁸.

2.3.1.2. *Cuantía del subsidio*

La cuantía del subsidio⁴⁹ dependerá de la retribución percibida con anterioridad, así como de la reducción de actividad que se sufra, exigiéndose una prueba acreditativa de dicha reducción al empleador.

La base reguladora diaria de la prestación estará constituida por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al hecho causante, dividida entre 30 (si fueran varios los trabajos desempeñados en este sistema especial, se calculará la base reguladora correspondiente a cada uno de los distintos trabajos que hubieran dejado de realizarse). La cuantía del subsidio será el 70% de dicha base reguladora, y no podrá ser superior al salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI), excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

En el caso de pérdida parcial de la actividad, la cuantía del subsidio indicada se percibirá en proporción directa al porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora. En el caso de que fueran varios los trabajos desempeñados, la cuantía total del subsidio será la suma de las cantidades obtenidas

47. Art. 30 del RD-ley 11/2020.

48. Disposición transitoria tercera RD-ley 11/2020.

49. A que hace referencia el art. 31 RD-ley 11/2020.

aplicando a las distintas bases reguladoras correspondientes a cada uno de los distintos trabajos el 70%, con el límite anteriormente citado.

Este subsidio extraordinario por falta de actividad se percibirá por periodos mensuales, desde la fecha efectiva de nacimiento del derecho (aquella identificada en la declaración responsable cuando el hecho causante consista en la reducción de la actividad, o la fecha de baja en la Seguridad Social, en el caso del fin de la relación laboral).

2.3.1.3. Compatibilidades e incompatibilidades del subsidio extraordinario

El subsidio extraordinario por falta de actividad es compatible con las percepciones derivadas de las actividades por cuenta propia o por cuenta ajena que se estuvieran desarrollando en el momento de su devengo, incluyendo las que determinan el alta en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, siempre que la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de actividades no sea superior al SMI. Y es incompatible con ser beneficiario del subsidio por IT, o haber disfrutado del permiso retribuido recuperable⁵⁰, o con la realización de actividades por cuenta propia o por cuenta ajena iniciadas con posterioridad a la solicitud del subsidio extraordinario por falta de actividad cuando la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de las actividades sea superior al SMI.

2.3.2. Medidas extraordinarias en el sector agrario

2.3.2.1. Medidas de flexibilización de la contratación temporal de trabajadores

Con el objeto de favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario, se establecen una serie de medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización del empleo, necesarias para asegurar el mantenimiento de la actividad agraria, durante la vigencia del estado de alarma⁵¹. Así, se establece la compatibilización de la prestación por desempleo o demás prestaciones de carácter social o laboral, con el desempeño de tareas agrarias, de modo que se logre suficiente mano de obra en la actual coyuntura por parte de la población cercana a los lugares de cultivo (que pueda atender las necesidades laborales sin generar desplazamientos excesivos) y el aumento de la renta disponible en un momento de especial vulnerabilidad, sin mermar la protección social y la salud pública.

Los contratos laborales afectados por esta medida son todos aquellos de carácter temporal para desarrollar actividades en régimen de ajenidad y dependencia en explotaciones agrarias, con independencia de la categoría profesional o la ocupación

50. Art. 33 del RD-ley 11/2020.

51. Estas medidas urgentes tienen el triple objetivo de garantizar el normal aprovisionamiento de los mercados, el mantenimiento de la renta de la población que más lo necesite y de la actividad y sostenibilidad agrarias y la mejora de las condiciones sociolaborales de la población, asegurando mejoras en los ingresos para las personas en situación de desempleo o cese de actividad.

concreta del empleado, cuya firma y finalización estén comprendidas en el 14 de marzo y 30 de junio⁵². Se establece como requisito para el empresario el deber de asegurar en todo momento la disponibilidad de medios de prevención apropiados frente al COVID-19.

Ahora bien, quedan prorrogadas estas medidas extraordinarias de flexibilización del empleo hasta el 30 de septiembre de 2020; en este sentido, las empresas y empleadores deben comunicar a los servicios públicos de empleo autonómicos, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su concertación, las contrataciones cuya vigencia se acuerde prorrogar, indicando la nueva fecha de finalización⁵³. Con esta prórroga de tres meses, que cubre hasta el fin de varias campañas de mayor actividad como la fruta de hueso o los cultivos de verano, se garantiza la disponibilidad de mano de obra para hacer frente a las necesidades de agricultores y ganaderos, ante las limitaciones sanitarias a los viajes de trabajadores de otros países que realizan labores agrarias como temporeros, como consecuencia del COVID-19.

Son beneficiarios de estas medidas, siempre y cuando su domicilio (o su lugar de residencia temporal) radique en el mismo término municipal o limítrofe al centro de trabajo, las personas que se encuentren en situación de desempleo o cese de actividad y aquellos trabajadores cuyos contratos se hayan visto temporalmente suspendidos, como consecuencia del cierre temporal de la actividad, excepto los trabajadores afectados por los ERTes con causa del COVID-19; los migrantes cuyo permiso de trabajo concluya durante el estado de alarma; y los jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años⁵⁴.

Las retribuciones percibidas por la actividad laboral que se desempeñe, al amparo de estas medidas, son compatibles con distintas prestaciones por desempleo: con el subsidio de desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social; con las prestaciones por desempleo derivadas de la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; con cualesquiera otras prestaciones por desempleo; con las prestaciones por cese de actividad; y con cualquier otra prestación de carácter económico o cualquier otro beneficio o ayuda social, otorgada por cualquier Administración que sea incompatible con el trabajo.

Por otro lado, son incompatibles con las prestaciones económicas de Seguridad Social por IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural; con las pensiones de incapacidad permanente contributiva. Será también incompatible con la prestación por nacimiento y cuidado de menor de la Seguridad Social, si bien, salvo por lo que respecta al periodo obligatorio de la madre biológica a continuación del parto, el periodo obligatorio, o la parte que restara del mismo, se podrá disfrutar desde el día siguiente a la finalización de las retribuciones previstas en el RD-ley 13/2020⁵⁵.

52. Ese es el objeto de esta medida, en base al art. 1 del RD-ley 13/2020.

53. Art. 1 del RD-ley 19/2020.

54. Art. 2 del RD-ley 13/2020.

55. Art. 3 del RD-ley 13/2020, modificado por disposición final décima del RD-ley 19/2020.

Se estipula que, para la tramitación de estas medidas, las Administraciones competentes y los agentes sociales promoverán la contratación de las personas. De esta forma las ofertas de empleo que sea necesario cubrir en cada localidad serán comunicadas por las empresas y empleadores a los servicios públicos de empleo autonómicos competentes, que las gestionarán con las personas beneficiarias para darles cobertura de manera urgente. Además, las delegaciones y, en su caso las subdelegaciones del Gobierno establecerán los mecanismos de coordinación precisos con el Servicio Nacional de Empleo, CC.AA. y agentes sociales.

Asimismo, se aprueba la extensión para el año 2020 y con efectos de 1 de enero, de una reducción en la cotización durante la situación de inactividad en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, para aquellos trabajadores que hubiesen realizado un máximo de 55 jornadas reales cotizadas en el año 2019. Al igual que se hizo en el año 2019 respecto al mismo colectivo, mediante esta medida se facilita el cumplimiento de la obligación de pago de la cotización a la Seguridad Social que han de afrontar los trabajadores agrarios por cuenta ajena que se encuentren en situación de inactividad, teniendo en cuenta tanto el incremento anual de esa cotización como el aumento del número de trabajadores que han pasado a la referida situación en el sector agrario, a consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19. Por ello, se les aplicará a las cuotas resultantes durante los periodos de inactividad en 2020 una reducción del 19,11%⁵⁶.

2.3.2.2. *Sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios: nuevos requisitos para su inclusión*

La situación económica como consecuencia del COVID-19 aconseja el impulso y reforzamiento del actual Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en un momento en el que el sector agrario ha de ocupar un puesto de primera línea en la actividad económica, por su relevancia tanto en la población activa ocupada como en el producto interior bruto, adecuando su regulación a la nueva realidad del campo español. Es por ello que se introduce una reforma en los requisitos para la inclusión en el referido sistema especial, mediante la que se pretende prescindir de aquellos requisitos vinculados a rentas de trabajo. Con su supresión se facilita el acceso a las garantías sociales de los pequeños agricultores, lo que colaborará a la mejora de la seguridad jurídica, pues determina claramente quien es un pequeño agricultor⁵⁷.

Quedan incluidos en este sistema especial los trabajadores por cuenta propia agrarios, mayores de 18 años, que sean titulares de explotaciones agrarias y realicen en ellas labores agrarias de forma personal y directa, aun cuando ocupen trabajadores

56. Art. 25 del RD-ley 15/2020.

57. Esta reforma pretende mejorar las perspectivas de viabilidad del sector, contribuyendo al establecimiento de una visión globalizada de todos los componentes de la explotación familiar agraria, con especial incidencia en la incorporación de las mujeres y de los jóvenes, como base esencial para el desarrollo futuro del campo.

por cuenta ajena, siempre que (por cada explotación agraria) no se trate de más de dos trabajadores que coticen con la modalidad de bases mensuales o, de tratarse de trabajadores que coticen con la modalidad de bases diarias, a las que se refiere el art. 255, que el número total de jornadas reales efectivamente realizadas no supere las quinientas cuarenta y seis en un año, computado desde el 1 de enero a 31 de diciembre de cada año. El número de jornadas reales se reducirá proporcionalmente en función del número de días de alta del trabajador por cuenta propia agrario en este Sistema Especial durante el año natural de que se trate⁵⁸.

2.3.3. Acceso extraordinario a la prestación por desempleo de artistas en espectáculos públicos

Como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, con carácter excepcional y transitorio para el ejercicio 2020, se reconoce a los artistas en espectáculos públicos el acceso extraordinario a las prestaciones económicas por desempleo⁵⁹, con nacimiento del derecho desde el día siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, y no siendo exigible encontrarse en situación de alta o asimilada al alta. La prestación es incompatible con cualquier percepción derivada de actividades por cuenta propia o por cuenta ajena, o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública.

A aquellos trabajadores que, como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, no puedan continuar realizando la actividad laboral que dio lugar a su inclusión en el Régimen General como artistas en espectáculos públicos, se les reconocerá, durante los periodos de inactividad en el ejercicio 2020 que respondan a aquella circunstancia, estar en situación legal de desempleo, así como tener cubierto el periodo mínimo de cotización si lo acreditan, siempre que no estén percibiendo o hayan optado por la prestación contributiva por desempleo ordinaria. El reconocimiento del derecho a la prestación nace a partir del día siguiente a aquel en que se presente la solicitud, debiéndose cumplir los requisitos restantes establecidos en el art. 266 TRLGSS.

A aquellos trabajadores que acrediten los días de alta pertinentes en la Seguridad Social con prestación real de servicios en la actividad prevista anteriormente, se les reconocerá en el ejercicio 2020 y a efectos de lo dispuesto en el art. 266 TRLGSS, estar en situación legal de desempleo, así como tener cubierto el periodo mínimo de cotización, siempre que no estén percibiendo o hayan optado por la prestación contributiva por desempleo ordinaria.

58. Disposición final sexta del RD-ley 15/2020, que modifica los apartados 1 y 2 del art. 324 del TRLGSS.

59. Disposición final duodécima del RD-ley 19/2020, que modifica el art. 2 del Real Decreto-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-2019 (BOE núm. 126, de 6 de mayo).

La duración de esta prestación por desempleo está en función de los días de alta en Seguridad Social con prestación real de servicios en dicha actividad en el año anterior a la situación legal de desempleo, con arreglo a la siguiente escala: desde 20 a 54 días de actividad le corresponde una prestación de 120 días; y desde 55 días de actividad, una de 180 días. A estos efectos la fecha de la situación legal de desempleo será la del 14 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma.

La base reguladora de la prestación por desempleo prevista estará constituida por la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General.

El derecho al acceso a esta prestación extraordinaria se reconocerá por una única vez. No obstante, una vez reconocido el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. La suspensión de dicho derecho supondrá la interrupción del abono de la prestación, que se reanudará una vez finalizado el trabajo, por el tiempo que reste del periodo de percepción que corresponda.

2.4. El ingreso mínimo vital para las personas en situación de vulnerabilidad

La crisis sanitaria del COVID-19 ha desembocado en una serie de medidas urgentes orientadas a frenar el avance de la pandemia, y a paliar los profundos efectos económicos y sociales que la crisis sanitaria está generando en nuestro país. Dichas medidas no solo han restringido la movilidad de las personas, sino que han paralizado numerosos sectores de la economía española, con un efecto letal para la renta de los hogares, los autónomos y las empresas.

Durante el estado de alarma, sale a la luz una prestación no contributiva de la Seguridad Social, en atención a las personas en situación de vulnerabilidad, tanto en los momentos de crisis económica como la actual, como en las etapas de crecimiento, por lo que esta prestación viene para quedarse⁶⁰.

El ingreso mínimo vital no es una política dirigida 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 (pretende reducir la pobreza y redistribuir la riqueza). Tiene carácter indefinido, y se mantendrá siempre y cuando subsistan las causas que motivaron su concesión, si bien tiene un régimen transitorio para este año 2020⁶¹. Su hecho causante es, por tanto, el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas (en sus dos modalidades de personas individuales que vivan solas, u hogares familiares).

Son beneficiarios del ingreso mínimo vital las personas que vivan solas o los integrantes de una unidad de convivencia, formada por dos o más personas que residan

60. Aprobada por Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE núm. 154, de 1 de junio).

61. Véase disposición transitoria primera del RD-ley 20/2020.

en la misma vivienda y que estén unidas entre sí por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, salvo determinadas excepciones.

En todo caso, para tener la condición de beneficiario, se exigen una serie de requisitos comunes para el acceso y el mantenimiento del derecho a la prestación:

- a) Tener residencia legal y efectiva en España de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. No se exigirá este requisito a menores, personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual, y mujeres víctimas de violencia de género.
- b) Encontrarse en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas o ingresos suficientes: se da esta situación cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, sea inferior, al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada. En el caso de un hogar unipersonal, la cuantía mensual de renta garantizada ascenderá al 100% del importe anual de las pensiones no contributivas fijada anualmente en la ley de presupuestos generales del estado, dividido por doce; y en el caso de una unidad de convivencia la cuantía mensual anteriormente señalada se incrementará en un 30% por miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220%. El ingreso mínimo vital protege especialmente a los hogares monoparentales, estableciendo un complemento de monoparentalidad del 22% de la cuantía mensual de la pensión no contributiva unipersonal⁶².
- c) Carecer de patrimonio suficiente: se considera patrimonio la suma de los activos no societarios, sin incluir la vivienda habitual, y el patrimonio societario neto.

Asimismo, se exige una serie de requisitos adicionales para las personas de al menos 23 años y menores de 65 años que viven solas, o que, compartiendo domicilio con una unidad de convivencia, no se integran en la misma: además de estos requisitos de edad, no estar unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, y no formar parte de otra unidad de convivencia (no se exige estos tres requisitos en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual). Igualmente, se les exige que hayan vivido de forma independiente durante al menos tres años antes de la solicitud del ingreso mínimo vital⁶³.

62. Se entenderá por unidad de convivencia monoparental la constituida por un solo adulto con uno o más hijos menores con los que conviva, o uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción a su cargo, cuando constituye el sustentador único de la unidad de convivencia (art. 10.2.c del RD-ley 20/2020).

63. Conforme al art. 7.2 del RD-ley 20/2020, se entenderá que una persona ha vivido de forma independiente si ha permanecido en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social durante al menos doce meses, continuados o no, y siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores durante tres años inmediatamente anteriores a la solicitud

Se regula también la figura del titular de la prestación, que serán las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia, asumiendo también, en este último caso, la representación de la unidad de convivencia.

El ingreso mínimo vital es una prestación económica de periodicidad mensual que cubre la diferencia entre el conjunto de ingresos que ha recibido el hogar unipersonal o la unidad de convivencia durante el año anterior y la renta garantizada. Su derecho nace a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de presentación de la solicitud, y se mantiene mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones legalmente previstos.

Se prevé, por último, el régimen de compatibilidad del ingreso mínimo vital con el empleo, de forma que la percepción de esta prestación no desincentive la participación en el mercado laboral.

3. MEDIDAS PARA PROTEGER LA SALUD PÚBLICA

3.1. Respecto de la IT, en los periodos de baja por aislamiento o contagio

Ya en el año 2009, los periodos de aislamiento preventivo de los trabajadores para evitar los riesgos de contagio derivados de la Gripe A H1 N1, y hasta que se culminara el correspondiente diagnóstico (los trabajadores no están afectados, en sentido estricto, por un accidente o por una enfermedad, pero es evidente, por otra parte, que los mismos debían estar vigilados y recibir la correspondiente asistencia sanitaria en orden a diagnosticar su estado y que están impedidos para el trabajo), se consideraron como situación de IT derivada de enfermedad común⁶⁴.

3.1.1. La protección de trabajadores por cuenta ajena y propia

Al principio de la pandemia, conforme al RD-ley 6/2020⁶⁵, y con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena, se incluye que los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del COVID-19, tienen la consideración, con carácter excepcional, de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por IT del sistema de Seguridad Social⁶⁶. En este escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario

64. Resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1 (BOE núm. 113, de 9 de mayo).

65. Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE núm. 62, de 11 de marzo).

66. La asimilación no se produce a otros efectos y, por tanto, entendemos que las empresas no están obligadas a pagar en estos casos los complementos establecidos en los convenios para las prestaciones por accidente de trabajo; sí, por supuesto, las previstas en general para todas las situaciones de IT.

atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública y la actual indefinición de las bajas por aislamiento o contagio a efectos de las prestaciones económicas sociales, pues supone un perjuicio para los ciudadanos y un riesgo para la salud pública.

Posteriormente, el RD-ley 13/2020 amplía las situaciones protegidas hasta el momento como situación asimilada a accidente de trabajo. De esta forma tienen tal consideración, con carácter excepcional, no sólo los periodos de aislamiento y contagio, sino también la restricción en las salidas del municipio (confinamiento) donde tengan el domicilio las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. Y ello, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

Así pues, a través de este mecanismo normativo se puede atender la necesidad de asimilar de forma excepcional como accidente de trabajo los periodos de aislamiento, contagio o restricción de salida, de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19 a los efectos de gozar de la prestación económica de IT del sistema de Seguridad Social (con el fin de proteger la salud pública). Tras el RD-ley 13/2020, si se prueba que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo (en los términos del art. 156 TRLGSS), en ese caso será calificada como accidente de trabajo.

Causa derecho a esta prestación, la persona trabajadora por cuenta propia o ajena que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social. La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento, enfermedad del trabajador, o restricción, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha⁶⁷.

La duración de esta prestación excepcional viene determinada por el parte de baja⁶⁸ y la correspondiente alta. En los casos de restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio, de tratarse de las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales (con permiso retribuido recuperable), se expedirá un parte de baja con efectos desde la fecha de inicio de la restricción y un parte de alta con efectos de 29 de marzo de 2020. De tratarse de trabajadores autónomos, el derecho a la prestación comienza con el parte de baja desde la fecha de inicio de la restricción y dura hasta la fecha de finalización de la restricción.

De esta forma, el Gobierno cambia el criterio respecto al aislamiento, ya que anteriormente al RD-ley 6/2020, la Seguridad Social aclaró en una nota que los trabajadores

67. Art. 5 RD-ley 6/2020, modificado por Disposición final primera del RD-ley 13/2020.

68. Para acceder a la prestación económica se necesita la baja médica, no siendo necesaria la presencia física del enfermo. El SPS emitirá los partes de baja, confirmación y alta médica por contingencia común con una codificación diagnóstica específica para que luego la Seguridad Social proceda a la asimilación a efectos económicos (por tanto, la empresa no realiza ninguna comunicación por el sistema Delt@.

en aislamiento preventivo por el virus se consideraban en situación de IT (baja laboral) por enfermedad común, si cumplían los demás requisitos y conforme al régimen de la Seguridad Social⁶⁹.

Conviene tener presente que el permiso retribuido recuperable, creado para personal laboral por cuenta ajena, de carácter obligatorio, y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos), no se aplica a las personas trabajadoras que se encuentran de baja por IT o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas⁷⁰.

3.1.2. Previsión de mayor cobertura para el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios

Se reconoce⁷¹ que las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el COVID-19 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo. Y en los casos de fallecimiento, se entenderá también que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma.

Hasta ahora este tipo de contingencias se consideraban de carácter común asimiladas de accidente de trabajo a efectos de IT y ahora vienen a considerarse contingencia profesional derivada de accidente de trabajo, lo que supone una mayor cobertura para los casos en que dicha enfermedad cause incapacidad permanente o el fallecimiento para estos trabajadores.

Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

69. Así pues, en aplicación del RD-ley 6/2020, el Criterio 4/2020, de 12 de marzo, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), sobre la aplicación del artículo 5º del RD-ley 6/2020 por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19), deja sin efectos dos criterios anteriores: el Criterio 2/2020, de 26 de febrero, sobre la consideración como situación de IT derivada de enfermedad común de los periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del Covid-19; y el Criterio 3/2020, de 9 de marzo, sobre la determinación de la contingencia de la situación de IT (la enfermedad ocasionada por el virus, deberá catalogarse como "enfermedad común" a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo).

70. Art. 1.2.d del RD-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE núm. 87, de 29 de marzo).

71. Art. 9 del RD-ley 19/2020.

La asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor del RD-ley 19/2020 (28 de mayo de 2020), se ha venido considerando como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación. No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del art. 9, la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional⁷². Esto implica que desde el 28 de mayo, la emisión de los partes de baja y alta se realizará por la Mutua⁷³.

3.1.3. *La situación del personal encuadrado en los regímenes especiales de los funcionarios públicos*

Con el mismo objetivo de proteger la salud pública, se considera, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para el subsidio de IT que reconoce el mutualismo administrativo, aquellos periodos de aislamiento o contagio provocados por el COVID-19. En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta. Puede causar derecho a esta prestación el mutualista que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en el correspondiente Régimen Especial de Seguridad Social. La fecha del hecho causante será aquella en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del mutualista, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha⁷⁴.

Por otro lado, y durante la vigencia del estado de alarma, los funcionarios mutualistas de MUFACE y de MUGEJU que se encuentren o iniciasen la situación de IT, tienen un protocolo establecido, según si la IT se inicia con anterioridad a la declaración del estado de alarma, o durante el mismo⁷⁵. En este sentido, se dicta una resolución⁷⁶ para dar cobertura a la gestión de los órganos de personal y de MUFACE en aras de mantener el pago del subsidio a quienes ya lo vinieran percibiendo con anterioridad a la declaración del estado de alarma, siempre que el órgano de personal acredite el mantenimiento de la situación a pesar de no disponer de licencias o partes de confirmación, debido a las limitaciones impuestas por el estado de alarma y mientras dure este (para dicha acreditación, se permite la declaración responsable del mutualista como documento exigible en ausencia de parte).

72. Disposición transitoria tercera del RD-ley 19/2020.

73. Véase el documento emitido por el Ministerio de Sanidad: "Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2", de 8 de junio de 2020.

74. Art. 11 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE núm. 65, de 13 de marzo).

75. Véase, Disposición adicional quinta del RD-ley 13/2020 (*Concesión de licencias y abono de retribuciones a los mutualistas de MUFACE y MUGEJU en situación de incapacidad temporal durante la vigencia del estado de alarma*).

76. Véase, Resolución de 13 de abril de 2020, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se garantiza durante el estado de alarma la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de los mutualistas (BOE núm. 105, de 15 de abril).

3.1.4. *La IT en situación excepcional de confinamiento total*

Ante la situación particular en que se encuentran algunos municipios de España, que se encuentran en una situación de confinamiento agravada, en la que no se permiten los desplazamientos fuera del perímetro de estos municipios, ni actividad económica, más allá de aquellos servicios considerados esenciales, en la que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, no pueden desplazarse hasta su lugar de trabajo fuera de este perímetro desde el día 12 de marzo, es necesario adoptar una medida que aclare cómo aplicar la prestación por IT en los términos previstos en el RD-ley 6/2020.

Con carácter excepcional, y con efectos desde el inicio de la situación de confinamiento, y mediante el correspondiente parte de baja, se extenderá esta protección a aquellos trabajadores obligados a desplazarse de localidad y tengan obligación de prestar los servicios esenciales a los que se refiere el RD-ley 10/2020, siempre que se haya acordado el confinamiento de la población donde tenga su domicilio y le haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no pueda realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que presta sus servicios o al propio trabajador y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

La acreditación del acuerdo de confinamiento de la población donde tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del Servicio Público de Salud (en adelante, SPS). De igual forma, la imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de trabajadores autónomos ante el mismo órgano del SPS⁷⁷. Finalmente, y por RD-ley 13/2020, se deroga esta medida relativa a la situación de IT por el confinamiento total de ciudadanos provenientes de localidades donde se restringe la entrada y salida de personas⁷⁸.

3.1.5. *El procedimiento de remisión de partes de baja y alta*

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) publica una serie de Instrucciones aclaratorias relativas al procedimiento de remisión de partes de los SPS por COVID-19, conforme al RD-ley 6/2020, concretamente los días 11, 12 y 19 de marzo:

- Serán los médicos de los SPS los que emitan los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por COVID-19 (conforme a los códigos de la CIE9MC y a la CIE10ES consensuados), tanto en las situaciones de aislamiento como de enfermedad, y a todos los trabajadores que por su situación clínica o indicación

77. Disposición adicional vigesimoprimera del RD-ley 11/2020.

78. Disposición derogatoria única del RD-ley 13/2020.

de aislamiento lo necesiten, tanto para el personal sanitario como para el resto de trabajadores. En ningún caso, estas partes de baja/alta podrán ser emitidas por los facultativos de la Mutua, del ISM o de las Empresas Colaboradoras.

La contingencia a cumplimentar por parte de dichos facultativos de los SPS en los partes de baja/alta será siempre enfermedad común. No deben emitirse partes de baja por cualquier otra contingencia ya que en el INSS se realizará un procedimiento interno que permita diferenciar todas las bajas que lleguen por los diagnósticos que figuran en el apartado siguiente y convertirlas en accidente de trabajo a efectos únicamente de la comunicación a las empresas y a las Mutuas a través de los protocolos de intercambio de información establecidos con las mismas y en lo relativo a la prestación económica de la IT.

- Todos los códigos transmitidos por el SPS, serán admitidos por el INSS a través del protocolo de intercambio de información INSS-SPS, y no serán considerados los errores a efectos del cumplimiento de objetivos de cara a las liquidaciones de los vigentes Convenios para el control de la IT.
- La duración estimada para estos procesos de IT se fija entre 5 y 30 días naturales (procesos de corta duración conforme al RD 625/2014): la emisión del primer parte de confirmación no excederá en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial, y los sucesivos partes, en caso de ser necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.
- Para el adecuado abono de la prestación económica en estos procesos de IT, en tanto no se emita el parte médico de baja no se iniciarán las actuaciones tendentes a la suspensión de la relación laboral y al reconocimiento del derecho a la citada prestación económica. Dado que RD-ley 6/2020, en su art. quinto, considera estas situaciones de IT asimiladas a accidente de trabajo, a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT, se ha llevado a cabo un desarrollo en las bases de datos de la Seguridad Social (INCA) para que automáticamente, en atención a los códigos diagnósticos con lo que se remiten esos partes, se reconvierta el proceso en asimilado a AT, figurando en todas las bases de datos esta nueva contingencia, la cual será comunicada a todos los interlocutores (TGSS, Mutuas, empresas). La transformación automática generará una comunicación por el fichero FIE a la empresa, que prevalece sobre cualquier otra información. De acuerdo a la Ley de protección de datos, en ningún caso se facilita a las empresas o a sus representantes información sobre la naturaleza patológica/diagnóstico de un proceso de IT que afecte a una persona trabajadora, por lo que en el fichero FIE no constará en ningún caso esa información.

3.2. Respeto de otras prestaciones

3.2.1. Medidas de reincorporación de profesionales sanitarios en situación de jubilación: compatibilidad de la pensión con el servicio activo

De manera muy razonada a nuestro parecer, se incorpora al ordenamiento jurídico los efectos de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios jubilados, y ello por razones obvias de salud pública.

Los profesionales sanitarios jubilados médicos/as y enfermeros/as y el personal emérito (menores de 70 años), pueden incorporarse voluntariamente a los servicios de salud de las CC.AA. compatibilizando el disfrute de la pensión de jubilación con la prestación de servicios en los centros sanitarios, priorizando la ubicación de los mismos en atención primaria (para disminuir la carga asistencial en este ámbito, realizando funciones de triaje y atención domiciliaria, relacionadas con la atención al COVID-19). Valorada la oportunidad de la reincorporación por la autoridad sanitaria competente de la CC.AA., se realizará el nombramiento estatutario que corresponda, que podrá ser tanto a jornada completa como a tiempo parcial, siendo compatible dicho nombramiento con la pensión de jubilación⁷⁹.

Así pues, los que se reincorporen al servicio activo por la autoridad competente de la comunidad autónoma, o por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA) en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a través del nombramiento estatutario correspondiente tendrán derecho a percibir el importe de la pensión de jubilación que estuvieran percibiendo al tiempo de la incorporación al trabajo, en cualquiera de sus modalidades, incluido en su caso, el complemento a mínimos (el beneficiario tiene la consideración de pensionista a todos los efectos).

Durante la realización de este trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, las CC.AA o, en su caso, el INGESA, y los trabajadores están sujetos a la obligación de afiliación, alta, baja, variación de datos (del art. 16 TRLGSS) y a la obligación de cotizar en los términos de los arts. 18 y 19 del mismo texto legal, no siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 153 del mismo⁸⁰.

En base al RD-ley 11/2022, la protección de estos trabajadores, con ocasión o por consecuencia del trabajo desempeñado, consistía en que⁸¹:

- a) Cuando se expida un parte de baja médica calificada como accidente de trabajo, causarán derecho a la correspondiente prestación de IT derivada de accidente de trabajo que será compatible con el percibo de la pensión de jubilación que vinieran percibiendo al tiempo de su incorporación.

79. Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 68, de 15 de marzo).

80. Disposición final tercera. Tres del RD-ley 13/2020.

81. Disposición adicional decimoquinta del RD-ley 11/2020.

- b) Cuando se expida un parte de baja médica calificada de enfermedad común, y siempre que acredite las cotizaciones exigidas legalmente, causarán derecho a la correspondiente prestación de IT derivada de contingencias comunes que será compatible con el percibo de la pensión de jubilación que vinieran percibiendo al tiempo de su incorporación.
- c) Cuando fueran declarados en situación de incapacidad permanente, podrán optar por continuar con el percibo de la pensión de jubilación o por beneficiarse de la correspondiente pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo.
- d) Cuando los profesionales jubilados falleciesen con ocasión o por consecuencia del trabajo desempeñado por dicha reincorporación, podrán causar las correspondientes prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo.

No obstante, y conforme al RD-ley 13/2020, valorando el esfuerzo que este colectivo está realizando, se hace necesario ampliar la cobertura de la protección de Seguridad Social a todas las contingencias, tanto por enfermedad común como por enfermedad profesional y por accidente sea o no de trabajo, incluido el accidente *in itinere*, no siendo de aplicación a estos profesionales, durante el tiempo que permanezca en este régimen de compatibilidad, los límites de protección que las normas de Seguridad Social prevén para la jubilación activa. Y ello trae como consecuencia de que durante la realización de este trabajo están protegidos frente a “todas las contingencias comunes y profesionales”, siempre que reúnan los requisitos necesarios para causarlas, siendo de aplicación el régimen de limitación de las pensiones, incompatibilidades y el ejercicio del derecho de opción, previstos en el TRLGSS⁸².

3.2.2. *Compatibilidad del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y la prestación por desempleo o cese de actividad por ERTE*

Durante la permanencia del estado de alarma, el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que vinieran percibiendo los trabajadores por cuenta ajena o propia a 14 de marzo de 2020, no se verá afectado por la suspensión del contrato y reducción de jornada que tengan su causa en el COVID-19, esto es, será compatible el percibo del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, con la percepción de la prestación por desempleo que como consecuencia de la reducción de la jornada, afectada por un ERTE, pudiera tener derecho a percibir (conviene recordar que durante el tiempo que permanezca el estado de alarma no existirá obligación de cotizar, teniéndose el periodo por cotizado a todos los efectos).

82. Disposición final tercera. Cuatro del RD-ley 13/2020.

En estos casos, el ERTE que tramite el empresario, ya sea por suspensión de contratos o reducción temporal de la jornada de trabajo, solo afectara al trabajador beneficiario de este subsidio en la parte de la jornada no afectada por el cuidado del menor. La empresa al tiempo de presentar la solicitud, indicará las personas que tengan reducida la jornada de trabajo como consecuencia de ser titular del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, señalando la parte de la jornada que se ve afectada por el ERTE⁸³.

83. Medida prevista en la Disposición adicional vigesimosegunda RD-ley 11/2020.



El ámbito de aplicación material en la acción protectora por causa de muerte y supervivencia. Reglas de coordinación entre el Derecho español y los ordenamientos latinoamericanos*

THE MATERIAL SCOPE IN THE PROTECTIVE ACTION FOR DEATH AND SURVIVAL. COORDINATION RULES BETWEEN SPANISH LAW AND LATIN AMERICAN LAW

Fernando Moreno de Vega y Lomo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Salamanca

femove@usal.es 0000-0002-2597-1351

Recibido: 14.01.2020 | Aceptado: 02.02.2020

RESUMEN

El derecho a la protección social de los trabajadores y el derecho a la migración de los mismos, así como de sus familiares, por motivos laborales, son derechos humanos. Las instituciones y sujetos de Derecho internacional están en la obligación de coordinar las regulaciones domésticas de los diferentes Estados pensando en su máxima eficacia. Este trabajo propone dicha labor en cuanto al espacio de acción material en materia de tutela frente a muerte y supervivencia.

ABSTRACT

The right to social protection of workers and their right to migration, as well as their families, are human rights. Institutions and subjects of international law are obliged to coordinate the domestic regulations of the different States thinking about their maximum effectiveness. This work proposes this labour in terms of the space of material action of protection against death and survival.

PALABRAS CLAVE

Protección social
Migración
Muerte y supervivencia
Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social
Tratados bilaterales.

KEYWORDS

Social protection
Migration
Death and survival
Latin American Social Security Multilateral Agreement
Bilateral treaties

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA OFERTA DE COORDINACIÓN MULTILATERAL DEL CMISS
3. LA REGULACIÓN ENTRE ESTADOS ADHERIDOS AL CMISS Y BAJO INFLUENCIA DE TRATADOS BILATERALES
4. LOS TRATADOS BILATERALES ENTRE ESTADOS NO ADHERIDOS AL CMISS
5. REFLEXIONES PERSONALES

1. INTRODUCCIÓN

Un trabajador o trabajadora es tal no tanto o no sólo por el hecho de trabajar sino, más aún, por el compromiso -no la mera opción- de poder desarrollar sus competencias profesionales en el marco de unas garantías interdisciplinarias y entre las que emerge con luz propia la protección social¹. A mayor abundamiento, este amparo se postula de manera prioritaria, pero no en formato de exclusividad, frente a todas aquellas contingencias que tienen su origen en riesgos de tipo profesional.

De manera complementaria a esta aseveración de inicio que, sin ambages, ha permitido presentar el núcleo del perfil temático a tratar, converge otra que más tiene que ver con la siempre vidriosa, aunque en modo sumo interesante, aplicación de las normas jurídicas en el espacio: siendo acaso lo más lógico que el trabajador vea garantizada su cobertura conforme al ordenamiento doméstico del Estado en el que labora, subyacen circunstancias que, de modo o manera excepcional, le siguen orientando a la ley de la nacionalidad, todo ello dentro del extraordinariamente importante fenómeno de la migración.

Conforme a los argumentos vertidos y mediante los designios de la interpretación sistemática, se puede concluir que el poder jurídicamente tutelado a la protección social -en su génesis de origen constitucional por lo general y carácter específicamente laboral en el seno de cada nación- adquiere, gracias a la prerrogativa de la movilidad transnacional, tinte de derecho humano². Esta realidad conduce de manera inexorable a la necesidad -que no simple conveniencia- de promover y asegurar una adecuada moldura de coordinación en las construcciones jurídico normativas ofertadas por los sujetos de Derecho internacional. Sólo de este modo cabe pensar en la eficacia plena del propósito que, además y por lo que al Estado español concierne, presenta una nítida refracción legislativa³, la cual sin duda trae causa de la empírica en cuanto a los datos de movilidad⁴. En última instancia, La no atención al mencionado compromiso

1. Ruiz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009, p. 308.

2. Ruiz Moreno, A. G.: "La constitución del derecho humano a la Seguridad Social en Latinoamérica", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, 2014, p. 71, así como Rueda Rodríguez, A. E.: "La pluralidad de los trabajadores migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 15, 2012, pp. 115 y 137.

3. Artículo 7.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

4. España representa, tras Estados Unidos de América, el segundo destino (primero en Europa) para los migrantes latinoamericanos si bien, puntualiza la doctrina, un sector bastante amplio es población indocumentada

con origen en el plano doméstico y por irradiación en el internacional, pudiere dar lugar a una deriva hacia la tacha de la discriminación.

Una vez han sido proyectados el objeto, así como la causa, de la presente investigación y tratando, por ende, de avanzar en este prólogo, una de las sugerencias del tipo material que en mejor medida se presta para el estudio de esta singular simbiosis entre la tutela social del trabajador dependiente y la práctica migratoria, es la familia. Por la importancia que comporta de cara a mis observancias, me permito unos breves considerandos para justificar -siquiera sea tan solo recordar- el papel que tal institución ha venido jugando al albur de diversas ciencias, así como de técnicas de institucionalización de la realidad social.

Tomando como punto inicial de referencia a la Sociología, la familia presupone una médula de parentesco, ya consanguíneo ya afín, así como de convivencia humana, que describe el más extenso de los círculos concéntricos entre los que deambula el individuo y que, ni que decir tiene, cumple una remarcada función social a través del abrigo que entre sus propios integrantes se procuran⁵. Este aserto, permite exteriorizar a nuestra protagonista de base organizativa como la punta del iceberg -valga la alegoría- en prácticamente cualquier cultura de las que pueblan nuestro mundo.

En cualquier caso y como atinadamente el lector intuye, no habrá de ser tanto la perspectiva simplemente humana cuanto la expectativa jurídica, con singular énfasis la enmarcada por el Derecho de Seguridad Social, el propósito matriz de mis reflexiones. En este orden de cosas y llamando primariamente la atención sobre la consagración de la familia como un bien jurídico constitucionalmente protegido, quiero sin embargo, y en la acometida por tratar de ser lo más detallista posible, manifestar que el fondo jurídico laboral y de custodia social en esta colaboración no serán las históricas prestaciones por *hijo a cargo* que en el ordenamiento español pasaron a denominarse -hace ya década y media- prestaciones *familiares*, sino esa otra versión de instrumentos de cobertura que también tienen como sujeto pasivo a integrantes de la estructura familiar, si bien al amparo de una diferencia de régimen jurídico que resulta evidente: en las más estrictas prestaciones *familiares*, el progenitor es el beneficiario de la medida por la inestabilidad que le puede generar el tener un hijo a cargo que obviamente ocupa la posición de causante. Sin embargo y en nuestra propuesta diferencial de un significado más generalizador, el ascendiente se ubica en el emplazamiento de promotor de la situación de necesidad, de tal manera que, su propio fallecimiento, habrá de estimular medidas de cobertura en favor de varios miembros

(Camacho Solís, J. J.: "Los derechos de los trabajadores migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 17, 2013, pp. 216 y 217). En cualquier caso, señala esa misma doctrina que la legislación tuitiva de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no ha de aspirar a proteger únicamente al profesional sino al ciudadano. En otras palabras, que frente a la concepción europea de perseguir la migración irregular, ha de primar el pensamiento americano de proteger también el *status* del empleado informal, así como interpretar positivamente los beneficios que éste reporta a la sociedad de acogida (Arellano Ortiz, P.: "Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp. 8 a 13 y 19).

5. Rosales Zarco, H.: "Relaciones entre el derecho de familia y el derecho de la Seguridad Social", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2008, núm. 7, 2008, p. 195.

de su estirpe. De este modo, la meta pasa por neutralizar los efectos perniciosos que se avecinan con la abrupta ruptura de la situación de dependencia.

Así las cosas y como primer gran desenlace, quede constancia que el perfil temático y normativo que sustenta esta pesquisa al alimón entre la protección social y la movilidad transnacional, son las prestaciones por causa de *muerte y supervivencia* y, como pretensión fundamentalmente subrayada, su *campo de acción material*. En este orden de cosas, si dos contenidos hay que tener en cuenta en la exégesis de este delineamiento objetivo, esos han de ser la *estructura* de los diferentes prototipos de protección social que por regla general son propios de cada Estado, así como la *acción protectora* que en materia de muerte y supervivencia –por tratarse del círculo que nos ocupa– viene condicionada tanto por el número y tipo de medidas de tutela como, por supuesto, por el riesgo que origina la contingencia a tratar.

Como sistematización formal de los contenidos a tratar y recordando que desde el punto de vista del instrumental normativo habrá que tomar en consideración tanto el *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social* (en adelante CMISS) como, si fuere éste el caso, los tratados bilaterales entre Estados, se pasará revista a tres grandes escenarios:

1. El régimen jurídico del CMISS.
2. Los tratados bilaterales y el CMISS para Estados copartícipes de sendas técnicas normativas de coordinación.
3. Los tratados bilaterales entre Estados no adheridos al CMISS.

2. LA OFERTA DE COORDINACIÓN MULTILATERAL DEL CMISS

Comenzando por una presentación formal, el CMISS es un texto fruto de la maniobra promotora de la *Organización Iberoamericana de Seguridad Social* y de la *Secretaría General Iberoamericana* que resultó *in fine* aprobado en fecha 10 de noviembre de 2007⁶. En los párrafos primero, tercero y sexto de su exposición de motivos, aparecen claramente delimitados los tres elementos de nuestra construcción: Seguridad Social, movilidad transnacional y atención a la familia.

Desde el punto de vista de la *estructura* de los sistemas de protección, el CMISS no resulta diáfano en cuanto a los protocolos que caen bajo su círculo de influencia. *A priori*, pudiera quedar mínimamente justificado este defecto ante la dificultad de sistematizar debidamente -que no armonizar- los entramados de protección social de una importante pluralidad de Estados que en un futuro a corto y medio plazo desde la mencionada fecha habrán de estar pendientes de su ratificación. No obstante, y dado que el texto es originariamente el producto de un planteamiento a nivel institucional, lo cierto es que la regulación ofertada debiera, como poco, resultar algo más ajustada. Se presenta a continuación la misma sobre la base de tres pilares: *modelos, regímenes*

6. VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social y XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

y *niveles*. Este montaje será perpetuado para el resto del trabajo, bajo la legítima excusa de facilitar los parabienes de la exégesis comparativa.

Si se centra, en primer lugar, el referente de atención en el espacio de los *modelos*, deviene preceptivo resaltar que:

1. El CMISS hace referencia expresa a las ramas de Seguridad social que, por interpretación semántica y ciertamente analógica, podrían ser reconducidas a tales esquemas de clasificación. Además, el hecho de citarlas en número plural permitiría cubrir tanto el modelo obligatorio como el complementario⁷.
2. El CMISS se muestra concluyente en la declaración de exceptuación de aquellos conglomerados por cierta doctrina catalogados de *especialísimos*, léase los atinentes a la función pública que afectan a los protagonistas de la Administración General del Estado, Administración Militar y Administración de Justicia, destacando además la referencia expresa e individualizada a cada uno de los mismos⁸, pues no ocurre en otras normas de coordinación como más adelante se tendrá la oportunidad de refrendar.
3. El CMISS, excluye expresamente *la Asistencia Social*⁹. Una propuesta de tutela que, sí, formaría parte de la protección social si se piensa en una atención ante el umbral de pobreza, pero no tanto en un pilar institucional de Seguridad Social que se orienta a la sustitución de rentas de trabajo dejadas de percibir por según qué causas legales.

En lo que hace referencia a los *regímenes*, la proyección normativa multilateral plantea la separación entre *generales* y *especiales* dependiendo, cabe entender, de si la actividad queda postrada al gobierno de la dependencia y al albur de la legislación laboral ordinaria o presenta matices diferenciales en materia de formalización o financiación de la relación protectora.

El dato quizá más llamativo es la presunta contradicción que se suscita entre el segundo inciso del artículo 3.2 y el primer inciso del artículo 3.5, los cuales, parece que primero excluyen y ulteriormente posibilitan la inclusión de regímenes especiales. Quede constancia de la inexistencia de tal contraposición por cuanto el artículo 3.2, vinculado al Anexo I del propio CMISS, exceptúa los ya presentados regímenes *especialísimos* de funcionarios públicos que, por tanto, deben ser referenciados en el bloque sobre modelos, no sobre regímenes.

Así pues y en lo que atiende a lo que verdaderamente son regímenes según tipología de la actividad profesional, la propuesta normativa es la del artículo 3.5 en conexión con el Anexo III del CMISS, una formulación en cuya virtud no ha de ser ya la norma multilateral, sino los posibles acuerdos entre Estados parte, los que amplíen

7. Artículo 3.1 CMISS.

8. Artículo 3.2 (segundo inciso) CMISS, en interpretación sistemática con el Anexo I a la propia norma multilateral.

9. Artículo 3.4 CMISS.

el catálogo de regímenes especiales que, o bien fueron directamente exceptuados, o bien eran simplemente inexistentes, en el instante de oficialización del CMISS.

Por lo que concierne a los *niveles*, el CMISS tampoco resulta especialmente ducho en el empleo de la terminología. En efecto, como primer error de orden estructural se observa que en el CMISS el término *contributivos* es el que en primera instancia se asocia al sustantivo regímenes y, como trae causa precisamente del párrafo anterior, ello no debiera ser así ya que no son contributivo o asistencial los regímenes sino, en todo caso, los niveles de cobertura que resultan de asociación a un determinado régimen de protección social.

Centrándonos, así pues, en el calificativo, es claro que el CMISS cimienta su espectro de cobertura en el nivel profesional pues no sólo estipula, en términos positivos, que esta norma se aplica exclusivamente a los parámetros de lo contributivo¹⁰ sino que también prescribe, en formato negativo, la eliminación expresa de aquellos otros de orden asistencial¹¹, ello a salvo de que tales puedan ser reinsertados en un tratado bilateral entre sujetos de Derecho internacional¹², no representando ésta, sin embargo, la regla general a seguir.

Nótese por parte del lector, para finalizar este primer bloque, que la referencia al artículo 3.5 CMISS sobre posibilidad de ampliación de la estructura protectora ha sido duplicada. La primera mención tenía como objeto la integración de *regímenes especiales*, mientras la segunda aboga por idéntica práctica, pero en relación a *niveles* –asistenciales– de cobertura. El defecto viene condicionado por el inadecuado uso de la lingüística por parte del CMISS como ya ha sido explicado. No obstante, lo más importante es la conclusión que, estimo, debe decaer en favor de los regímenes especiales por cuanto, aunque hay una tendencia a su progresiva desaparición, siguen teniendo presencia en las relaciones entre Estados, cosa que no ocurre con las prestaciones no contributivas y, señaladamente, en menor medida aún en la temática de muerte y supervivencia.

En lo que concierne al segundo eje estructural, recuérdese, la *acción protectora*, el artículo 3.1.c) CMISS cita textualmente las *prestaciones de supervivencia*, dándose con ello luz verde a uno de los principales campos de acción protectora en el seno de cuantas naciones se suman al CMISS.

Sin embargo, posiblemente lo más representativo no esté en aquello que se dice sino precisamente en lo que no se transcribe en dicha cita normativa. El Anexo II al artículo 3.3 CMISS excluye expresamente al Auxilio por Defunción, quizá porque se trate de una prestación de pago único no vinculada necesariamente al ejercicio profesional del sujeto causante, pero tampoco a una insuficiencia de recursos económicos por parte de quien legalmente postula el beneficio de la misma. Me parece indiferente la territorialidad profesional y/o residencial del beneficiario en relación a su deseo de hacerse cargo de los gastos que origina el sepelio del sujeto causante, probablemente

10. Artículo 3.2 (primer inciso) CMISS.

11. Artículo 3.4 CMISS.

12. Artículo 3.5 CMISS.

por ello la ulterior toma en consideración, en el ya citado artículo 3.5 del propio CMISS, de la oportunidad de su aceptación mediante tratado bilateral. Además, y a tenor de la ínfima cuantía que comporta, tampoco es que vaya a quebrar las arcas del sistema que la exporta.

Finalmente, y sin salir del espacio de la acción protectora, no es sólo importante la prestación sino también el origen de la contingencia frente a la que trata de actuar la medida de protección, en otras palabras, el *riesgo*.

Lo cierto es que en la ya referenciada mención al artículo 3.1.c) CMISS, los sujetos negociadores del mismo no asocian ni los riesgos comunes ni los riesgos profesionales al potencial beneficiario de las acciones por causa de muerte y supervivencia. Caben sendos por defecto, cabría aprehender. Sin embargo, la duda sobreviene cuando en cita subsiguiente se traen a colación las prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, pues surge la duda de si ha de ser ello interpretado como una restricción al espacio de los riesgos profesionales. Creo que no. Este tipo de prestaciones son comunes en la protección social del entorno geopolítico latinoamericano y de ahí, más que seguro, su contemplación en el CMISS. Sin embargo, la expresividad normativa debiera ser más uniforme porque, y sin ir más lejos, a modo de ejemplo, en España, accidente de trabajo y enfermedad profesional no son prestaciones sino origen de la situación de necesidad a revertir mediante el correspondiente instrumento de tutela.

3. LA REGULACIÓN ENTRE ESTADOS ADHERIDOS AL CMISS Y BAJO INFLUENCIA DE TRATADOS BILATERALES

182

Dado que ya ha sido explicado en el apartado II de este trabajo el régimen jurídico que construye el CMISS, la formulación que a continuación se presenta queda arbitrada sobre un doble pilar:

1. La regulación bilateral entre el Estado español y aquellos otros países del entorno latinoamericano que, en idéntica medida, han oficializado su adhesión al CMISS. Tales son: Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.
2. Las reglas que articulan la concurrencia entre normas de coordinación, esto es, la multilateral que representa el CMISS y la bilateral que deviene acoplada mediante la acción normativa de los anteriormente enumerados sujetos de Derecho internacional. Sin lugar a dudas, nos posicionamos así ante el salto cualitativo primordial en el examen de la cuestión.

Comenzando, pues, con la primera propuesta, se pone encima de la mesa, en cuanto a contenido, el armazón *estructural* de los Estados implicados. La oferta formal, toma como faro de referencia la propuesta del Estado español y, seguidamente, aunque no como necesidad en idéntico orden de importancia, el de los Estados latinoamericanos.

La primera prerrogativa en ese campo de aplicación objetivo, se recordará, tiene que ver con los *modelos* que pudieren verse involucrados en el haz de protección social.

La Autoridad española no lleva a cabo ninguna referencia en dos tratados, cuales son los firmados con Brasil¹³ y Chile¹⁴, mientras que en los cinco restantes prevé una mención genérica al sistema de Seguridad Social que no permite aclarar todas las dudas, más allá de acogernos a esa legítima, aunque sensiblemente reiterada, interpretación generalizadora. No obstante, de estas cinco manifestaciones sí resulta oportuno una mención en favor de los convenios con Ecuador¹⁵ y Perú¹⁶, por cuanto se exceptúan expresamente los entramados en favor de los funcionarios públicos de la Administración Civil y de la Militar.

Por su parte, y en relación a los Estados latinoamericanos que participan de este escenario, la ausencia de alusiones específicas es sin ambages la nota común, excluyendo no obstante de esta acusación el caso de Ecuador al postular una llamada expresa al *Seguro General Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, así como el exponente de Perú dada la alusión al *Sistema Nacional de Pensiones* y al *Sistema Privado*.

Si tomamos en cuenta, en segundo lugar, el espectro de los *regímenes*, acontece que la Autoridad española no incorpora ninguna determinación específica a tipología de regímenes albergados, salvo el tratado con Brasil que sí puntualiza la mención tanto al RGSS como a los regímenes especiales, siendo no obstante idéntica la consecuencia.

Respecto a las Autoridades latinoamericanas, la reflexión es la misma si se libra el propio pacto con Brasil que específicamente alude a su *Régimen General de Seguridad Social*, así como el convenio con Uruguay¹⁷ dada la expresa mención a *Regímenes de pensiones en reparto o capitalización individual*.

Finalmente, y en aquello que concierne a los *niveles* de cobertura, son cuatro los tratados en los que el sistema español restringe al nivel contributivo, a saber: Argentina¹⁸, Ecuador, Paraguay¹⁹ y Perú. Por su parte y en lo que atiende a los tres restantes, no hay mayor concreción. Sea como fuere el efecto es el mismo y, por ende, inoqua la ausencia de mención, pues toda la cobertura por causa de muerte y supervivencia opera en el círculo de lo profesional y, por tanto, de lo contributivo.

Por lo que concierne a los Estados latinoamericanos, las previsiones son idénticas si nos escapamos de dos tratados, concretamente Paraguay y Perú, que no efectúan un llamamiento al listón del nivel contributivo aun cuando la contraparte, léase España, sí lo hace. Insistimos, la secuela es análoga a tenor del fondo de la cuestión. Sólo

13. Convenio de fecha 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995).
14. Convenio de fecha 28 de enero de 1997 (en vigor desde 13 de marzo de 1998).
15. Convenio de fecha 4 de diciembre de 2009 (en vigor desde 1 de enero de 2011).
16. Convenio de fecha 16 de junio de 2003 (en vigor desde 1 de febrero de 2005).
17. Convenio de fecha 1 de abril de 2000 (en vigor desde 1 de diciembre de 1997).
18. Convenio de fecha 28 de enero de 1997 (en vigor desde 1 de diciembre de 2004).
19. Convenio de fecha 24 de junio de 1998 (en vigor desde 1 de marzo de 2006).

lo formal quizá podría abrir puertas a una pequeña, aunque razonable crítica, en aras de la uniformidad.

Saltando ya al segundo eje del campo de afectación objetivo, esto es, la *acción protectora*, lo cierto es que la Autoridad española generaliza a todas las prestaciones por causa de muerte y supervivencia, dentro de las cuales hay pensiones, subsidios e indemnizaciones complementarias de pago único. Llama singularmente la atención una doble peculiaridad apreciable, a su vez, en dos convenios cuales son los de Ecuador y Perú:

1. En sendos se procura la expresión *supervivencia* cuando acontece que en los cinco restantes la mención es a *muerte y supervivencia*. Cabría preguntarse si se trata de una mera formalidad o hay algo más en el trasfondo de la cuestión. En mi opinión, sí que cabe apreciar un sentido distintivo, ya que el régimen de tutela que nos ocupa se caracteriza por romper la regla general en torno a la cual quien sufre la contingencia es quien disfruta de la prestación. Efectivamente y sin pretender ser reiterativo sobre ideas traídas a colación en reflexiones previas, en nuestro escenario hay un sujeto que fallece –causante– y otro/s que, obviamente, reciben la compensación económica desde el sistema –beneficiario– pero siempre al albur de una indefectible relación causa-efecto, de tal manera que sin el mal de uno no se activa el bien del otro. En consecuencia, no hablemos sólo de supervivencia sino de muerte y supervivencia, razón por la cual no comparto la referencia truncada por parte del legislador español en sus tratados con Ecuador y Perú cuando, con el resto, no la utiliza.
2. La mención expresa que sendas normas desarrollan a la ayuda contra *los gastos del sepelio*, tradicionalmente expulsada de estas lides de coordinación interestatal, con la adenda de que mientras en el trato con Ecuador se hace llamar *auxilio por defunción*, en el Perú se identifica *subsidio por defunción*, siendo técnicamente aceptable solo la primera pues así es como en forma viene identificada en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y porque, en razón de contenido jurídico, es un abono de pago único y no una prestación económica de tracto sucesivo y periódico aunque duración limitada.

Por lo que respecta a la Autoridad de los Estados latinoamericanos en su relación con España, hay mayor variedad, y ello tanto si se piensa en la clasificación de medidas protectoras como en la causa y destino final de las mismas.

Tratando en primer lugar las modalidades tuitivas, convergen tres Estados que mencionan las *prestaciones*, cuales son Chile, Paraguay y Perú, otros dos se refieren a *pensiones*, a mayor detalle Ecuador y Uruguay, hay un quinto en discordia que incorpora sendas menciones en tenor literal, la República Argentina para más señas y, finalmente, el último Estado sugiere el término *legislación*, pero sin plasmar una tipología instrumental, léase Brasil.

En cuanto al objeto de la tutela prestacional, sólo hay un tratado, específicamente el de Paraguay, que expresamente se refiera a *muerte y supervivencia* bajo el patrón

argumental defendido para el caso de la Autoridad española. El resto, o bien sólo hablan de *muerte*, como Brasil, o bien sólo tratan la *supervivencia*, siendo tal el caso de Chile y Perú, o bien citan instrumentos de tutela con nombre y apellidos como las *pensiones a viudas y huérfanos*, léase Ecuador, o simplemente no aparece mención específica a nada que se asemeje a muerte y supervivencia, quedando reducida tal práctica a los vínculos con Argentina y Uruguay.

En segundo lugar y dentro a su vez de este segundo gran eje sobre acción protectora, una mención a los *riesgos* que originan la contingencia. Está en juego no precisamente cualquier prerrogativa, sino la cantidad y calidad de la cobertura gracias al factor diferencial, si bien discutible, entre específicos o profesionales y genéricos o comunes.

En el caso español, se emplea idéntica formulación en cada uno de los siete tratados bilaterales, la cual, dicho sea de paso, no es precisamente clara. Efectivamente, en un apartado hace mención a las prestaciones de muerte y supervivencia sin mayor precisión sobre el riesgo respecto del que cabe surja la contingencia a cubrir, sin embargo, en el apartado siguiente se incorpora una mención literal a las prestaciones derivadas de *accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Así las cosas, ¿si el primer apartado no puntualiza debe entenderse que las prestaciones con aporte nominativo que en él figuran actúan sea cual sea el riesgo en origen?, ¿o quizá la referencia diferenciada a los riesgos profesionales hace que la interpretación del primer apartado quede circunscrita a los riesgos comunes? En mi opinión y basándome en la interpretación de otros tratados bilaterales, cuando la Autoridad española quiere circunscribir la acción protectora a unos determinados riesgos, hace constar estos con un talante expreso –recuérdense las propuestas rubricadas con Canadá y Colombia–, por tanto la ausencia de una dicción específica al riesgo común en esta mención a las prestaciones de muerte y supervivencia, me lleva a inclinarme en favor de la cobertura tanto por origen en riesgo profesional como por riesgo común.

En lo que hace referencia a los Estados del espacio latinoamericano, lo cierto es que las siete Autoridades desembocan en la misma construcción, léase la habilitación frente a cualquier riesgo. La diferencia obra en que lo hacen bajo distinto formato pues en tres Estados se incorpora la misma fórmula que el cofirmante –Brasil, Ecuador y Uruguay– en tanto los cuatro restantes no se estipula ningún tipo de previsión, y si la norma no distingue, tampoco lo hagamos nosotros.

Hasta aquí la mecánica jurídica que arbitra las relaciones bilaterales entre el Estado europeo y los Estados latinoamericanos que, además, se adhieren al marco de eficacia del CMISS. A partir de ahora, la pregunta es: ¿cómo se articula la concurrencia entre tales normas de coordinación?

Aun cuando se trata de un dato ya aportado en este trabajo, es adecuado evocar que el CMISS se suscribe en fecha 10 de noviembre de 2007, y es que ya con anterioridad estaban en vigor los siete convenios interestatales en régimen de a dos. Posteriormente a esta data recién aludida, el goteo en cuanto a la afiliación al CMISS de los ocho Estados que se contemplan en este paraje está bastante distanciada en el tiempo al materializarse en una horquilla temporal cuyo punto de partida es el 1 de

mayo de 2011, al incorporarse España y Brasil, y el de finalización queda marcado en el 20 de octubre de 2016, con la adhesión de Perú. En cualquier caso, valga este último apunte sobre la tardanza a efectos meramente estadísticos pues no ha de tener mayor relevancia desde el punto de vista del fondo de la cuestión. Lo que sí pretendo hacer notar con insistencia es que, efectivamente, los tratados bilaterales revisten causa previa respecto de la norma multilateral o, si se prefiere, que la acción oficial del CMISS es posterior a cualquiera de los siete marcos sinalagmáticos que Autoridades española y latinoamericanas refrendan, Autoridades que, además y ulteriormente, vendrían a suscribir el CMISS. Pues bien, tratando de responder al interrogante sobre reglas de coordinación con anterioridad planteado, en aplicación del artículo ocho, segundo párrafo, del CMISS, habrá que determinar cuál es el régimen jurídico más favorable a los intereses del beneficiario, una previsión que aunque pueda parecer un ejemplo de la mayor diplomacia, a ciencia cierta juega a favor de corriente porque siendo el convenio posterior a todo tratado bilateral siempre ofrecerá, en condiciones normales, un rendimiento más favorable, y es que no tiene sentido que normas posteriores en el tiempo empeoren un tejido de protección social ya consolidado. Sea como fuere, la exposición de un ejemplo *de facto* ha de contribuir en la explicación de estos entresijos.

Tomando en consideración este parámetro en cuanto a la concurrencia de estos instrumentos de Derecho, descendamos a la regla más básica de contenido, léase de acción protectora propiamente dicha, un postulado que, no obstante, cabe recordar que no es la primera vez que se menciona en este trabajo: el CMISS deja fuera el Auxilio por Defunción. ¿En qué medida una reducción de instrumentos de cobertura económica puede ser traducido como un avance, como una mejora en las opciones tuitivas del entramado objetivo por mor de muerte y supervivencia? Si nos apoyásemos en una regla lógica, habría que concluir en una involución. Sin embargo, deviene preceptivo el acudir a los convenios en cuestión puesto que, quizá, también éstos tienen algo que decir.

Por lo que concierne al Estado español, éste limita la aplicación de sus pactos bilaterales a la regulación del auxilio por defunción desde la fecha, cabe entender, de la entrada en vigor del CMISS en cada uno de los sujetos cofirmantes, canalizándose de este modo la interpretación sistemática con el Anexo II del propio CMISS y su eficacia respecto a la Autoridad española. Así es factible de ser advertido en los Convenios con hasta seis Estados de este escenario, a excepción del rubricado con la República Argentina, en el que el Estado español sólo lo toma en consideración respecto al subsidio por causa de maternidad.

En relación a los Estados latinoamericanos, el centro de atención ha de ser necesariamente ubicado en los tratados con Ecuador y Perú. Se trata de los dos únicos sujetos de Derecho internacional que, expresamente, aportan una mención diferenciada al instrumento de tutela que es objeto de estudio y bajo la denominación técnica de *Auxilio por Defunción y Gastos por Sepelio*, respectivamente. Respecto a la regla sobre su eficacia en el tiempo y ante la ausencia explícita de pautas en el propio texto del

convenio, la interpretación debiera ser la misma que la expresada con anterioridad para el Estado español.

Así las cosas y ante la referida concurrencia de instrumentos normativos de coordinación, gracias precisamente a la previsión de la norma multilateral en torno a la toma en consideración de aquello que resulte más beneficioso, resulta consecuente afirmar que ha de primar lo establecido en el tratado bilateral por su condición de más favorable para los intereses del asegurado.

4. LOS TRATADOS BILATERALES ENTRE ESTADOS NO ADHERIDOS AL CMISS

En el empeño por tratar de cerrar el círculo de la trama que implementa esta investigación, el escenario que a continuación se presenta es el que enmarca las relaciones entre la nación española y los Estados de Canadá, Colombia, México, República Dominicana y Venezuela.

Por su parte y tomando en consideración la perspectiva objetiva, simplemente reafirmar que los patrones temáticos sobre *estructura del sistema* y *acción protectora* siguen actuando como la plantilla sobre la que se ejecuta el análisis pues se trata, en fin, de la verdadera esencia en cuanto a la superficie de abordaje material y, por tanto, de un necesario denominador común para cuantas secciones ejercen de pilar en este trabajo.

Comenzando por la *estructura* y más concretamente por el *modelo* afectado, nos encontramos con dos exponentes -Canadá y México- en los que no se lleva a cabo ningún tipo de especificación por parte de sendos sujetos firmantes, léase el Estado español y cada una de las dos Autoridades que acaban de ser objeto de cita²⁰. Si así son las cosas, el interrogante parece lógico: ¿qué modelo -o modelos en su caso- quedan cubiertos a la hora de su institucionalización en el espacio?:

Si en primer lugar se recurre a aquella que, en puridad, ha de ser considerada como la regla más lógica, sencillamente deviene imposible determinar qué segmento del mecano de protección social resulta institucionalizado con estas bilaterales normas de coordinación.

No obstante, en segundo término y ya que estamos en la obligación moral de persistir en pro de un paso adelante, es preceptivo no anclarse en la lógica sino recurrir también a la reglamentación jurídica. Por ello y siguiendo el dictado más básico de uno de los a su vez más conocidos principios generales del Derecho, si el legislador no distingue tampoco lo promovamos nosotros. La lectura que se obtiene, es que resulta amparado cualquier mecanismo de protección social que es propio de los Estados mencionados. Nótese, in fine, que la fundamentación argumental es diferente y, como tal, también la solución pues, en este segundo caso, como poco, sí queda articulada una regla, una respuesta.

20. Convenio de fecha 10 de noviembre de 1986 (en vigor desde el 1 de enero de 1988) y Convenio de fecha 25 de abril de 1994 (en vigor desde 1 de enero de 1995), respectivamente.

Junto a esta primera expresión, se traen a colación ahora otros dos acuerdos bilaterales, concretamente entre España y Colombia²¹, así como con la República Dominicana²², respectivamente, en los que se incorpora una referencia específica al “sistema de Seguridad Social, al Sistema General de Pensiones, y al Sistema de Seguridad Social, leyes especiales de Seguridad Social y planes públicos de pensiones y jubilaciones”²³. En todos ellos y dada la abstracción de la sintaxis, es cierto, la lectura sobre la posibilidad de universalizar en positivo permanece en primera línea. En esta ocasión y como única diferencia, se advierte una mención activa, literal, a lo que cabe sea entendido como el gran modelo de protección social que cada nación pone en juego. ¿Podría ello ser defendido como una propuesta alternativa, o por el contrario estamos ante una mera formalidad respecto al enunciado precedente? Mi opinión es que sí tiene incidencia en términos de contenido. Efectivamente, la mención expresa a uno o varios modelos, con nombre y apellidos, es porque se quiere centralizar la acción operativa sobre tales y no en consecuencia sobre otros que pueden ser damnificados a nivel internacional pero no por ello exceptuados a nivel doméstico. Sea como fuere, quede en el presente punto la propuesta a efectos de ir sugiriendo la reflexión. En el apartado V de esta colaboración, se desarrollan estas ideas.

El tercer y último exponente, lo encarna el tratado entre España y Venezuela²⁴. Ofrece crédito a una suerte de posicionamiento intermedio, pues si bien el Estado español sí concreta la mención a su sistema de Seguridad Social, la República Bolivariana no contribuye con ningún tipo de referencia. En efecto, hasta ahora habíamos hallado dos postulados de cita doble y por acción, así como otros tantos de referencia pareada, en igual sentido, pero por omisión. El convenio que ahora se analiza es diferencial por cuanto cada uno de los firmantes opta por un patrón. Evidentemente y salvo que la interpretación confirme *in fine* que nos hallamos ante una idéntica oferta de contenidos, aunque separable en términos de forma, la misma es criticable por el desequilibrio al que puede dar lugar y, sobre todo, porque en poco o nada contribuye a la particular causa de lo que debe entenderse por una coordinación de normas en el espacio. Mi opinión es que hay una explicación desde el fondo de la problemática, ya que España limita el campo de acción a su sistema institucional de Seguridad Social pero no a todo el entramado de protección social. Sin embargo, Venezuela sí parece albergar toda su oferta por cuanto no hay mayores distingos y, en consecuencia, debiera resultar de aplicación la exégesis con anterioridad aludida. No acierto a entender cómo dos sujetos de Derecho internacional que deciden voluntariamente suscribir una norma bilateral no son lo suficientemente diligentes como para institucionalizar esta cuestión nuclear.

21. Convenio de fecha 6 de septiembre de 2005 (en vigor desde el 1 de marzo de 2008).

22. Convenio de fecha 1 de julio de 2004 (en vigor desde el 1 de julio de 2006).

23. De manera correlativa, el primero de los vocablos corresponde al Estado español, el cual, por cierto, aparece reiterado en sendos tratados recién citados. El segundo se corresponde con la Autoridad colombiana y el tercero y último, obviamente, con la dominicana.

24. Convenio de fecha 12 de mayo de 1988 (en vigor desde 1 de julio de 1990).

En conclusión, ya sea por omisión, por mención o por la ecléctica, parece que los seis Estados implicados en este escenario de coordinación bilateral sin el recubrimiento del CMISS, se decantan por la toma en consideración de todo su entramado de protección social ya que, además, y de haber pretendido una postulación por la solución alterna, entiendo y defiendo que hubieran debido de redactar, con nombre y apellidos, aquellos sectores del planteamiento estructural que deseaban ver imbricados. No obstante, las dos piezas restantes del esqueleto estructural, recuérdese, regímenes y niveles, puede que estén más que posiblemente en posesión de la llave de cara a ratificar, o en su caso rectificar, esta proposición.

En lo que se refiere a los *regímenes*, la pauta empleada por el Estado español es idéntica en las cinco propuestas bilaterales, en cuanto al fondo de la cuestión concierne. Sin embargo, se registran variadas formulaciones desde la perspectiva formal. Se presentan a continuación, y de manera diferenciada, cada una de las mismas.

Una primera opción, consiste en mencionar literalmente tanto el RGSS como los Regímenes Especiales, expresión que puede ser constatada en los Convenios con Canadá, México y Venezuela.

Una segunda modalidad, se sustenta sobre la pauta de excluir los Regímenes Especiales de funcionarios públicos, tanto de la Administración Civil como de la Militar, prescripción que por ejemplo se utiliza en el tratado con la República Dominicana.

Una tercera vía, se hace pivotar sobre la no realización de ninguna mención sobre regímenes afectados. Puede ser localizada en la propuesta bilateral con Colombia.

Por su parte y en lo que concierne a la perspectiva de los Estados latinoamericanos, dos de los afectados no incorporan ninguna referencia, cuales son los puentes con Canadá y Colombia. Como puede advertirse, sólo respecto del segundo de los citados se confirma una equivalencia con la Autoridad española. Entretanto, el convenio con Canadá materializaría la vía intermedia donde el Estado español sí es preciso, pero no el canadiense.

Por otro lado, los tres restantes sí se refieren a “regímenes obligatorio y voluntario de la Ley del Seguro Social” en el caso de México, “Leyes especiales del Seguro Social y planes públicos de pensiones” para la República Dominicana y “Régimen del Seguro Social” en el exponente venezolano. Ciertamente es que esta última presentación encarna aquello que efectivamente debería ser, esto es, una prescripción doble y sinalagmática de sendas partes, sin embargo, no puedo ni quiero dejar de lado la presente reflexión: en atención a la semántica de los calificativos empleados por las Autoridades, más me hace pensar el que se refieran a modelos y no tanto a regímenes, esto es, a sobre quiénes se constituye la relación jurídica de protección social y no tanto al quiénes, dentro de ese más amplio círculo concéntrico, gozan de una titularidad propia del derecho a cobertura por el hecho de ser, además de ciudadanos, protagonistas de una actividad productiva, ya sea ésta en régimen de dependencia o de autonomía. Si así fuere, como creo debe ser interpretado, tales referencias habrán de ser encuadradas en el marco de acción estructural de la voz modelos que con anterioridad fue presentada y, por defecto, concluir que en materia de regímenes ningún sujeto de Derecho internacional aquilata su orden jurídico en las normas de coordinación con

el Estado español. La gran conclusión habría de desembocar en que todas las actividades profesionales están mutuamente contempladas en el tratamiento bilateral.

Finalmente, y por lo que hace alusión a los *niveles*, sí hay disyuntivas en función de cuáles sean los protagonistas que deseemos tomar en consideración. Ésta es la sistematización.

El Estado español, en sus relaciones con Canadá, República Dominicana y Venezuela, no da pie a ningún trato distintivo entre los reglajes contributivo y asistencial. Sin embargo, en los convenios con Colombia y México sí que cabe diagnosticar una restricción de la acción operativa al cerco profesional. Como opinión personal, siempre es digno de mención que una norma jurídica sea lo más precisa posible en su redacción, pues ello ha de contribuir a evitar lagunas, así como no dar pie a interpretaciones distorsionadas, sin embargo y teniendo en cuenta la temática que nos ocupa, en el fondo no representa esta previsión sino una mera formalidad por cuanto la acción protectora por causa de muerte y supervivencia es de nivel contributivo.

En lo que hace referencia a los cinco Estados latinoamericanos, viene perpetuándose la pauta en torno a la no anexión de referencias específicas a este presupuesto. Téngase por reproducido lo argumentado en el párrafo precedente, salvo que alguno o algunos de los Estados en cuestión haya manifestaciones asistenciales por causa de muerte y supervivencia. Sea como fuere, el análisis del entramado doméstico de cada Autoridad no es el objetivo del presente estudio.

Saltando ya al segundo bastión del campo objetivo de aplicación, se presentan de seguido los dispares métodos que oficializan los tratados contemplados en este apartado sobre *acción protectora* propiamente dicha.

El Estado español se vale de una triple representación para asentar la referencia a las herramientas, *prestaciones* en sentido técnico, que son objeto de tratamiento:

Una proposición inicial, queda identificada con la evocación a las *prestaciones de muerte y supervivencia*, como se puede certificar en las alianzas con Colombia, República Dominicana y Venezuela. La nitidez y al tiempo la sencillez en esta dialéctica escrita, creo que no amerita mayores explicaciones.

Mediante una segunda formulación, se confirma la referencia a *pensiones de muerte y supervivencia*, cual es el caso del convenio con México. Aunque pueda pasar inadvertida la diferencia con el dechado precursor, percátense el lector de la desemejanza en cuanto al sustantivo que identifica la medida de cobertura. En efecto, la pensión es una modalidad de prestación, por el contrario, no cabe asegurar que toda prestación devenga naturalizada como una pensión, de tal manera que la escapatoria respecto a este juego de palabras ofrece crédito a la afirmación que en las relaciones con México quedan eximidas aquellas variantes de protección que no se exteriorizan desde el formato de duración indefinida.

En tercer y último emplazamiento, la elección que toma partido por mencionar las *disposiciones sobre muerte y supervivencia*, como así cabe cotejar en la alianza con Canadá. No resulta una cuestión baladí, una vez más y sin pretender por ello caer en la reiteración, el tema del nombre que se le asigna al instrumento de custodia. Aquí, incluso, la terminología referenciada más parece referirse a la fuente formal donde

se contempla la medida de custodia que a ésta propiamente dicha, esto es, como si postulare el incluir algún otro tipo de prerrogativas, de orden fiscal por ejemplo, en el bagaje tuitivo, un dato que consecuentemente superaría las fronteras del Derecho de Seguridad Social para penetrar en otras ramas del ordenamiento jurídico. Ello permite justificar, a fin de cuentas, el carácter interdisciplinar del estudio al que se aludía en el prólogo de esta misma colaboración.

Por su parte y situando la tilde en los requerimientos expuestos por los Estados latinoamericanos, el programa es en gran medida similar: en tres tratados se abordan *prestaciones* –Colombia, República Dominicana y Venezuela– mientras en los dos restantes se refieren, técnica y específicamente, las *pensiones*, siendo éste el caso de Canadá y México. Ni que decir tiene, el argumento vertido con anterioridad y en términos de conclusión para el Estado español, debe ser reproducido en este instante para el entorno latinoamericano, máxime cuando se observa una correspondencia doble y sinalagmática en todos los pactos salvo el concordato con Canadá por ser aquel en el que, de manera ciertamente llamativa, España se despacha con la llamada a las disposiciones. ¿Por qué tanta separación con el Estado nacido de la corona francesa al ampliar al máximo España –cualquier medida jurídica de protección por causa de muerte y supervivencia– y constreñir en idénticos términos superlativos Canadá sólo a pensiones? No ya la uniformidad en términos de armonización, sino simplemente el viso de coordinación queda claramente en tela de juicio.

La principal novedad cualitativa respecto a las menciones utilizadas por la Autoridad española, se canaliza en el hecho de que, significativamente además, sí se emplazan disimilitudes en cuanto a la identificación nominativa, coloquialmente en el apellido, de la causa que sirve de base a las prestaciones en cuestión: *muerte* en México, *sobrevivencia* en la República Dominicana, *sobrevivientes* en Venezuela –positivamente destacable en un intento de personificar la figura– y sin identificación específica en los casos de Canadá y Colombia, propuesta ésta última que, si tenemos en cuenta el articulado de todos los tratados y en el que se busca una suerte de identidad conceptual, queda un tanto en fuera de juego.

Para concluir y sin salir por ello de la acción protectora, recordará el lector que junto a la tipología de prestaciones se toma en consideración el *riesgo* que da origen a la contingencia. Veamos qué da de sí esta proposición.

En lo que al Estado español atiende, mientras en la concomitancia con tres Estados no circunscribe ni a riesgos profesionales ni a riesgos comunes –México, República Dominicana y Venezuela– con los dos restantes –Canadá y Colombia– sí hay una limitación a las contingencias originadas en los lances de orden genérico, léase accidente no laboral y enfermedad común. No entro en la causa del por qué este tratamiento jurídico debe ser así, al fin y al cabo la Autoridad española tendrá sus razones para tintar como jurídica esta circunstancia. Tan solo me quedo en la formalidad de lo distintivo cuando realmente se está gestionando lo mismo. Acaso, el no haber cotizado de manera ciertamente suficiente en tu país de origen y nacionalidad, retrae mucho al legislador español ante la opción de tener que dar bastante a cambio de haber recibido previamente muy poco o nada, en el peor de los casos.

Si trasladándonos al otro platillo de la balanza marcamos en primer plano la aportación al tratado bilateral de los sujetos latinoamericanos, tan solo Colombia amolda sus opciones al recuadro de los riesgos comunes. Los otros cuatro Estados no listan referencia alguna y, siguiendo de este modo reglas de interpretación ya aplicadas a lo largo de este estudio, la conclusión ha de ser en favor de la generalización, léase de la toma en consideración tanto de las fuentes de raíz común como profesional.

5. REFLEXIONES PERSONALES

El objeto del presente trabajo ha consistido en escudriñar dos ejes temáticos de extraordinaria relevancia en el campo de acción material ante la situación de necesidad emanada por razón de muerte y supervivencia, cuales son la *estructura* de los varios y variados sistemas de custodia social, así como la *acción protectora* que los mencionados confieren.

La mecánica utilizada ha reposado no tanto sobre una perspectiva de estudio a nivel de régimen jurídico individual, sino más bien una *exégesis sistemática en el espacio* de tres escenarios que vienen demarcados por la influencia de una o varias normas de coordinación interestatal, léase el CMISS y los tratados bilaterales entre España y Estados latinoamericanos.

Se muestran a continuación y en términos de epílogo los datos acaso más interesantes para formatear una reflexión en torno al estado actual de la cuestión y, en la medida de las posibilidades, para asentar algunas propuestas pensando en el futuro.

En lo que hace referencia, en primer lugar, a los *modelos* de protección social involucrados, el análisis se presenta muy complicado de planificar, casi imposible me atrevería a decir, teniendo en cuenta al amplísimo abanico de exponentes que los numerosos Estados enarbolan: modelos obligatorios o complementarios, públicos o privados, de reparto o de capitalización, incluso de orden mixto. Además, la terminología en cuanto a su nomenclatura no supone precisamente una ayuda en aras de la uniformidad. Sea como fuere, sí hay un dato llamativo que, aunque afecta a todos los profesionales en régimen de dependencia, la diferencia se sitúa en el carácter público o privado de la contraparte en la relación profesional. Me refiero al entorno de la función pública. Recuérdense las previsiones atendidas:

1. El CMISS no es taxativo en cuanto a la genérica oferta de engranajes de tutela institucionalizados, excepción hecha, eso sí, para damnificar a los sistemas de cobertura en pro de los funcionarios públicos, ya sean de la Administración Civil, Militar o Judicial. De entrada, pudiera entenderse e incluso compartirse esta previsión directa en cuanto a sacrificio normativo y general por lo que a los servidores públicos se refiere en tanto dependen de la Administración, lo cual les posibilita el disfrutar de su propia normativa reguladora de actividad profesional y protección social. Un entramado que queda al margen de las premisas que gobiernan la operativa en el sector de las normas jurídico laborales.

2. Sin abandonar el círculo de influencia del CMISS, pero ampliando la visión a los tratados bilaterales entre España y aquellos Estados latinoamericanos que igualmente se han adherido al CMISS, nos encontramos con un dato que se repite, si no fuera por un factor diferencial: quedan fuera los funcionarios de las Administraciones Civil y Militar, no expresamente los de la Intendencia Judicial. Constatéase que el protagonista es igualmente un funcionario público y no se aportan mayores razones para acreditar esta especie de discriminación positiva que los concordatos bilaterales postulan. Pero es que, además, y si nos paramos a pensar, la lógica arbitraría el efecto contrario porque resulta cierto que esta gestión judicial tiene plena correspondencia con uno de los grandes poderes en cualquier Estado democrático, un dominio que ha de ser absolutamente independiente y, quizá por ello, distanciado de todo aquello que le rodea, aunque sea el mismísimo régimen de protección social que todo profesional ha de poseer. Expresado de otro modo, si uno de los tres grandes estándares públicos debiera quedar al margen precisamente por su especialidad, ese es el judicial, no a la inversa. En consecuencia, no acierto a explicar esa singularidad que, al albur de ciertos tratados bilaterales, se concreta respecto a la Administración Judicial.
3. En aquello que parece puede tomarse como el colofón a las diversas superficies interpretativas, se puede plantear esta controversia respecto a la exención de los regímenes funcionariales desde otra perspectiva, más concretamente la que oficializan los tratados bilaterales entre Estados que no se adhieren al CMISS. Pues bien, acontece que con los sujetos de Derecho internacional que se hallan en la mencionada tesitura, no cabe advertir ninguna cita expresa a la omisión de los servidores públicos, y sin ir más lejos porque ha sido reiterado hasta la saciedad en la presente investigación, cuando el legislador no arbitra distinciones, tampoco las promovamos los sujetos privados. De otro modo enunciado, sí hay que tomar en el círculo de acción a los sistemas institucionales de celo benefactor que son inherentes a la función pública.

A modo de resumen sobre esta inaugural premisa temática de calado estructural, tres opciones de regulación y, en su caso, concurrencia entre normas de coordinación sobre la función pública, y en igual medida, tripartito es el postulado de régimen jurídico que resulta obrado. Como principal corolario, subrayar que son las instituciones independientes del orden internacional –más concretamente y para el caso de nuestro estudio las del espacio geopolítico latinoamericano– las que deciden olvidar a los servidores públicos, circunstancia que cabe ser certificada en la promoción operativa del CMISS. Por el contrario, son los órganos de gobierno de los Estados quienes más receptivos se muestran a la toma en consideración de los funcionarios públicos, no en vano siguen siendo profesionales en régimen de dependencia y cuyo esfuerzo de trabajo, así como los resultados que con el mismo se obtienen, van por cuenta de un tercero: el administrado.

En lo que respecta, en segundo lugar, a los *regímenes*, esto es, perfilando el epicentro temático en el trabajo sometido a legislación laboral ordinaria si bien diferenciando, con carácter fundamental, entre la prestación de obra o servicio en régimen de dependencia o, en su caso, de autonomía, lo cierto es que, tanto si partimos de la regulación del CMISS a título individual, como si continuamos con casi todos los tratados bilaterales, ya sean de Estados adheridos al CMISS o no, se infiere un planteamiento parejo, concretamente una doble formulación que conduce, sin embargo, a un mismo resultado. Efectivamente, o bien se citan específicamente tanto regímenes generales como regímenes especiales, o bien no se incluye una mención concreta, dato que arbitraría la consabida exégesis generalizadora. La propuesta ha de ser cerrada con la posibilidad, recordemos por la notoriedad que conlleva, de sumar nuevos regímenes especiales cuando las Autoridades nacionales adheridas al CMISS así lo convengan. El único lunar, por así denominarlo, viene con la mención empleada por el CMISS sobre régimen contributivo pues, al menos en España, el tenor calificación es asociable por niveles, pero no por regímenes, esto es, más por tipología de actividad profesional que por el *quantum* de lo aportado vía cotización²⁵. Un argumento, pues, que sin lugar a dudas tiene su peso para pensar en una actualización de esta norma de coordinación, pensando en dicho ideal precisamente, que además afecta a una cuantía notable de sujetos de Derecho internacional.

En tercer lugar y atinente al plano de los *niveles* de cobertura, tanto el CMISS como ciertos de los acuerdos por pares cumplen de sobra con su declaración al restringir literalmente la eficacia al nivel contributivo y, de manera igualmente expresa, relegar la asistencial. Por su parte, hay un surtido importante de tratados que no aporta ninguna mención, dejándose de este modo la puerta entreabierta para la toma en consideración también de la vertiente no contributiva. En buena lógica y si continuamos con la senda marcada en argumentos precedentes -así debiera de concluirse, no obstante- al mismo tiempo hay que evocar que tal potencial discusión deviene intrascendente en este caso, pues la cobertura por causa de muerte y supervivencia es de tipo profesional y, consecuentemente, contributivo.

Como reflexión final de este primer gran perfil del campo de aplicación material si bien de manera más focalizada a la siempre deseable sintonía entre el Derecho español y el CMISS en el que el mismo decide libremente integrarse, hay que convenir en que tal declaración de intenciones no es precisamente el mejor reflejo a resaltar. Por interpretación teleológica, sí parece estar claro que la cobertura en juego es la que se refiere a la relación laboral ordinaria y siempre que la contingencia se origine en un riesgo profesional. Sin embargo, creo que el CMISS debió ser más nítido, no sólo porque en el mismo se habrían de integrar otros países además de España sino porque,

25. Conforme a la interpretación de los dos incisos que otorgan cuerpo al artículo 41 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), convergen un modelo obligatorio y otro complementario. A su vez y gracias a la legislación de desarrollo que materializa el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social 8/2015 (en adelante TRLGSS), sabemos que dentro del modelo obligatorio hay un Régimen General (en adelante RGSS) y varios regímenes especiales. Concluir que, a su vez y dentro del RGSS, tienen cabida tanto un nivel contributivo o profesional como otro de orden no contributivo o asistencial.

además y acaso como lo más importante, el correcto empleo de la terminología jurídica como fiel reflejo de la realidad social que es propia de cada nación debe ser un elemento insoslayable para la eficacia de una interacción estatal.

En cuarto lugar y por lo que respecta a la tipología de *prestaciones*, destaca peyorativamente la ligereza en el empleo de la terminología, una circunstancia que puede y debe ser implementada en una variedad de contextos:

1. Sobre la clasificación de las medidas de cobertura, quedan referenciadas las prestaciones, las pensiones, las disposiciones e, incluso, las legislaciones. Evidentemente no siempre estamos ante la misma prerrogativa legal y, para muestra, bien vale un botón: en el ordenamiento español, convergen pensiones –de viudedad, por ejemplo–, prestaciones –de orfandad ante violencia de género, como exponente más representativo– o subsidios, tanto de viudedad como de orfandad, sin necesidad de ir más lejos. Claro, no son análogos instrumentos de tutela y, por ende, sugieren diferencias en la dinámica de su operativa.
2. En relación a la causa propiamente dicha de la protección, resulta factible hallar referencias sólo a la muerte, otras exclusivamente a la supervivencia o, en último término, a sendas. Ciertamente es que, desde la perspectiva de un contexto social, todas conducen con una cierta facilidad a un más que parecido tenor interpretativo, sin embargo, no puedo sino recordar algo ya mencionado en la introducción y que tiene que ver con la ruptura de la que ha de ser la regla general en materia de protección social, léase que quien sufre la contingencia, es quien disfruta la prestación. Efectivamente, en nuestro perfil temático y normativo objeto de análisis, hay que diferenciar entre quien fallece y, por tanto, muy a su pesar, causa una situación de necesidad por el hecho de verse quebrada la relación de dependencia con otros sujetos, y precisamente éstos que pasan a ser los beneficiarios del sistema de protección. En otras palabras, hay una ligazón entre sendos sujetos y su particular circunstancia, premisa que hace el que la denominación más correcta sea la copulativa, esto es, muerte y supervivencia.

Al margen ya de estas precisiones sobre terminología en general que, empero, pueden mostrar su influencia sobre el fondo de la cuestión, un etiquetado particular merece el juego, excluyente en primera instancia e incluso después, de las previsiones sobre el Auxilio por Defunción. Por un lado, el CMISS es nítido en relación a su exceptuación. En el otro platillo de la imaginaria balanza, esta consideración aparece compensada por su toma en consideración en la mayoría de los tratados bilaterales. Me parece correcto el modo de proceder de los sujetos de Derecho internacional, pues más allá de la escasez cuantitativa –de humillante me permito calificar la propuesta no sólo histórica sino aún actual de la Autoridad española²⁶– el simple hecho

26. Como exponente seguramente más reciente de esta afirmación que posibilita, incluso, el acreditar la sinceridad del calificativo tan peyorativo por mi parte empleado, la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social por la que se establece el régimen de aplicación de las prestaciones complementarias del artículo 96.1.b) TRLGSS. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social destinan un determinado porcentaje de su exce-

de tachar medidas de favor parece que se imbrica en una regla inversamente proporcional en relación a la eficacia de la tutoría por desplegar.

Finalmente, me pregunto si las nuevas prestaciones en la materia articuladas tras la incorporación de España al CMISS, como son el subsidio de viudedad o la ya exteriorizada prestación de orfandad íntimamente ligada a la cobertura de descendientes en situación cuanto menos colindante con la orfandad absoluta originada en la deleznable violencia de género, pueden entenderse bajo su manto cobertor. La respuesta, es que sí resulta factible en aplicación del artículo tres, apartado cinco, del CMISS y, por tanto, en relación a todos aquellos Estados que igualmente han decidido sumarse a esta norma de coordinación multilateral.

En quinto y último lugar, lo que apunta al riesgo origen de la contingencia. Hay dos posibles fórmulas consistentes en restringir al ámbito de los riesgos comunes, la cual se concentra en tratados bilaterales con Estados que no se integran en el CMISS, o en no aplicar ninguna referencia, como la opción alternativa detectable, sin duda como principal exponente representativo, en el propio CMISS. Entiendo, y en consecuencia afirmo, que el riesgo es lo más importante por representar el origen de todo y porque, además, hay diferencias notables de amparo, tanto de orden cuantitativo como cualitativo, dependiendo de si el origen reside en un riesgo profesional o en otro de carácter común. Deviene obligado hacer un esfuerzo en unificar esta materia.

La reflexión final para el conjunto de la investigación, no puede ser sino una llamada a la actualización. Formalmente, tanto el CMISS como los tratados bilaterales son ya bastante antiguos, tanto o más si cabe por la subrayable evolución de los ordenamientos domésticos que por el natural transcurso del tiempo. Además, y en materia de contenido, se aprecia bastante trivialidad en el uso de la terminología hasta el punto de que salta desde una mera cuestión sintáctica hacia otra de régimen jurídico normativo, todo ello aun contando con los buenos deseos del artículo uno de cada norma de coordinación, ya sea multilateral o bilateral. En este orden de cosas, fijar con exactitud los modelos o sistemas de Seguridad Social que se pretende caigan bajo el círculo de influencia de las normas de coordinación interestatal, determinar la tipología de actividad profesional en régimen de dependencia o de autonomía, la relación detallada de prestaciones que al fin y al cabo es lo que dota de identidad y contenido a todo régimen de protección social que pretenda pasar efectivamente por tal, así como el riesgo del que emana la contingencia, al fin y al cabo el origen de todo como ya ha sido manifestado, son postulados indefectibles de cara al tratamiento presente y futuro de un derecho a la protección social cada vez más internacional.

En similares términos, pero al amparo de una visión más geopolíticamente marcada, parece que tampoco hay mucha sintonía, cercanos a la tercera década del siglo XXI, entre el CMISS y la normativa española en aquello que es la esencia de la Seguridad Social, esto es, la acción protectora. Sí, es constatable que la cobertura por

dente en el presupuesto para la gestión de los riesgos profesionales. Pues bien, dentro del catálogo de prestaciones de asistencia social se hace figurar el auxilio por defunción. Así pues, un complemento que denota la ínfima cuantía de esta asignación de pago único.

causa de muerte y supervivencia, al menos en España, está pendiente de una gran reforma de orden estructural, una metamorfosis de tan prominente magnitud que podría, incluso, desembocar en su liberación del nivel contributivo para su ulterior recolocación en el espectro de la Asistencia Social. Quién sabe si con esta potencial configuración jurídica de reforma habría que reabrir el debate –incluso en términos de merecimiento– de que España continúe en el ámbito de aplicación del CMISS. No obstante, y centrándonos en el presente, la propuesta del CMISS parece anacrónica y disfuncional.

Bibliografía

- Arellano Ortiz, P.: "Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 3, 2016.
- Camacho Solís, J. J.: "Los derechos de los trabajadores migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 17, 2013.
- Rosales Zarco, H.: "Relaciones entre el derecho de familia y el derecho de la Seguridad Social", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2008, núm. 7, 2008.
- Rueda Rodríguez, A. E.: "La pluralidad de los trabajadores migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 15, 2012.
- Ruiz Moreno, A. G.: "La constitución del derecho humano a la Seguridad Social en Latinoamérica", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, 2014.
- Ruiz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009.



Los cuidados familiares en el marco del sistema de dependencia español

THE FAMILY CAREGIVER AND THE SPANISH DEPENDENCY SYSTEM

Fernando M. Jimeno Jiménez

Profesor Tutor Universidad Nacional de Educación a Distancia - Ceuta

Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta

fernandom.jimeno@gmail.com 0000-0003-0623-779X

Recibido: 14.05.2020 | Aceptado: 04.06.2020

RESUMEN

El presente texto analiza las posibilidades que ofrece al cuidador/a familiar el sistema de dependencia español. El punto de partida del modelo es el reconocimiento prioritario de los servicios profesionales en la atención a personas dependientes, aunque facilitando nuevas posibilidades a los tradicionales cuidados familiares. Se establece una triple dimensión protectora, consistente en apoyo profesional (limitado por el copago y la intensidad horaria), cotización a la Seguridad Social (convenio especial Régimen General) y transferencia de conocimiento. Se reconoce una prestación económica relacionada con la figura del cuidador/a, siendo su titular la persona en situación de dependencia, no el cuidador/a.

ABSTRACT

This document analyzes the possibilities that the Spanish dependency system offers the family caregiver. The starting point of the model is the priority recognition of professional services in caring for dependent people, although facilitating new possibilities for traditional family care. A triple protective dimension is established, consisting of professional support (limited by copayment and hourly intensity), Social Security contribution (special agreement for the General Regime) and knowledge transfer. An economic benefit related to the figure of the caregiver is recognized, the owner being the dependent person, not the caregiver.

PALABRAS CLAVE

Cuidados familiares
Sistema de dependencia
Prestaciones económicas
Convenio especial de Seguridad Social
Cuidados profesionales

KEYWORDS

Family caregiver
Dependency system
Economic benefits
Special agreement Social Security
Professional care

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. MODELOS DE CUIDADOS EN PERSPECTIVA COMPARADA
3. LA TRADICIÓN DE LOS CUIDADOS FAMILIARES EN ESPAÑA
4. CUIDADOS FAMILIARES EN EL SISTEMA DE DEPENDENCIA
 - 4.1. Los programas profesionales de apoyo a los cuidados familiares
 - 4.2. ¿Reconoce el sistema de dependencia alguna prestación económica al cuidador/a familiar?
 - 4.3. Afiliación, alta y cotización a la seguridad social derivada de los cuidados no profesionales (convenio especial)
 - 4.4. Formación básica, permanente e información
 - 4.5. Experiencia en cuidados y empleo ante la pandemia del COVID-19
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La familia, las Administraciones Públicas, el mercado y el movimiento asociativo son los proveedores de cuidados de quienes se encuentran en situación de dependencia, personas que demandan apoyos permanentes en la realización de sus actos vitales esenciales. En función del mayor o menor protagonismo de estos actores, se califican las atenciones recibidas como informales o formales.

Los cuidados informales son prestados por la familia o personas del entorno, ejecutándose en el domicilio de la persona dependiente, de manera genérica, con recompensa afectiva, horario indeterminado y sin exigencia de requisitos de titulación y formación^{1 2}. Las atenciones formales son efectuadas por profesionales vinculados con organizaciones públicas (relación jurídica administrativa) o privadas (contrato de servicios), con personal especializado, remuneración, jornadas y horarios prefijados, en el domicilio (servicio de ayuda a domicilio, teleasistencia) o centro asistencial (centro residencial y diurno). Es frecuente la combinación de los cuidados familiares con los profesionales domiciliarios³.

El objetivo que se plantea no es profundizar en las medidas de protección que el sistema de dependencia español (LAPAD)⁴ facilita al beneficiario, sino estudiar las posibilidades que se ofrecen al cuidador/a familiar, unas más visibles que otras, sometidas a los vaivenes de la crisis económica.

El desarrollo que se propone comienza con la exposición sobre los modelos de aplicación en occidente, en función del protagonismo familiar o profesional, tipologías que se encuentran en perspectiva dinámica y posiblemente en convergencia.

1. Los autores diferencian las dos modalidades de acuerdo con las características expuestas, de manera antagónica.
2. Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "¿Influyen las circunstancias personales en la elaboración del programa individual de atención (PIA) derivado de la situación de dependencia?", *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 10, 2015.
3. Los servicios de ayuda a domicilio y/o centro diurno son respuestas que complementan los cuidados efectuados por la familia, programas de apoyo cada vez más demandados.
4. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006).

Estas referencias facilitarán el análisis y ubicación de los cuidados prestados en el entorno familiar a personas dependientes en España, caracterizados por una elevada presencia femenina, tal como demuestran los datos estadísticos oficiales. Con posterioridad se desciende en el nivel de concreción con la finalidad de estudiar los contenidos ofrecidos por la LAPAD, aunque desde la posición del cuidador/a familiar o informal, analizando la suficiencia de los recursos de conformidad con las expectativas generadas.

A los efectos de la presente exposición, la relación laboral de servicio doméstico se excluye de los cuidados familiares. Está basada en un contrato de trabajo⁵, sometido a las peculiaridades de una vinculación basada en la confianza y lealtad personal. La contratación externa es una fórmula utilizada por familias con ingresos elevados, mediante decisión tras un cálculo racional que permite comparar su coste en relación con los rendimientos laborales (o sustitutivos) obtenidos por los miembros de la familia. Esta relación laboral de naturaleza especial está sometida a unas exigencias retributivas y de cotización a la Seguridad Social que no se encuentran al alcance de toda la población y, en el caso de proceder, se torna en numerosas ocasiones temporal, parcial o en el marco de la economía sumergida, especialmente en momentos de crisis o dificultad económica. Es la puerta de entrada en el mercado nacional para un importante grupo de población extranjera, realizando trabajos con bajas retribuciones, importante feminización y segregación laboral.

2. MODELOS DE CUIDADOS EN PERSPECTIVA COMPARADA

200

Reconducir la realidad a un modelo representativo no resulta fácil. Desde la perspectiva de la provisión de los servicios a personas demandantes de cuidados, la clasificación más adecuada es la que diferencia en función de la intensidad recibida de atenciones familiares (informales) respecto de las profesionales (formales). El Libro Blanco de la Dependencia (2004)⁶ determina como tipos básicos el mediterráneo, el universal y, entre ambos, el continental (Seguridad Social o bismarckiano), en función del "continuum" informalidad en dirección a formalidad. La doctrina científica amplía la oferta tripartita anterior, con el modelo anglosajón, amparado en el liberalismo, así como la propuesta del post-socialista en el Este de Europa (Rodríguez Cabrero, 2011⁷; Sosvilla Rivero, 2009⁸; Marbán Gallego, 2015⁹ o Rodríguez Cabrero, 2015¹⁰).

A pesar de la diversidad de sistemas en la Unión Europea, con políticas comunitarias en fase inicial respecto de otras áreas más asentadas de protección social¹¹ e

5. Rodríguez Rodríguez, P.: "El apoyo informal como destinatario de los programas de intervención en situaciones de dependencia", *Documentación Social*, núm. 141, 2006, pp. 123-144.

6. IMSERSO: *El libro Blanco de la Dependencia*, 2004, <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/libroblanco.pdf>.

7. Rodríguez Cabrero, G.: "Tendencias recientes en los sistemas públicos europeos de atención a la dependencia", en Fundación CASER para la dependencia: *Sistemas públicos europeos de atención a la dependencia*, 2011, pp. 66-91.

8. Sosvilla Rivero, S.: "Un análisis estratégico del sistema para la autonomía y atención a la dependencia", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 55, 2009, pp. 7-29.

importante descentralización en función del gobierno multinivel¹², la atención familiar es elemento estructural en toda Europa, con mayor importancia tras la crisis económica de 2008¹³.

El modelo asistencial, conocido como mediterráneo (sur de Europa), es el aplicable al caso español en el momento de aprobación de la LAPAD en 2006. Está basado en los cuidados prestados preferentemente por la familia y escasa trascendencia de atenciones profesionales, donde la mujer asume un rol tradicional. A medida que se agrava la situación de dependencia, la familia demanda mayores prestaciones formales, inicialmente con una secuencia mixta y complementaria de cuidados y un incremento de la profesionalización¹⁴. Para reflejar con cifras la ubicación española en este modelo, Abellán, Ayala, Pérez y Pujol (2018)¹⁵, utilizando el Estudio del CIS 3009 (2014)¹⁶, indican que el 82,9% de la totalidad de los cuidados prestados a personas dependientes son informales cuando el protagonista es un varón mayor de 65 años y 84,1% cuando son mujeres, con mínima presencia profesional (17,1% y 15,9%, respectivamente).

El modelo universal (norte de Europa), necesitado de un importante desembolso financiero obtenido vía tributaria, abanderó los avances de bienestar social por medio de un desarrollado sistema de cuidados profesionales, principalmente domiciliarios. Son notas características, la desconcentración municipal y la generación de retornos (empleo, cotizaciones, impuestos y ausencia de prestaciones desempleo), una auténtica inversión social¹⁷. Sin embargo este modelo se encuentra en evolución, en cierta convergencia con la movilidad del mediterráneo. Así, en Suecia se han incrementado las atenciones por parte familiar, paralelas a la disminución de las ofrecidas por los servicios sociales públicos¹⁸, con mayor relevancia en personas de nivel educativo¹⁹. Una sociedad tan homogénea como la sueca favorece el desarrollo de ayudas por parte de voluntariado, redes de amistad y vecindad²⁰.

9. Marbán Gallego, V.: "La gobernanza del sistema y las diferencias interterritoriales en el SAAD", *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, núm. 177, 2015, pp. 41-60.

10. Rodríguez Cabrero, G.: "Tendencias recientes en la protección social de la dependencia en la UE", *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, núm. 177, 2015, pp. 19-39.

11. Pérez Menayo, V.: "Prestaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003, pp. 295-324.

12. Marbán Gallego, V.: "La gobernanza del sistema y las diferencias interterritoriales en el SAAD", ob. cit.

13. Rodríguez Cabrero, G.: "Tendencias recientes en la protección social de la dependencia en la UE", ob. cit.

14. Minguela Recover, M. A. y Camacho Ballesta, J. A.: "Cuidados mixtos y cuidados informales a los mayores dependientes, ¿son complementarios o sustitutivos?: una visión comparada entre los países del sur de Europa". *Zerbitzuan*, núm. 58, 2015, pp. 15-25.

15. Abellán García, A.; Ayala García, A.; Pérez Díaz, J. y Pujol Rodríguez, R.: "Un perfil de las personas mayores en España, 2018. Indicadores estadísticos básicos", *Informes envejecimiento en red*, núm. 17, CSIC, Madrid, 2018.

16. http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14078.

17. Rodríguez Cabrero, G.: "Tendencias recientes en la protección social de la dependencia en la UE", ob. cit.

18. Johansson, L.; Sundström, G. y Hassing, L. B.: "The shifting balance of long-term care in Sweden", *The Gerontologist*, vol. 42, núm. 3, 2002, pp. 350-355.

19. Ulmanem, P. y Szebehely, M.: "From the state to the family or to the market? Consequences of reduced residential eldercare in Sweden", *International Journal of Social Welfare*, vol. 24, núm. 1, 2015, pp. 81-92.

20. Sundström, G.: "Reflections on long term care in Sweden", *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 10, 2015.

La pretensión del legislador español, después de aprobar la LAPAD, ha consistido en potenciar el sistema formal, facilitando una transición desde el modelo asistencial hacia otro profesional, de naturaleza universal. Para ello, reconoce un derecho subjetivo de ciudadanía (artículo 5 de la LAPAD) y configura un catálogo de servicios²¹ y prestaciones económicas, propuestas destinadas a superar el encuadramiento femenino tradicional de cuidados en el hogar.

Para completar los modelos, el continental (centro de Europa) se financia por medio de un tipo de cotización vinculado a las bases de la Seguridad Social, actuando su nivel protector bajo demanda de necesidad. Combina las prestaciones económicas con políticas conciliadoras laborales, así como con determinados programas asistenciales. Por último, el modelo liberal se fundamenta en la preferente atención privada, donde el sector público actúa en su defecto.

Como imagen numérica expresiva de la relevancia en la profesionalización y la localización en un modelo u otro, resulta interesante analizar comparativamente el porcentaje de participación económica (en términos relativos) de los cuidados formales de larga duración en relación con el Producto Interior Bruto. Del examen de la información facilitada por la OCDE (2014)²², en los países mediterráneos la proporción es baja (España, el 0,7%; Italia, el 0,6%), en los continentales, intermedia (Alemania, 1,1%; Austria, 1,2%) y en los nórdicos, elevada (Países Bajos, 4,3%; Suecia, 3,2%; Dinamarca, 2,6% y Noruega, 2,4%). Son cifras significativas que favorecen la mejor comprensión del objeto de estudio.

3. LA TRADICIÓN DE LOS CUIDADOS FAMILIARES EN ESPAÑA

202

Resulta interesante conocer la extensión del modelo de atención informal en España. Existe unanimidad en afirmar que la regla general son los cuidados familiares de personas dependientes (Martín Palomo, 2008²³; Elizalde San Miguel, 2013²⁴; Martínez Buján, 2011²⁵; Spijker y Zueras Castillo, 2016²⁶, entre otros autores), recayendo el peso en las mujeres. La propia exposición de motivos (apartado segundo, párrafo primero) de la LAPAD así lo determina. En la cultura española está extendida la idea sobre quién debe cuidar y dónde, la familia y en casa, ideal de buenos cuidados²⁷.

Para analizar su distribución se van a utilizar los resultados procedentes de tres estudios, así como las conclusiones que formulan algunas investigaciones. Los

21. El artículo 15 de la LAPAD expresa que forman parte del catálogo de servicios la ayuda a domicilio, de teleasistencia, el servicio de centro de día / noche, el centro residencial, los programas de promoción y prevención de la autonomía. Como prestaciones económicas, la de cuidados para el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, la vinculada al servicio y, por último, la de asistente personal.

22. <http://www.oecd.org/els/health-systems/long-term-care.htm>.

23. Martín Palomo, M. T.: "Los cuidados y las mujeres en las familias", *Política y Sociedad*, vol. 45, núm.2, 2008, pp. 29-47.

24. Elizalde-San Miguel, B.: "La investigación sobre la familia en España: un diálogo necesario entre pasado y presente", *Revista Prisma Social*, núm. 11, 2013, pp. 123-157.

25. Martínez Buján, R.: "La reorganización de los cuidados familiares en un contexto de migraciones internacional", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 101-118.

26. Spijker, J. y Zueras Castillo, P.: "El cuidado a los mayores en un contexto de envejecimiento y cambio social, político y económico", *Panorama Social*, núm. 23, 2016, pp. 109-124.

27. Moreno-Colom, S.; Recio Cáceres, C.; Borfrás Catalá, V. y Torns Martín, M. T.: "Significados e imaginarios de los

tres instrumentos más destacados son el informe del IMSERSO sobre cuidados a las personas mayores²⁸ (2005), la Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia (EDAD de 2008)²⁹ y el Estudio del CIS 3009 (2014)³⁰. De conformidad con lo publicado por el informe del IMSERSO, el perfil de la persona cuidadora se corresponde con una mujer, de edad media de 52/53 años, con estudios primarios o secundarios, casada y sin ocupación laboral, hija de la persona atendida, con la que convive de manera continuada y a la que atiende de manera exclusiva y permanente. Adicionalmente, suele padecer dificultades económicas, difícil acceso al empleo y con miedo al futuro³¹.

Sentada la extensión del cuidado familiar, es el momento de plantear las cifras en materia de género. Según el informe del IMSERSO, el 84% de los cuidados efectuados a personas mayores son realizados por mujeres, siendo preferentes la hija, la esposa (o análoga relación de afectividad) y, en menor medida, la nuera. Debe reflejarse que el 72,48% de las personas en situación de dependencia (tres de cada cuatro) supera los 65 años, de conformidad con la información oficial del IMSERSO (marzo de 2020)³².

La EDAD ha sido un medio muy utilizado por investigadores, al aportar datos más recientes. Gómez, Fernández y Cámara (2018)³³ han utilizado este instrumento, diferenciando en sus conclusiones la incidencia de la relación intergeneracional respecto de la intrageneracional. Cuando los cuidadores se encuentran en plena madurez (40 a 64 años), el 85% son mujeres, supuesto de la relación hija respecto a padres; en el supuesto de cuidadores a partir de 70/74 años, la brecha de género empieza a igualarse. Esta distinción adquiere sentido en una sociedad donde cada vez es más frecuente la vida independiente en soledad o junto a la pareja, en hogares unipersonales y bipersonales³⁴. Utilizando el mismo recurso, bajo un planteamiento similar, Abellán García *et al.* (2018)³⁵ determinan que las mujeres con edad comprendida entre 45 y 64 años representan el 55% de todos los cuidados.

La incidencia sociocultural es determinante en la asignación tradicional femenina. El Observatorio de las personas mayores del IMSERSO (2008)³⁶ encuentra el origen

cuidados de larga duración en España. Una aproximación cualitativa desde los discursos de cuidadoras", *Papeles del CEIC*, núm. 145, 2016.

28. IMSERSO: *Cuidados a las personas mayores en los hogares españoles. El entorno familiar*, 2005, https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/publicaciones/colecciones/informacion_publicacion/index.htm?id=9.

29. INE, INE BASE: "Encuesta sobre discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de dependencia" (EDAD), 2008. www.ine.es

30. http://www.cis.es/cis/open/cm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14078.

31. Durán Heras, M. A.: "El futuro del cuidado. El envejecimiento de la población y sus consecuencias", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 50 (ejemplar dedicado: El inquietante siglo XXI), 2016, pp. 114-127.

32. https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_061365.pdf.

33. Gómez Redondo, R.; Fernández Carro, C. y Cámara Izquierdo, N.: "¿Quién cuida a quién? La disponibilidad de cuidadores informales para personas mayores en España. Una aproximación demográfica basada en datos de encuesta". *Informes Envejecimiento en red*, núm. 20, CSIC, 2018.

34. López Doblas, J.: "Formas de convivencia de las personas mayores", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, núm. 161, 2018, pp. 23-40.

35. Abellán García, A.; Ayala García, A.; Pérez Díaz, J. y Pujol Rodríguez, R.: "Un perfil de las personas mayores en España, 2018. Indicadores estadísticos básicos", *ob. cit.*

36. IMSERSO, Observatorio de las personas mayores: "Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores", *Perfiles y tendencias*, núm. 35, 2008.

de esta función en la etapa de socialización primaria, donde la diferenciación de roles favorece una mayor empatía, apego y afecto que permanecerán en el itinerario vital. Desde este posicionamiento, se produce una separación de la actividad pública respecto de la privada, el trabajo productivo asociado al varón y el doméstico, de reproducción y cuidados en la mujer. Las teorizaciones más progresistas localizan esta diferenciación en la institución del patriarcado, en el marco de la sociedad capitalista.

En consonancia con los argumentos anteriores, esta mayor intensidad femenina como cuidadora no es la única función asumida. Las anteriores tareas se compaginan con otras de naturaleza instrumental, las actividades domésticas, ambas sin retribución, ejercicio desarrollado durante la mayor parte del día³⁷. Cuando el cuidador es el varón, por lo general no se superponen con otras funciones en el hogar. Se hace precisa una dirección hacia el cambio, con la promoción de políticas públicas tendentes a superar esta asignación y el fomento de actuaciones con equidad social³⁸.

4. CUIDADOS FAMILIARES EN EL SISTEMA DE DEPENDENCIA

El anuncio de aprobación de la LAPAD a finales de 2006, cuarto pilar del bienestar español junto al sistema de pensiones, sanitario y educativo, fue recibido con ilusión, especialmente por apoyarse en un amplio consenso político y una mayoría parlamentaria inusitada³⁹. Se apuesta, siguiendo las definiciones incluidas en la exposición de motivos, por un “marco estable de recursos y servicios”, un “nuevo desarrollo de los servicios sociales” con implicación estatal.

El propósito del legislador era revisar el modelo de cuidados ante las modificaciones producidas en la familia española de finales del siglo XX y comienzos del XXI, así como por la incorporación de la mujer al mercado laboral. Sin embargo, han surgido numerosas las dificultades en su implantación. El cambio propuesto ha sido limitado ante la complejidad del modelo y situación económica⁴⁰. Por un lado, han sido numerosos los inconvenientes para configurar un catálogo de servicios profesionales, circunstancia que ha motivado la preponderancia de las excepcionales prestaciones económicas para cuidados familiares (PECF). Por otro, la crisis económica iniciada en 2008, con restricciones presupuestarias en la expansión de los servicios sociales, ha perjudicado la modificación pretendida.

¿Cómo ampara la LAPAD los cuidados familiares? Son varias las posibilidades que habilita el nuevo sistema, circunscritas a tres ámbitos (servicios de apoyo, cotización

37. Durán Heras, M. A.: “El futuro del cuidado. El envejecimiento de la población y sus consecuencias”, ob. cit.

38. Martínez-Buján, R. y Martínez Virto, L.: “Propuestas para construir un modelo de gestión de los cuidados de larga duración basado en la equidad social, la igualdad de género y la cohesión territorial”. *Zerbitzuan*, núm. 60, 2015, pp. 195-198.

39. Las discrepancias producidas en algunos partidos no se refieren al fondo del asunto, sino a cuestiones competenciales.

40. Vilá, T.: “Perspectiva jurídica y de políticas en el SAAD”, *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, núm. 177, 2015, pp. 61-77.

a la Seguridad Social y formación). La principal medida, regla general, estaría dirigida a potenciar los programas de respiro familiar y ayuda en la realización de actividades personales básicas. Como alternativa, la suscripción de convenio especial de Seguridad Social (Régimen General) vinculada con el reconocimiento excepcional de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no familiares. Por último, la formación básica y continuada. En las siguientes páginas se analizan estas opciones y su evolución en el tiempo.

4.1. Los programas profesionales de apoyo a los cuidados familiares

Con la finalidad de superar la visión tradicional familiar y femenina en cuidados de larga duración, el legislador determinó en el artículo 14.2 de la LAPAD el reconocimiento de servicios profesionales previstos en el catálogo de cada entidad, identificados en el artículo 15 y desarrollados conceptualmente en los artículos 21 a 25 del citado texto. Junto al clásico ingreso residencial, se incorporan los programas de apoyo formal (ayuda a domicilio y centro de día/noche) y los más novedosos de promoción de la autonomía y prevención de la situación de dependencia. Complementarios a los anteriores, la respuesta que ofrece la tecnología en la configuración del servicio de teleasistencia ante situaciones de soledad o imprevistas (emergencias, aislamientos, inseguridad).

El internamiento residencial es la única alternativa a los cuidados en familia, de naturaleza sustitutiva, auténtico relevo siempre que se manifieste con vocación de permanencia para recibir continuamente atenciones personales y sanitarias. Es la opción elegida por el 11,88% de los beneficiarios con programa reconocido, según información del IMSERSO (marzo 2020). Puede plantearse como programa de respiro familiar cuando su vigencia es temporal (reservado a periodos máximos de cuarenta y cinco días), en supuestos de descansos, fines de semana, vacaciones o enfermedades del cuidador familiar o convalecencias de la persona dependiente.

Los programas de apoyo al cuidador familiar se circunscriben a los servicios de ayuda a domicilio y centros diurnos, en menor medida nocturnos, junto al ya mencionado ingreso residencial en estancias temporales. Son medidas externas formales de auxilio a la familia, quien permanece fiel a su papel, aunque aliviada en el ejercicio de sus tareas. El servicio de ayuda a domicilio es la alternativa elegida por el 17,58% de los supuestos (IMSERSO, marzo 2020), aunque escaso en intensidad horaria mensual⁴¹, es preciso en la realización de actividades personales de la vida diaria, complementándose con la ejecución de tareas de hogar variadas (limpieza, lavado o cocina). El centro diurno (y nocturno) es una posibilidad en alza, un 6,77% de beneficiarios (IMSERSO, marzo 2020), basado en una elevada ratio calidad / copago, auténtico apoyo domiciliario para la familia al facilitar una prestación asistencial de 40 horas semanales aproximadamente en centros especializados.

41. El número de horas mensuales de ayuda a domicilio en España durante 2018 alcanza una media de 19,64 horas por persona mayor (de 65 años) beneficiaria del servicio, siendo 12,74 para atenciones personales y 6,90 para labores domiciliarias (IMSERSO: *Servicios Sociales dirigidos a personas mayores en España 2018*).

Como muestra de la trascendencia que adquieren los programas sociales, en la tabla 1 se reflejan los porcentajes de personas mayores que reciben atenciones en los tres programas profesionales analizados. De los datos expuestos, se infiere que algo más del 10% de las personas con 65 años y más se encuentra en el ámbito protector del sistema de servicios sociales, con cada vez mayor protagonismo de los programas domiciliarios y un cierto nivel de estabilidad desde 2007 hasta 2018.

Tabla 1. Porcentaje de personas mayores con disfrute de alguna modalidad de servicios profesionales⁴²

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
SAD	1,98	2,75	3,05	3,13	3,5	4,09	4,39	4,69	4,78	4,97
C D	—	0,26	0,33	0,46	0,54	0,62	0,73	0,83	0,89	0,89
RES	3,08	3,34	3,46	3,66	3,98	4,12	4,27	4,31	4,58	4,69

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
SAD	4,88	4,65	4,42	4,01	3,62	3,77	4,20	4,51	4,99	—
C D	1,01	1,06	1,04	1,02	1,1	1,05	1,09	1,05	1,07	—
RES	4,69	4,66	4,68	4,42	4,41	4,40	4,39	4,34	4,32	—

Elaboración propia en base a datos IMSERSO (Informe 2016 Personas mayores en España)
SAD (servicio de ayuda a domicilio), CD (centro día) y RES (centro residencial)

Cada vez está más extendida la opinión de generar bloques o paquetes de atenciones a las personas dependientes, con protagonismo no sólo familiar, sino con programas de apoyo profesionales facilitados por los servicios sociales y prestaciones económicas, siempre con la debida ponderación entre recursos⁴³. Para mayor racionalidad, esta mezcla requiere que la combinación asistencial sea fijada en el marco del programa individual de atención. En este sentido, el profesor Sundström (2015)⁴⁴ refleja el ejemplo sueco, combinación de actuaciones familiares, participación de entidades públicas (apoyos domiciliarios, transporte) y privadas (adquisición de productos en el mercado).

¿Qué limitaciones plantea la atención profesional a las familias cuidadoras? En las próximas líneas se analizan las dificultades derivadas de la participación en el coste del servicio, la insuficiencia horaria de la atención domiciliaria y la heterogeneidad territorial. La participación en el coste del servicio, resultante de la aplicación de un porcentaje sobre la capacidad económica del interesado, es un obstáculo para numerosos beneficiarios en el momento de aceptar un servicio, especialmente en los supuestos residenciales y centros diurnos⁴⁵. Este copago es un argumento de huida

42. El porcentaje se obtiene tras la división del numerador (personas mayores que disfrutaban SAD, CD o RES) por el denominador (total personas con 65 años y más), multiplicado por 100. De este modo, se facilita el análisis comparativo.

43. Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "Condicionantes normativos en la asignación del programa individual de atención destinado a personas en situación de dependencia", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018, pp. 75-88.

44. Sundström, G.: "Reflections on long term care in Sweden", ob. cit.

45. Para el servicio de ayuda a domicilio, 11,7%; el centro diurno, el 26,2% sobre el precio público y 22,1 concerta-

en dirección hacia otras posibilidades, como la prestación económica para cuidados familiares, así como un elemento que puede fomentar la movilidad territorial ante diferentes normativas autonómicas⁴⁶.

La intensidad horaria ofrecida por el servicio de ayuda a domicilio solamente satisface en parte las expectativas de las familias. La horquilla horaria establecida tras la aplicación del Real Decreto Ley 26/2012⁴⁷ queda reducida en su potencial⁴⁸. Una persona en situación de gran dependencia podría recibir como máximo 70 horas mensuales (algo más de 2 horas diarias), insuficientes para un supuesto de atención intensa y continuada.

La diversa experiencia entre Comunidades Autónomas es visible no solo en la aplicación de la participación económica con cargo al beneficiario, sino en el desarrollo y ejecución de los servicios profesionales (ingreso residencial, centro diurno y ayuda domiciliaria). Baleares, Murcia o Valencia alcanzan porcentajes muy inferiores a la media nacional y Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña o Madrid superan el referido límite.

Por tanto, la apuesta en dirección al modelo universal de los cuidados profesionales mejora la posición de las familias cuidadoras, aunque se aprecian limitaciones que dificultan su expansión derivadas de la exigencia de copago, la reducida intensidad horaria en los programas domiciliarios y una heterogeneidad en el plano territorial.

4.2. ¿Reconoce el sistema de dependencia alguna prestación económica al cuidador/a familiar?

207

Uno de los debates que plantea la LAPAD es el que resuelve la prioridad de la atención profesional frente a mecanismos protectores de la atención informal. Aunque se ha previsto en su artículo 18 un recurso económico específico, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (PECFs), el legislador optó por su excepcionalidad. Es incompatible con cualquier servicio (salvo los programas de teleasistencia, promoción y prevención) o prestación económica⁴⁹. Ahora bien, en contra de la previsión normativa, la evolución temporal demuestra que ha sido un recurso generalizado, en parte por la falta de un catálogo de servicios ajustado a las necesidades individuales. De todos modos, la generalización de las PECFs no favorece la profesionalización, limita su avance, relaciona su

do; en el residencial, 42,4% respecto del precio público y el 38,6 en el concertado (IMSERSO: *Servicios Sociales dirigidos a personas mayores en España 2018*).

46. A modo de ejemplo, el centro de día fluctúa entre el 18% en Cataluña y el 37,6% en la Rioja, respecto del precio público. En el servicio de ayuda a domicilio, el 1,6% en Andalucía y el 37,4% en Cantabria (IMSERSO: *Servicios Sociales dirigidos a personas mayores en España 2018*).

47. Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012).

48. De menor a mayor situación de dependencia, la moderada hasta 20 horas mensuales, la severa desde 21 a 45 y, finalmente, la gran dependencia desde 46 hasta 70 (anexo II del Real Decreto 1051/2013).

49. Artículo 16 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2013).

aprobación con la exigencia de cuidador/a informal. Algunos autores son partidarios de facilitar esta prestación económica al amparo de la autonomía individual o decisión personal⁵⁰ o con libertad elección hasta que se genere una red amplia de servicios profesionales⁵¹.

De conformidad con lo reflejado en el gráfico 1, aun tratándose de cuantías no elevadas^{52 53} y programas de reconocimiento excepcional, las PECFs son la opción con mayor demanda ciudadana, con un 30,35% de beneficiarios en la actualidad (IMSER-SO, marzo 2020). Desde una perspectiva comparada, esta prestación orientada a los cuidados familiares alcanza mayor porcentaje que el sumatorio de beneficiarios con ayuda a domicilio y centro diurno (24,35%).

¿Es la PECF un recurso dirigido al cuidador/a no profesional? El artículo 14.4 de la LAPAD determina que el titular de la PECF es el beneficiario, la persona en situación de dependencia. Cuestión distinta es que el papel del cuidador/a familiar sea requisito esencial para su reconocimiento. En respuesta al interrogante planteado, no es destinatario, sino elemento necesario en la asignación de este recurso. El desarrollo reglamentario realza esta posición relevante, estableciendo sobre su figura unos requisitos o consideraciones adicionales y restrictivas⁵⁴, destinadas a limitar la expansión de la prestación. En este sentido, el cuidador/a debe reunir capacidad física e intelectual adecuadas, no encontrarse en situación de dependencia, dedicación suficiente, atención prolongada en el tiempo e iniciada previamente a la solicitud, adecuada convivencia (grados II y III), habitabilidad de la vivienda, cónyuge o parentesco hasta el tercer grado, salvo supuesto excepcional de persona del entorno, participación en acciones formativas, asumir compromisos y facilitar seguimientos públicos. En todo caso, el interesado adquiere una posición pasiva en el reconocimiento de la PECF⁵⁵, toda vez que es competencia exclusiva de los Servicios Sociales Públicos, tras la reforma del Real Decreto Ley 20/2012⁵⁶.

La sentencia nº 2884/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵⁷, con ocasión de demanda referida a la suscripción de convenio especial, figura que se analiza a continuación, determina que la PECF la percibe la persona dependiente, no el familiar cuidador. Abundando en la consideración que asume la familia, indica que no se puede considerar fruto de una relación laboral por cuenta ajena,

50. Casado Pérez, D.: "La autonomía personal en la LAAD", *Documentación Social*, núm. 177, 2015, pp. 79-96.

51. Sosvilla Rivero, S.: "La eficiencia en la dependencia: Mejores prácticas y gobernanza", *Papeles de Economía Española*, núm. 129, 2011, pp. 224-233.

52. Los importes máximos se determinan en función el grado reconocido. Para la dependencia moderada, 153,00 €/mes; la dependencia severa, 268,79 €/mes y, finalmente, la gran dependencia, 387,64 €/mes. Importes susceptibles de abonar en doce mensualidades anuales.

53. Sobre el importe máximo de la PECF se descuentan porcentajes en función de la capacidad económica, intensidad de los cuidados y complementos de idéntica naturaleza y finalidad.

54. Artículo 12 del Real Decreto 1051/2013.

55. Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "Condicionantes normativos en la asignación del programa individual de atención destinado a personas en situación de dependencia", ob. cit.

56. Real Decreto Ley 20/2012.

57. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 2884, de 8 de mayo de 2017, referida a recurso 1842/2017.

ya que se encuentran ausentes los requisitos de ajenidad, dependencia, retribución y voluntariedad. Mucho menos, por cuenta propia. Es una prestación económica que recibe la persona en situación de dependencia, relacionada con los cuidados que presta un familiar o persona cercana.

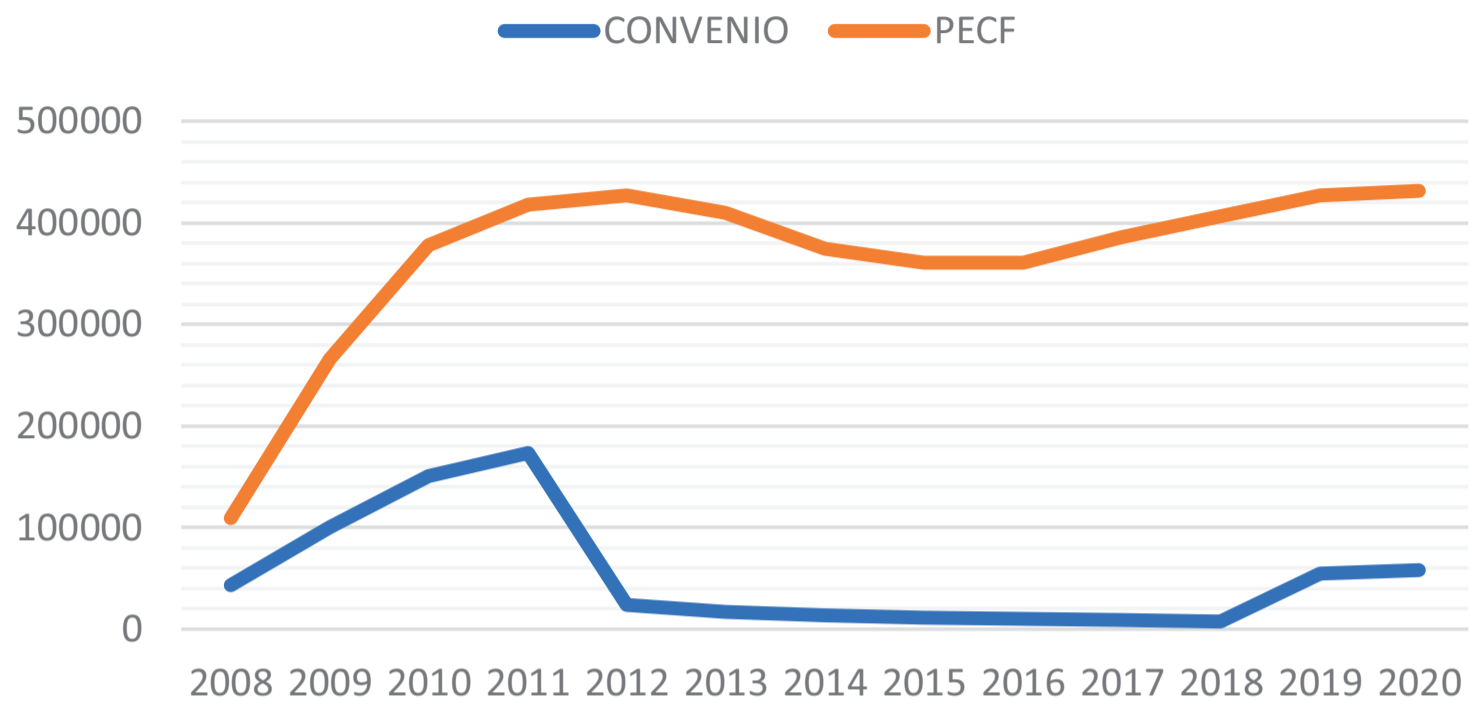


Gráfico 1: Evolución de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, y convenios especiales de Seguridad Social por cuidados no profesionales (2008/2020). Fuente: Elaboración propia en base a datos del IMSERSO (Sistema Dependencia)⁵⁸ y de la Tesorería General de la Seguridad Social⁵⁹

Como se ha podido comprobar, el cuidador familiar no es el beneficiario de la PECF, aunque asuma protagonismo por considerarse su actividad piedra angular sobre la que se asienta la referida prestación económica. Cuestión distinta es su percepción en concepto de representación (patria potestad prorrogada, tutela o guarda de hecho), situación bastante generalizada ante supuestos de capacidad limitada. En estos supuestos, la aplicación de los fondos debe efectuarse en interés del beneficiario.

4.3. Afiliación, alta y cotización a la seguridad social derivada de los cuidados no profesionales (convenio especial)

El sistema de dependencia establece un beneficio vinculado con la PECF, la afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social de quien figure en la resolución de la prestación económica como cuidador/a familiar (artículo 18.3 de la LAPAD, en relación con su disposición adicional cuarta). Para ello, se suscribirá convenio especial, de naturaleza obligatoria (el legislador utiliza la palabra “deberá” en el artículo 18.3 de la LAPAD). Las condiciones de este reconocimiento han quedado supeditadas a las vicisitudes del

58. https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/info_d/estadisticas/est_inf/index.htm.

59. <http://www.segsocial.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/est8/2341/2374/2437>.

ciclo económico, debido a que el abono de la cuota era sumido por el Estado desde 2007, suspensión en 2012 y recuperación a partir del 1 de abril de 2019.

El Real Decreto 615/2007⁶⁰, en desarrollo del artículo 18.3 de la LAPAD, regula el encuadramiento obligatorio por medio de convenio especial en el Régimen General de la Seguridad Social, como situación asimilada al alta y sin exigencia de periodo previo de cotización. ¿Qué beneficio representa para el cuidador no profesional? La cotización es asumida por la Administración General del Estado (AGE), mediante acuerdo con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Esta situación se mantuvo hasta el Real Decreto Ley 20/2012, al determinar en su disposición transitoria decimotercera que los convenios especiales se extinguen a partir de 31 de agosto de 2012, siendo desde enero de 2013 el abono de la cotización exclusivamente del cuidador no profesional (con regulación transitoria bonificada desde septiembre a diciembre de 2012). Con posterioridad, el artículo 4 (doce) del Real Decreto Ley 6/2019⁶¹ recupera nuevamente la financiación con cargo a los presupuestos de la AGE, vía Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

El número de convenios especiales firmados ha ido en paralelo a quién asumía el coste de las cotizaciones. Siguiendo el gráfico nº 1, hasta agosto de 2012 los beneficiarios ascendían a 177.48, cuando el abono era a cargo de la AGE. A partir de esa fecha, con cargo al cuidador, desciende drásticamente hasta 7.304 cotizantes (marzo 2019). Con la nueva regulación, abonando los costes el IMSERSO, se recupera en parte el terreno perdido (59.305, marzo 2020).

Un aspecto importante es quién puede suscribir el convenio. Al vincularse con el reconocimiento de la PECF, pueden celebrarlo aquellas personas que figuren como cuidador/a no profesional en el programa individual de atención de la referida prestación económica, siempre que no se encuentren desempeñando actividad que obligue a la inclusión en el sistema de Seguridad Social. Tampoco tendrán obligación, si perciben prestación por desempleo, pensión de jubilación, invalidez permanente o viudedad / favor familiares con 65 años y más, así como los periodos de excedencia laboral de cotización efectiva. Se cotizará, salvo alguna excepción, por la base de cotización correspondiente al tope mínimo del Régimen General de la Seguridad Social. Del examen del gráfico nº 1, cuando el abono de la cotización es a cargo de la AGE, se podrá comprobar como la diferencia existente entre PECFs reconocidas y convenios suscritos se justifica por encontrarse el familiar en alguno de estos supuestos de no obligatoriedad.

La situación de asimilación al alta del convenio especial permite el acceso a prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia por accidente o enfermedad, sea cual fuere su naturaleza. En este sentido, la sentencia de la Sala de Social nº 7651 del Tribunal Superior de Cataluña⁶² desestima el subsidio de

60. Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE nº 114 de 12 de mayo de 2007).

61. Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019).

62. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 7651, de 22 de diciembre de

desempleo para mayores de 55 años (falta de acreditación de seis años de cotización por desempleo en su vida laboral), reflejando que no se puede computar a los efectos de la prestación por desempleo el periodo de convenio especial como cuidador no profesional.

Por tanto, en la actualidad la suscripción del convenio especial de Seguridad Social se encuentra vinculada al reconocimiento previo de una PECE y a su solicitud por el familiar, siendo a cargo del IMSERSO el abono de las cuotas. Es una opción restringida a los familiares que atienden a perceptores de la excepcional PECE, quedando excluidos de esta posibilidad aquellos que tienen asignado un programa individual que implique un servicio profesional (o la prestación de asistente personal).

4.4. Formación básica, permanente e información

Los poderes públicos asumen la tarea de facilitar formación básica y permanente, así como información dirigida a la familia cuidadora (artículos 18.4 y 36.1 de la LAPAD). El desarrollo normativo se concreta en el Real Decreto 615/2007 cuando habilita la aplicación de un 0,2% sobre la base de cotización prevista para el convenio especial, destinada a la financiación (total o parcial) de programas de formación (artículo 4.4). Las cuotas de formación profesional serán abonadas conjuntamente con las de Seguridad Social (convenio especial) y directamente por el IMSERSO.

¿Cómo se concreta esta formación básica y continuada? Con la incorporación de quienes ejecutan tareas de cuidados en el subsistema de formación profesional, regulado por el Real Decreto 395/2007⁶³ (disposición final tercera del Real Decreto 615/2007). De modo pragmático, por un lado la inclusión del colectivo en la denominada “formación de la oferta”, dirigida a la capacitación en “el desempeño cualificado de profesiones y acceso al empleo”, ajustada a las necesidades del mercado de trabajo y atendiendo a los requerimientos de productividad y competitividad. Por otro, concediendo prioridad en el acceso formativo. En todo caso, las Administraciones Laborales competentes asumen esta obligación.

Con independencia de lo anterior, los órganos responsables de gestionar el sistema de dependencia en cada Comunidad Autónoma han ofrecido una gama de acciones formativas / informativas dirigidas a las familias, de contenido variable (gestión del estrés emocional, la prevención física, movilización y transferencia, deambulación, productos de apoyo, alimentación, nutrición, higiene, administración farmacológica, entre otros). El punto de partida es la participación obligatoria, en tanto que requisito para mantener la PECE, salvo que el curso formativo no fuera compatible con las atenciones y apoyos que debe prestar [artículo 12.4.d) Real Decreto 1051/2013].

2015, con motivo de recurso núm. 5585/2015.

63. Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2007).

4.5. Experiencia en cuidados y empleo ante la pandemia del COVID-19

Con motivo de la situación de pandemia derivada del COVID-19, el Consejo Territorial del Sistema de Dependencia⁶⁴ ha fijado un sistema provisional (durante 3 meses, prorrogables) y excepcional cuando, en el proceso de acreditación de un centro o servicio en el marco del sistema de dependencia, no hubiera demandantes de empleo con titulación, pudiendo desempeñar las funciones candidatos sin titulación, preferentemente con experiencia en cuidados y atenciones a personas dependientes, aunque bajo supervisión y formación práctica para mejorar sus competencias.

5. CONCLUSIONES

El sistema de dependencia español reconoce un derecho de ciudadanía con pretensión de cambio, un tránsito en materia de cuidados de larga duración, desde un modelo asistencial, con protagonismo familiar femenino, hacia otro universal donde se potencien servicios profesionalizados con mayor intensidad. Siendo los cuidados familiares / no profesionales protagonistas estelares en la provisión de atenciones, el sistema de dependencia español ha previsto una triple dimensión protectora (apoyo profesional, cotización a la Seguridad Social y transferencia de conocimiento).

Dada la prioridad profesional en la asignación del programa individual de atención, el modelo facilita, por un lado, recursos alternativos como el internamiento residencial; por otro, modalidades de apoyo y respiro a la familia, propuestas enfocadas al domicilio, centro diurno / nocturno y estancias residenciales temporales, favorecedoras de una mejora en la posición de las cuidadoras, aunque limitadas en su expansión por la aplicación de copagos y la exigua intensidad temporal de la ayuda en la vivienda.

Enfrentada a los programas profesionales, la prestación más generalizada, en principio excepcional, la económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. Su titular es el beneficiario, la persona en situación de dependencia. Es un recurso vinculado con la figura de la cuidador/a, dado que su presencia es condición básica de aprobación, pero no es perceptor/a.

Sin embargo, una vez reconocida la prestación de cuidados familiares, puede acceder a un beneficio de gran impacto, la afiliación, alta y cotización por medio de convenio especial en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo las cuotas a cargo de la Administración General del Estado vía IMSERSO. Los periodos cotizados se computan a efecto de acceso a prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia. ¿Cuál es la principal limitación de esta medida? La afiliación, alta y cotización se vinculan exclusivamente con la figura del cuidador/a familiar referenciados en

64. Resolución de 23 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE núm. 82, de 25 de marzo).

la resolución de la prestación económica (PECF), quedando excluidos los relacionados con beneficiarios de un servicio profesional.

La manifestación más trascendente formativa, al margen de la ofrecida específicamente por los servicios sociales, es la integración en el subsistema de formación profesional ocupacional, no sólo como colectivo prioritario, sino por su inclusión en la "formación de la oferta", dirigida a la capacitación y acceso al empleo.

Por último, dada la importancia que adquiere en nuestro país la atención familiar en los cuidados de larga duración, figura esencial en nuestros hogares, se hace precisa una regulación específica que aborde el protagonismo y visibilice las trascendentes tareas realizadas.

Bibliografía

- Abellán García, A.; Ayala García, A.; Pérez Díaz, J. y Pujol Rodríguez, R.: "Un perfil de las personas mayores en España, 2018. Indicadores estadísticos básicos", *Informes envejecimiento en red*, núm. 17, CSIC, Madrid, 2018.
- Casado Pérez, D.: "La autonomía personal en la LAAD", *Documentación Social*, núm. 177, 2015.
- Durán Heras, M. A.: "El futuro del cuidado. El envejecimiento de la población y sus consecuencias", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 50 (ejemplar dedicado: El inquietante siglo XXI), 2016.
- Elizalde-San Miguel, B.: "La investigación sobre la familia en España: un diálogo necesario entre pasado y presente", *Revista Prisma Social*, núm. 11, 2013, pp. 123-157.
- Gómez Redondo, R.; Fernández Carro, C. y Cámara Izquierdo, N.: "¿Quién cuida a quién? La disponibilidad de cuidadores informales para personas mayores en España. Una aproximación demográfica basada en datos de encuesta". *Informes Envejecimiento en red*, núm. 20, CSIC, 2018.
- IMSERSO: Observatorio de las personas mayores: "Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores", *Perfiles y tendencias*, núm. 35, 2008.
- IMSERSO: "El libro Blanco de la Dependencia", 2004, <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/libroblanco.pdf>.
- IMSERSO: *Cuidados a las personas mayores en los hogares españoles. El entorno familiar*, 2005, https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/publicaciones/colecciones/informacion_publicacion/index.htm?id=9.
- IMSERSO: *Servicios Sociales dirigidos a personas mayores en España 2018*.
- INE, INE BASE: "Encuesta sobre discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de dependencia" (EDAD), 2008, www.ine.es
- Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "¿Influyen las circunstancias personales en la elaboración del programa individual de atención (PIA) derivado de la situación de dependencia?", *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 10, 2015.
- Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "Condicionantes normativos en la asignación del programa individual de atención destinado a personas en situación de dependencia", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018.
- Johansson, L.; Sundström, G. y Hassing, L. B.: "The shifting balance of long-term care in Sweden", *The Gerontologist*, vol. 42, núm. 3, 2002.
- López Doblas, J.: "Formas de convivencia de las personas mayores", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, núm. 161, 2018.
- Marbán Gallego, V.: "La gobernanza del sistema y las diferencias interterritoriales en el SAAD", *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, núm. 177, 2015.

- Martín Palomo, M. T.: "Los cuidados y las mujeres en las familias", *Política y Sociedad*, vol. 45, núm.2, 2008.
- Martínez Buján, R.: "La reorganización de los cuidados familiares en un contexto de migraciones internacional", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, núm. 1, 2011.
- Martínez-Buján, R. y Martínez Virto, L.: "Propuestas para construir un modelo de gestión de los cuidados de larga duración basado en la equidad social, la igualdad de género y la cohesión territorial". *Zerbitzuan*, núm. 60, 2015.
- Minguela Recover, M. A. y Camacho Ballesta, J. A.: "Cuidados mixtos y cuidados informales a los mayores dependientes, ¿son complementarios o sustitutivos?: una visión comparada entre los países del sur de Europa". *Zerbitzuan*, núm. 58, 2015.
- Moreno-Colom, S.; Recio Cáceres, C.; Borfrás Catalá, V. y Torns Martín, M. T.: "Significados e imaginarios de los cuidados de larga duración en España. Una aproximación cualitativa desde los discursos de cuidadoras", *Papeles del CEIC*, núm. 145, 2016.
- Pérez Menayo, V.: "Prestaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003.
- Rodríguez Cabrero, G.: "Tendencias recientes en la protección social de la dependencia en la UE", *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, núm. 177, 2015.
- Rodríguez Cabrero, G.: "Tendencias recientes en los sistemas públicos europeos de atención a la dependencia", en Fundación CASER para la dependencia: *Sistemas públicos europeos de atención a la dependencia*, 2011.
- Rodríguez Rodríguez, P.: "El apoyo informal como destinatario de los programas de intervención en situaciones de dependencia", *Documentación Social*, núm. 141, 2006.
- Sosvilla Rivero, S.: "La eficiencia en la dependencia: Mejores prácticas y gobernanza", *Papeles de Economía Española*, núm. 129, 2011.
- Sosvilla Rivero, S.: "Un análisis estratégico del sistema para la autonomía y atención a la dependencia", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 55, 2009.
- Spijker, J. y Zueras Castillo, P.: "El cuidado a los mayores en un contexto de envejecimiento y cambio social, político y económico", *Panorama Social*, núm. 23, 2016.
- Sundström, G.: "Reflections on long term care in Sweden", *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 10, 2015.
- Ulmanem, P. y Szebehely, M.: "From the state to the family or to the market? Consequences of reduced residential eldercare in Sweden", *International Journal of Social Welfare*, vol. 24, núm. 1, 2015.
- Vilá, T.: "Perspectiva jurídica y de políticas en el SAAD", *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, núm. 177, 2015.



Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado “Coalición Progresista”: un análisis jurídico laboral*

SOME PROPOSALS FOR REFORM IN EMPLOYMENT AND SOCIAL PROTECTION THAT ARE INCLUDED IN THE AGREEMENT ENTITLED “PROGRESSIVE COALITION”: A LEGAL LABOR ANALYSIS

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

magsalado@uma.es 0000-0002-6003-7206

Recibido: 02.05.2020 | Aceptado: 12.06.2020

RESUMEN

En el presente estudio se analizan y comentan las diferentes propuestas de reforma que en materia de empleo y protección se incluyen en el Acuerdo titulado “Coalición progresista: Un nuevo acuerdo para España”, un texto que se hizo público el pasado día 30 de diciembre de 2019 y que desarrolla el contenido programático del preacuerdo alcanzado dos días después de las últimas elecciones, justo el día 12 de noviembre de 2019, entre el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Unidas Podemos (UP) para conformar un “gobierno progresista de coalición que sitúe a España como referente de la protección de los derechos sociales en Europa, tal y como los ciudadanos y ciudadanas han decidido en las urnas”. Partiendo de este análisis, se realiza un examen jurídico de las medidas acordadas que se han adoptado hasta el momento. Finalmente, tras el examen anterior, se trata de encontrar una respuesta adecuada a la siguiente cuestión: ¿se aplazará la introducción del resto de medidas pactadas hasta que se resuelva la crisis originada por el COVID-19?

PALABRAS CLAVE

Empleo de calidad
Protección social
Reforma de la legislación laboral
Colectivos vulnerables
Salario mínimo interprofesional
Despido objetivo por absentismo
Revalorización de las pensiones

* El presente estudio es uno de los frutos de la actividad investigadora llevada a cabo por el autor en los siguientes proyectos y grupos de investigación: Proyecto de I+D+i del Programa Estatal “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (financiado por el Ministerio, RTI2018-094696-B-I00); Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social. Un análisis de la realidad andaluza” (financiado por la Junta de Andalucía, P18-RT-2585); y Grupo de investigación consolidado sobre “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social” (financiado por la Junta de Andalucía, PAIDI SEJ-347). Del mismo modo, este trabajo se enmarca en una estancia de investigación de carácter postdoctoral en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, desarrollada a partir del día 20 de febrero de 2020.

ABSTRACT

This study analyzes and comments on the different reform proposals that in terms of employment and protection are included in the Agreement entitled "Progressive Coalition: A new agreement for Spain", a text that was made public on December 30, 2019 and that develops the programmatic content of the pre-agreement reached two days after the last elections, just on November 12, 2019, between the Spanish Socialist Workers Party (PSOE) and United We Can (UP) to form a "progressive coalition government to place Spain as a benchmark for the protection of social rights in Europe, just as citizens have decided at the ballot box". Based on this analysis, a legal review of the agreed measures that have been adopted so far is carried out. Finally, after the previous examination, it is a question of finding an adequate answer to the following question: will the introduction of the rest of the agreed measures be postponed until the crisis caused by COVID-19 is resolved?

KEYWORDS

Quality employment
Social protection
Reform of labor
legislation
Vulnerable groups
Interprofessional
minimum wage
Objective dismissal for
absenteeism
Revaluation of pensions

SUMARIO

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL ACUERDO PARA CONFORMAR UN GOBIERNO DE COALICIÓN PROGRESISTA: UNA IMPORTANTE PRESENCIA DE TEMAS JURÍDICO-LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL
2. LAS MEDIDAS PROPUESTAS QUE SE INCLUYEN EN EL PRIMER EJE PRIORITARIO DEL ACUERDO: A LA ESPERA DE CONSOLIDAR EL CRECIMIENTO Y LA CREACIÓN DE EMPLEO DE CALIDAD
 - 2.1. El refuerzo de los mecanismos para reducir la desigualdad y mejorar la cohesión social en el territorio nacional
 - 2.2. La aprobación de un nuevo "Estatuto de las personas trabajadoras" que responda a las nuevas realidades
 - 2.3. La "derogación" de los aspectos más lesivos de la Reforma Laboral de 2012 y la "recuperación" de los derechos laborales arrebatados por esta
 - 2.4. El incremento del salario mínimo interprofesional
 - 2.5. Algunas medidas en materia de contratación
 - 2.6. La lucha para hacer frente al fraude laboral
 - 2.7. Las políticas activas de empleo y el sistema de desempleo
 - 2.8. La promoción de la economía social
 - 2.9. La revisión de la normativa de prevención de riesgos laborales
 - 2.10. La promoción de la "conciliación de la vida laboral, familiar y personal" y de la "corresponsabilidad en el tiempo de trabajo"
 - 2.11. El aumento de la protección de las empleadas del hogar
 - 2.12. La puesta en marcha de programas específicos de retorno de las personas emigradas
 - 2.13. El establecimiento de incentivos a la titularidad compartida de las explotaciones agrarias
 - 2.14. La creación de un plan estratégico de formación profesional dual
 - 2.15. La reforma del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP) para adaptar las titulaciones a las necesidades laborales de la economía del siglo XXI
 - 2.16. Diversas medidas en materia de empleo público
3. OTRAS MEDIDAS RELATIVAS AL EMPLEO Y A LA PROTECCIÓN SOCIAL QUE SE RECOGEN EN LOS DEMÁS EJES PRIORITARIOS DEL ACUERDO
 - 3.1. El sostenimiento del Sistema de Protección Social

- 3.2. La aprobación de una ley sobre libertad de conciencia
 - 3.3. La garantía de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y de la ocupación
 4. ALGUNAS MEDIDAS ACORDADAS QUE SE HAN ADOPTADO HASTA EL MOMENTO
 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿IMPEDIRÁ LA CRISIS DEL COVID-19 LA PUESTA EN MARCHA DEL RESTO DE MEDIDAS ACORDADAS?
- Bibliografía

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL ACUERDO PARA CONFORMAR UN GOBIERNO DE COALICIÓN PROGRESISTA: UNA IMPORTANTE PRESENCIA DE TEMAS JURÍDICO-LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

El estudio que se presenta, bajo el rótulo “Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado “Coalición Progresista”: un análisis jurídico laboral”, tiene como punto de partida el texto del documento titulado “Coalición progresista: Un nuevo acuerdo para España”¹ (en lo sucesivo, el Acuerdo), que se hizo público el pasado día 30 de diciembre de 2019 y que desarrolla el contenido programático del preacuerdo² alcanzado el día 12 de noviembre de 2019 (esto es, dos días después de las elecciones) entre el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Unidas Podemos (UP) para conformar un “gobierno progresista de coalición que sitúe a España como referente de la protección de los derechos sociales en Europa, tal y como los ciudadanos y ciudadanas han decidido en las urnas”.

Interesa destacar que este extenso documento de cincuenta páginas y los once ejes prioritarios de actuación que en él se recogen, tal y como se señala en su propia introducción, se traducen en “Acuerdos de gobierno” para toda la legislatura. En este sentido, se dispone también en el texto que los Presupuestos Generales del Estado, que se desarrollen a lo largo de la presente legislatura –iniciada en el pasado mes de enero–, se elaborarán tomando como especial referencia este Acuerdo y los consensos adquiridos en los últimos tiempos, adaptándolos al nuevo contexto macroeconómico (ver tabla).

En los diferentes epígrafes de este trabajo trataremos de abordar exclusivamente aquellas acciones del documento que tienen una estrecha relación con la disciplina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, lo que implicará el estudio del primer eje prioritario del Acuerdo, que lleva por título “Consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad”³ y que es casi idéntico al primer punto del preacuerdo suscrito en el mes de noviembre de 2019 para la formación de un gobierno de coalición “progresista” (la diferencia más significativa está en que en el título del primer epígrafe del

1. Puede consultarse el contenido íntegro del Acuerdo en el siguiente enlace: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf> (consultado el 13 de abril de 2020).

2. Se puede consultar el contenido íntegro del preacuerdo en este enlace: <https://podemos.info/preacuerdo-de-gobierno-entre-el-psoe-y-unidas-podemos/>.

3. Desde nuestro punto de vista, este es el eje prioritario más importante, dada su ubicación privilegiada en el texto.

Ejes prioritarios de actuación que se incluyen en el documento titulado “Coalición progresista: Un nuevo acuerdo para España”

Eje 1	Consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad
Eje 2	Derechos sociales, regeneración democrática, ciencia e innovación
Eje 3	Luchar contra el cambio climático
Eje 4	Industria, PYMES, autónomos/as y sector primario
Eje 5	Nuevos derechos y memoria democrática
Eje 6	Cultura y deportes
Eje 7	Políticas feministas
Eje 8	Revertir la despoblación
Eje 9	Cohesión y eficiencia: actualización del Estado autonómico
Eje 10	Justicia fiscal y equilibrio presupuestario
Eje 11	Una España europea abierta al mundo

Acuerdo de diciembre no solo se hace referencia a la creación de empleo, sino que se menciona expresamente la creación de empleo de calidad). Aun así, como veremos, se pueden encontrar también otras referencias importantes en materia laboral y de protección social en los restantes ejes del Acuerdo.

No obstante, antes de adentrarnos en el estudio de los diferentes ejes prioritarios de actuación, resulta oportuno dedicar unas breves líneas a realizar otras tres consideraciones generales que ayuden a fijar mejor el alcance del Acuerdo. En primer lugar, es importante señalar que se constata en el conjunto del Acuerdo una presencia destacada de las materias que tienen que ver con el empleo y la protección social. En segundo lugar, conviene señalar que el Acuerdo contiene una serie de medidas a corto plazo que son de aplicación inmediata y otras que están más orientadas hacia el futuro (esto se ve reflejado, por ejemplo, en el apartado destinado a la derogación de la reforma laboral y en la parte que se refiere a la Seguridad Social, donde se prevén tanto medidas de carácter urgente como otras que se refieren al medio y al largo plazo). En tercer lugar, es preciso advertir que el Acuerdo dedica una especial atención al fomento del diálogo social (lo anterior se ve claramente reflejado en muchos apartados, por ejemplo, cuando se establece que se elaborará un nuevo Estatuto de los Trabajadores “previo diálogo con los agentes sociales” y cuando se indica que se reformará “el sistema de Seguridad Social, en el marco del diálogo social, y del Pacto de Toledo”).

2. LAS MEDIDAS PROPUESTAS QUE SE INCLUYEN EN EL PRIMER EJE PRIORITARIO DEL ACUERDO: A LA ESPERA DE CONSOLIDAR EL CRECIMIENTO Y LA CREACIÓN DE EMPLEO DE CALIDAD

En relación al primer eje prioritario de actuación, que se dirige a la consolidación del crecimiento y a la creación de empleo de calidad, interesa señalar que en el Acuerdo se dispone expresamente que el nuevo gobierno debe desarrollar una política

económica enfocada a potenciar el crecimiento sostenible y la creación de empleo, garantizando la estabilidad financiera y fiscal y desarrollando una política social activa que reduzca los niveles de desigualdad, que combata la precariedad del mercado laboral y que garantice un empleo digno, estable y de calidad, y unas pensiones justas. Asimismo, se establece en esta parte del Acuerdo que deben impulsarse las “transformaciones estructurales que posibiliten el crecimiento potencial, la productividad, la capacidad de creación de empleo de calidad y la competitividad de la economía española con el objetivo de modernizar el sistema productivo, hacer efectiva la transición ecológica y sentar las bases de un crecimiento sostenible e inclusivo”.

A continuación, conoceremos cuáles son las dieciséis medidas acordadas⁴ en materia de consolidación del crecimiento y creación de empleo de calidad –cuya implantación se pretende realizar de forma paulatina a lo largo de la esta legislatura–, deteniéndonos brevemente en aquellas que consideramos de mayor interés.

2.1. El refuerzo de los mecanismos para reducir la desigualdad y mejorar la cohesión social en el territorio nacional

La primera medida que se recoge en el Acuerdo consiste en reforzar los mecanismos para reducir la desigualdad y mejorar la cohesión social en todo el territorio nacional, mediante el perfeccionamiento de las políticas de empleo, una política activa de vivienda, la protección de las familias, una estrategia nacional frente a la despoblación y el reto demográfico y la protección del estado de bienestar, con una especial atención a las personas más vulnerables y a los más pequeños. En nuestra opinión, las líneas anteriores no merecen ningún comentario adicional, sobre todo teniendo en cuenta que el texto es muy claro.

2.2. La aprobación de un nuevo “Estatuto de las personas trabajadoras” que responda a las nuevas realidades

En segundo lugar, se dispone que se elaborará, previo diálogo con los agentes sociales (como vemos, aparece aquí la primera referencia al fomento del diálogo social), un nuevo Estatuto de los Trabajadores (que, con toda probabilidad, podría recibir la denominación de “Estatuto de las Personas Trabajadoras”) ajustado a las nuevas y diversas realidades laborales del siglo XXI. En este punto, debemos matizar que la idea de elaborar un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI no es nada nueva⁵, pues ya estaba reflejada en el Programa electoral del PSOE para las elecciones

4. El desarrollo de estas dieciséis medidas del primer eje parte del contenido de la siguiente comunicación: Gómez Salado, M. Á.: “Nuevas medidas para consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad y su impacto en la legislación laboral: contratación, fraude laboral, economía social, SMI, despido por absentismo, desempleo...”, comunicación presentada al III Congreso internacional sobre economía social y desarrollo local sostenible, 25 de febrero a 10 de marzo de 2020.

5. Algunos autores se han referido a esta idea en los últimos años. Vid. v.gr., Sempere Navarro, A. V.: “Perspectivas electorales de la legislación laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 909, 2015.

del día 28 de abril de 2019⁶, en el que se proponía expresamente la elaboración de “un nuevo Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI” que permita compatibilizar “el crecimiento económico con la dignificación de las condiciones laborales” y que, al mismo tiempo, tenga una “vocación de durabilidad y permanencia”.

Igualmente, cabe destacar que a esta nueva regulación estatutaria se le encomienda en el Acuerdo la complicada tarea de compaginar la protección de los empleados –frente a los desafíos sociales, tecnológicos y ecológicos del siglo XXI– y el reconocimiento de nuevos derechos de los trabajadores –propios de la realidad económica, social y laboral actual–, “con la necesaria competitividad empresarial y el papel de la negociación colectiva como elemento de reequilibrio necesario”. A tal efecto, se precisa que se podrá optar por la constitución de un “grupo de trabajo para su redacción, compuesto por expertos y expertas de reconocido prestigio, del ámbito académico y profesional”.

2.3. La “derogación” de los aspectos más lesivos de la Reforma Laboral de 2012 y la “recuperación” de los derechos laborales arrebatados por esta

En el tercer apartado del Acuerdo se anuncian diferentes medidas que se enfocan a la “derogación” de la polémica reforma laboral del año 2012⁷ (nada se menciona en el Acuerdo acerca de la reforma laboral operada en el año 2010⁸ durante el gobierno presidido por el José Luis Rodríguez Zapatero) y a la “recuperación” de los derechos laborales que han sido arrebatados por esta, aclarándose luego que se impulsará en el marco del diálogo social “la protección de las personas trabajadoras” y la recuperación del “papel de los convenios colectivos”.

Los tres primeros puntos de este bloque se traducen en medidas a corto plazo que son de aplicación inmediata, pues se alude expresamente a medidas que tienen un “carácter urgente”. Debido a este carácter urgente, las tres primeras medidas que se anuncian deben ser adoptadas mediante un real decreto-ley o un proyecto de ley

6. Que puede consultarse en el siguiente enlace web: <https://www.psoe.es/media-content/2019/04/PSOE-programa-electoral-elecciones-generales-28-de-abril-de-2019.pdf>.

7. La reforma laboral de 2012 fue operada primero por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012) y después por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012). Al respecto, *vid.* los siguientes trabajos: Molina Navarrete, C.: “La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y “versos sueltos””, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 352, 2012, pp. 5-120; García Murcia, J.: “La Reforma Laboral de 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. extra 119, 2015, pp. 19-32; y Galiana Moreno, J. M.: “Apuntes sobre la reforma laboral de 2012”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2013, pp. 29-36.

8. La reforma laboral de 2010 fue articulada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 147, de 17 de junio de 2010) y luego por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010). Al respecto, *vid.* los siguientes trabajos: Blasco Pellicer, Á. A. y Alegre Nuño, M.: “La reforma laboral de 2010”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 19, 2010, pp. 95-130; Lousada Arochena, J. F.: “La reforma laboral de 2010 en España”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 240, 2010, pp. 653-663; y Puebla Pinilla, A. de la y Gómez Abelleira, F. J.: *Reforma laboral 2010 (Memento experto)*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 1-200.

tramitado por el procedimiento de urgencia. En concreto, las tres primeras medidas a las que nos referimos son las que se exponen a continuación:

- a) Primeramente, se hace mención a la derogación de un importante precepto, el art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores⁹, que ha venido regulando desde hace cuatro décadas el despido objetivo por absentismo laboral¹⁰ y que ha dado lugar en los últimos años a importantes pronunciamientos judiciales (un gran número por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Esta disposición legal, cuya constitucionalidad se ha declarado recientemente en la polémica sentencia del Tribunal Constitucional (núm. 118/2019) de 16 de octubre de 2019, ha venido facultando al empresario a extinguir el contrato por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Ahora bien, lo cierto es que en la práctica se ha venido utilizando mayoritariamente en aquellos supuestos en los que los trabajadores acumulan ausencias justificadas derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración.
- b) Se propone seguidamente la derogación de “las limitaciones al ámbito temporal del convenio colectivo, haciéndolo llegar más allá de las previsiones contenidas en el mismo, tras la finalización de su vigencia y hasta la negociación de uno nuevo¹¹”.

9. En la letra d) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores se establece que el contrato podrá extinguirse: “Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.

10. Puede estudiarse con más detalle este despido objetivo por absentismo en las siguientes obras: Gómez Salado, M. Á.: *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2019, pp. 1-223; Arias Domínguez, A.: *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 1-169; Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 1-201; y González Ortega, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 1983, pp. 1-242.

11. Si retrocedemos hacia atrás en el tiempo y recordamos aquel puente del mes de diciembre del año 2010 “en el que los controladores aéreos colapsaron el tráfico aeroportuario, nos podemos hacer una composición de lugar. Me explico. En aquellos tiempos, la regulación laboral establecía que en caso de denuncia del convenio y con el objeto de evitar vacíos normativos, se estaría a lo pactado y, en su defecto, se seguiría aplicando la parte normativa del convenio (que se corresponde con los contenidos laborales, esencialmente). De esta forma, mientras no existiera convenio nuevo, se mantenía lo previsto en el antiguo. En plena crisis económica y con un RDL 8/2010 [3] que había recortado remuneraciones a los empleados públicos, estas previsiones de ajuste no alcanzaban al personal de AENA, entre ellos, sus controladores, salvo que acordaran su aplicación vía negociación colectiva [4]. Y eso fue lo que

Se menciona, por tanto, la derogación del límite (de un año) a la ultraactividad del convenio colectivo (que conllevaría, sin duda alguna, el regreso a la ultraactividad ilimitada hasta que se negocie un nuevo convenio) fijada en el art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que establece lo siguiente: “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

- c) La tercera medida pactada consiste en la derogación de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa sobre los convenios sectoriales, de tal modo que los segundos (ya sean estatales, autonómicos o de ámbito inferior) prevalezcan sobre los convenios colectivos de empresa. Lo anterior conllevaría la derogación del art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, que señala que “la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior” en las materias que se enumeran tras la redacción de este texto¹². Respecto a este punto concreto del Acuerdo, algún autor ha señalado una cuestión relevante, al menos en lo formal: es la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva¹³, y no la reforma de 2012, “la que introduce esta prioridad aplicativa, de manera que si se dice que se quiere derogar esta última ¿qué pasa con la ordenación de la primera? Y es que la diferencia fundamental entre una y otra era que mientras que la regulación en 2011

se intentó, en un primer momento, pero sin éxito. Esto es, se llevaron a la mesa de negociación con los reiterados controladores importantes rebajas que afectaban a su convenio, con el efecto de que éstos decidieron romper la negociación y ampararse en el conocido dicho popular “Virgencita, Virgencita, que me quede como estoy”, o lo que es lo mismo, seguir acogiendo a lo previsto en el convenio ya denunciado de acuerdo a la regulación de la ultraactividad. Todo ello derivó en la reforma de esta materia por el RDL 7/2011 [5], en primer lugar y, de un modo definitivo, por el RDL 3/2012 y la posterior Ley 3/2012 [6]. Debe señalarse, en este sentido, que mientras que la reforma de 2011 fue de menor calado, la de 2012 sí introducía unos topes temporales absolutos en caso de falta de un nuevo convenio y de que se hubiera pactado otra cosa –y que se concretaba en un año–. Pero recuérdese también que tanto antes como ahora, había que distinguir la ultraactividad convencional (preferente) y la ultraactividad legal (supletoria), por lo que las partes podían, en todos los procesos negociales –en los términos del art. 86 ET– fijar la duración que estimaran oportuna y, solo en defecto de ese acuerdo, se aplicaría lo previsto en la Ley. Pero, además, que, si se pactaba una duración indefinida o ésta era de tal naturaleza antes de las reformas operadas, el anterior convenio solo se mantenía en tanto siguiera vivo el proceso negocial, como así se había reconocido en el Orden Social”. Vila Tierno, F.: “¿Por dónde irá la negociación colectiva a propuesta del “nuevo” Gobierno?”, *GVA Gómez-Villares & Atencia*, 2020, <https://www.gva-atencia.com/negociacion-colectiva/>.

12. Concretamente, se enumeran estas materias en el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores: “a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; y g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”.

13. BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011.

establecía la posibilidad de excluir esta opción mediante un acuerdo nacional o autonómico del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, la de 2012, eliminaba esta opción a dichos acuerdos. Parece, por lo pactado ahora, que se retomará la legislación anterior a la reforma de 2011 –aunque no es lo que se diga expresamente–, derogando una norma que en su momento había regulado el propio Gobierno socialista y que señala, por tanto, que la contrarreforma va más allá de lo previsto en el año 2012¹⁴.

Por lo que respecta a estas dos últimas medidas referidas a la negociación colectiva, conviene señalar también que en el eje séptimo del Acuerdo (que se denomina “Políticas feministas”) se hace referencia a la adopción de medidas para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de negociación de los convenios colectivos.

Junto a estas tres medidas laborales que se acaban de comentar, se acompañan otras tres que no tienen un carácter tan urgente (así lo entendemos de la redacción del texto, pues se ubican al margen de las tres primeras que sí tienen, como se ha expuesto, tal carácter), y que estudiamos en seguida:

- a) En primer lugar, se menciona la modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre contratación y subcontratación laboral, precepto legal que ha sido objeto de numerosos pronunciamientos y estudios doctrinales, y que establece expresamente que “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social”. Esta modificación pactada tiene el claro propósito de limitar los procesos de subcontratación empresarial a los “servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa”, lo cual significa que tan solo se podrían subcontratar aquellos servicios periféricos que, si bien son necesarios para el funcionamiento de la empresa, no contribuyen de manera directa al proceso productivo. Respecto a esta medida, se ha llegado a afirmar que “la modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para limitar la subcontratación “a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa” podría “incidir de manera indirecta en la negociación colectiva”, en tanto que podría “evitar fenómenos como los de las “Kellys” –camareras de pisos subcontratadas en el marco de hoteles–, en los que se venía aplicando un convenio distinto al de la empresa en la que se prestaban servicios a los trabajadores de la subcontrata –con cuantías salariales reducidas– y que algunos pronunciamientos judiciales venían esquivando estableciendo la equiparación salarial –v.gr. Sala de lo Social del TSJA/Málaga–”¹⁵.

14. Vila Tierno, F.: “¿Por dónde irá la negociación colectiva a propuesta del “nuevo” Gobierno?”, ob. cit. *Vid.* también, Vila Tierno, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa: reflexiones tras cinco años de la última reforma laboral*, Comares, Granada, 2017, pp. 19-42.

15. Vila Tierno, F.: “¿Por dónde irá la negociación colectiva a propuesta del “nuevo” Gobierno?”, ob. cit.

- b) Igualmente, se refiere el Acuerdo a la limitación “de la capacidad de modificación unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la empresa”. Dicha restricción conllevaría necesariamente la modificación del importantísimo art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, que permite que la modificación parta de la voluntad unilateral del empresario, siempre que se acredite la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aunque no se especifica de qué manera se podría modificar este precepto, podemos encontrar una pista muy valiosa en el quinto apartado de este primer eje del Acuerdo, concretamente en el apartado relativo a la “contratación” que luego veremos (en nuestra opinión, esta no sería la ubicación del texto más adecuada para abordar el tema de las modificaciones en las condiciones de trabajo), donde se dispone que se recuperarán “los derechos laborales en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, revisando las causas y el procedimiento, garantizando su reversibilidad y su carácter negociado”.
- c) De igual forma, se establece expresamente que se “modificará” la redacción del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, que permite inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable (de sector o de empresa) que afectan a ciertas materias contempladas expresamente en la norma¹⁶, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De la redacción que se establece en el Acuerdo se desprende también que esta modificación se orientaría a limitar el “descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves”. En relación a esta medida, hay quien ha señalado que “la modificación del art. 82.3 ET –que permite la inaplicación del convenio colectivo aplicable (de sector o de empresa) respecto al listado de materias expresamente contemplado en el mismo, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción–, sí parece volver a la dirección de lo previsto en el reiterado Real Decreto-ley 7/2011, en tanto que se limitará al “descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves”. Esto es, desaparece la posibilidad de cambiar cuestiones como tiempo de trabajo, mejoras voluntarias, etc. pero no se dice nada respecto a la posibilidad de descolgarse del propio convenio de empresa –en el 2011 y antes solo era respecto al sectorial–, ni si las causas económicas graves son las contempladas o definidas en aquel Real Decreto-ley 7/2011 que es, al fin y al cabo, lo inmediatamente anterior a la reforma de 2012¹⁷”.

A la vista de todo lo expuesto, y teniendo en cuenta las observaciones antes citadas, debemos señalar que en los puntos anteriores de este tercer apartado del

16. En concreto, las siguientes materias: “a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39; y g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”.

17. Vila Tierno, F.: “¿Por dónde irá la negociación colectiva a propuesta del “nuevo” Gobierno?”, ob. cit.

Acuerdo se alude expresamente a determinadas “derogaciones” y “modificaciones” pactadas (pese a que el propio título del apartado citado no dice nada sobre las “modificaciones”), pero en casi ningún caso se plantean otras fórmulas más adecuadas que permitan la “recuperación de los derechos laborales arrebatados”.

2.4. El incremento del salario mínimo interprofesional

En cuarto lugar, se manifiesta claramente en el Acuerdo la intención de subir el salario mínimo interprofesional “hasta alcanzar progresivamente el 60% del salario medio en España tal y como recomienda la Carta Social Europea”¹⁸. Después de esta breve mención, se señala, por una parte, que se convocará la mesa del Dialogo Social con el objeto de promover un acuerdo que sea la base para la propuesta del gobierno y, por otra, que se creará una “Comisión asesora del Ministerio de Trabajo y a disposición del Diálogo Social”, integrada por profesionales de reconocido prestigio, académicos y representantes de los sindicatos y empresarios, con el principal cometido de estudiar la evolución del salario mínimo interprofesional. Tras ello, se establece que “para su análisis, se tendrán en cuenta, entre otras cuestiones, el índice de precios de consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional, y la coyuntura económica general”.

2.5. Algunas medidas en materia de contratación

Por lo que respecta a las medidas pactadas en materia de contratación, interesa señalar, en contraste con aquellas otras medidas anunciadas que tienen un carácter urgente, que se impulsará el diálogo social para encontrar un terreno común en el que se puedan hallar soluciones adecuadas para muchos de los problemas actuales.

La primera medida pactada en materia de contratación tiene que ver precisamente con el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores, que regula dos modalidades contractuales que abarcan lo que se conoce como “contratos formativos” (contrato de trabajo en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje¹⁹) y que tienen como finalidad principal –al menos en principio– la obtención de una adecuada formación profesional mediante la prestación de servicios (forma de aprendizaje en

18. Debemos recordar que el salario mínimo interprofesional pasó desde los 735,9 euros hasta los 900 euros al mes por medio del Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019 (BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018). Este incremento tan importante, que representa “un 22,3% respecto de las (cuantías) vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018”, atiende precisamente a “la mejora de las condiciones generales de la economía y tiene como objetivo prevenir la pobreza en el trabajo y fomentar un crecimiento salarial general más dinámico”. Al respecto, *vid.* los siguientes trabajos: Arias Domínguez, Á.: “La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el salario mínimo interprofesional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 9-60; y Llopart Bennàssar, M.: “La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 57, 2019, pp. 50-65.

19. *Vid.* Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1-568.

alternancia)²⁰. En particular, lo que se acuerda es la revisión del citado precepto legal para que estos contratos respondan a “finalidades exclusivamente formativas” y no se utilicen, como ocurre en numerosas ocasiones, para contar con mano de obra más barata en la empresa. Además de lo anterior, se plantea la creación de un “Estatuto del Becario” que proteja a quienes dan sus primeros pasos en el mundo laboral, fomentando la mejora de sus retribuciones, evitando el encadenamiento ilimitado de períodos de prácticas y estableciendo un porcentaje máximo de becarios en las empresas.

En segundo lugar, se establece expresamente que se impulsará la recuperación de “los derechos laborales en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (art. 41 del Estatuto de los Trabajadores), “revisando las causas y el procedimiento, garantizando su reversibilidad y su carácter negociado”. Ya hemos indicado con anterioridad que este apartado referido a la contratación no es, en nuestra humilde opinión, el lugar más apropiado del Acuerdo para abordar el tema de las modificaciones en las condiciones de trabajo.

En tercer lugar, las partes realizan dos propuestas, la simplificación y la reordenación del “menú de contratos de trabajo”, que podrían ir acompañadas de una más que probable modificación de la dicción literal del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores –relativo a la duración del contrato de trabajo–. Seguidamente, las partes se comprometen a reforzar “el principio de causalidad en la contratación temporal” y a endurecer las “sanciones aplicables” a la utilización fraudulenta de los contratos temporales (*vid.* al respecto las infracciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social²¹) con el propósito de conseguir que la “contratación indefinida” sea la forma habitual y ordinaria de acceso al empleo. Para cumplir con estos compromisos, el Acuerdo establece que se promoverán “las reformas legislativas necesarias”.

En cuarto lugar, el Acuerdo establece que se explorarán “las opciones posibles para reducir la dualidad” (aunque en ningún momento se aclara qué se entiende por este término, parece que las partes se refieren a la dualidad existente entre los contratos temporales y los indefinidos), para posteriormente pasar a señalar que se favorecerá el uso de los contratos de trabajo fijos discontinuos para actividades cíclicas y estacionales.

En quinto lugar, se acuerda “reforzar el control de la contratación a tiempo parcial” (art. 12 del Estatuto de los Trabajadores), especialmente en todo aquello relacionado con “la distribución irregular del tiempo de trabajo contratado”. Para ello, se propone una revisión de “la normativa sobre trabajo a tiempo parcial” que permita “prevenir su uso fraudulento” y “garantizar efectivamente que las condiciones de trabajo y los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial

20. Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2019, p. 376.

21. BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

(sean) iguales a los de los empleados contratados a tiempo completo". Tras lo dicho, se subraya, en relación a la regulación que ya existe sobre el registro horario, la necesidad de reforzar la obligación de que conste expresamente el "horario de trabajo en el contrato a tiempo parcial". Del mismo modo, se señala que se intensificarán "las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" (en particular, en materia de tiempo de trabajo y de economía irregular) y que "se endurecerá el régimen de infracciones y sanciones aplicables frente a eventuales incumplimientos por parte de las empresas".

En sexto lugar, se hace mención a la revisión –causal y procedimental– de los despidos por razones inherentes al interés económico de la empresa (también conocidos como despidos económicos). Por un lado, se propone la revisión de "las causas del despido para hacer más precisa la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción". Y, por otro, se precisa la intención de reforzar el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la autoridad laboral "en el control de los despidos colectivos y en otros expedientes de regulación de empleo", pero no se incluye ninguna referencia expresa sobre la intención de recuperar la exigencia de disponer de una autorización administrativa (que estaba prevista antes de la reforma laboral operada en el año 2012).

2.6. La lucha para hacer frente al fraude laboral

Posteriormente, en el sexto apartado del primer eje prioritario, se manifiesta la clara intención de impulsar "la lucha contra el fraude laboral". Para lograr este fin, se apostará por la introducción de las más novedosas tecnologías, "automatizando y conectando procesos y Big Data de diversas unidades administrativas y reforzando el sistema de control y sancionador".

En este sentido, los esfuerzos se concentrarán en tres áreas específicas: "el abuso de la contratación temporal concatenada sobre un mismo trabajador o trabajadora, o un mismo puesto de trabajo", "el uso fraudulento del contrato a tiempo parcial con jornadas no declaradas" y, finalmente, la identificación de las "relaciones extra laborales que deberían articularse a través de contratos de trabajo como por ejemplo falsos autónomos, falsos cooperativistas y falsos becarios", con una especial atención a la persecución del "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".

Es muy probable que las acciones que se lleven a cabo en relación al tercer ámbito de actuación lleven a redefinir el régimen jurídico propio de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE)²².

22. En relación a este tipo de trabajadores autónomos económicamente dependientes, se recomienda la siguiente lectura: López Insua, B. M.: "Fronteras entre el trabajo asalariado y el autónomo: el trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV.: *The balance between worker protection and employer powers: insights around the world*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2018, pp. 251-277.

2.7. Las políticas activas de empleo y el sistema de desempleo

En séptimo lugar, después de hacer referencia a las acciones necesarias para combatir el fraude, el Acuerdo aborda algunas cuestiones interesantes que se relacionan con las “políticas activas de empleo” y con el “sistema de desempleo”.

Por un lado, se dispone que se llevarán a cabo determinadas mejoras en relación a la efectividad y la eficiencia de las políticas activas de empleo, pero siempre de manera coordinada y en colaboración con las Comunidades Autónomas. Asimismo, se apunta a la necesidad de profundizar “el cambio de modelo laboral y salarial basado en una política de rentas progresista, el desarrollo de sectores industriales y de servicios, desde un modelo sostenible”. Todo lo anterior, tal y como se constata en el documento, “se realizará sobre la base de las recomendaciones que se deriven del proceso de evaluación de políticas públicas realizada por la AIReF”.

Por otro lado, puede subrayarse la intención de las partes de mejorar el actual sistema de protección por desempleo a través de una “reordenación y simplificación que refuerce la protección de las personas desempleadas que lo necesiten”. Además, se recoge de manera expresa la intención de garantizar una atención individualizada, profesional e integral a las personas desempleadas, dirigida a su rápida reincorporación al mercado de trabajo, prestando especial atención a los jóvenes²³, parados de larga duración y a los supuestos de exclusión social. En virtud de lo acordado, “las políticas activas de empleo garantizarán que las ofertas de colocación sean adecuadas a las aptitudes y los perfiles formativos de las personas desempleadas”.

228

2.8. La promoción de la economía social

En octavo lugar, se mencionan dos medidas muy sensatas que pretenden contribuir al fomento de la “economía social”: un término que, desde el punto de vista semántico, es definido por el Diccionario del Español Jurídico (DEJ)²⁴ como el “conjunto de las actividades económicas y empresariales llevadas a cabo por el sector privado para la consecución de fines de interés general o colectivo conforme a principios de orden social, como la igualdad de oportunidades, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad”²⁵.

La primera medida que se referencia en el Acuerdo es la creación de un Plan Nacional de Emprendimiento Social con el objetivo principal de “impulsar el diseño y

23. Recordemos que España presenta una de las mayores tasas de desempleo juvenil de la Unión Europea. Vid. Gómez Salado, M. Á.: “El empleo de los jóvenes: un análisis de las políticas de empleo juvenil en el ámbito local”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, p. 68.

24. Puede consultarse el Diccionario del Español Jurídico (DEJ) en el siguiente enlace: <https://dej.rae.es/>.

25. Esta definición parte del concepto de “economía social” que se proporciona en el art. 2 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011). Para profundizar en el concepto de economía social, vid. el siguiente trabajo: Villalba Eguiluz, U. y Pérez de Mendiguren, J. C.: “La economía social y solidaria como vía para el buen vivir”, *Revista iberoamericana de estudios de desarrollo*, vol. 8, núm. 1, 2019, pp. 106-136.

puesta en marcha de políticas públicas específicas que apoyen a los emprendedores sociales para diseñar, consolidar y gestionar sus proyectos sociales, poniendo el foco en aspectos clave como la diversidad y la inclusividad". En nuestra opinión, la elaboración de este Plan Nacional, pese a ofrecer ventajas evidentes, podría generar un marco demasiado limitado y estrecho para las empresas y organizaciones que operan en este ámbito, adaptándose constantemente a numerosos cambios.

La segunda de las medidas que se relacionan en el documento consiste básicamente en el apoyo a las empresas del ámbito de la economía social "como modelo de empresa sostenible, integradora y generadora de empleo de calidad". En este sentido, las partes se ponen de acuerdo en mejorar "la coordinación y coherencia de acción desde los diferentes Departamentos ministeriales".

2.9. La revisión de la normativa de prevención de riesgos laborales

También son igualmente interesantes todas las cuestiones que se plantean en relación con la actualización de la normativa de prevención de riesgos laborales. Por una parte, se pone de manifiesto que se revisará tanto el catálogo de enfermedades profesionales como el procedimiento de notificación del accidente de trabajo. Por otra parte, se hace hincapié en la necesidad de actualizar la legislación preventiva en lo que respecta a los "nuevos riesgos asociados al uso de las TIC, los psicosociales y de determinadas sustancias químicas dañinas para la salud, así como la creciente digitalización y robotización y las nuevas formas de organización del trabajo"²⁶. Además de lo anterior, se menciona con acierto la incorporación "de la perspectiva de impacto de género en la prevención de riesgos laborales".

229

2.10. La promoción de la "conciliación de la vida laboral, familiar y personal" y de la "corresponsabilidad en el tiempo de trabajo"

Otras cuestiones importantes como la mejora de la "conciliación de la vida laboral, familiar y personal" y la promoción de la "corresponsabilidad en el tiempo de trabajo" han sido abordadas también en el Acuerdo.

El primer compromiso presentado en este apartado del documento es el de promover un "pacto social y político por la racionalización de los horarios" (con el objeto de "favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal" y la necesaria "corresponsabilidad entre hombres y mujeres"), que incluya una "Ley de usos del tiempo y racionalización de los horarios" que posibilite la completa reorganización de "los

26. Hay autores que vienen insistiendo en la misma idea y que señalan expresamente que es necesario que la "legislación preventiva se someta a una revisión y readaptación de carácter inminente, incluso, periódica, con la finalidad de afrontar los desafíos y retos que la evolución tecnológica plantea" (González Cobaleda, E.: "La economía de plataformas y la necesidad de un enfoque de seguridad y salud en el trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 188-209). Vid. también, González Cobaleda, E.: "Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. extra 1, 2019, pp. 85-112.

tiempos de trabajo, ocio y cuidados”. La citada norma, en caso de aprobarse finalmente, podría conllevar una serie de modificaciones relevantes en la redacción del art. 34 del Estatuto de los trabajadores (referido, como se sabe, a la jornada de trabajo).

Tras este compromiso, se especifican tres medidas poco innovadoras. Primeramente, se prevé el “derecho a la desconexión”, a pesar de que ya se establece en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²⁷²⁸ (también se refiere el propio Estatuto de los Trabajadores, en su art. 20 bis, al derecho a la desconexión digital²⁹). Por otro lado, se hace una mención en el mismo párrafo a la “adecuada gestión del tiempo de trabajo dentro de la normativa laboral” y a la “protección efectiva en casos de embarazo y lactancia”.

En relación con lo antes expuesto, interesa señalar que en otro eje del Acuerdo, que se titula “Derechos sociales, regeneración democrática, ciencia e innovación” (y, más concretamente, en su segundo apartado, que se ocupa de las “políticas de apoyo a las familia”), las partes acuerdan la implementación de “ayudas para la conciliación y la racionalización de horarios, garantizando el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, hasta que los menores cumplan doce años”. El hecho de que se haya mencionado este derecho en el Acuerdo, pese a que ya se establecía en el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores³⁰ (como consecuencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación³¹), nos lleva a considerar que las partes quieren reforzar aún más este derecho (de no

27. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

28. A continuación se reproduce el contenido íntegro del art. 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que se refiere al “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”:

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

29. Seguidamente se reproduce el contenido del art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere a los “derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”: “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

30. Que señala expresamente lo siguiente: “Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”.

31. BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

ser así, nos encontraríamos obviamente ante un gran olvido de las partes que firman el documento).

Junto a las referencias anteriores, el Acuerdo hace mención a la necesaria ratificación de la Carta Social Europea revisada, del Protocolo adicional a la Carta Social Europea y del Convenio núm. 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de 21 de junio del año 2019.

2.11. El aumento de la protección de las empleadas del hogar

En undécimo lugar, las partes acuerdan expresamente culminar con carácter prioritario la plena integración en el Régimen General de la Seguridad Social de las empleadas del hogar a lo largo de la presente legislatura.

Del mismo modo, se propone en este apartado del Acuerdo la ratificación del Convenio núm. 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de 16 de junio de 2011³². El citado convenio, que ha sido ratificado ya por decenas de países de todo el mundo, establece las bases normativas para mejorar las regulaciones internas en lo que tiene que ver con las condiciones laborales del trabajo doméstico.

2.12. La puesta en marcha de programas específicos de retorno de las personas emigradas

231

En duodécimo lugar, las partes acuerdan la puesta en marcha de algunos “programas específicos de retorno de personas emigradas” con la finalidad de recuperar a quienes salieron de nuestro país en busca de un empleo y que son tan necesarios para el correcto funcionamiento de la economía española. Se hace un especial hincapié en los jóvenes que han tenido que emigrar en los últimos años y en el elevado número de investigadores que han tenido que abandonar el sistema científico español para buscar mejores oportunidades (en este caso, en concreto, se habla de programas de retorno del talento).

2.13. El establecimiento de incentivos a la titularidad compartida de las explotaciones agrarias

La decimotercera medida que se recoge en el Acuerdo consiste en el establecimiento de incentivos a “la titularidad compartida de las explotaciones agrarias a través de la

32. La Asociación Libre de Abogados y Abogadas (ALA) reclama la ratificación del Convenio núm. 189 de la Organización Internacional del Trabajo para “poder solventar las desigualdades injustificadas en cuanto a derechos laborales y acceso a prestaciones por parte de las trabajadoras del hogar”. Respecto a lo anterior, *vid.* el siguiente enlace web: <https://ala.org.es/derechos-de-las-trabajadoras-del-hogar-durante-la-situacion-provocada-por-la-pandemia-del-covid-19-o-coronavirus/>.

aplicación efectiva de la Ley 35/2011”, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias³³, “mejorando la posición de las mujeres del campo dentro del sistema de Seguridad Social, para evitar que queden fuera del sistema las trabajadoras agrarias por cuenta propia, estableciendo mecanismos que permitan su incorporación efectiva al régimen de la Seguridad Social”.

2.14. La creación de un plan estratégico de formación profesional dual

El decimocuarto apartado del primer eje prioritario, que se refiere concretamente a las políticas de formación, se traduce en la preparación de un ambicioso Plan Estratégico de Formación Profesional Dual, que incorpore “a las empresas con fórmulas flexibles” y que contribuya a la creación de “consorcios con la participación de los agentes sociales y (de) la comunidad educativa”.

En este punto, las partes acuerdan igualmente la promoción de una nueva Ley de Ordenación de la Formación Profesional que incorpore una regulación específica de la Formación Profesional Dual y que, además, incluya en todos los títulos un módulo de digitalización”. Del mismo modo, acuerdan potenciar la formación del profesorado en la Formación Profesional y su estabilidad dentro del sistema educativo.

2.15. La reforma del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP) para adaptar las titulaciones a las necesidades laborales de la economía del siglo XXI

El decimoquinto apartado del primer eje del Acuerdo, que también se relaciona con las políticas de formación, persigue reformar el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP)³⁴ “para adaptar las titulaciones a las necesidades laborales de la economía del siglo XXI”. En su primer punto, las partes acuerdan actualizar, en coordinación con los agentes sociales y en colaboración con el sector privado, “los contenidos de los títulos actuales (ciberseguridad, robótica colaborativa y avanzada, Big Data y análisis de datos, Fabricación 2D y 3D, realidad ampliada y realidad virtual y conectividad, entre otros), sin olvidar oficios tradicionales de alta cualificación”. Por otro lado, en su segundo punto, acuerdan agilizar “los procesos de evaluación y acreditación de competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral para darles un reconocimiento más ágil, mejorar la competitividad, las oportunidades de los trabajadores y las trabajadoras e incentivar la formación continua”.

33. BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

34. El Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP) es el instrumento del Sistema Nacional de las Cualificaciones y Formación Profesional (SNCFP) que ordena las cualificaciones profesionales susceptibles de reconocimiento y acreditación, identificadas en el sistema productivo en función de las competencias apropiadas para el ejercicio profesional. Puede consultarse más información al respecto en el siguiente enlace: <http://incual.mecd.es/bdc>.

2.16. Diversas medidas en materia de empleo público

El decimosexto y último apartado del primer eje se traduce en un conjunto de medidas relativas a la protección de los empleados públicos.

La primera medida consiste en el desarrollo Estatuto Básico del Empleado Público³⁵, en particular en lo que respecta a la mejora del acceso al empleo público, la agilización de los procesos, la carrera profesional, la evaluación del desempeño y la clasificación profesional.

Asimismo, se insiste tanto en el “fomento de la promoción profesional vertical y horizontal que permita combinar la libre elección de cambio del puesto de trabajo con el cuidado de la riqueza técnica de los equipos estables” como en la “aprobación de un Plan de formación y capacitación de los empleados públicos”.

Otra medida que nos parece muy interesante es la revisión del “contrato de interinidad en las Administraciones Públicas” con el propósito de evitar “su uso abusivo” (tras leer estas líneas, no nos queda del todo claro si esta medida conllevará el establecimiento de una duración máxima o si, en cambio, repercutirá en la regulación de la oferta de empleo público que se reconoce en el art. 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público). Además de lo anterior, las partes acuerdan implementar “la perspectiva de género en las instituciones de la Administración General del Estado para eliminar la discriminación y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres”.

Posteriormente, se introducen cuatro medidas en materia de “servicios de rescate, extinción de incendios y salvamento”:

- a) La primera de ellas consiste en la aprobación de la llamada “Ley del sector de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento (SPEIS)”, en el marco del Sistema Nacional de Protección Civil, que determinaría “los criterios básicos para la coordinación de la actuación de los servicios en todo el Estado y los derechos laborales de este personal, homologando las escalas, categorías y distintivos comunes en las comunidades autónomas y garantizando que la categoría profesional de bombero o bombera sea, como mínimo, C1 en todo el Estado, de conformidad con lo que establece el Estatuto Básico del Empleado Público”.
- b) La segunda medida citada hace mención a la aprobación de una “Ley de bomberos forestales en el marco del Sistema Nacional de Protección Civil” que establezca “las obligaciones para las Administraciones competentes en relación con la elaboración de planes generales, territoriales, especiales y de autoprotección” y que, al mismo tiempo, reconozca “los derechos laborales del sector mediante la creación del Estatuto Básico de Bomberos Forestales, que reconozca las funciones propias de estos servicios en el medio natural y rural, y los aspectos de salud y prevención de riesgos laborales, así como las categorías profesionales y sus especificaciones de formación”.

35. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

- c) La tercera, en cambio, se refiere precisamente a la promoción de “la mejora de la estabilidad” y de las “condiciones de empleo en los servicios aéreos de rescate”.
- d) La cuarta que se establece es la “mejora de los recursos de los servicios de salvamento marítimo, fortaleciendo la estabilidad de su plantilla, su carácter civil y su función exclusiva de salvamento”.

Finalmente, las partes se comprometen a continuar con “la equiparación salarial de los policías y de los guardias civiles”.

3. OTRAS MEDIDAS RELATIVAS AL EMPLEO Y A LA PROTECCIÓN SOCIAL QUE SE RECOGEN EN LOS DEMÁS EJES PRIORITARIOS DEL ACUERDO

Las medidas expuestas en el apartado anterior (integradas, como se ha expuesto, en el contenido del primer eje del Acuerdo) no son las únicas que inciden sobre el empleo y la protección social. Aprovecharemos este tercer apartado para recordar y comentar algunas otras que se incluyen en el contenido de otros ejes prioritarios, quizás menos conocidas, pero con gran incidencia en la materia.

3.1. El sostenimiento del Sistema de Protección Social

El segundo eje prioritario establecido en el Acuerdo, que se titula “Derechos sociales, regeneración democrática, ciencia e innovación”, persigue la finalidad específica de contribuir al sostenimiento del sistema de protección social³⁶, tanto desde la perspectiva de la sanidad y de los servicios sociales como desde el punto de vista de la Seguridad Social y de otras áreas que repercuten de manera directa en el bienestar individual y social de la persona o de los colectivos en que se integra (educación, empleo, vivienda...).

Por lo que respecta al apartado segundo del citado eje de actuación, que se enfoca precisamente a la sanidad, interesa señalar que el mismo incluye catorce interesantes medidas que se enumeran a continuación:

- a) La eliminación progresiva de los copagos introducidos en el año 2012.
- b) La introducción progresiva de la llamada prestación bucodental.
- c) La apuesta por una sanidad que se base en la gestión pública directa.
- d) El incremento de los recursos destinados al Sistema Nacional de Salud.
- e) El fomento de la renovación de la tecnología sanitaria con el propósito principal de que el Sistema Nacional de Salud sea un referente en innovación tecnológica,

36. Respecto a las diferentes crisis de la protección social, resulta muy recomendable el siguiente trabajo: Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La(s) crisis de la protección social en Europa”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 23, 2011, pp. 12-20.

- poniendo a disposición de la ciudadanía los mejores instrumentos diagnósticos y de tratamiento.
- f) La apuesta por la digitalización sanitaria, que puede contribuir de forma decidida a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, evitando duplicidades en la realización de pruebas diagnósticas, etc.
 - g) La orientación de las políticas relativas a la industria farmacéutica hacia el cuidado de la salud de la población, priorizando la eficiencia y la transparencia en la fijación de precios.
 - h) El fortalecimiento de la universalización mediante la tramitación como Ley del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud³⁷, y la derogación definitiva del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones³⁸.
 - i) El avance en la implementación del Marco Estratégico de Actualización de la Atención Primaria.
 - j) El desarrollo de un sistema de atención temprana que implique el reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo a la atención temprana integral, universal, gratuita y pública y sin discriminaciones en virtud del lugar de residencia.
 - k) La integración de las necesidades de las enfermedades raras en la planificación global de la cobertura universal.
 - l) La actualización de la Estrategia de Salud Mental, con el propósito de construir un verdadero sistema de atención, con un enfoque de género y derechos humanos, que atienda a los pacientes crónicos.
 - m) La mejora de las condiciones del personal sanitario, agilizando el proceso para garantizar el cumplimiento del II Acuerdo en materia de sanidad e impulsando un programa de retorno de aquellos profesionales que se han tenido que ir a trabajar fuera de España.
 - n) El aumento de los recursos para dotar el Fondo de Cohesión Sanitaria.

Por otro lado, en relación con la cuestión de los derechos sociales, cabe señalar que en otro apartado del segundo eje se menciona la clara intención de mejorar la “financiación del Sistema de Atención a la Dependencia para reducir las listas de espera” y las “cuantías en el nivel mínimo y en el acordado de Dependencia”, para revertir así “los recortes llevados a cabo por el Gobierno del Partido Popular en 2012”.

Por último, cabe destacar otro importante apartado, titulado “Pensiones, Inclusión y Seguridad Social”, que pretende, entre otras cosas, garantizar unas pensiones dignas a través de la suficiencia y revalorización del sistema público de pensiones. En este marco, se encuadran algunas medidas como las que seguidamente se enumeran: el planteamiento (a todas las fuerzas políticas y a los agentes sociales) de un nuevo Pacto de Toledo, que garantice la sostenibilidad y la suficiencia del sistema público

37. BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018.

38. BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.

de pensiones; la actualización de las pensiones conforme al IPC real mediante ley de manera permanente y el aumento del poder adquisitivo de las pensiones mínimas y de las no contributivas; la reducción de la brecha de género en las pensiones y la revisión de las pensiones de viudedad, garantizando la igualdad de trato en los supuestos de parejas sin vínculo matrimonial; y la revisión del sistema de cobertura de lagunas y determinación de la base reguladora para evitar perjuicios a las personas con carreras profesionales irregulares y el complemento por maternidad para hacerlo más equitativo y evitar la perpetuación de roles de género.

Tras lo expuesto en las líneas anteriores, se establece la pretensión de reformar el sistema de Seguridad Social, “en el marco del diálogo social, y del Pacto de Toledo, con máxima transparencia, para garantizar su sostenibilidad a medio y largo plazo”. En este sentido, el documento aclara, por un lado, que se analizarán y desarrollarán medidas que permitan garantizar el incremento de los ingresos de forma estructural, descargando a la Seguridad Social de gastos impropios y asegurando la sostenibilidad del Sistema; y, por otro lado, clarifica que se revisarán las bonificaciones a la contratación con la finalidad de reducirlas, garantizando así el mantenimiento de aquellas que contribuyan a la inserción en el mercado laboral de los colectivos especialmente vulnerables.

Además de lo anterior, se observa en el texto el firme compromiso de eliminar el factor de sostenibilidad y el índice de revalorización de pensiones de la Seguridad Social que se prevén en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social³⁹, siempre asegurando la sostenibilidad del sistema “a medio y largo plazo”. Debemos recordar que dicha eliminación, tal y como ha puesto de manifiesto algún autor, es una reivindicación unánime del colectivo de pensionistas y los sindicatos⁴⁰.

Por último, se dispone expresamente que se pretende desarrollar, aunque sea de manera progresiva y limitada, un ingreso mínimo vital como prestación de la Seguridad Social, comenzando en un primer momento por el aumento decidido de la prestación por hijo a cargo para familias vulnerables, y posteriormente a través de un mecanismo general de garantía de renta para familias sin ingresos o con ingresos bajos. Por lo que respecta a la configuración de este ingreso mínimo vital, hay quien ha señalado que puede “también asociarse a los cambios del sistema productivo que se avecinan, aunque no se diga expresamente”⁴¹.

3.2. La aprobación de una ley sobre libertad de conciencia

En el quinto apartado del eje prioritario quinto (que se denomina “Nuevos derechos y memoria democrática”), se manifiesta claramente la intención de aprobar “una Ley

39. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2013.

40. Baylos Grau, A.: “El Acuerdo de Gobierno PSOE – UNIDAS PODEMOS: primera impresión sobre los aspectos laborales”, 2019, <https://baylos.blogspot.com/2019/12/el-acuerdo-de-gobierno-psoe-unidas.html>.

41. Goerlich Peset, J. M.: “En la antesala de la contrarreforma”, *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social (LABOS)*, vol. 1, núm. 1, 2020, p. 8.

sobre Libertad de Conciencia que garantice la laicidad del Estado y su neutralidad frente a todas las confesiones religiosas". En este sentido, nos parece oportuno señalar que esta norma podría tener efectos significativos sobre el derecho de libertad religiosa en el marco de las relaciones laborales.

3.3. La garantía de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y de la ocupación

En el eje séptimo del Acuerdo, que lleva por título "Políticas feministas"⁴², se incluye un interesante apartado que contiene cinco medidas "para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación" que, desde luego, pueden tener una gran repercusión en la legislación laboral.

La primera medida que se establece en el mencionado apartado se refiere, por un lado, a la garantía de "la igualdad retributiva" y a la profundización "en la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, a través, entre otras, de medidas como la transparencia salarial, obligando a las empresas a llevar un libro de salarios" y, por otro, al avance "en la implantación de planes de igualdad en las empresas de 50 o más trabajadores, que deberán ser inscritos en el registro que se creará reglamentariamente".

La segunda medida, en concreto, se destina a seguir "impulsando la equiparación por ley de los permisos de paternidad y maternidad iguales e intransferibles. Ello se hará "de forma progresiva, para que estos permisos sean totalmente iguales (16 semanas), intransferibles y retribuidos al 100% en 2021, modificando aquellas trabas actuales que dificultan la no simultaneidad de los permisos". De la misma manera, se indica que se desarrollarán "programas para fomentar la paternidad responsable, para avanzar en la corresponsabilidad en el cuidado de las hijas e hijos".

La tercera medida, en cambio, persigue garantizar "el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, en el caso de personas trabajadoras con hijos o hijas, tras la reincorporación de un permiso de crianza, y hasta que los menores cumplan doce años".

Como salta a la vista, estas tres primeras medidas expuestas no son del todo novedosas, ya que han sido abordadas por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁴³, y ya se encuentran en vigor desde el mes de marzo de 2019, "aunque la efectiva aplicabilidad de algunas de ellas haya sido dilatada en el tiempo"⁴⁴. Ahora bien, "puestos a buscar un sentido a la inclusión de estas medidas en el "nuevo Acuerdo", cabría pensar en el carácter literalmente abierto que algunas de ellas presentan lo que permitiría ulteriores desarrollos –tal es

42. En la presentación de este séptimo eje prioritario se dispone que se pretende "garantizar la seguridad, la independencia y la libertad de las mujeres a través de la lucha decidida contra la violencia machista, y por la igualdad retributiva, el establecimiento de permisos de paternidad y maternidad iguales e intransferibles, el fin de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la elaboración de una Ley de igualdad laboral".

43. BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

44. Goerlich Peset, J. M.: "En la antesala de la contrarreforma", ob. cit., p. 13.

el caso de los “programas para fomentar la paternidad responsable, para avanzar en la corresponsabilidad”-. Y acaso también en las referencias a la Ley que se contienen en alguna de ellas, que podrían vincularse al interés en orillar los problemas sobre la utilización del decreto-ley (...) –el RDL 6/2019 está pendiente ante el TC–⁴⁵.

Para velar por el cumplimiento de estas medidas, se establece en el Acuerdo que se potenciarán las inspecciones laborales, se incrementará el régimen sancionador y se creará “la Oficina Estatal de lucha contra la discriminación en la Inspección de Trabajo, con especial atención a las que sufren las mujeres, integrada en el Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, para supervisar la igualdad en el acceso al empleo, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, especialmente las retributivas y en el acceso a la formación profesional, tanto del sistema educativo como para el empleo”.

Además de lo anterior, se prevé la adopción de “medidas para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los términos recogidos en la Ley de Igualdad 3/2007 en los organismos y órganos públicos y en los consejos de administración de las sociedades públicas y privadas, de forma progresiva en los próximos cuatro años; y en los órganos de toma de decisiones sobre las condiciones laborales, sobre los procesos electorales, sobre los convenios colectivos o sobre los acuerdos profesionales, como exigen las directivas comunitarias”.

Finalmente, se hace mención a la intención de “impulsar y aprobar un pacto social y político por la racionalización de los horarios”, que se procurará “acordar con todos los agentes sociales y políticos”.

4. ALGUNAS MEDIDAS ACORDADAS QUE SE HAN ADOPTADO HASTA EL MOMENTO

Seguidamente, se identifican algunas de las medidas acordadas en materia de empleo y protección social que se han tomado hasta el momento:

En primer término, conviene señalar que, al poco tiempo de constituirse el gobierno de coalición progresista, el Real Decreto-ley 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social⁴⁶, se ha colocado en la misma línea que una de las medidas establecidas en el segundo eje prioritario de actuación del Acuerdo (titulado “Derechos sociales, regeneración democrática, ciencia e innovación”) que ya hemos estudiado en el epígrafe inmediatamente anterior.

Con efectos de uno de enero de 2020, este real decreto-ley se ocupa de establecer una revalorización de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y no contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, del 0,9%, no siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 58

45. Goerlich Peset, J. M.: “En la antesala de la contrarreforma”, ob. cit., p. 13.

46. BOE núm. 13, de 15 de enero de 2020.

del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre⁴⁷, y en el art. 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril⁴⁸. Como complemento a esta previsión, el real decreto-ley contiene un anexo en el que se incluyen las cuantías de las pensiones mínimas, de otras pensiones y prestaciones públicas, así como los haberes reguladores de las pensiones de Clases Pasivas y las cuantías aplicables a las pensiones especiales de guerra para el año 2020.

Por otro lado, cabe mencionar que Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020⁴⁹, también se sitúa en la línea de otra de las importantes medidas que figuran en el Acuerdo (la subida del “Salario Mínimo Interprofesional hasta alcanzar progresivamente el 60% del salario medio en España tal y como recomienda la Carta Social Europea”). Mediante este real decreto se establecen las cuantías del salario mínimo interprofesional (contenido en el art. 27.1 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁰) que deben regir a partir del día 1 de enero de 2020, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para los empleados de hogar.

Las nuevas cuantías, que representan un incremento del 5,5% respecto de las previstas en el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019⁵¹, cuyos efectos fueron prorrogados por el Real Decreto-ley 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de Seguridad Social⁵², quedaron fijadas en:

- 31,66 euros por día o 950 euros por mes, según que el salario esté fijado por días o por meses, para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios.
- 44,99 euros por jornada legal para los trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días.
- 7,43 euros por hora efectivamente trabajada para los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, y conforme al art. 8.5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁵³.

47. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

48. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987.

49. BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2020.

50. El art. 27.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone expresamente lo siguiente: “El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta: a) el índice de precios de consumo; b) la productividad media nacional alcanzada; c) el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional; d) la coyuntura económica general. Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado. La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel”.

51. BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018.

52. BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2019.

53. BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011.

El mencionado real decreto contiene una disposición transitoria única que incluye reglas de afectación con el propósito “de evitar que el incremento del salario mínimo interprofesional provoque distorsiones económicas o efectos no queridos en los ámbitos no laborales que utilizan el salario mínimo interprofesional a sus propios efectos”.

Precedido de una enorme polémica y de todo tipo de interpretaciones, que hacen que el salario mínimo interprofesional sea considerado un “héroe” para unos, y un “villano” para otros, algún autor⁵⁴ trata de reconducir por cauces más realistas el significado real de la subida⁵⁵.

En tercer lugar, hay que hacer referencia al Real Decreto-ley 4/2020, de 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 Trabajadores⁵⁶: un precepto especialmente complicado, incómodo y ya tradicional en el ámbito del Derecho del Trabajo, que ha venido respondiendo a la finalidad de hacer frente al absentismo laboral.

Mediante este real decreto-ley, la autoridad gubernamental-legislativa, no solo ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico-laboral desafortunados vestigios del pasado, sino que ha contribuido al logro de los siguientes objetivos: primeramente, garantizar el cumplimiento de la normativa de la Unión Europea y, en particular, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cumpliendo así con el principio de primacía del derecho europeo; en segundo lugar, responder a la necesidad imperativa de evitar que se produzcan más resoluciones judiciales a nivel interno que resulten contradictorias entre sí (recordemos que en los últimos años algunos órganos judiciales han interpretado el art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores conforme a la normativa y la jurisprudencia europeas, mientras que otros se han limitado a aplicar el porcentaje previsto en el citado precepto sin sujetarlo a un juicio de adecuación y proporcionalidad); y, en tercer lugar, evitar que se originen, como consecuencia de la aplicación del precepto legal que se ha derogado, discriminaciones directas o indirectas para colectivos especialmente vulnerables que se hallan en un alto riesgo de exclusión profesional y social (por ejemplo, por razón de discapacidad o género)⁵⁷.

Sin embargo, aunque el Real Decreto-ley 4/2020 ha supuesto un notorio avance para la consecución de los objetivos previamente mencionados y ha acabado finalmente con la causa establecida en la letra d) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, ello no es del todo suficiente, ya que dicha norma no ha acabado también con la posibilidad de despedir por acumulación de faltas justificadas de asistencia debidas a enfermedad⁵⁸.

54. Molina Navarrete, C.: “Baños (concesiones) de realismo jurídico-laboral en la antesala de una minicontrarreforma: dos almas (en duelo), una (sola) virtud (justo equilibrio)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 443, 2020, pp. 5-22.

55. CEF: “Publicado el real decreto por el que se fija el SMI para 2020”, disponible en: <https://www.laboral-social.com/publicado-real-decreto-salario-minimo-interprofesional-2020.html>.

56. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2020.

57. Gómez Salado, M. Á.: “El Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 446, 2020.

58. Gómez Salado, M. Á.: “El Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables”, ob. cit.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿IMPEDIRÁ LA CRISIS DEL COVID-19 LA PUESTA EN MARCHA DEL RESTO DE MEDIDAS ACORDADAS?

De lo expuesto anteriormente, puede destacarse que algunas de las medidas recogidas en el Acuerdo se han materializado ya, una vez constituido el gobierno de coalición, en la revalorización de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social, en la subida del salario mínimo interprofesional (que el presente año alcanza los 950 euros mensuales y que, a lo largo de la legislatura, pretende ir incrementándose hasta alcanzar progresivamente el 60% del salario medio en España, tal y como recomienda la Carta Social Europea) y en la derogación de la fórmula del despido por faltas de asistencia al trabajo establecida en el art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, entendemos que si bien se han logrado ya algunas mejoras concretas que redundan de manera clara en el beneficio de los trabajadores, estas medidas aún se quedan cortas para garantizar el cumplimiento de las numerosas promesas electorales. Casi con total certeza, la complicada situación política y la actual situación de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 serán los principales impedimentos para poner en marcha el resto de medidas acordadas en materia de empleo y protección social.

En conclusión, aunque se puede apreciar que la reforma ya ha avanzado un poco en la protección de aquellas personas que conforman la parte más débil de la relación laboral, habrá que esperar, para hacer una valoración más precisa, a las futuras respuestas de los diferentes actores políticos y al balance que pueda dejarnos el desarrollo de la actual crisis sanitaria.

Bibliografía

- Miguel Ángel Gómez Salado: *Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado "Coalición Progresista": un análisis jurídico laboral*
- Arias Domínguez, Á.: "La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el salario mínimo interprofesional", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- Arias Domínguez, Á.: *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.
- Baylos Grau, A.: "El Acuerdo de Gobierno PSOE – UNIDAS PODEMOS: primera impresión sobre los aspectos laborales", 2019, <https://baylos.blogspot.com/2019/12/el-acuerdo-de-gobierno-psoe-unidas.html>.
- Blasco Pellicer, Á. A. y Alegre Nuevo, M.: "La reforma laboral de 2010", *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 19, 2010.
- CEF: "Publicado el real decreto por el que se fija el SMI para 2020", disponible en: <https://www.laboral-social.com/publicado-real-decreto-salario-minimo-interprofesional-2020.html>.
- Galiana Moreno, J. M.: "Apuntes sobre la reforma laboral de 2012", *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2013.
- García Murcia, J.: "La Reforma Laboral de 2012", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. extra 119, 2015.
- Goerlich Peset, J. M.: "En la antesala de la contrarreforma", *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social (LABOS)*, vol. 1, núm. 1, 2020.

- Gómez Salado, M. Á.: "El empleo de los jóvenes: un análisis de las políticas de empleo juvenil en el ámbito local", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018.
- Gómez Salado, M. Á.: "El Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 446, 2020.
- Gómez Salado, M. Á.: "Nuevas medidas para consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad y su impacto en la legislación laboral: contratación, fraude laboral, economía social, SMI, despido por absentismo, desempleo...", comunicación presentada al III Congreso internacional sobre economía social y desarrollo local sostenible, 25 de febrero a 10 de marzo de 2020.
- Gómez Salado, M. Á.: *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2019.
- González Cobaleda, E.: "Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. extra 1, 2019.
- González Cobaleda, E.: "La economía de plataformas y la necesidad de un enfoque de seguridad y salud en el trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020.
- González Ortega, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 1983.
- Llompart Bennàssar, M.: "La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 57, 2019.
- López Insua, B. M.: "Fronteras entre el trabajo asalariado y el autónomo: el trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV.: *The balance between worker protection and employer powers: insights around the world*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2018.
- Lousada Arochena, J. F.: "La reforma laboral de 2010 en España", *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 240, 2010.
- Molina Navarrete, C.: "Baños (concesiones) de realismo jurídico-laboral en la antesala de una minicontrarreforma: dos almas (en duelo), una (sola) virtud (justo equilibrio)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 443, 2020.
- Molina Navarrete, C.: "La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y "versos sueltos"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 352, 2012.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2019.
- Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013.
- Puebla Pinilla, A. de la y Gómez Abelleira, F. J.: *Reforma laboral 2010 (Memento experto)*, Francis & Taylor, Madrid, 2010.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La(s) crisis de la protección social en Europa", *Foro de Seguridad Social*, núm. 23, 2011.
- Sempere Navarro, A. V.: "Perspectivas electorales de la legislación laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 909, 2015.
- Vila Tierno, F.: "¿Por dónde irá la negociación colectiva a propuesta del "nuevo" Gobierno?", *GVA Gómez-Villares & Atencia*, 2020, <https://www.gva-atencia.com/negociacion-colectiva/>.
- Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- Vila Tierno, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa: reflexiones tras cinco años de la última reforma laboral*, Comares, Granada, 2017.
- Villalba Eguiluz, U. y Pérez de Mendiguren, J. C.: "La economía social y solidaria como vía para el buen vivir", *Revista iberoamericana de estudios de desarrollo*, vol. 8, núm. 1, 2019.



Análisis del derecho humano de la seguridad social desde el convenio bilateral vigente entre México y España

ANALYSIS OF THE HUMAN RIGHT OF SOCIAL SECURITY FROM BILATERAL AGREEMENT SIGNED BETWEEN MEXICO AND SPAIN

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora Investigadora a Tiempo Completo

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel II

Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)

gabymendizabal@yahoo.com.mx 0000-0003-3681-4025

Oscar Javier Apáez Pineda

Profesor Investigador a Tiempo Completo

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel C

Universidad La Salle (México)

oscar.apaez@lasalle.mx 0000-0003-2865-2740

Recibido: 28.05.2020. Aceptado: 11.06.2020

RESUMEN

El presente artículo analiza el Convenio de Seguridad Social celebrado entre México y el Reino de España de 1994 desde la perspectiva de la seguridad social como derecho humano. En ese sentido, se divide en 5 apartados: el primero precisa la manera en la cual se materializa la seguridad social como derecho humano en México; el segundo presenta un esbozo de la relación bilateral de México y España a través de sus convenios bilaterales; en el tercero y cuarto se analizan propiamente el convenio bilateral: los regímenes y tipos de relaciones laborales a las cuales les aplica lo pactado, así como las prestaciones y su materialización. Por último, el quinto apartado contribuye a la reflexión de la importancia de este convenio -como parte del Derecho Internacional de la Seguridad Social- para la justiciabilidad de la seguridad social como derecho humano.

ABSTRACT

The article analyzes the Social Security Agreement between Mexico and the Kingdom of Spain of 1994 from the perspective of social security as a human right. In this sense, it is divided into 5 sections: The first one specifies the way in which social security is materialized as a human right in Mexico; the second presents an outline of the bilateral relationship between Mexico and Spain through their bilateral agreements; In the third and fourth, the bilateral agreement is properly analyzed: the regimes and types of labor relations to which the agreement applies, as well as benefits and their materialization. Finally, the fifth section contributes to reflecting on the importance of this agreement -as part of International Social Security Law- for the justiciability of social security as a human right

PALABRAS CLAVE

Migración
Derecho Internacional de la Seguridad Social
Convenio bilateral de seguridad social entre México y España

KEYWORDS

Migration
International Social Security Law
Bilateral social security agreement between Mexico and Spain

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO
3. ANTECEDENTES Y CONVENIOS DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA
4. GENERALIDADES DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL FIRMADO EN 1994
 - 4.1. Sujetos y delimitación
 - 4.2. Beneficios y disposiciones generales aplicables
5. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONVENIO
 - 5.1. Pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia
 - 5.2. Pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
6. LA IMPORTANCIA DEL CONVENIO BILATERAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

De manera general, los convenios internacionales de seguridad social se celebran con la finalidad de proteger a los trabajadores migrantes formales que transitan entre los países que los celebran, otorgando prestaciones en especie y económicas, a través del aprovechamiento de la totalización de los periodos cotizados en ambos países.

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos es un instrumento internacional importante para los trabajadores de ambos países, y más relevante aún si se analiza desde la óptica de los derechos humanos y de la justiciabilidad de los mismos a través de la construcción del Derecho Internacional de la Seguridad Social.

Es decir, la seguridad social ha sido declarada por diversos instrumentos jurídicos internacionales como un derecho humano, por lo que entonces su reconocimiento no depende de fronteras, raza, nacionalidad o de satisfacer requisitos administrativos del derecho migratorio; sin embargo, el instrumento más eficaz para proteger y en específico otorgar prestaciones de seguridad social exigibles a los ciudadanos de un Estado en otro, son los convenios internacionales, que a su vez son parte fundamental del Derecho Internacional de la Seguridad Social.

De tal manera que, este artículo analiza la relación jurídica vigente entre dos países soberanos: México y España; a través del análisis del convenio de Seguridad Social celebrado entre México y el Reino de España de 1994 y su Convenio Complementario, de manera integral y en relación con el cambio de paradigma constitucional, para intentar responder las siguientes interrogantes: ¿Podemos considerar que el convenio se apega al Derecho Humano a la Seguridad Social? La hipótesis que se intenta comprobar es la necesidad modificar el convenio para poder otorgar seguridad social como un derecho humano.

Para poder dar respuesta a estas interrogantes se parte del análisis conceptual de la seguridad social en México y su reconocimiento como derecho humano; posteriormente se presentan brevemente los antecedentes al convenio de seguridad

social entre México y España para estar en posibilidad de entrar al análisis del convenio firmado en 1994 y por último, se presenta la importancia de este instrumento jurídico internacional en la construcción del Derecho Internacional de la Seguridad Social vigente. Por supuesto, que se cierra con las respectivas conclusiones y fuentes de investigación.

2. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO

El derecho humano de la seguridad social se encuentra en constante evolución, ya que su objetivo primordial: satisfacer las necesidades básicas y proteger de los riesgos sociales a toda la población permanece constante, pero las prestaciones que se otorgan para lograr ese objetivo se materializan en prestaciones para la atención a la salud (servicios médicos) y protección de los medios de subsistencia (pensiones, indemnizaciones, rentas, etc.) y estas, están en cambio permanente.

Es decir, las características de las contingencias son diversas y cambiantes, por lo que en cada sociedad es necesario que la seguridad social también se adapte a cada nueva circunstancia para poder otorgar las prestaciones encaminadas específicamente a dar atención a la salud y protección de los medios de subsistencia. De tal suerte que, si se presenta una pandemia, como la del Covid-19, la seguridad social tendrá que adaptarse para otorgar prestaciones que garanticen ese derecho humano, en este caso prestaciones médicas especializadas. Lo mismo se podría analizar con el ejemplo del uso de las tecnologías digitales propias de la 4ª revolución industrial en las fábricas, donde la necesidad es la protección por desempleo, etc.

En ese sentido, la Organización Internacional del Trabajo define a la seguridad social “como un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida en cada una de sus etapas”¹. Y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 contempla en su artículo 22 como derecho humano a la noción de seguridad social, de conformidad con Sanchez Castañeda: se puede inferir, que este artículo señala el derecho de toda persona a gozar de sus derechos económicos sociales y culturales, incluyendo el de la seguridad social².

Por su parte, en México, en el año 2011 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada para dar paso al inicio del garantismo constitucional de los derechos humanos. Lo anterior, derivado de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales de las personas (como el emblemático caso Rosendo Radilla Pacheco vs. El Estado Mexicano).

1. Organización Internacional del Trabajo: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, 2019, p. 1.
2. Sánchez Castañeda, A.: “La protección social en la teoría de los derechos humanos”, en Morales Ramírez, M. y Apérez Pineda, O. (coords.): *El impacto de la reforma en materia de Derechos Humanos en la Seguridad Social en México*, CNDH, México, 2018, p. 95.

Lo que evidenció que el Estado mexicano había celebrado tratados internacionales específicos en materia de derechos humanos³, sin actualizar debidamente el marco normativo interno en esta materia. Los principales cambios que se originaron con la reforma constitucional fueron:

- La incorporación de todos los derechos humanos de los tratados internacionales ratificados por México.
- La obligación de las autoridades de guiarse por el principio *pro persona* cuando apliquen normas de derechos humanos, lo que significa que deben preferir la norma o la interpretación más favorable a la persona.
- La obligación para todas las autoridades, sin distinción alguna, de cumplir con cuatro obligaciones específicas:
 - ▶ Promover.
 - ▶ Respetar.
 - ▶ Proteger.
 - ▶ Garantizar los derechos humanos⁴.

Esta reforma constitucional significó un avance, porque de un lado concretiza la protección de los derechos humanos de las personas y dentro de ellos el Derecho de la Seguridad Social, y de otro contribuye a la certidumbre en la ratificación de convenios internacionales y su aplicación nacional. En virtud de ello, la seguridad social sufrió un impacto que le cambió no solo su manera de conceptualizarse como derecho humano, sino sobre todo en la manera de materializar su protección.

Al respecto podemos mencionar interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la tesis XV.3o.9 A (10a.) cuyo rubro señala: “Pensión jubilatoria. La omisión recurrente de pagarla oportunamente viola los derechos humanos a la dignidad, al mínimo vital y a la seguridad social de los jubilados”⁵. En este criterio, la Corte reconoce el carácter de la seguridad social como derecho humano y su indisoluble nexo con la dignidad humana por lo que una violación en la materialización de una prestación o derecho derivado de la seguridad social entraña una vulneración de la dignidad humana y de se violan las obligaciones del estado de otorgar protección a los asegurados por algún instituto de seguridad social.

Por otra parte, la propia Corte ha establecido que la dignidad humana constituye la base de los derechos humanos⁶, y en una jurisprudencia ha precisado que no se

3. Convención Americana de Derechos Humanos (1981); Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (1981); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002).

4. Secretaría de Gobernación: *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, GOB, en <https://www.gob.mx/segob/articulos/por-que-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>, consultado el 20 de abril de 2020.

5. Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 75, febrero de 2020, tomo III, p. 2361, Tesis Aislada (Constitucional, Administrativa).

6. Véase: Tesis: I.10o.A.1 CS (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 54, mayo

trata de un criterio moral, sino una norma jurídica que permea a todos los derechos humanos incluidos en la constitución y que merece más amplia protección jurídica⁷.

En ese sentido, es importante precisar que, aunque la seguridad social se trata de un derecho humano reconocido, merecedor de la más amplia protección y cuyo acceso debería ser en igualdad de condiciones para cualquier ser humano, la organización para su materialización conserva sus características históricas. En ese sentido, tenemos que para su materialización se cuentan con diversas herramientas: seguros sociales, asistencialismo social y la beneficencia pública.

De los mencionados, adquieren especial importancias los seguros sociales ya que estos van a otorgar la protección de la mayoría de los trabajadores del país y es precisamente la institución, a la que se refiere el convenio para materializar la protección que en él se pacta.

Así pues, tenemos que para los trabajadores de la iniciativa privada corresponde su aseguramiento en el Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante IMSS) y según el reporte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en el año 2020, cuenta con un promedio de 17 millones de trabajadores permanentemente asegurados⁸.

Para la materialización de la protección de la seguridad social, el IMSS cuenta con distintos regímenes de aseguramiento y distintas ramas o seguros que otorgan diversas prestaciones y que a continuación de manera general describiremos.

La Ley del Seguro Social establece en su artículo 6° que el IMSS cuenta con dos regímenes de aseguramiento, el régimen obligatorio y el régimen voluntario, el primero de los mencionados aplica para cualquier relación de trabajo y el segundo para personas que sin relación de trabajo deseen contratar ciertos seguros del Instituto.

En ese sentido, el artículo 12 de la LSS establece que los sujetos que deben asegurarse ante el régimen obligatorio son los siguientes:

1. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones.

de 2018, tomo III, p. 2548, Aislada (Constitucional) cuyo rubro dice: "Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente".

7. Véase: Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, tomo II, p. 633 Jurisprudencia (Constitucional) cuyo rubro dice: "Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética".

8. Secretaria del Trabajo y Previsión Social: *Puestos de Trabajo Registrados en el Instituto Mexicano del Seguro Social*, disponible en: http://siel.stps.gob.mx:303/ibmcognos/cgi-bin/cognos.cgi?b_action=cognosViewer&ui.action=run&ui.object=XSSSTART*2fcontent*2ffolder*5b*40name*3d*27Sitio*20STPS*27*5d*2ffolder*5b*40name*3d*271.*20Asegurados*20en*20el*20IMSS*27*5d*2freport*5b*40name*3d*27Total*20de*20Trabajadores*27*5dXSSSEND&ui.name=XSSSTARTTotal*20de*20TrabajadoresXSSSEND&run.outputFormat=&run.prompt=true, consultado el 20 de abril de 2020.

2. Los socios de sociedades cooperativas.
3. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes.
4. Las personas trabajadoras del hogar.

De las enumeradas, es conveniente precisar que los socios de las sociedades cooperativas son quienes con mayor dificultad les aplicaría un convenio internacional de protección de seguridad social, ya que por la naturaleza del trabajo que desempeñan y de la fuente de trabajo donde laboran cuentan con la característica de ser socios y trabajadores a la vez.

Por su parte, reviste especial importancia la protección para personas que por decreto el ejecutivo a señalado que deben ser asegurados por el IMSS como es el caso de los campesinos, pues aún continúan siendo costumbre que campesinos mexicanos emigren a distintos puntos del mundo para realizar trabajos agrícolas, la misma situación aplica para las personas trabajadoras del hogar.

En relación con la protección que el IMSS otorga a sus asegurados en el régimen obligatorio el artículo 11 de la LSS señala que comprende los seguros de:

1. Riesgos de trabajo.
2. Enfermedades y maternidad.
3. Invalidez y vida.
4. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.
5. Guarderías y prestaciones sociales.

Por lo que, como puede observarse la idea del Derecho de la Seguridad Social se materializa a través de la protección de la salud de las personas trabajadoras en su centro de labores (riesgos de trabajo), su salud fuera del centro de trabajo (enfermedades generales) la contingencia de la maternidad o paternidad, el riesgo de quedar inválido; el riesgo de morir; la contingencia de la vejez (retiro, cesantía y vejez); además de prestaciones que tienden a elevar la calidad de vida del trabajador y su familia (guarderías y prestaciones sociales).

De forma que estas ramas de aseguramiento materializan la protección de seguridad social y contribuyen a materializar el derecho humano a la seguridad social de las personas trabajadoras.

3. ANTECEDENTES Y CONVENIOS DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

Desde principios del siglo XIX la celebración de tratados, acuerdos y convenios entre México y España han sido constantes, siendo el Tratado de Paz y Amistad firmado el

28 de diciembre de 1836 el primero de ellos⁹. En la actualidad, se han firmado alrededor de 45 documentos que regulan diversas temáticas, tales como aduanales, comerciales, fiscales, educativos, culturales y por supuesto en materia de seguridad social¹⁰.

En México, la celebración de tratados internacionales de esta naturaleza tiene raíces en el hecho de haber firmado el Convenio Internacional del Trabajo No. 118 relativo a la igualdad de trato de Nacionales y Extranjeros en Materia de Seguridad social, mismo que entró en vigor el 6 de enero de 1979. A partir de la firma de ese convenio el Estado Mexicano celebró dos convenios con España: 1) Convenio Básico de Cooperación en materia de Seguridad Social entre México y España, firmado en la Ciudad de México el 7 de noviembre de 1979 y 2) Acuerdo sobre Transferencia de Pensiones, firmado en la Ciudad de México el 7 de noviembre de 1979; mismos que mantuvieron su vigencia hasta el año de 1994 cuando se celebró el Convenio de seguridad social celebrado entre México y el Reino de España de 1994 del 25 de Abril de 1994 y su Convenio Complementario del 8 de abril del 2003, que entró en vigor el 1 de abril de 2004, según se establece en su artículo 3.

Dentro de los documentos que se han firmado entre ambos Estados se encuentran nueve convenios vigentes¹¹:

1. Convenio de propiedad literaria, científica y artística (1924).
2. Convenio básico de cooperación científica y técnica (1977).
3. Convenio de cooperación cultural y educativa. (1977).
4. Convenio sobre transporte aéreo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España (2017).
5. Convenio zoo y fitosanitario para la importación-exportación entre ambos países de animales, productos de origen animal, vegetales y sus productos (1982).
6. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil (1989).
7. Convenio de seguridad social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en Madrid el 25 de abril de 1994, y Acuerdo administrativo para su aplicación, firmado en Madrid el 28 de noviembre de 1994.
8. Convenio complementario al Convenio de seguridad social de 25 de abril de 1994.
9. Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude y la evasión fiscal y su protocolo (2017).

Como se puede observar, de estos nueve convenios se desprenden dos documentos que regulan temas específicos de seguridad social. Cabe precisar que, la vigencia de estos dos convenios implica que sean norma de aplicación interna obligatoria, por

9. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación: *Guía de tratados bilaterales con Estados*, Gobierno de España, 2018, p. 223.

10. *Ibidem*. pp. 223-228.

11. *Idem*.

lo cual es de suma importancia conocer su alcance y contenido, pues al tratarse de un derecho humano de toda persona es conveniente desentrañar su contenido y alcance, así como los beneficios que otorgan.

4. GENERALIDADES DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL FIRMADO EN 1994

El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos se firmó en Madrid el 25 de abril de 1994 y el Acuerdo administrativo para su aplicación, fue firmado en la misma ciudad el 28 de noviembre de 1994.

Este convenio fue aprobado por el Senado mexicano del 6 de julio de 1994¹², y entró en vigor el primero de enero de 1995¹³.

El principal objetivo de este convenio bilateral internacional es proteger tanto a los trabajadores mexicanos, como españoles que hayan laborado en el país extranjero respecto a la obtención de los beneficios de la seguridad social, garantizándoles una certeza jurídica, reglamentando claramente quién, dónde y cómo podrán acceder a los beneficios de este derecho humano, si se encuentran fuera de su país de origen. Que incluye la conservación de sus derechos adquiridos y el pago de pensiones en el extranjero si fuera el caso. El objeto del convenio se encuentra establecido en su artículo segundo.

Uno de los aspectos sobresalientes de este convenio es el siguiente considerando:

Considerando que actualmente es preferible una sobreprotección en materia de Seguridad Social que una deficiencia de la misma, tratando de potenciar e impulsar para ello el aseguramiento voluntario, con el objeto final de facilitar la circulación de los trabajadores de los diversos países;

Lo cual es notoriamente un gran avance en el reconocimiento de la seguridad social como derecho humano.

Posteriormente y debido a la necesidad de reforzar parte del convenio principal, se firmó un convenio complementario, cuyo principal contenido versa sobre el cálculo de cuantías realizadas en el periodo de seguro voluntario para la obtención de una pensión por motivo de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y supervivencia, el cual no se encontraba debidamente regulado en el convenio principal.

12. Diario Oficial de la Federación: *Decreto por el que se aprueba el Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España*, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4719619&fecha=25/07/1994, consultado el 12 de mayo de 2020.

13. Diario Oficial de la Federación: *Decreto de promulgación del Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España*, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4870906&fecha=16/03/1995, consultado el 12 de mayo de 2020.

4.1. Sujetos y delimitación

Cabe precisar que el propio convenio hace una delimitación respecto de quiénes son los sujetos que se pueden beneficiar de este convenio. Al establecer en su artículo tercero que:

El presente Convenio se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes que acrediten estar o haber estado inscritos en el sistema de seguridad social correspondiente, así como a los miembros de sus familias reconocidos como beneficiarios por la legislación aplicable, en las mismas condiciones que sus propios nacionales.

Luego entonces conforme a la LSS¹⁴, también son sujetos de este convenio, la cónyuge, a falta de este la concubina (o), los descendientes o ascendientes del trabajador, así como sus hijos menores de edad.

Respecto de esta limitación de sujetos consideramos que al igual que con la organización de la materialización de la seguridad social en México no se contempla el acceso a la seguridad a población no asegurada por lo que no se podría hablar de un respeto de la Seguridad Social como Derecho Humano.

Por su parte, el artículo segundo del convenio establece el ámbito de aplicación objetivo, donde refiere que para efectos de los Estados Unidos Mexicanos se aplicará a los regímenes obligatorio y voluntario que se plasman en la Ley del Seguro Social, así como sus reglamentos que versan sobre los siguientes temas:

- a) pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo, y
- b) pensiones derivadas de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte.

Dicho lo anterior, por lo que respecta a México, el convenio solo es aplicable a los trabajadores de la iniciativa privada y trabajadores independientes afiliados voluntariamente al seguro social, donde el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS) es la institución encargada de proteger a este sector de la población. Descartado de entrada, a todos los servidores públicos o miembros de las fuerzas armadas mexicanas, que se rigen por una ley distinta, como lo hemos precisado en el apartado anterior, esta situación hace aún más restrictiva la protección que se otorga en el convenio, reafirmando que la forma de delimitar el alcance de protección de la seguridad social no es como derecho humano¹⁵.

14. Artículo 5A. Fracción XII.

15. En México, todos los trabajadores burócratas federales y aquellos que señala la Constitución Política Mexicana en su artículo 123 apartado B, se registrarán por la Ley del Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado, donde existe un instituto (ISSSTE) encargado de gestionar el seguro social que presta los beneficios de la seguridad social a este sector de la sociedad, por su parte el propio artículo 123 en su fracción XIII establece que los militares y marinos se registrarán por sus propias leyes de seguridad social dando origen a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas (ISSFAM) marco normativo que rige a este sector de la población.

Para el caso de España, se delimita al régimen general y a los regímenes especiales del sistema de la seguridad social que versan sobre las prestaciones de carácter contributivo, referentes a:

- a) pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,
- b) pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia¹⁶.

Aquí se puede mencionar que el régimen general es similar al supuesto mexicano, ya que son considerados sujetos de aplicación de este convenio los trabajadores por cuenta ajena, así como aquellos considerados como asalariados. Sin embargo, se observa una diferencia en el régimen especial, ya que conforme a la Ley General de la Seguridad Social Española se consideran dentro del régimen especial los siguientes sectores de la población:¹⁷

Artículo 10. Regímenes especiales

[...]

2. Se consideran regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- b) Trabajadores del mar.
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes.

[...]

g) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.

Estos trabajadores especiales, en específico los funcionarios públicos y militares, para el caso mexicano, no son sujetos de los beneficios que puedan desprenderse de este convenio, pues como se desarrolló brevemente en párrafos anteriores, la seguridad social de los funcionarios públicos mexicanos tiene un tratamiento especial. Las mismas reglas aplican para el personal militar mexicano. De esta primera diferencia encontramos que desde el ámbito subjetivo la tutela del convenio es mayor para los españoles, que para los mexicanos. Y se observa que para España la protección es de mayor amplitud.

Se debe mencionar que el convenio analizado solo aborda los casos en que se otorgarán pensiones a trabajadores que han cotizado en ambos sistemas de seguridad social de los países involucrados. En ese sentido, el convenio funge como un instrumento de coordinación entre las instituciones competentes de ambos países, para efectos del cálculo y cómputo de periodos de cotización de los trabajadores para el otorgamiento de una de las pensiones estipuladas en el acuerdo.

16. *Idem*.

17. Ley General de la Seguridad Social Española. Artículo 10.

Por ende, las prestaciones en especie como la atención de la salud, no se encuentran reguladas en este convenio, sino por el contrario, cada legislación de los países partes regularán las prestaciones en especie que deriven del otorgamiento de cada una de las pensiones conforme al marco normativo correspondiente.

4.2. Beneficios y disposiciones generales aplicables

La parte fundamental de este convenio bilateral gira en torno a la certeza jurídica de los sujetos que les es aplicable el instrumento. Pues dentro de él se estipula bajo qué ley de seguridad social se registrarán los trabajadores que laboren en un país u otro, es decir, si se someterá a las leyes mexicanas o en su defecto a la española, dependiendo del supuesto en que se encuentre el trabajador conforme a las hipótesis planteadas en el artículo sexto del convenio.

A través de este instrumento se pretende garantizar el derecho a la seguridad social del trabajador dando certidumbre respecto al sistema de seguridad social en el cual se encuentra afiliado, con la intención de poder exigir las prestaciones que emanan de este derecho humano. A su vez se logra materializar el derecho a la no doble cotización en los sistemas de seguridad social de los países involucrados.

Otro punto central del instrumento es la regulación de las pensiones de los trabajadores que sucesiva o alternativamente se hayan sometido a la legislación de uno u otro país. Para ello, el convenio hace la división en dos capítulos para el tratamiento de diferentes tipos de pensiones.

Por lo que respecta al primero versa sobre pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia. En tanto el segundo, se enfoca a las pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A continuación, se analizan:

5. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONVENIO

5.1. Pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia

En este rubro se establecen dos supuestos, en los cuales los trabajadores deberán encontrarse para poder ser acreedor de una pensión de este tipo y beneficiarse de este convenio.

El primer supuesto establece que, si se cumplen con los requisitos establecidos en la legislación de uno o ambos países para adquirir el derecho a la pensión, la institución concedora aplicará la legislación nacional correspondiente, tomando en cuenta solo los periodos de cotización que se llevaron a cabo bajo esa legislación.

El segundo supuesto prevé que, si no se cumplen con los requisitos plasmados en la legislación de uno u otro país para ser acreedor a la pensión, las instituciones concedoras totalizarán los periodos de cotización aportados en las instituciones correspondientes tanto de España, como de México.

Una vez totalizados los periodos de cotización y si con ello se da cumplimiento a los requisitos para tener derecho a la pensión, para efectos del cálculo de la suma de ésta, se deberán aplicar las siguientes reglas:

Ambas partes por separado determinarán la cuantía de la pensión a la que el trabajador tiene derecho, como si los periodos de cotización que fueran totalizados hubieran sido cumplidos bajo su legislación¹⁸.

El importe de la pensión que le corresponda pagar a cada una de las partes se calculará sobre la pensión teórica conforme a lo estipulado en su legislación.

De la totalización de los periodos de cotización solamente se tomarán en cuenta los periodos requeridos para alcanzar el derecho a la pensión conforme a la legislación de la institución concedora¹⁹.

En este apartado cabe abordar la parte fundamental del Convenio Complementario firmado en el año 2003²⁰, ya que el contenido del mismo versa sobre la cuantía aportada a través del seguro voluntario, pues en el convenio principal se establece que para efectos de la totalización de periodos para la obtención de una pensión, si hubiese coincidencia entre periodos cotizados a través del seguro obligatorio con cotizaciones provenientes del seguro voluntario, solamente se deberán computar aquellos que derivan del seguro obligatorio²¹, perdiendo los periodos cotizados aportadas por el trabajador en el régimen voluntario.

Dicho lo anterior, el Convenio Complementario subsana esta violación al derecho del trabajador, pues en su artículo segundo (y el más importante) refiere que para efectos del cálculo de los periodos de cotización para la obtención de la pensión teórica contemplada en el artículo 7 (supuestos anteriormente analizados) del convenio principal, se deberá aumentar la cantidad que corresponda a los periodos aportados en el seguro voluntario que no hayan sido computados a razón de lo estipulado en el artículo 17, apartado 1 del convenio principal. Por lo que el Convenio Complementario brinda protección mayor a los trabajadores que aportaron por sí mismos al régimen voluntario de la institución correspondiente, es decir a los españoles, porque la legislación mexicana no contempla periodos aportados voluntarios, sino solamente aportaciones voluntarias, que no adicionan periodos.

Continuando con las pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y supervivencia, se establecen las bases reguladoras que servirán para fijar el cálculo de este tipo de pensiones, estipulando dos vertientes, primera, al establecer que cada país aplicará su propia legislación de la materia para tales efectos y; segundo, cuando todo o parte del periodo de cotización que se considerará para realizar el cálculo de la base de la pensión por parte de la institución concedora, se cuenten con periodos de cotización realizados al sistema de seguridad social del otro país, en

18. Este tipo de supuesto el convenio lo ha denominado pensión teórica.

19. Cfr. Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, artículo 7.

20. Diario Oficial de la Federación: *Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España del 25 de abril de 1994*, SEGOB, 2004, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=674376&fecha=18/03/2004, consultado el 20 de noviembre de 2018.

21. Cfr. ob. cit., artículo 17, apartado 1.

este supuesto la institución deberá tomar en cuenta los siguientes criterios para determinar dicha base:

1. Por la parte mexicana:
 - a) el cálculo se realizará con base en los periodos reales de cotización que el asegurado haya cubierto durante los años que preceden inmediatamente al pago de la última aportación al Instituto Mexicano del Seguro Social.
 - b) la cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza.
2. Por la parte española:
 - a) el cálculo se realizará en función de las cotizaciones reales del asegurado durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española.
 - b) la cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza²².

Para efecto de determinar el grado de incapacidad, dentro del convenio se pacta que las instituciones competentes encargadas de cada uno de los países deberán tomar en cuenta los informes médicos y la información proporcionada por la institución del otro país para tal hecho. Sin perjuicio a ello, cada una de las instituciones tendrá la facultad para poder designar a un médico para la elaboración del dictamen correspondiente²³.

5.2. Pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El convenio en materia de pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no es muy explícito.

Se rescata de esta parte del convenio que el derecho a la pensión derivado de un riesgo de trabajo será determinado conforme a la legislación del país donde el trabajador se hallase sujeto al producirse el accidente o se haya generado la enfermedad.

Además, el artículo 15 del convenio establece que las enfermedades profesionales deberán seguir las siguientes reglas:

1. En el supuesto de que el trabajador haya realizado la actividad que le provocó la enfermedad profesional de manera sucesiva y alternativa estando sujeto a la legislación de una y otra Parte Contratante, sus derechos se determinarán de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante a la que el trabajador hubiera estado sujeto en último lugar por razón de dicha actividad [...].

22. Artículo 10.

23. Artículo 12.

2. Si después de haber sido reconocida una pensión de invalidez por enfermedad profesional por la Institución competente de una Parte Contratante, el interesado ejerciere una actividad susceptible de agravar la enfermedad profesional que padece estando sujeto a la legislación de la otra Parte Contratante, la Institución competente de la primera continuará abonando la pensión que tenía reconocida sin tener en cuenta la agravación con arreglo a lo dispuesto por su legislación.

En la parte final de este apartado se plasma que, si existiere una incapacidad derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional para efectos de la valoración de la incapacidad, se deberán tomar en cuenta las secuelas de anteriores accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, aun cuando estas se hayan producido estando asegurado por la legislación del otro país.

Cabe señalar que, en el convenio se desarrollan las modalidades de pago que las instituciones podrán utilizar para efectos de cumplir con las transferencias económicas de los trabajadores pensionados que se beneficien de este convenio, resaltado la colaboración administrativa de las instituciones encargadas para poder hacer efectivo este compromiso internacional.

Por último, dentro del convenio bilateral en su artículo 24 se plasman las atribuciones con las que contarán las autoridades competentes involucradas en este compromiso internacional, y lo referente a la solución de controversias, donde se pacta que “las autoridades competentes de cada una de las Partes Contratantes resolverán, de común acuerdo, las diferencias que en la interpretación y en aplicación del presente Convenio y de los Acuerdos Administrativos que al respecto se celebren, pudieran suscitarse”.

Desde la óptica jurídica, es de suma importancia la firma de convenios bilaterales como el analizado; sin embargo, no se encuentran cifras oficiales por parte del Instituto Mexicano de Seguro Social o en su defecto por la Secretaría de Relaciones Exteriores de cuántos connacionales se han beneficiado del convenio celebrado por los dos Estados, que nos permitan conocer la magnitud del alcance de este tipo de compromisos internacionales.

A pesar de ello, este acuerdo internacional da pauta para que tanto las instituciones de seguridad social de ambas naciones, así como los trabajadores, gocen de una protección limitada y cierta certeza jurídica respecto de sus contribuciones y derechos que deviene de la seguridad social y por supuesto, exista una coordinación institucional entre los organismos competentes garantizando ciertas prestaciones como las analizadas en este título.

6. LA IMPORTANCIA DEL CONVENIO BILATERAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La internacionalización de la seguridad social es el proceso a través del cual la protección otorgada mediante prestaciones, concedidas a ciudadanos por el derecho interno de cada país, extiende su ámbito de competencia para establecer dos fenómenos paralelos:

- a) Las normas de seguridad social de un país protegen a sus ciudadanos más allá de sus propias fronteras, por ejemplo: a través de la firma de tratados bilaterales de seguridad social, como el que se analiza actualmente.
- b) Se establecen normas de aplicación internacional que involucran a sujetos de derecho internacional (Estados soberanos y organismos internacionales) en su cumplimiento, con el objetivo de aumentar la cobertura vertical y horizontal de los ciudadanos dentro de sus propios territorios y con ello poder hablar de una estandarización o armonización de prestaciones a nivel mundial²⁴.

En ese sentido, el Derecho Internacional de la Seguridad Social se conforma de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre diversos sujetos de Derecho Internacional, con la finalidad de estandarizar y armonizar la protección de seguridad social que brindan los Estados Soberanos tanto a sus ciudadanos, como a sus inmigrantes, para con ello apoyar a la política de desarrollo internacional socialmente justo.

De manera que, los instrumentos internacionales, como los tratados internacionales y los convenios, tienen gran importancia, por ser parte de las fuentes formales del Derecho Internacional de la Seguridad Social.

Ahora bien, si los sujetos, el objeto, y las prestaciones a otorgar por este instrumento jurídico internacional en materia de seguridad social, de carácter binacional, son tan restringidos, se trata de una visión reduccionista de la seguridad social y no de la concreción del derecho humano de la seguridad social.

7. CONCLUSIONES

1. En la actualidad fenómenos como la globalización, los desastres naturales, el cambio climático, la inseguridad pública, etc. han fomentado la movilidad de las personas traspasando las fronteras geográficas y políticas y una de las posibilidades para materializar la protección que requieren y con ello materializar el derecho humano la seguridad social son los instrumentos internacionales.
2. Independientemente de la causa que origine que se presente una contingencia o genere una necesidad en los trabajadores migrantes, el mecanismo para poder otorgarle prestaciones que le permitan acceder a la atención a la salud y garantizar su subsistencia es la seguridad social.
3. El convenio bilateral de seguridad social entre México y España es parte del marco jurídico del Derecho Internacional de la Seguridad Social y también el vehículo idóneo para materializar el derecho humano de la seguridad social para los trabajadores españoles y mexicanos y fuera de su país, a los que les es aplicable dicho convenio.

24. Mendizábal Bermúdez, G. y Kurczyn Villalobos, P.: "Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017, pp. 37-70.

4. El convenio bilateral de seguridad social entre México y España es un instrumento internacional, que si bien contribuye al desarrollo del Derecho Internacional de Seguridad Social, incluye una visión reduccionista de la seguridad social y requiere de su ampliación para proteger a todos los trabajadores migrantes y garantizarles el derecho humano a la seguridad social, independientemente de la naturaleza jurídica de su relación laboral y de aseguramiento social.

Bibliografía

- Gabriela Mendizábal Bermúdez y Oscar Javier Apáez Pineda: *Análisis del derecho humano de la seguridad social desde el convenio bilateral vigente entre México y España*
- Mendizábal Bermúdez, G. y Kurczyn Villalobos, P.: "Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017.
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación: *Guía de tratados bilaterales con Estados*, Gobierno de España, 2018.
- Organización Internacional del Trabajo: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, 2019.
- Sánchez Castañeda, A.: "La protección social en la teoría de los derechos humanos", en Morales Ramírez, M. y Apáez Pineda, O. (coords.): *El impacto de la reforma en materia de Derechos Humanos en la Seguridad Social en México*, CNDH, México, 2018.
- Secretaría de Gobernación: *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, GOB, <https://www.gob.mx/segob/articulos/porque-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social: *Puestos de Trabajo Registrados en el Instituto Mexicano del Seguro Social*, http://siel.stps.gob.mx:303/ibmcognos/cgi-bin/cognos.cgi?b_action=cognosViewer&ui.action=run&ui.object=XSSSTART*2fcontent*2ffolder*5b*40name*3d*27Sitio*20STPS*27*5d*2ffolder*5b*40name*3d*271.*20Asegurados*20en*20el*20IMSS*27*5d*2freport*5b*40name*3d*27Total*20de*20Trabajadores*27*5dXSSSEND&ui.name=XSSSTARTTotal*20de*20TrabajadoresXSSSEND&run.outputFormat=&run.prompt=true.



¿Se puede ser rentable y solidario?

IS IT POSSIBLE TO BE PROFITABLE AND SUPPORTIVE?

José Manuel Santos Jaén

Profesor contratado del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Murcia

jmsj1@um.es  0000-0003-2832-8158

Recibido: 27.04.2020 | Aceptado: 11.06.2020

RESUMEN

Los Centros Especiales de Empleo (CEE) posibilitan un trabajo a las personas con discapacidad. Existen dos modalidades de CEE con un fin muy distinto. Por un lado, existen CEE cuyo objetivo es la búsqueda de un beneficio, como cualquier otra empresa mercantil, y por otro, CEE cuyo fin es la provisión de empleo a aquellos que tiene mucho más difícil el acceso al mercado de trabajo. Este estudio, tras estudiar las cuentas anuales de los CEE que tienen su sede social en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM), analiza la rentabilidad obtenida por estos CEE, para determinar si existen o no diferencias en función al objetivo perseguido. Para ello se ha realizado una revisión de los antecedentes existentes al respecto y posteriormente, se ha llevado a cabo un estudio empírico analizando los datos económicos de los CEE de la CARM, pudiendo concluir que esta disparidad de objetivos no ha supuesto una diferencia en la rentabilidad obtenida por estas entidades.

ABSTRACT

Special Employment Centers (CEE) enable people with disabilities to work. There are two types of CEE with a very different goals. On the one hand, there are CEE whose objective is the search for a profit, like any other mercantile company, and on the other, CEE whose purpose is to provide employment to those who have much more difficult access to the labor market. This study, after studying the annual accounts of the CEE that have their headquarters in the Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM), analyzes the profitability obtained by these CEE, to determine whether or not there are differences depending on the objective pursued. For this, a review of the existing background in this regard has been carried out and subsequently, an empirical study has been carried out analyzing the economic data of the CARM's CEE, and it can be concluded that this disparity of objectives has not made a difference in profitability. obtained by these entities.

PALABRAS CLAVE

Centro Especial de Empleo
Rentabilidad
Ánimo de lucro
Discapacidad
Solidaridad

KEYWORDS

Special Employment
Centers
Profitability
Non-profit motive
Disability
Solidarity

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES
3. METODOLOGÍA Y MUESTRA
4. RESULTADOS
 - 4.1. Análisis descriptivo
 - 4.2. Análisis explicativo
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Si la falta de empleo ya es una de las principales preocupaciones de la economía nacional, la escasez de empleo para las personas con discapacidad se ha tornado en un verdadero problema cuando se trata de personas con discapacidad, cuya tasa de actividad es un 40% inferior a la de las personas que no sufren ningún tipo de discapacidad. Problema aún mayor en el caso de que se trate de una discapacidad intelectual donde la tasa de paro ronda el 80%¹, lo que convierte en utópica la idea de igualdad entre personas con y sin discapacidad en cuanto a empleo se refiere².

Para intentar solucionar esta desigualdad que permita a las personas con discapacidad desarrollar una actividad fundamental dentro de la vida de cualquier ser humano³ el Estado ha desarrollado una serie de mecanismos como son los enclaves laborales, el empleo con apoyo y los CEE.

Este estudio se va a centrar en estos CEE surgidos en la década de los 80 para intentar mejorar la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Se trata de empresas productoras de bienes y servicios que abarcan todos los sectores económicos con la diferencia de una entidad mercantil al uso de que tal y como establece la legislación, al menos el 70% de sus trabajadores han de tener reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33%.

Los CEE pueden ser tanto de iniciativa pública como privados y entre ellos se distinguen en base al fin con el que han sido concebidos. Existe una modalidad de CEE cuyo objetivo es la obtención de un beneficio (CEE de iniciativa empresarial), mientras que para otros CEE su razón de ser reside en la provisión de un empleo digno a las personas con discapacidad (CEE de iniciativa social). Esta diferente orientación se comprueba al analizar el empleo generado por cada una de estas dos modalidades. Así, en los CEE de iniciativa social en el ejercicio 2015 contrataron un mayor porcentaje de

1. Núñez Bello, M.: "Tú puedes trabajar, yo también", *Autonomía personal*, núm. 19, 2016.

2. Bengoetxea Alkorta, A.: "El empleo de las personas con discapacidad: régimen jurídico básico y algunos apuntes sobre la problemática latente", en Fajardo García, G. (coord.): *Empleo, innovación e inclusión en la economía social: problemática jurídica y social*, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España, Valencia, 2017, p. 73.

3. Pallisera Díaz, M., y Rius Bonjoch, M.: "¿Y después del trabajo, qué? Más allá de la integración laboral de las personas con discapacidad", *Revista de Educación*, núm. 342, 2007, p. 329.

personas con discapacidad severa, en comparación con los CEE de iniciativa empresarial, en concreto un 44% frente a un 14,5%.

Ante la existencia de dos grupos de CEE, en base a su orientación, el objetivo de este trabajo ha sido comprobar, a través del análisis de los estados financieros de los CEE, si existen diferencias significativas.

Una vez establecidos dos grandes grupos en cuanto a la orientación de estos CEE, el objetivo de este estudio es, mediante el análisis de las cuentas anuales de estos CEE, comprobar si la diferente orientación con el que operan los CEE se traduce en una diferente rentabilidad, económica y financiera, de estas entidades, tomando como muestra al conjunto de CEE domiciliados en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Partiendo de los antecedentes existentes, se han analizado los datos económico-financieros de los CEE que conforman la muestra, para comprobar si la búsqueda o no de un lucro, da lugar a la obtención de una rentabilidad distinta.

2. ANTECEDENTES

Para posibilitar la inclusión laboral de las personas con discapacidad en un empleo ordinario, se crearon los CEE, pero además estos fueron también concebidos como un servicio de ajuste personal y social a través de sus unidades de apoyo. En cuanto a la consecución o no de los fines para los cuales fueron creados, los autores se encuentran bastante divididos. Un grupo de autores defienden que a través de los CEE se ha conseguido la integración laboral y social de las personas con discapacidad en este país, ya que mediante los CEE se ha provisto de un empleo remunerado en el que las personas con discapacidad han obtenido la formación y la capacitación necesaria para el acceso al empleo normalizado⁴. Por el contrario, autores como González, Gutiérrez, Gonzáles y Márquez (2017) sostienen que no se ha conseguido mejorar la empleabilidad de las personas con discapacidad.

Otras críticas a estos CEE se basan en el efecto sobreprotector que se produce sobre las personas con discapacidad⁵, el cual más que incluir, excluye a estas personas de la sociedad, imposibilitando su empleo ordinario⁶. Resultado este, totalmente contrario al que se persiguió con la creación de los CEE, ya que se proyectaron como una herramienta que favoreciera la búsqueda por parte de las personas con discapacidad de mayores oportunidades para trabajar en un entorno normalizado⁷. También encontramos críticas en referencia las condiciones en el que se produce este empleo, ya

4. Rubio Arribas, F. J.: "La construcción social del empleo protegido: los Centros especiales de empleo". *Nómadas*, núm. 8, 2003.

5. González González, D.; Gutierrez Barroso, J.; González Herrera, A. I. y Márquez Domínguez, Y.: "Inserción Laboral de Personas con Discapacidad". *European Scientific Journal, ESJ*, vol. 13, núm. 29, 2017.

6. Cueto Iglesias, B.; Malo Ocaña, M. A.; Rodríguez Álvarez, V. y Franco Arias, C.: *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo: análisis empírico con la muestra de vidas laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2007.

7. Esteban Legarreta, R.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003.

que en opinión de O'Reilly⁸, para poder lograr una mínima rentabilidad, los CEE deben de remunerar a sus empleados con un salario muy reducido, como también concluye Cueto⁹. Autores como Camacho y Pérez¹⁰ se centran en el estudio de los inconvenientes específicos de este tipo de empleo, entre los que destaca el absentismo laboral, como consecuencia de las especiales características de estos trabajadores y destacan inconvenientes específicos para los empleadores, como es un mayor absentismo laboral derivado de las especiales circunstancias de las personas con discapacidad.

También se cuenta con estudios que analizan las relaciones laborales que surgen en estas entidades¹¹. Alguno de ellos se centra en estudiar la calidad del empleo que se genera en los CEE¹², y otros dirigen sus esfuerzos en el análisis de la productividad y la eficiencia en los CEE¹³.

En relación al marco normativo básico de los CEE, se debe destacar lo siguiente:

2.1 Ámbito internacional

Por lo que hace al ámbito internacional, como consecuencia de la lucha contra la discriminación y en pro de la igualdad efectiva y real de las personas, la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. En dicha convención, se recogen entre otros, el derecho al empleo, la participación y la inclusión de las personas con discapacidad. Por ello, en su artículo 4 determina que los Estados han de adoptar las medidas pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. Recogiendo explícitamente en su artículo 27 el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, debiendo los Estados promover medidas, incluida la promulgación de legislación, con el objetivo de permitir el acceso efectivo a programas de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación, formación para el empleo, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

8. O'Reilly, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

9. Ob. cit.

10. Camacho Miñano, M. y Pérez, R.: "Centros Especiales de Empleo: Empresas para una sociedad comprometida responsablemente", *Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 12, 2012, pp. 77-90.

11. Jordán de Urríes Vega, F. B. y Verdugo Alonso, M. A.: *Informe sobre la situación de los Centros Especiales de Empleo en España*, Instituto Universitario de Integración de la Comunidad (INICO) de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010.

12. Gómez García, J. M.; Román Ortega, A. y Rojo Jiménez, C.: "Las dimensiones de la calidad del empleo en la economía social: un análisis de las Sociedades Laborales y de los Centros Especiales de Empleo en Castilla y León", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 67, 2010.

13. González Heredia, J.: *Análisis de eficiencia y productividad en entidades del Tercer Sector: Los Centros Especiales de Empleo*, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Politécnica de Cartagena, Cartagena, 2008.

2.2. Ámbito de la UE

El reconocimiento a nivel comunitario de las personas con discapacidad a desarrollar su propio proyecto de vida, lo cual hace necesario garantizar la posibilidad de un empleo digno que les provea de los recursos necesarios para asegurar su independencia, se encuentra reconocido en el Tratado Constitutivo de la UE, en donde se determina en su artículo 13 que el Consejo podrá adoptar acciones adecuadas en la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad. Por este motivo, en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por los Estados miembros. Para ello se han de adoptar medidas de acción positiva que favorezca la adaptación de los puestos de trabajo, así como la realización de ajustes razonables. Dicha directiva considera al empleo y la ocupación como esencial para garantizar la igualdad y la oportunidad de las personas con discapacidad, contribuyendo en su participación plena en la vida cultural, social y económica, a la vez que permitiendo el desarrollo de su proyecto de vida.

Por su parte, el Reglamento (UE) N° 651/2011 de la Comisión de 17 de junio de 2011, dispone en su artículo 33 ayudas en favor de los trabajadores discapacitados en forma de subvenciones salariales.

2.3. Ámbito del Estado español

La normativa reguladora en nuestro país del derecho a un empleo digno por parte de las personas que sufren algún tipo de discapacidad, parte ya de la Constitución Española, la cual recoge en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la efectiva igualdad de los individuos, así como remover los obstáculos que dificulten su participación en la vida social, económica, política y cultural. Por su parte, el artículo 14 establece la igualdad ante la ley de todos los españoles, sin posibilidad de discriminación alguna. En cuanto al pleno disfrute de los derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad, el artículo 49 encomienda a los poderes públicos la realización de las políticas adecuadas encaminadas a su previsión, tratamiento, rehabilitación e integración. En relación a los derechos laborales, el artículo 35.1 reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración justa para satisfacer sus necesidades.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, hace alusión a través de su artículo 37 a la necesidad de una política de empleo dirigida a aumentar la empleabilidad de las personas con discapacidad, así como a mejorar la calidad del empleo y las condiciones de trabajo.

Especial mención hace el artículo 43 a los CEE, ya que dispone que:

“1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las

personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los CEE deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social. Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y se rige por su normativa específica, siendo desarrollada mediante el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los centros especiales de empleo”.

Los CEE se encuentran regulados por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, estando esto definidos como entidades de economía social en el artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo de economía social.

Además, tal y como señala Moratalla¹⁴, una vez derogada la LISMI¹⁵, otras disposiciones que regulan los CEE son las siguientes:

- Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, de regulación de la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajan en CEE.
- Orden Ministerial, de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.
- Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores.

14. Moratalla Santamaría, P.: “Centros Especiales de Empleo. Inclusión Sociolaboral-Euskal Herriko Lan Babestuarren Elkartea”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, núm. 9, 2016, p. 6.

15. Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE de 30 de abril de 1982).

- Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.
- Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.

Por su parte, los estudios económico-financieros de los CEE son bastante escasos, en gran parte debido a la gran dificultad para acceder a los estados financieros de los CEE que no se han constituido como una entidad mercantil, sino como una asociación o fundación, ya que si bien tienen la obligación (en la mayoría de los casos) de formular, aprobar y depositar sus cuentas anuales, los correspondientes registros no llevan a cabo un traslado de estos datos al exterior. Gelashivili, Camacho y Segovia¹⁶ y Redondo y Martín¹⁷ han dirigido su investigación a analizar la situación económico-financiera de los CEE, pero no han llevado a cabo una distinción en base a su objetivo, lucro o empleo. El grupo de investigación formado por Gelashivili, Segovia y Camacho¹⁸ en otro estudio lleva a cabo una predicción en relación a la supervivencia de los CEE mediante el uso de variables como el número de empleados, la localización de los mismos o las subvenciones recibidas. En este mismo sentido Manzano, Redondo y Robles¹⁹ se centran en la forma jurídica con la que han sido constituidos estos CEE para estudiar su estado económico-financiero. El problema reside en la no existencia de una correlación entre la forma jurídica con la que están constituidos y el fin que buscan.

El estudio de la existencia de diferencias económicas y financieras en base a la orientación de un negocio lo encontramos en el caso de Owens y Rennholf²⁰, quienes analizan el sector de guarderías o para residencias de la tercera edad en el caso de Chesteen, Helgheim, Randall y Wardell²¹. Estos estudios han ido dirigidos a comprobar si existen diferencias en indicadores no económicos, como el público objetivo, la calidad del servicio, etc. En el realizado para residencias de la tercera edad se concluye como aquellos creados sin ánimo de lucro dirigen su atención a pacientes con una mayor discapacidad en comparación a aquellas residencias cuyo fin con el que fueron constituidas fue el de alcanzar un beneficio económico. Por su parte, Skinner y Rosen-

16. Gelashivili V.; Camacho Miñano, M. M. y Segovia Vargas, M. J.: "Análisis económico-financiero de los centros especiales de empleo de España", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 7-24.

17. Redondo, M. N. y Martín, M. I.: "Supervivencia de los Centros Especiales de Empleo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León", *Revista AECA*, núm. 108, 2014.

18. Gelashivili V.; Camacho Miñano, M. M. y Segovia Vargas, M. J.: "Patrones de supervivencia para la gestión de los Centros Especiales de Empleo", *Revista de Estudios Empresariales*, segunda época, núm. 1, 2016, pp. 109-126.

19. Manzano Martín, M. I.; Redondo Martín, M. N. y Robles Paramio, M. P.: "Los Centros Especiales de Empleo en Castilla y León, 2007-2013: efectos de la crisis en función de la personalidad jurídica que adoptan". *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 122, 2016.

20. Owens, M. F. y Rennholf, A.: "Provision and Price of child care services: for-profits and nonprofits", *Journal of Urban Economics*, vol. 84, 2014, pp. 40-51.

21. Chesteen, S.; Helgheim, B.; Randall, T. y Wardell, D.: "Comparing quality of care in non-profit and for-profit nursing homes: a process perspective", *Journal of Operations Management*, vol. 23, núm. 2, 2005, pp. 229-242.

berg²² han analizado los efectos en el precio de los servicios como consecuencia de la competencia entre entidades con y sin ánimo de lucro en la provisión de servicios sanitarios de larga duración.

Centrándonos en nuestra línea de investigación, el trabajo desarrollado por Siqueira, Guenster, Vanacker y Crucke²³ analiza la estructura de capital entre entidades con un fin social y otras con un fin lucrativo, concluyendo que no se han encontrado diferencias significativas entre ambos grupos.

Por último, en cuanto a la relación que se produce entre el empleo de personas con discapacidad y los resultados de sus empleadores, Mori y Sakamoto (2018)²⁴, concluyen que existe una relación negativa entre ambas variables.

En base a los antecedentes previos que existen en la materia, que como anteriormente ha sido puesto de manifiesto no abundan debido a la dificultad de acceso a la información económico-financiera de los CEE, nos disponemos en este trabajo a contrastar las siguientes hipótesis previas:

- H_1 : La rentabilidad económica de este tipo de entidades no depende de la iniciativa con la que fueron creados (empresarial o social).
- H_2 : La rentabilidad financiera de este tipo de entidades no depende de la iniciativa con la que fueron creados (empresarial o social).

3. METODOLOGÍA Y MUESTRA

Para poder comprobar si el objetivo con el que funciona un CEE afecta a su rentabilidad se ha confeccionado una base de datos a partir de los estados financieros de los CEE con domicilio en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los años comprendidos entre 2012 y 2016. En este periodo de tiempo eran 41 las entidades constituidas como CEE en esta región, de los cuales 22 se habían constituido con una finalidad social y el resto con un ánimo de lucro.

El empleo generado por estas entidades alcanzaba el millar de personas. En cuanto al empleo creado, más de 800 puestos de trabajo eran ocupados por personas con algún tipo de discapacidad.

Analizando el empleo generado por sectores, la mayoría (un 60%) desarrollaba su actividad en el sector servicios. El sector industrial ocupaba el segundo lugar con un 27%, siendo por tanto el sector primario residual.

Teniendo en cuenta las entidades analizadas y los ejercicios económicos, se han estudiado un total de 166 cuentas anuales, los cuales distribuidos por ejercicio y por

22. Skinner, M. W. y Rosenberg, M. W.: "Managing competition in the countryside: non-profit and for-profit perceptions of long-term care in rural Ontario", *Social Science & Medicine*, vol. 63, 2006, pp. 2864-2876.

23. Siqueira, A. C.; Guenster, N.; Vanacker, T. y Crucke, S.: "A longitudinal comparison of capital structure between young for-profit social and commercial enterprises", *Journal of Business Venturing*, vol. 33, 2018, pp. 225-240.

24. Mori, Y. y Sakamoto, N.: "Economic consequences of employment quota system for disabled people: evidence from a regression discontinuity design in Japan", *Journal of the Japanese and International Economies*, vol. 48, 2018, pp. 1-14.

finalidad del CEE se refleja en la tabla 1. Para poder obtener los datos económico-financieros se ha acudido a la base de datos SABI, obteniendo así los estados financieros de aquellos CEE que se han constituido bajo la forma jurídica de sociedad mercantil. Para el caso de aquellos CEE cuya forma jurídica no es mercantil, ante la inexistencia de una publicidad por parte del registro correspondiente (fundaciones o asociaciones) se acudió al organismo encargado de la gestión de los CEE en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y al cual están obligados entregar las cuentas anuales todas estas entidades, es decir, al Servicio de Empleo y Formación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (SEF). Aun habiendo acudido a este organismo, no fue posible obtener los estados financieros de 3 de los CEE constituidos bajo iniciativa social, de manera que la muestra ha contado con las cuentas anuales de un total de 38 CEE.

Tabla 1. Muestra de cuentas anuales analizadas

Datos económico-financieros por ejercicio económico		Datos económico-financieros por finalidad del CEE	
2012	20 (12,0%)	Empresarial	77 (47,4%)
2013	33 (20,0%)	Social	89 (53,6%)
2014	37 (22,2%)	Total	166
2015	38 (22,9%)		
2016	38 (22,9%)		
Total	166		

Una vez obtenidos los estados financieros se ha creado una base de datos con las variables contables necesarias para analizar la rentabilidad, tanto económica como financiera de estas entidades: total de activo, fondos propios, ingresos de la explotación, resultado antes de impuestos y resultado después de impuestos, resultado financiero. A partir de estas variables se han confeccionado los ratios contables usados de manera habitual para estudiar la rentabilidad de cualquier entidad como son:

- Rentabilidad económica (RE): Resultado antes de intereses e impuestos dividido entre el total activo. Esta magnitud muestra cual ha sido el resultado generado por los bienes y derechos de una empresa con independencia de como hayan sido financiados.
- Rentabilidad financiera (RF): Resultado después de impuestos dividido entre el patrimonio neto. Esta magnitud muestra el rendimiento obtenido por el patrimonio neto, este ratio depende de la rentabilidad económica y de la estructura financiera con la que cuente la empresa.

A lo largo de la literatura contable son muchos los autores que recurren a estos ratios para llevar a cabo el análisis de la rentabilidad de una entidad, como es el caso

de Goxens y Gaay²⁵, Amat²⁶, Bonsón, Cortijo y Flores²⁷ y Bernal²⁸, entre otros. Concretamente dentro de la economía social encontramos a Gelashivili²⁹ quien emplea estos ratios para llevar a cabo un análisis de los CEE nacional a nivel económico-financiero. Dentro de la economía social también, Carmona, Martínez y Pozuelo³⁰ emplean estos ratios para estudiar el sector cooperativo en el periodo temporal comprendido entre el año 2004 y el año 2007.

Aun a pesar de los antecedentes anteriormente descritos, no se han encontrado investigaciones que se centren en la situación económico-financiera de los CEE en función de su orientación (mercantil o social). Esta circunstancia, que se debe en gran parte a la dificultad que supone acceder a los estados financieros de los CEE que no están constituidos bajo una forma jurídica mercantil.

Para llevar a cabo el análisis de los datos se ha recurrido al programa STATA versión 14 para Windows. Se ha empezado por obtener los descriptivos de los dos indicadores clave a estudiar, al tratarse de variables cuantitativas se han calculado los valores máximos, mínimo, desviación típica y media. Posteriormente, se ha realizado una segmentación de la muestra en función de la variable iniciativa del CEE, es decir, si se trata de un CEE con objetivo empresarial o por el contrario su objetivo es social, calculando los valores antes indicados para cada una de los dos segmentos de la muestra.

Así mismo, los dos indicadores clave analizados han sido transformados en variables categóricas, en base a un valor superior o igual a la media o inferior, con el objetivo de poder construir tablas de contingencia. La media sobre la que se ha categorizado cada indicador ha sido la obtenida según la segmentación de la muestra en dos grupos, los CEE mercantiles y los sociales. Estos dos indicadores han sido cruzados con el tipo de CEE, para comprobar de nuevo si existen relaciones significativas a través del contraste estadístico chi-cuadrado considerando significatividad estadística con una p al menos <0,1.

Igualmente se ha llevado a cabo un análisis ANOVA para los valores de ambas rentabilidades según cada uno de los tipos de CEE con el objetivo de establecer si existe o no un patrón de comportamiento. También, se ha realizado un contraste de hipótesis de diferencias de medias en muestras independientes utilizando la prueba T con una p al menos <0,1, con el propósito de obtener una hipótesis de medias para los dos indicadores objeto del estudio. De tal forma, se obtendrán dos hipótesis de medias iguales entre cada par de indicadores, según sean la tipología de CEE.

25. Goxens, M. A. y Gay, J. M.: *Análisis de estados contables: diagnostico económico-financiero*, Pearson Educación, Madrid, 2000.

26. Amat Salas, O.: *Análisis económico-financiero*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 2008.

27. Bonsón, E.; Cortijo, V. y Flores, F.: *Análisis de estados financieros: fundamentos teóricos y prácticos*, Pearson Educación, Madrid, 2009.

28. Bernal García, J. J.: "Endeudamiento y crecimiento", *Estrategia financiera*, núm. 280, 2011.

29. Ob. cit.

30. Carmona Ibáñez, P.; Martínez Vargas, J. y Pozuelo Campillo, J.: "Diagnóstico económico-financiero de la empresa cooperativa. Un estudio comparado de los años 2004 y 2007", *REVESCO: Revista de estudios cooperativos*, núm. 110, 2013, pp. 43-95.

Para terminar el estudio empírico hemos estimado un modelo de regresión para cada uno de los indicadores clave estudiados, así se ha podido evidenciar si estos indicadores se ven influidos por el tipo de CEE, la cual será la variable independiente explicativa. Se han añadido dos variables de control, las cuales han sido el tamaño del CEE (utilizando para ello el activo total de cada entidad y el año, siguiendo el criterio utilizado por autores como: Luengo, Antón, Sánchez y Vela, (2005) y Vendrell (2009). En función de los cuartiles arrojados por la muestra se han clasificado a los CEE en tres grupos distintos de tamaño.

A partir de lo anterior, planteamos los modelos incluidos en las expresiones [1] y [2].

$$RE = \beta_0 + \beta_1 \text{TIPO} + \beta_2 \text{AÑO} + \beta_3 \text{TAMAÑO} + \varepsilon_{it} \quad [1]$$

$$RF = \beta_0 + \beta_1 \text{TIPO} + \beta_2 \text{AÑO} + \beta_3 \text{TAMAÑO} + \varepsilon_{it} \quad [2]$$

4. RESULTADOS

4.1. Análisis descriptivo

El análisis de los estadísticos descriptivos para la rentabilidad económica y rentabilidad financiera (tabla 2), este nos revela como en ambos casos la dispersión entre los datos es muy importante, especialmente en la rentabilidad financiera.

Al comparar los datos de rentabilidad económica y rentabilidad financiera para cada uno de los dos tipos de CEE (tablas 3 y 4), se aprecia como en ambos casos los valores medios de las rentabilidades estudiadas son alrededor de 7 puntos porcentuales inferiores para los CEE de iniciativa social.

Tabla 2. Descriptivos de la rentabilidad económica y financiera

	N	Mínimo	Máximo	Media	Desviación típica
RE	117	-83,55	277,65	7,9581	32,08815
RF	117	-2.221,20	2.892,59	24,0198	380,29853

Tabla 3. Descriptivos de la rentabilidad económica y financiera para los CEE de tipo empresarial

	N	Mínimo	Máximo	Media	Desviación típica
RE	75	-83,55	277,65	10,3467	38,67551
RF	75	-2.221,20	2.892,59	26,4660	462,46979

Tabla 4. Descriptivos de la rentabilidad económica y financiera para los CEE de tipo social

	N	Mínimo	Máximo	Media	Desviación típica
RE	42	-39,60	50,47	3,6929	13,57773
RF	42	-372,16	667,47	19,6517	152,09783

Posteriormente, hemos obtenido las tablas de contingencia una vez que ambas rentabilidades han sido categorizadas y cruzadas con los dos tipos de CEE, el objetivo es poder establecer la existencia o no de alguna tendencia dependiendo del tipo de CEE.

Estos resultados reflejan únicamente la existencia de relaciones significativas entre el tipo de CEE y la rentabilidad financiera según los valores de la chi-cuadrado (tablas 5 y 6). De tal forma, que independientemente que la media de la rentabilidad financiera es diferente según se trate de un tipo u otro de CEE, los CEE de iniciativa social tienen en la mayoría de los casos una rentabilidad financiera menor a su media, esto también sucede en el otro tipo de CEE pero en menor medida. Sin embargo, en cuanto a la rentabilidad económica su comportamiento es más homogéneo.

Tabla 5. Tabla de contingencia rentabilidad económica en base al tipo de CEE

RE	Tipo CEE, n (%)	
	Empresarial	Social
Menor a la media	49 (65,3)	24 (46,2)
Superior o igual a la media	26 (34,7)	28 (53,8)

Tabla 6. Tabla de contingencia rentabilidad financiera en base al tipo de CEE

RF	Tipo CEE, n (%)	
	Empresarial	Social
Menor a la media	44 (58,7)	33 (78,6)
Superior o igual a la media	31 (41,3)	9 (21,4)

A continuación, para profundizar en el estudio, se ha obtenido el ANOVA de los valores de las magnitudes estudiadas en base a la finalidad de cada CEE, no obteniéndose resultados estadísticamente significativos (tablas 7 y 8). Por lo tanto, no existe una influencia en la rentabilidad de los CEE en base al tipo de iniciativa con el que se constituyen.

Tabla 7. ANOVA de la RE y el tipo de CEE

Tipo de CEE	N	Media	Desviación estándar	Error estándar	95% del intervalo de confianza de la media			
					Límite inferior	Límite superior	Mínimo	Máximo
Empresarial	74	10,3467	38,67551	4,46586	1,4482	19,2451	-83,55	277,65
Social	42	3,6929	13,57773	2,09509	-,5383	7,9240	-39,60	50,47
Total	116	7,9581	32,08815	2,96655	2,0825	13,8337	-83,55	277,65

Tabla 8. ANOVA de la RF y el tipo de CEE

Tipo de CEE	N	Media	Desviación estándar	Error estándar	95% del intervalo de confianza de la media			
					Límite inferior	Límite superior	Mínimo	Máximo
Empresarial	74	26,4660	462,46979	53,40141	-79,9386	132,8706	-2221,20	2892,59
Social	42	19,6517	152,09783	23,46921	-27,7454	67,0487	-372,16	667,47
Total	116	24,0198	380,29853	35,15861	-45,6162	93,6559	-2221,20	2892,59

Seguidamente se ha realizado un contraste de hipótesis de diferencias de medias para muestras independientes (prueba T), tras el cual no podemos rechazar la hipótesis nula de independencia al no haberse obtenido (al comprobar que las varianzas son iguales) una significación bilateral inferior a 0,05 (tabla 9). Por lo tanto, no podemos concluir que las medias de rentabilidad económica y financiera sean diferentes de una forma estadísticamente significativa y por tanto el fin con el que se constituye un CEE no produce un efecto directo sobre su rentabilidad.

Tabla 9. Prueba T para la igualdad de medias

RE	t	gl.	Sig. (bilateral)	Diferencias de medias	Error típico de la diferencia	95% del intervalo de confianza de la media	
						Límite inferior	Límite superior
Varianzas iguales	1,077	115	,284	6,65381	6,17994	-5,58747	18,89509
RF	t	gl.	Sig. (bilateral)	Diferencias de medias	Error típico de la diferencia	Límite inferior	Límite superior
Varianzas iguales	0,093	115	0,926	6,81433	73,60820	-138,98934	152,61801

4.2. Análisis explicativo

Mediante este análisis se han estimado los modelos de regresión para ambas rentabilidades. No se han obtenido en ningún caso resultados estadísticamente significativos (tabla 10). En ninguno de los dos modelos es significativa la influencia de la variable tipo sobre los indicadores de rentabilidad. Estos resultados son similares a los obtenidos por Gelashvili³¹ en referencia a una baja rentabilidad de los CEE y de manera muy especial a los que tiene un objetivo más social que lucrativo.

31. Ob. cit.

Tabla 10. Modelos de regresión para la RE y RF

	Variable explicada			
	RE		RE	
N= 166	Beta(SE)	p	Beta(SE)	P
Constante	-8.877,306	0,039	-105.482,4	0,04
Tipo	-6,723	0,273	-7,55	0,918
Año	4,419	0,038	52,409	0,039
Tamaño	-2,997	0,421	-18,159	0,683
R ² ajustado (%)	2,7		1,3	
Modelo	F(3) = 2,084		F(3) = 1,508	

5. CONCLUSIONES

Con este estudio se ha pretendido comprobar si la orientación con la que se crea y funciona un CEE; mercantil (en busca de un beneficio como el resto de sociedades mercantiles) o social (cuyo objetivo es generar empleo de calidad para las personas con discapacidad), determina una rentabilidad distinta, tanto económica como financiera. A la hora de realizar el estudio, el gran problema a solventar, como así ya había sido puesto de manifiesto por varios autores, ha sido la dificultad para acceder a los datos económico-financieros de los CEE que no se han constituido como sociedad mercantil, debido a la inexistencia de una publicidad de sus cuentas anuales, análoga a la que se realiza con los estados financieros de las sociedades mercantil.

Una vez conseguidos los datos y aunque si se ha podido corroborar una mejor rentabilidad para aquellos CEE cuyo objetivo principal es la obtención de un beneficio, no se ha podido determinar que el tipo de CEE influya en las rentabilidades, ya que para desarrollar el trabajo se han planteado dos hipótesis, H_1 y H_2 , las cuales han sido descartadas al no encontrarse diferencias estadísticamente significativas, y por lo tanto no se puede concluir que la tipología produzca una influencia significativa sobre la rentabilidad económica o financiera de un CEE.

Con esta investigación ha quedado demostrado el hecho de que una buena gestión de los CEE de iniciativa social, les ha llevado, no solo a poder generar un empleo inclusivo, tan necesario para el colectivo de personas con discapacidad y especialmente para aquellos con una discapacidad severa, sino que también han podido generar una rentabilidad, que aunque no muy elevada, si les permite asegurar su viabilidad. De tal manera, que se puede concluir que es posible ser solidario y rentable.

Bibliografía

- José Manuel Santos Jaén: *¿Se puede ser rentable y solidario?*
 Amat Salas, O.: *Análisis económico-financiero*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 2008.
 Bonsón, E.; Cortijo, V. y Flores, F.: *Análisis de estados financieros: fundamentos teóricos y prácticos*, Pearson Educación, Madrid, 2009.

- Bengoetxea Alkorta, A.: "El empleo de las personas con discapacidad: régimen jurídico básico y algunos apuntes sobre la problemática latente", en Fajardo García, G. (coord.): *Empleo, innovación e inclusión en la economía social: problemática jurídica y social*, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España, Valencia, 2017.
- Bernal García, J. J.: "Endeudamiento y crecimiento", *Estrategia financiera*, núm. 280, 2011.
- Camacho Miñano, M. y Pérez, R.: "Centros Especiales de Empleo: Empresas para una sociedad comprometida responsablemente", *Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 12, 2012.
- Carmona Ibáñez, P.; Martínez Vargas, J. y Pozuelo Campillo, J.: "Diagnóstico económico-financiero de la empresa cooperativa. Un estudio comparado de los años 2004 y 2007", *REVESCO: Revista de estudios cooperativos*, núm. 110, 2013.
- Chesteen, S.; Helgheim, B.; Randall, T. y Wardell, D.: "Comparing quality of care in non-profit and for-profit nursing homes: a process perspective", *Journal of Operations Management*, vol. 23, núm. 2, 2005.
- Cueto Iglesias, B.; Malo Ocaña, M. A.; Rodríguez Álvarez, V. y Franco Arias, C.: *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo: análisis empírico con la muestra de vidas laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2007.
- Esteban Legarreta, R.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003.
- Gelashivili V.; Camacho Miñano, M. M. y Segovia Vargas, M. J.: "Análisis económico-financiero de los centros especiales de empleo de España", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016.
- Gelashivili V.; Camacho Miñano, M. M. y Segovia Vargas, M. J.: "Patrones de supervivencia para la gestión de los Centros Especiales de Empleo", *Revista de Estudios Empresariales*, segunda época, núm. 1, 2016.
- Gómez García, J. M.; Román Ortega, A. y Rojo Jiménez, C.: "Las dimensiones de la calidad del empleo en la economía social: un análisis de las Sociedades Laborales y de los Centros Especiales de Empleo en Castilla y León", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 67, 2010.
- González González, D.; Gutierrez Barroso, J.; González Herrera, A. I. y Márquez Domínguez, Y.: "Inserción Laboral de Personas con Discapacidad". *European Scientific Journal, ESJ*, vol. 13, núm. 29, 2017.
- González Heredia, J.: *Análisis de eficiencia y productividad en entidades del Tercer Sector: Los Centros Especiales de Empleo*, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Politécnica de Cartagena, Cartagena, 2008.
- Goxens, M. A. y Gay, J. M.: *Análisis de estados contables: diagnóstico económico-financiero*, Pearson Educación, Madrid, 2000.
- Jordán de Urríes Vega, F. B. y Verdugo Alonso, M. A.: *Informe sobre la situación de los Centros Especiales de Empleo en España*, Instituto Universitario de Integración de la Comunidad (INICO) de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010.
- Manzano Martín, M. I.; Redondo Martín, M. N. y Robles Paramio, M. P.: "Los Centros Especiales de Empleo en Castilla y León, 2007-2013: efectos de la crisis en función de la personalidad jurídica que adoptan". *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 122, 2016.
- Moratalla Santamaría, P.: "Centros Especiales de Empleo. Inclusión Sociolaboral-Euskal Herriko Lan Babestuaren Elkartea", *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, núm. 9, 2016, p. 6.
- Mori, Y. y Sakamoto, N.: "Economic consequences of employment quota system for disabled people: evidence from a regression discontinuity design in Japan", *Journal of the Japanese and International Economies*, vol. 48, 2018.
- Núñez Bello, M.: "Tú puedes trabajar, yo también", *Autonomía personal*, núm. 19, 2016.
- O'Reilly, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

- Owens, M. F. y Renholf, A.: "Provisión and Price of child care services: for-profits and nonprofits", *Journal of Urban Economics*, vol. 84, 2014.
- Pallisera Díaz, M., y Rius Bonjoch, M.; "¿Y después del trabajo, qué? Más allá de la integración laboral de las personas con discapacidad", *Revista de Educación*, núm. 342, 2007.
- Redondo, M. N. y Martín, M. I.: "Supervivencia de los Centros Especiales de Empleo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León", *Revista AECA*, núm. 108, 2014.
- Rubio Arribas, F. J.: "La construcción social del empleo protegido: los Centros especiales de empleo". *Nómadas*, núm. 8, 2003.
- Siqueira, A. C.; Guenster, N.; Vanacker, T. y Crucke, S.: "A longitudinal comparison of capital structure between young for-profit social and commercial enterprises", *Journal of Business Venturing*, vol. 33, 2018.
- Skinner, M. W. y Rosenberg, M. W.: "Managing competition in the countryside: non-profit and for-profit perceptions of long-term care in rural Ontario", *Social Science & Medicine*, vol. 63, 2006.



La disparidad de género en el acceso a las TIC en la educación: una forma de violencia presente y futura de los derechos sociales

THE GENDER DISPARITY IN THE ACCESS TO ICTS IN THE EDUCATION: A FORM OF PRESENT AND FUTURE VIOLENCE OF SOCIAL RIGHTS

Brenda Tufiño Gómez

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)
btg.3@hotmail.com 0000-0002-7310-9336

Enmanuel López Pérez

Doctorando en Derecho y Globalización
Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)
juridico.lopez.cl@gmail.com

Recibido: 11.12.2019 | Aceptado: 22.01.2020

RESUMEN

La violencia de género es un tema que se encuentra sobre la mesa en la mayoría de los países, refiriéndose a ella generalmente a la violencia física, psicológica o económica. No obstante, existen otros tipos de violencia que no son visibles de manera simple, sino que impactan en la violación sistemática de derechos generando así desigualdades entre la población. Tal es el caso del acceso a las TIC en la educación de las niñas, teniendo como consecuencia la falta de acceso a mejores empleos. En ese contexto, el presente artículo se analiza la invisibilización de las mujeres en el acceso a las nuevas tecnologías partiendo de los estereotipos de género y la pobreza como factores determinantes coadyuvantes a generar una mayor brecha de género, seguido de las consecuencias que se generan al ejercitar este tipo de violencia y finalmente a manera de conclusiones se establecen las reflexiones finales y propuestas.

ABSTRACT

Gender violence is an issue that is on the table in most countries, generally referring to physical, psychological or economic violence. However, there are other types of violence that are not visible in a simple way, but impact on the systematic violation of rights, generating inequalities among the population. Such is the case of access to icts in girls' education, resulting in the lack of access to better jobs. In this context, this article analyzes the invisibility of women in access to new technologies based on gender stereotypes and poverty as contributing factors to generate a greater gender gap, followed by the consequences that are generated when exercising this type of violence and finally by way of conclusions the final reflections and proposals are established.

PALABRAS CLAVE

Género
Tecnologías de la información
Educación
Trabajo
Pobreza

KEYWORDS

Gender
Information technology
Education
Work
Poverty

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA INVISIBILIZACIÓN DE LAS MUJERES EN EL ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LA EDUCACIÓN
 - 2.1. Estereotipos de género
 - 2.2.1. Las mujeres en la ciencia y tecnología
 - 2.2.2. Menor número de mujeres estudiando carreras tecnológicas universitarias
 - 2.2.3. La maternidad
 - 2.3. Pobreza
3. CONSECUENCIAS EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y ACCESO AL EMPLEO EN LA 4RI
4. PROPUESTAS Y REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es un tema con el que se tiene contacto día a día, generalmente en dos vertientes: la primera en relación a casos específicos de violencia y la segunda encausada a la prevención y erradicación de la misma. No obstante, la proliferación de información que hoy se tiene sobre el tema, aún existen actitudes y situaciones que no han logrado ser reconocidas representando así un espacio de vulnerabilidad para las mujeres en este país y en el mundo entero.

Como ejemplo de lo anterior es posible hablar de las situaciones de violencia de género relacionadas a las nuevas tecnologías, pues casi de inmediato se relaciona con la divulgación sin el conocimiento de la víctima de videos o fotografías de carácter sexual, el acoso de cualquier tipo que se vive en redes sociales, el tráfico de información personal en internet, solo por mencionar algunas.

Sin embargo, existe un tipo de violencia relacionada a las nuevas tecnologías que se ha dejado tan de lado y que hoy en día pone en peligro la calidad de vida que pueden llegar a tener las niñas, adolescentes y jóvenes en México, siendo esta la relacionada al acceso a las TIC en la educación. Es por ello que, en el presente ensayo, se analizan las situaciones de vulnerabilidad de género existentes en el acceso a las tecnologías en la educación como una forma de violencia, dividiendo su estudio en dos apartados importantes.

De tal forma que, el primero de ellos se denomina la invisibilización de las mujeres en el acceso de las nuevas tecnologías de la información que a su vez se subdivide en los estereotipos de género y la pobreza como elementos que merman el acceso de las mujeres a la educación en las nuevas tecnologías. El segundo de ellos se titula las consecuencias en la formación profesional y el acceso al empleo en la 4ª Revolución Industrial (4RI). Finalmente, se indican una serie de recomendaciones y las reflexiones finales.

2. LA INVISIBILIZACIÓN DE LAS MUJERES EN EL ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LA EDUCACIÓN

La legislación mexicana en el artículo 4° constitucional establece la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, de tal forma que las garantías y derechos consagrados dentro de los ordenamientos jurídicos deben garantizar la no discriminación. Así pues, el derecho a recibir educación de nivel básico y medio superior es igual para todas las personas en nuestro país¹.

Aunado a lo anterior, la Ley General de Educación enuncia en el artículo 2°: todo individuo tiene derecho a recibir educación de calidad en condiciones de equidad, por lo tanto, todos los habitantes del país tienen las mismas oportunidades de acceso, tránsito y permanencia en el sistema educativo nacional.

Luego entonces, bajo los supuestos anteriores podríamos pensar que el acceso a la educación se imparte con la misma calidad y bajo los mismos supuestos a hombres y mujeres, así como en escuelas rurales y urbanas. Empero la realidad nos encara con lo siguiente:

- En tres de cada diez escuelas no hay baño ni luz.
- Cuatro de cada diez estudiantes tiene una infraestructura insuficiente para recibir clases².
- Únicamente el 31% de la comunidad estudiantil que asiste a escuelas públicas en el país estudia en instituciones con toda la infraestructura básica y complementaria³.
- El 63% de los estudiantes de educación básica no disponen de computadora con acceso a internet⁴.
- Los alumnos que asisten a escuelas de tipo comunitaria, indígena y telesecundaria tienen mayores limitaciones de acceso a disponibilidad de infraestructura y calidad docente⁵.

Datos que se traducen en un factor generador de desigualdad entre la población mexicana, sobre todo en el acceso necesario a las tecnologías de la información y comunicación, puesto que, si no existe la infraestructura física (electricidad, laboratorios y equipos de cómputo) será imposible que los y las estudiantes puedan capacitarse para las profesiones del futuro, generando así analfabetas tecnológicos. Basta con observar que solo el 2% del tiempo total de clase es dedicado al uso de materiales didácticos relacionados con las TIC.

1. Artículo 3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social: *Reporte de educación 2018*, CONEVAL, México, 2018, p. 61.
3. *Idem*.
4. *Ibidem*, p. 148.
5. *Ibidem*, pp. 145-146.

Ahora bien, ¿por qué se establece que las mujeres son invisibilizadas en el acceso a las nuevas tecnologías en la educación? Si bien es cierto en las últimas dos décadas la evolución de la tasa de alfabetización entre mujeres de 15 y 24 años que sabe leer y escribir ha pasado de un 96.5% a un 99.2%⁶ superando en.1% la tasa de los hombres, así como que acorde a los datos anteriores pareciera que las afectaciones por falta de acceso a educación de calidad impacta por igual a hombres y mujeres, la realidad establece que la invisibilización de las mujeres en este sector no se da propiamente por la falta de acceso a la formación escolar, sino al tipo de educación que estas reciben.

La OCDE sostiene que⁷:

- a) A pesar de su mejor rendimiento académico, las mujeres continúan obteniendo peores resultados en términos de empleo e ingresos.
- b) Las mujeres siguen teniendo menos probabilidades de matricularse y graduarse en ámbitos bien remunerados en el nivel terciario.
- c) Por ejemplo, a pesar de la gran demanda de conocimientos de ingeniería que existe en la actualidad, solo el 11% de las mujeres con titulación universitaria han finalizado un grado de ingeniería, frente al 25% de los hombres.

En definitiva, las mujeres nos seguimos formando en actividades mayormente relacionadas con el cuidado y la salud que son tendientes a desaparecer con la mecanización de actividades (tal como se analiza en párrafos subsecuentes) mientras que los hombres se enfocan en las ingenierías, ciencias exactas y naturales.

A su vez existen dos elementos que impactan directamente en esta invisibilización: los estereotipos relacionados al género y la pobreza, los cuales se analizan a continuación.

2.1. Estereotipos de género

Con el transitar de las generaciones la práctica de asignar a una persona atributos, características o funciones específicas únicamente por su género femenino o masculino⁸ ha cambiado y se podría aseverar que también ha disminuido entre la población de menor edad. No obstante, y aunque en menor proporción que en décadas pasadas, los estereotipos de género siguen mermando el desarrollo profesional de las mujeres sobre todo en aquellas áreas donde se ven involucradas las tecnologías.

A pesar de que cada vez más la información y educación que se brinda a niños y niñas sobre que las profesiones no tienen género sino vocación, ideas tan arcaicas

6. Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *Mujeres y hombres en México 2018*, INEGI, México, 2018, p. 92.

7. Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: *La OCDE sostiene que es necesario redoblar los esfuerzos para mejorar la equidad en la educación*, OCDE, México, 2018, disponible en <https://www.oecd.org/centrode-mexico/medios/laocdesostienequeesnecesarioredoblarlosesfuerzosparamejorarlaequidadenlaeducacion.htm>, consultado el 10 de noviembre de 2019.

8. Cfr. Naciones Unidas: *Los estereotipos de género y su utilización*, ACNUDH, Suiza, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>, consultado el 23 de octubre de 2019.

como que las mujeres se deben dedicar únicamente a las labores del hogar y al cuidado de los niños, niñas, personas adultas mayores y personas con discapacidad o bien que de incorporarse al mercado laboral pueden hacerlo desde el hogar o a través de profesiones que les faciliten estar más tiempo en casa; siguen existiendo y pasando de generación en generación.

Lo anterior pese a que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁹ establece que los Estados deberán tomar todas las medidas apropiadas para alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en las funciones estereotipadas de hombres y mujeres: los esfuerzos que se han realizado –al menos por el Estado mexicano– aún resultan insuficientes, pues si bien ya se encuentra dentro de la legislación la prohibición de discriminación y por ende en ninguna institución de educación pública se expresa la prohibición para que las mujeres accedan a determinadas carreras; el arraigo cultural sigue prevaleciendo, haciendo evidente la necesidad de educación social y escolar en la materia.

Así pues, algunos de los estereotipos de género que dificultan en mayor medida el acceso a las TIC en la educación de las mujeres, se pueden clasificar de la siguiente manera:

2.2.1. Las mujeres en la ciencia y tecnología

Sigue siendo titular y motivo de asombro que alguna mujer obtenga algún logro en materia de ciencia y tecnología. No significa que esté mal la celebración que tenemos todas por dicha situación, pues bastante difícil le ha sido incursionar en un ambiente delimitado para los hombres, puesto que, en muchos casos las investigaciones representan jornadas extenuantes dentro de laboratorios, salidas a investigaciones de campo nacionales e internacionales; congresos, ponencias y elaboración de artículos que exigen una entrega por completo al trabajo y que aún siguen siendo estereotipadas para que las realicen los hombres, ya que el estereotipo de que la mujer debe encargarse de los hijos y su casa impacta directamente en el área profesional.

Como muestra de lo anterior, se puede observar que en el Sistema Nacional de Investigadores (SNI) perteneciente al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, las mujeres que tienen participación en este sector representa un 36.2% del total del padrón frente a un 63.8% de los hombres, encontrando la mayor brecha en el nivel más alto: SNI III, ya que dentro de esta categoría solamente el 21.6% son mujeres¹⁰.

Asimismo la ONU Mujeres refiere que menos del 30% de los investigadores de todo el mundo son mujeres, ocasionado en gran parte por la prevalencia de los estereotipos de género en diversos países del mundo así como la falta de oportunidades e incentivos para que tanto mujeres y niñas sean orientadas a estudiar carreras científicas,

9. ONU Mujeres: *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, México, 2011, disponible en <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2011/12/cedaw>, consultado el 23 de octubre de 2019.

10. Cfr. Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *Mujeres y hombres en México 2018*, INEGI, 2018, p. 105.

máxime que el 90% de los futuros trabajo exigirán una formación en tecnologías de la información y comunicación y las oportunidades de trabajo del mañana se enfocaran a las ciencias e ingenierías¹¹.

2.2.2. Menor número de mujeres estudiando carreras tecnológicas universitarias

Acorde a lo señalado por Instituto Mexicano para la Competitividad, las carreras con mayor porcentaje de mujeres son las relacionadas con la docencia, el trabajo social, y la enfermería y cuidados¹²; mientras que los hombres tienden a escoger carreras como ingeniería de vehículos de motor, electricidad y generación de energía y aquellas relacionadas con las ciencias de la computación¹³. Evidentemente, esto se debe mayormente a los ideales históricos y sociales en los que, exclusivamente los hombres se encargan de labores que impliquen un mayor conocimiento matemático, el uso de fuerza física o bien el simple arraigo coloquial “esta es una profesión de hombres”, catalogando de manera incorrecta a las mujeres que deciden incursionar en esas materias, vulnerando así la dignidad de las personas.

2.2.3. La maternidad

Históricamente mujer se ha visto limitada tanto en su desarrollo personal como profesional no solo por los contextos sociales que se han suscitado en la historia de las sociedades, en donde los regímenes patriarcales han sido los dominantes en la mayoría de los países, imponiendo sus condiciones en aspectos familiares, laborales y políticos, sino también por cuestiones relacionadas a su condición de mujer.

Ejemplo claro es la maternidad, como un elemento que obstaculiza a la mujer para su desarrollo en el ámbito profesional, no solo por el hecho de los cuidados y precauciones que conlleva el proceso del embarazo, sino por todo el entorno que ha sido creado para que la mujer al estar en esta etapa de la vida asuma un rol diferente y específico al que pudiera estar ejerciendo.

Durante la maternidad, la mujer en automático renuncia a sus actividades públicas que pudiera encontrarse desarrollando para cambiar al ámbito privado, es decir, al cuidado de la casa y de los hijos; mientras que el hombre como el sujeto proveedor de los bienes de la familia continua desenvolviéndose en un espacio de lo público, dejando las mayores cargas familiares a la mujer. Esta situación implica que la mujer pondere dos situaciones, su crecimiento profesional o el cuidado de los hijos, siendo esta última la que prevalece en la mayoría de ellas.

11. Cfr. ONU Mujeres: *Se necesitan científicas*, ONU, 2019 Suiza, disponible en <https://news.un.org/es/story/2019/02/1451051>, consultado el 27 de octubre de 2019.

12. Instituto Mexicano para la Competitividad: *Las 10 carreras profesionales con mayor porcentaje de mujeres*, IMCO, México, disponible en <http://imco.org.mx/comparacarreras/las-10-mas/mujeres/2018/1>, consultado el 2 de noviembre de 2019.

13. *Idem*.

En ese sentido, las mujeres que se embarazan antes de concluir con sus estudios de nivel medio superior y superior y a su vez deciden (o se les permite) continuar con sus estudios, en su mayoría eligen las carreras técnicas como cultura de belleza que les permite trabajar desde casa o aquellas que se relacionan con las ciencias sociales y la educación, pues resulta compatible con la responsabilidad del cuidado de los hijos/as.

Con lo anterior no se quiere decir que la maternidad es un hecho que debemos quitar de la vida de las mujeres, sino que la sociedad debe eliminar el estereotipo de que al ser madre únicamente deberás dedicarte al cuidado y atención de los hijos y abandonar las carreras profesionales sobre todo aquellas que demandan más tiempo. ¿Cómo podemos hacer realidad esto? Implementando verdaderas políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, involucrando cada vez más a los padres en el cuidado de la familia y, sobre todo, educando a la niñez y juventud con los valores de equidad y justicia, haciéndoles saber que la maternidad es una elección y, en caso de escogerla, esta elección no debe implicar una renuncia a los proyectos personales o profesionales.

2.3. Pobreza

Como se dijo en un inicio, existen tipos de violencia que no son visibles de forma simple, tal como el acceso a la educación y a las tecnologías por falta de recursos económicos. En ese sentido, la pobreza es uno de los elementos que puede considerarse como generador de desigualdades y como elemento perpetuador; tan es así que los indicadores oficiales del CONEVAL establecen una relación directa entre las inequidades de género y la pobreza¹⁴.

La pobreza en México es un tema que afecta tanto a hombres como a mujeres aunque de manera desigual, en 2018 al menos 52.4 millones de personas se encontraban inmersas en ella¹⁵, de ese total el 42.4% son mujeres y 41.4% son hombres¹⁶. De acuerdo a lo señalado por la OCDE la pobreza femenina es generalmente más severa que la pobreza masculina, porque las mujeres y las niñas en hogares pobres consumen menos y sufren más que los hombres¹⁷.

Pese a ello, más allá de las carencias de seguridad social, alimentación, vivienda, y acceso a los servicios de drenaje y agua; la pobreza en las mujeres representa un factor decisivo para poder ingresar a la educación de calidad y también para tener

14. CONEVAL: *Pobreza y género en México, síntesis ejecutiva*, México, 2018, disponible en <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Sintesis-ejecutiva-Pobreza-y-genero-2010-2016.pdf>, consultado el 14 de agosto de 2019.

15. CONEVAL: *Medición de la pobreza 2008-2018*, México, 2018, disponible en https://www.coneval.org.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza_2018/Serie_2008-2018.jpg, consultado el 14 de agosto de 2019.

16. CONEVAL: *Nota informativa*, México, 2019, disponible en https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf, consultado el 14 de agosto de 2019.

17. Rodríguez-Gómez, K.: *¿Existe feminización de la pobreza en México? La evidencia a partir de un cambio unitario al modelo colectivo del hogar*, Universidad de Guanajuato, México, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252012000200008, consultado el 15 de agosto de 2019.

acceso y capacitación adecuada en las TIC y, por consiguiente, tener oportunidades laborales que les permitan salir de la pobreza y la pobreza extrema.

Los hogares que se encuentran en la situación descrita destinan al menos la mitad de sus ingresos a gastos de comida y solo el 5% en educación y esparcimiento¹⁸. En ese sentido, considerar que las familias destinaran sus recursos a la educación de sus hijos y, en particular, de las mujeres representa un gran reto. En materia específica de las TIC, el acceso a estas evidentemente depende “del ingreso, la educación y los recursos, aducen que el desarrollo socioeconómico contribuye a una mayor utilización de las TIC y no a la inversa”¹⁹; por lo que no solo es necesario garantizar el acceso a internet, sino encaminar su uso adecuado para que verdaderamente represente un factor decisivo de mejora de la calidad de vida. Al respecto las mujeres tienen un doble reto, el primero es educarse y el segundo romper estereotipos.

Es importante destacar que, de no romper con esos estereotipos y seguir invisibilizando a las mujeres en la educación tecnológica, las consecuencias que sufrirán en el acceso a los trabajos del futuro se maximizarán, generando mayores brechas de desigualdad ya no solo entre ricos y pobres sino agrandando la ya existente entre hombres y mujeres.

3. CONSECUENCIAS EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y ACCESO AL EMPLEO EN LA 4RI

En un país en vías de desarrollo como el nuestro, pensar en trabajadores robots o en todas las tareas mecanizadas, puede verse aún muy lejos. No obstante, es de vital importancia que las futuras generaciones cuenten con una debida capacitación, en primer lugar, en materia de equidad de género y valores y, en segundo, en formación tecnológica, pues las nuevas formas de trabajo y las diversas fuentes de empleo que se encuentran generando las tecnologías de la cuarta revolución industrial, han ocasionado que las profesiones aun existentes tengan que readaptarse y reformularse para poder ser útiles en un futuro no muy lejano. De tal suerte que los y las profesionistas deberán contar con las habilidades y competencias suficientes que demande el mercado laboral del futuro para ser competentes en los puestos de trabajo de la era digital.

En ese contexto, la formación profesional es punto clave para acceder a los trabajos en la 4RI donde la persona que cuente con las habilidades cognitivas y aptitudes necesarias podrá sobresalir en esta nueva era.

Asimismo, se debe precisar que las profesiones que demandarán los futuros trabajos tendrán un enfoque especializado, es decir, se requerirán profesionistas en áreas

18. Animal Político: *Los hogares más pobres en México gastan seis de cada diez pesos en comer*, México, 2015, disponible en <https://www.animalpolitico.com/2015/07/los-hogares-mas-pobres-en-mexico-gastan-seis-de-cada-10-pesos-en-comer/>, consultado el 12 de agosto de 2019.

19. ONU: *El nexo entre las TIC y la pobreza*, ONU, Suiza, 2011, disponible en <https://unchronicle.un.org/es/article/el-nexo-entre-las-tic-y-la-pobreza>, consultado el 15 de agosto de 2019.

como ingenierías, matemáticas, ciencias exactas y carreras que versen sobre el uso de las tecnologías y recursos digitales para poder desempeñar los puestos de trabajo que depara la oleada tecnológica en los procesos de producción de las empresas.

Es aquí donde nos encontramos frente al primer desafío que afrontarán las mujeres para poder formarse profesionalmente, aunque esta 4RI podrá cerrar las brechas laborales de género existentes en la actualidad ya que los trabajos serán ocupados por personas más aptas y no será parámetro para ello la condición del género de la persona.

Por otro lado, también es cierto que históricamente las carreras como ingenierías, matemáticas, física, entre otras, han sido ejercidas en su mayoría por hombres, pues los estereotipos de género no solo de la población mexicana sino de gran parte de Latinoamérica han inculcado de una manera directa o indirecta al individuo que estas profesiones son exclusivas para los varones; mientras que las mujeres deben enfocarse otro tipo de carrera, ejemplo de ello las de naturaleza económico-administrativa y ciencias sociales, carreras que no serán demandadas por los nuevos puestos de trabajo de la 4RI.

Los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en su informe "Mujeres y hombres en México 2018" reflejan que, con base en datos del Anuario Estadístico de Educación Superior (ANUIES) del ciclo escolar 2017-2018 en nivel Técnico y Licenciatura, en México el 27.7% de las mujeres estudian una carrera que se enfoca a las ingenierías frente al 72.3% de los varones²⁰. Asimismo, el 41% de mujeres se encuentran estudiando una carrera en ciencias exactas y de informática versus el 59% de los hombres²¹.

En un contexto más reducido, dentro de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en 47 carreras del total que oferta la casa de estudios, menos del 40% de su población son estudiantes mujeres, de las que se resaltan Ingeniería Mecánica con solo un 4.4% ocupada por mujeres y el 95.6% los hombres. Asimismo, en Ingeniería Eléctrica y Electrónica el 10.6% corresponde a las mujeres en comparación al 89.4% de los varones²².

Esto se traduce en que menos mujeres se encuentran desempeñándose en las áreas de ciencias e ingenierías, sectores en los que el cambio tecnológico puede ser complementario con las habilidades humanas y, por lo tanto, van a ser cada vez más demandadas en el mercado²³.

20. Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *Mujeres y hombres en México 2018*, INEGI, México, 2018, p. 100, disponible en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/MHM_2018.pdf, consultado el 13 de octubre de 2019.

21. *Idem*.

22. Universidad Nacional Autónoma de México: *Tendencias de género*, UNAM, México, 2018, disponible en <http://tendencias.cieg.unam.mx/boletin-20.html>, consultado el 23 de octubre de 2019.

23. Doncel, L.: *Las mujeres, más amenazadas que los hombres por el avance de los robots*, El País, México, 2019, disponible en https://elpais.com/economia/2018/10/09/actualidad/1539065008_529964.html, consultado el 9 de octubre de 2019.

Caso contrario se refleja en las carreras de ciencias sociales, administración y derecho donde las mujeres dominan las matrículas universitarias reflejándose en el 57% para las mujeres en comparación con el 43% para los varones²⁴.

De estas cifras podemos desprender dos conclusiones:

La primera; es que resulta claro que los hombres predominan profesiones que serán más útiles para los trabajos de la 4RI; por lo tanto, esa brecha laboral tiende a mantenerse a pesar de las nuevas oportunidades de trabajo enfocadas a las habilidades de las personas. En cambio, cabe precisar que existe la oportunidad de un equilibrio pese a la desventaja por la que se encuentra la mujer en un inicio en este hito tecnológico, pues el tiempo y la capacidad de cada persona serán los factores para desempeñar las nuevas profesiones útiles del futuro.

La segunda conclusión es que la desaparición de puestos de trabajos que son fácilmente automatizables se encuentran direccionados a aquellos tradicionalmente conocidos como trabajadores de cuello blanco (*white-collar worker*)²⁵ en donde las mujeres forman la mayor fuerza laboral en ese sector en comparación con los hombres.

Un estudio del Fondo Monetario Internacional (FMI)²⁶ menciona que las mujeres suelen tener ocupaciones más rutinarias, con independencia del sector y el trabajo²⁷. Son precisamente ese tipo de tareas las que se encuentran más amenazadas por el ingreso de las nuevas tecnologías en las fuentes de trabajo, reflejando que son las mujeres las que desempeñan trabajos menos especializados y más monótonos, de tal suerte que se corre con mayor riesgo a que sus puestos sean ocupados por las inteligencias artificiales cuando llegue la automatización en los procesos de producción.

Durante el *Women's Forum Americas 2019*²⁸ llevado a cabo en la Ciudad de México, Christine Lagarde, directora del Fondo Monetario Internacional, afirmó que las mujeres serán las más afectadas con los avances tecnológicos y la robotización del trabajo en gran medida porque solo el 20% de las mujeres se encuentran estudiando o laborando en el área de ciencias y tecnologías²⁹.

De este contexto, se puede desprender que el acceso a las mujeres a la 4RI no será un camino fácil pues a pesar de que se abre la puerta para que tanto mujeres como hombres puedan reinventarse profesionalmente para ser sujetos idóneos en el futuro mercado de trabajo, se deja en claro la desventaja que cuentan las mujeres antes del comienzo de esta carrera tecnológica.

24. Instituto Nacional de Estadística y Geografía: ob. cit., p. 100.

25. Es el término utilizado para referirse a las personas que se encuentran trabajando comúnmente en oficinas realizando actividades semi-profesionales, de administración comúnmente rutinarias y de escritorio que ni implica una especialización para desarrollarlo.

26. Doncel, L.: ob. cit.

27. *Idem*.

28. Women's Forum for the Economy and Society: *Women's Forum Americas*, WFESW, 2019, disponible en <http://www.womens-forum.com/meetings/americas>, consultado el 7 de octubre de 2019.

29. Flores, L.: *Mujeres, las más afectadas con la robotización del trabajo: Lagarde*, El Universal, México, 2019, disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/negocios/mujeres-las-mas-afectadas-con-la-robotizacion-del-trabajo-lagarde>, consultado el 7 de octubre de 2019.

Peso a ello, las cifras proporcionadas por el INEGI dentro de la encuesta publicada en 2019 sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación en los Hogares 2018 reflejan que en México existen 74.3 millones de usuarios de internet, lo que representa el 65.8% de la población comprendidas en un rango de edad entre seis o más años³⁰, de los cuales, el 51.5% de los internautas son mujeres y 48.5% son hombres³¹.

Estos datos reflejan que al generar oportunidades equitativas e igualitarias para acceder al uso de las nuevas tecnologías así como su profesionalización, se generaría la oportunidad para la reducción de la brecha laboral existente hoy en día, una brecha que hasta ahora complica la idea de una inclusión digital de género que permita preparar de manera equitativa a mujeres y hombres.

Por ello, es de suma importancia fomentar la participación, integración y presencia de las mujeres en los sectores la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas, motivándolas a desarrollar estas habilidades y brindándoles las herramientas que necesitan desde la infancia, sin prejuicios de género³² para estar preparados a los eventos que depara esta 4RI.

4. PROPUESTAS Y REFLEXIONES FINALES

Sin duda, los cambios tecnológicos que conlleva la cuarta revolución industrial repercutirán tarde o temprano de una manera progresiva a la sociedad mexicana, y para ello, toda persona debe estar preparada para recibirla, máxime a aquellas que por los contextos sociales y los estereotipos de género han impedido que hoy en día se encuentren en una igualdad y equidad de condiciones para estar preparados en esta carrera digital por los nuevos empleos.

Como se ha dicho a lo largo de todo el ensayo, tanto hombres como mujeres cuentan con carencias en el acceso a la educación y a la debida formación en materia de las competencias que se necesitan para acceder a las nuevas tecnologías y a las carreras del futuro y corresponde al Estado y a la sociedad garantizar el acceso a las mismas. Sin embargo, el esfuerzo debe redoblarse cuando se trata de las mujeres para prevenir que la violencia de género hoy en las nuevas tecnologías se mantenga en el presente y en el futuro.

Las acciones afirmativas que se tienen que realizar en pro de las mujeres deben partir desde el contexto de disminución de la pobreza y acceso a la educación, no solo con la idea romántica que se establece en las leyes, tratados y reglamentos, sino de manera palpable y visible.

30. Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *En México hay 74.3 millones de usuarios de internet y 18.3 millones de hogares con conexión a este servicio: ENDUTIH 2018*, INEGI, México, 2019, p. 1.

31. *Idem*.

32. Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres: *Día Internacional de la Mujer y la Niña en la Ciencia 2019*, Gobierno de México, 2019, disponible en <https://www.gob.mx/conavim/articulos/dia-internacional-de-la-mujer-y-la-nina-en-la-ciencia-2019>, consultado el 7 de octubre de 2019.

Hoy en día esta 4RI ofrece la oportunidad para que esos debates de género en materia de educación y trabajo puedan acotarse, una brecha que durante mucho tiempo se ha expandido y que actualmente da la pauta para su reducción de una manera significativa dejando que las capacidades y habilidades de cada persona sea el factor a evaluar para estar preparados a los nuevos entornos de la 4RI.

Es así que dentro del presente trabajo se desprenden las siguientes reflexiones finales:

En primer lugar, no basta con generar normas jurídicas que establezcan la equidad en el acceso a la educación de calidad, sino que es necesaria la implementación de políticas públicas, temas transversales y mecanismos de exigibilidad en materia de equidad de género en el acceso a las TIC.

Asimismo el acceso a las mismas oportunidades que deparan los nuevos puestos de trabajo resultan ser una realidad, por lo que una profesionalización en las carreras que demandarán los nuevos mercados laborales será pieza clave para que las personas puedan acceder a los nuevos empleos y la brecha de género disminuya.

Cabe mencionar la importancia de equilibrar las matrículas escolares entre mujeres y hombres en carreras como ingenierías, matemáticas, tecnología, entre otras, serán punto importante para que las brechas de género en materia de trabajo se reduzcan en un futuro, pues hoy en día queda claro que estas profesiones fungirán como las más solicitadas en el contexto de la 4RI.

Por su parte, es necesaria una educación estratégica y constante a lo largo de la vida, pues las tecnologías cuentan con cambios radicales en tiempo reducido por lo que readaptarse a esas transformaciones implica un rápido reaprendizaje para poder desempeñarlas y no quedar desfasados en esta nueva era.

Sin políticas de aplicación adecuadas las mujeres corren el riesgo de tener una mayor carga laboral y familiar derivadas de una mala implementación del teletrabajo y otras formas de trabajo a distancia.

Finalmente, la tarea de disminuir la violencia de género en todas sus formas nos corresponde a todos y todas, y la prevención de la violencia y las desigualdades futuras es una necesidad urgente que debe acometerse de manera inmediata.

Bibliografía

- Brenda Tufiño Gómez y Enmanuel López Pérez: *La disparidad de género en el acceso a las TIC en la educación: una forma de violencia presente y futura de los derechos sociales*
- Animal Político: *Los hogares más pobres en México gastan seis de cada diez pesos en comer*, México, 2015, <https://www.animalpolitico.com/2015/07/los-hogares-mas-pobres-en-mexico-gastan-seis-de-cada-10-pesos-en-comer/>.
- Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres: *Día Internacional de la Mujer y la Niña en la Ciencia 2019*, Gobierno de México, 2019, <https://www.gob.mx/conavim/articulos/dia-internacional-de-la-mujer-y-la-nina-en-la-ciencia-2019>.
- CONEVAL: *Medición de la pobreza 2008-2018*, México, 2018, https://www.coneval.org.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza_2018/Serie_2008-2018.jpg.

- CONEVAL: *Nota informativa*, México, 2019, https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicados-prensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf.
- CONEVAL: *Pobreza y género en México, síntesis ejecutiva*, México, 2018, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Sintesis-ejecutiva-Pobreza-y-genero-2010-2016.pdf>.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social: *Reporte de educación 2018*, CONEVAL, México, 2018.
- Doncel, L.: *Las mujeres, más amenazadas que los hombres por el avance de los robots*, El País, México, 2019, https://elpais.com/economia/2018/10/09/actualidad/1539065008_529964.html.
- Flores, L.: *Mujeres, las más afectadas con la robotización del trabajo: Lagarde*, El Universal, México, 2019, <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/negocios/mujeres-las-mas-afectadas-con-la-robotizacion-del-trabajo-lagarde>.
- Instituto Mexicano para la Competitividad: *Las 10 carreras profesionales con mayor porcentaje de mujeres*, IMCO, México, <http://imco.org.mx/comparacarreras/las-10-mas/mujeres/2018/1>.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *En México hay 74.3 millones de usuarios de internet y 18.3 millones de hogares con conexión a este servicio: ENDUTIH 2018*, INEGI, México, 2019.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía: *Mujeres y hombres en México 2018*, INEGI, México, 2018, http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/MHM_2018.pdf.
- Naciones Unidas: *Los estereotipos de género y su utilización*, ACNUDH, Suiza, <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>.
- ONU Mujeres: *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, México, 2011, <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2011/12/cedaw>.
- ONU Mujeres: *Se necesitan científicas*, ONU, 2019 Suiza, <https://news.un.org/es/story/2019/02/1451051>.
- ONU: *El nexo entre las TIC y la pobreza*, ONU, Suiza, 2011, <https://unchronicle.un.org/es/article/el-nexo-entre-las-tic-y-la-pobreza>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: *La OCDE sostiene que es necesario redoblar los esfuerzos para mejorar la equidad en la educación*, OCDE, México, 2018, <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/laocdesostienequeesnecesarioredoblarlosesfuerzosparamejorarlaequidadenlaeducacion.htm>.
- Rodríguez-Gómez, K.: *¿Existe feminización de la pobreza en México? La evidencia a partir de un cambio unitario al modelo colectivo del hogar*, Universidad de Guanajuato, México, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252012000200008.
- Universidad Nacional Autónoma de México: *Tendencias de género*, UNAM, México, 2018, <http://tendencias.cieg.unam.mx/boletin-20.html>.
- Women's Forum for the Economy and Society: *Women's Forum Americas*, WFESW, 2019, <http://www.womens-forum.com/meetings/americas>.



¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18

WHAT ABOUT THE GENDER GAP IN THE PENSION SYSTEM? COMMENTARY TO THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF DECEMBER 12, 2019, CASE C-450/18

Isabel María Villar Cañada

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

imvillar@ujaen.es  0000-0002-3539-8173

Recibido: 29.05.2020. | Aceptado: 26.03.2020

RESUMEN

El TJUE, en sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), declara contrario a la normativa comunitaria el complemento por maternidad de pensiones, regulado en el art. 60 LGSS, al entender que constituye una discriminación directa por razón de género respecto de los hombres, desde el momento en que el mismo sólo se reconoce a aquellas mujeres, beneficiarias de una pensión contributiva de Seguridad Social, que han tenido al menos dos hijos, por su contribución demográfica al sistema. El pronunciamiento del Tribunal va más allá de esta declaración de discriminación por razón de sexo, poniendo el acento en el alcance de las medidas, de acción positiva como solución para intentar compensar la situación real de desigualdad entre mujeres y hombres en el sistema de pensiones en España.

ABSTRACT

The CJEU, in a judgment of December 12, 2019 (case C-450/18), declares the supplement for maternity of pensions, regulated in art. 60 LGSS, understanding that it constitutes direct discrimination on the basis of gender with respect to men, because in which it only recognizes those women, beneficiaries of a contributory Social Security pension, who have two children or more, for their demographic contribution to the system. The Court's ruling goes beyond this declaration of discrimination on the basis of sex, emphasizing the scope of the measures of positive action as a solution to try to compensate the real situation of inequality between women and men in the pension system in Spain.

PALABRAS CLAVE

Discriminación
Género
Pensiones
Complemento por maternidad

KEYWORDS

Discrimination
Gender
Pensions
Supplement for maternity

SUMARIO

1. UN BREVE PLANTEAMIENTO PREVIO: LA DESIGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
2. MARCO NORMATIVO. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS
3. RELATO DE LOS HECHOS
4. EL FONDO DEL ASUNTO: LA EXISTENCIA DE UNA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO PARA LOS HOMBRES
5. TRASCENDENCIA DEL FALLO

1. UN BREVE PLANTEAMIENTO PREVIO: LA DESIGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las diferencias existentes entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo son, hoy día, una realidad incuestionable. Una realidad que, pese a la incorporación generalizada de la mujer al ámbito laboral, no se ha visto totalmente superada, manteniéndose muchos aspectos del modelo tradicional, basado en el clásico reparto de roles entre el varón, como trabajador y sustentador económico de la unidad familiar, y la mujer, responsable de las tareas de cuidado y del trabajo doméstico no remunerado.

Así, elementos como la brecha salarial, incrementada a medida que aumenta la edad de la mujer (de media necesita trabajar aproximadamente unos 11 años más que un hombre para tener derecho a igual pensión de jubilación), la mayor tasa de desempleo, el índice más elevado de temporalidad y parcialidad en el caso de las trabajadoras, la segregación horizontal, con sectores de actividad claramente feminizados, generalmente relacionados con los roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres (educación, cuidados...) y en muchas ocasiones escasamente retribuidos; la segmentación vertical del mismo (el famoso "techo de cristal)... caracterizan, con carácter general, la presencia de las mujeres en el ámbito laboral.

Y cuando se produce el retiro de la vida laboral activa, estas diferencias, lejos de desaparecer o atenuarse, no sólo se mantienen sino que se acentúan, debido a la propia configuración de nuestro sistema de Seguridad Social. Este, basado en el principio de contributividad, aparece sustentado también sobre ese modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, con un prototipo de relación de trabajo de carácter indefinido y a jornada completa, en el que, por tanto, se siguen primando las carreras de cotización estables a la hora de reconocer el derecho a las prestaciones y de determinar la cuantía de las mismas. Y es que el avance que en materia de igualdad de género ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico, no ha supuesto un cambio en profundidad de las bases en las que se asienta nuestro sistema de Seguridad Social¹. Aún nos encontramos lejos de conseguir una adecuada implementación

1. Vid. Benito Benítez, M. A.: "La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 4, núm. 1, 2016, p. 4.

del principio de igualdad por razón de género en este ámbito, una realidad esta que se hace más evidente cuando hablamos de las pensiones.

Así, aunque las mujeres pensionistas en nuestro país superan a los hombres, en la mayoría de los casos –como reflejo del ya mencionado modelo tradicional de relaciones laborales– no perciben una pensión por derecho propio, sino en cuanto derecho derivado de las cotizaciones de sus cónyuges. Por otra parte, en relación a la cuantía de la pensión recibida, la brecha de las pensiones se sitúa muy por encima de la brecha salarial (la pensión media de las mujeres es en torno a un 35% inferior a la de los hombres²). Ciertamente es que la incorporación de la mujer al mercado de trabajo se va a traducir en un aumento progresivo del número de beneficiarias de la pensión de jubilación, aunque en la mayoría de las ocasiones esta paulatina aproximación entre mujeres y hombres en el ámbito subjetivo de la pensión es –y va a seguir siendo– más cuantitativa que cualitativa.

Y es que de la consideración del período total de cotización y de las bases acreditadas para determinar el nacimiento del derecho y la cuantía de la pensión –elementos propios del modelo contributivo– se derivan consecuencias evidentes tanto en el acceso como en la intensidad de la protección dispensada por nuestra Seguridad Social a las mujeres. Éstas, con, por lo general, carreras de cotización más cortas e inestables y con salarios más bajos, cuando no quedan directamente excluidas de la protección contributiva del sistema³, en el mejor de los casos, como decimos, acceden a pensiones de cuantía más baja, alejadas en muchas ocasiones de la exigencia constitucional de suficiencia⁴.

En los últimos años han sido varias las medidas adoptadas por el legislador con el objetivo de compensar –parcialmente– los efectos perniciosos que la situación de las mujeres en nuestro mercado de trabajo genera en la protección que les dispensa el sistema de Seguridad Social. Entre estas medidas se encuentra el complemento por maternidad de pensiones, objeto de la sentencia del TSJUE que pasamos a comentar.

2. MARCO NORMATIVO. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 12 de diciembre del pasado año 2019, vino a declarar que “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 mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, se opone a una norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan

2. Vid. Informe *La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones*, UGT, diciembre 2019.

3. Un interesante análisis del nivel no contributivo desde un enfoque de género en Ron Latas, R. P. y Lousada Arochena, J. F.: “Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12, 2017, pp. 105-121.

4. Así se refleja en el hecho de que el 30,3% de las pensiones contributivas percibidas por mujeres tienen reconocido complemento a mínimos, frente al 17,7% de las percibidas por hombres. Vid Informe *Mujeres en el mercado de trabajo, mujeres pensionistas y mujeres migrantes en el siglo XXI*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

La sentencia responde a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona en relación a la conformidad con el Derecho de la Unión del complemento por maternidad de pensiones, regulado en el art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Como es conocido, este complemento se reconoce a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptados y que, a partir del 1 de enero de 2016 adquieran la condición de beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social. Y se les reconoce por su “contribución demográfica” al sistema de Seguridad Social, en cuanto esta aportación se considera un elemento esencial para contribuir a la sostenibilidad del mismo⁵.

Intentando dar respuesta al compromiso establecido en la Recomendación XVIII del Informe del Pacto de Toledo de 2011, que recogía la necesidad de valorar la dimensión de género en el sistema de pensiones, y enmarcada en el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017⁶, la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (añadiendo un art. 50 bis a la LGSS'94) regula esta medida con la que el legislador pretendió compensar, al menos parcialmente, y aunque no se manifieste así de manera expresa, el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos, mediante incentivos económicos que ayuden a reducir la brecha de género a la hora de generar pensiones⁷.

Pues bien, pese a la técnica legislativa utilizada y la, al menos aparente, “improvisación” en su diseño, esta medida fue avalada por el Tribunal Constitucional al entender que el objetivo perseguido con la misma era el de compensar las carreras de seguro de las mujeres, afectadas con carácter general por las consecuencias derivadas de la maternidad⁸. Un aval este que, a la hora de pronunciarse sobre el reconocimiento del complemento, llevó a los distintos órganos jurisdiccionales a no cuestionar la exclusión de los hombres de su ámbito de aplicación.

5. Un detenido análisis de este complemento en Flor Fernández, M. L. de la: “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, pp. 119 y ss.; Gallego Losada, R.: “El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones”, *Revista CEF Trabajo y Seguridad Social*, núm. 403, 2016, pp. 19-54; o Errandonea Ulaiza, 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*, núm. 7, 2016, pp. 75-97.

6. Aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de mayo de 2015.

7. *Vid.* García Romero, M. 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*, núm. 74, 2016, p. 129.

8. ATC 114/2018, de 16 de octubre, cuestión de inconstitucionalidad nº 3307/2018. No obstante, se incluyen en el Auto dos votos particulares en los cuales los Magistrados reprueban a la mayoría la no aplicación de la perspectiva de género a la hora de avalar el complemento por maternidad de pensiones, sin tener en cuenta que en el mismo incluyen elementos que se sustentan sobre los tradicionales roles de género, al seguir asignado a las mujeres el rol de cuidadoras.

La cuantía del complemento se establece de manera variable, en función del número de hijos/as de la beneficiaria, oscilando entre el 5% en el caso de haber tenido dos hijos/as el 10% si se han tenido tres y el 15% cuando la mujer haya tenido 4 hijos/as o más.

Son varios los aspectos del complemento que resultan cuestionables. Entre ellos, su reconocimiento únicamente a las pensiones generadas a partir de 2016, cerrándose la puerta a las mujeres que accedieron a la pensión con anterioridad quienes, precisamente, desarrollaron su carrera profesional sin el apoyo de políticas públicas que facilitaran la conciliación de la vida laboral y familiar; la exclusión de las mujeres que sólo han tenido un hijo (esa contribución demográfica no es valorada), de aquéllas que hayan acogido a menores o de las beneficiarias de pensiones no contributivas; la aplicación del complemento sobre la pensión calculada en función de las cotizaciones de la beneficiaria, sin tener en cuenta el eventual complemento a mínimos en los casos en que se tenga derecho al mismo, etc.⁹

Pero, dejando a un lado estas cuestiones, en el caso que nos ocupa, lo que aparece directamente cuestionado es la exclusión del derecho al complemento de los hombres titulares de una pensión contributiva, aunque la trascendencia del tema va mucho más lejos, como expondremos más adelante.

3. RELATO DE LOS HECHOS

Mediante resolución de 25 de enero de 2017, el INSS reconoció a un trabajador una pensión por incapacidad permanente absoluta del 100% de la base reguladora (1.603,43 € mensuales, más revalorizaciones). El hombre presentó reclamación administrativa previa contra dicha resolución, alegando que, al ser padre de dos hijas, debía haber percibido, conforme a lo dispuesto en el art. 60.1 LGSS, un complemento de pensión equivalente al 5% de la cuantía de su pensión, en las mismas condiciones que las mujeres madres de dos hijos/as que adquieren la condición de beneficiarias de una pensión contributiva por incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social española. El INSS desestimó la reclamación administrativa, confirmando su resolución e indicando que el referido complemento se reconoce exclusivamente a las mujeres, madres al menos de dos hijos/as, beneficiarias de una pensión contributiva, por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

Se interpuso por parte del trabajador recurso contencioso ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona solicitando que se le reconociera el derecho a percibir el complemento, tras lo cual tuvo lugar el fallecimiento del recurrente, acaecido el 7 de diciembre de 2017. Su esposa sucedió al difunto como demandante en el litigio principal, afirmado el juzgado que, en caso de reconocerse, el abono del complemento tendría efectos hasta la fecha del fallecimiento.

9. Un análisis detallado de estos aspectos cuestionables en Villar Cañada, I. M.: "Últimas reformas en materia de pensión de jubilación; la sostenibilidad del sistema desde un enfoque de género", en AA.VV: *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 789-804.

El Juzgado de lo Social, partiendo de que el art. 60.1 LGSS reconoce, en los términos anteriormente señalados, el complemento de pensión únicamente a las mujeres, excluyéndose, pues, de este derecho a los hombres que puedan encontrarse en una situación idéntica a aquéllas, viene a realizar dos valoraciones: por una parte, considera que el concepto de “aportación demográfica” a la Seguridad Social es predicable tanto de mujeres como de hombres, puesto que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son propios de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por tanto, la interrupción del trabajo, como consecuencia del nacimiento, adopción o cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social. Desde este enfoque, considera que el art. 60.1 LGSS establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres que perjudica a los hombres que se hallen en una situación idéntica.

Y por otra parte, el Juzgado estima que la procreación implica un sacrificio mayor para las mujeres, tanto a nivel personal como profesional. El período de embarazo y el nacimiento conlleva mayores sacrificios para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Desde este punto de vista, considera que el complemento de pensiones podría justificarse en la medida en que está destinado a proteger a las mujeres de estas consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Ante estas circunstancias, el Juzgado de lo Social decide suspender el procedimiento y plantea cuestión prejudicial al TJUE.

4. EL FONDO DEL ASUNTO: LA EXISTENCIA DE UNA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO PARA LOS HOMBRES

Como ha quedado apuntado al inicio, el Tribunal declara que la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social se opone al citado art. 60.1 LGSS. Considera así que el complemento de pensiones constituye una discriminación directa para los hombres que, encontrándose en una situación idéntica a la de las mujeres beneficiarias, no tienen derecho a él.

Antes de analizar el fondo del asunto, el TJUE, en el ejercicio de su misión de “proporcionar todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles –al órgano jurisdiccional nacional– para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que dicho órgano haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión”¹⁰, rectifica al Juzgado español respecto a la normativa comunitaria aplicable. Pese a que este limitaba la cuestión prejudicial a la interpretación

10. V.gr. en este sentido SSTJUE de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, apartado 32 y de 8 de mayo de 2019, PI, C-230/18, apartado 43.

del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54, el TJUE considera que la pensión contributiva de incapacidad permanente sobre la que se calcula el complemento –al que, de manera expresa, el art. 60.1 LGSS reconoce también naturaleza jurídica de pensión contributiva– no está incluida en el concepto de “retribución” en el sentido del mencionado art. 157.2, sino en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, al formar parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos –la invalidez– enumerado en su art. 3.1¹¹.

Una vez “aclarada” la normativa comunitaria aplicable, el Tribunal viene a determinar que la norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. A la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de trato, según la cual la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones análogas (o en la aplicación de la misma norma a situaciones distintas)¹², esa diferencia de trato entre mujeres y hombres constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 4.1 de la Directiva 79/7, desde el momento en que la aportación demográfica a la Seguridad Social sobre la que se justifica es igual de necesaria en el caso de aquéllas que de éstos.

Es, por tanto, la justificación que el legislador nacional aporta para justificar este complemento de pensiones (la “aportación demográfica” a la Seguridad Social) la que determina que, a juicio del Tribunal, nos hallemos ante situaciones comparables y, por tanto, ante un supuesto de discriminación, prohibido por la norma comunitaria.

El Gobierno español señaló, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el TJUE, que el objetivo perseguido por el complemento iba más allá de compensar por esa aportación demográfica a las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos. Además, se dijo, el complemento se articuló para contribuir, al menos parcialmente, a la reducción de la brecha de género existente en materia de pensiones en nuestro país; para garantizar el reconocimiento de unas pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducidas o acortadas sus carreras profesionales por haber tenido dos o más hijos y haberse dedicado a su cuidado. Y para acreditar estas diferencias fueron aportados por parte del INSS numerosos datos estadísticos que reflejaban las diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de mujeres y hombres.

Frente a esta argumentación, el Tribunal considera que, si bien es una realidad que, debido a la asunción de estas responsabilidades familiares, las mujeres encuentran mayores desventajas a lo largo de su vida profesional, las cuales se reflejan en los importes de sus pensiones, esto no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por ese motivo, haya podido sufrir esas mismas desventajas.

11. SSTJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, apartado 20 y de 16 de diciembre de 1999, Taylor, C-382/98, apartado 14.

12. Entre las más recientes, *vid.* STSJUE de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, apartado 73; o STSJUE de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, apartado 41; sobre qué se entiende por situaciones comparables.

De manera expresa, se analiza en la sentencia el posible encaje del complemento de pensiones en alguno de los supuestos contemplados en la normativa comunitaria en los que cabe una excepción a la prohibición de discriminación directa por razón de sexo, lo que justificaría su existencia¹³.

Respecto a la excepción relativa a la protección de la mujer por motivos de maternidad, la Directiva 79/7 y la jurisprudencia comunitaria reconocen la legitimidad de esa protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo, el parto, el período de lactancia¹⁴. No obstante, según el TJUE, el complemento de pensiones no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre su reconocimiento y el disfrute de un permiso por maternidad o las desventajas que una mujer sufre en el ámbito laboral debido a la interrupción de su actividad durante el período posterior al parto¹⁵. Ni el complemento se reconoce solamente a las madres con hijos biológicos, –también en los casos de hijos adoptivos–, ni para tener derecho al mismo se exige que la mujer haya disfrutado de un permiso de maternidad.

Tampoco encaja el complemento en la excepción que permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 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 períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Según el TJUE, la concesión del complemento de pensiones no aparece supeditada a la educación de los hijos ni a la interrupción de la carrera profesional por ese motivo, sino simplemente al hecho de haber tenido dos o más hijos y a que la mujer sea beneficiaria de una pensión contributiva.

Y tampoco podría incluirse el complemento en el ámbito de aplicación del art. 157.4 TFUE. Con objeto de garantizar en la práctica la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, se permite la adopción o el mantenimiento por los Estados miembros de 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, sin que ello conculque el principio de igualdad de trato.

Pues bien, a juicio del Tribunal esta disposición tampoco puede ser aplicada al complemento analizado, desde el momento en que el mismo concede a las mujeres un plus en el momento en que se les reconoce la pensión, pero no aporta ningún remedio a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional ni contribuye a compensar las desventajas a las que puedan verse expuestas mientras se encuentran en activo.

El Tribunal concluye así que el complemento por maternidad de pensiones contemplado en el art. 60 LGSS constituye una discriminación directa por razón de género respecto de los hombres, prohibida, por tanto, por la Directiva 79/7.

13. En este sentido, *vid.* STSJUE de 3 de septiembre de 2014, X, C-318/13, apartados 34 y 35; o la ya citada de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, apartado 50.

14. Por todas *vid.* STSJUE de 19 de septiembre de 2013, Betrio Montull, C-5/12, apartado 62.

15. El reconocimiento del complemento a las mujeres con hijos adoptivos indica, a juicio del Tribunal, que el legislador nacional no pretendió limitar su aplicación a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz.

5. TRASCENDENCIA DEL FALLO

La trascendencia de la resolución va mucho más allá de esta declaración de la existencia de discriminación por razón de género en el complemento por maternidad de pensiones y el necesario reconocimiento del mismo con independencia del sexo de la persona beneficiaria¹⁶.

A la hora de valorar la sentencia coincidimos con las opiniones que realizan un análisis positivo de la “apuesta” que hace el Tribunal por la corresponsabilidad¹⁷, al partir de que la condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por tanto, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos, no debiendo asociarse este únicamente a las mujeres. Y, aunque en principio cabría pensar que la sentencia podría cuestionar las políticas nacionales consistentes en el desarrollo de acciones positivas por razón de género, como hemos visto, el Tribunal sí admite estas acciones, entre otros casos, cuando la finalidad de las mismas sea priorizar el acceso al desarrollo de actividades profesionales al sexo menos representado o compensar desventajas en las carreras profesionales¹⁸.

El complemento por maternidad de pensiones se planteó por nuestro legislador como una de esas acciones positivas con el objetivo de compensar, además de la aportación demográfica a la Seguridad Social –y a esa contribuyen por igual mujeres y hombres–, la incuestionable brecha de género existente en nuestro sistema de pensiones, reflejo de las dificultades con las que se encuentran las mujeres en el mercado laboral, del reparto sexista del trabajo y de la mayor dedicación de ellas a las responsabilidades familiares. Los datos estadísticos aportados por el INSS, pese a no ser valorados por el Tribunal, así lo reflejaban. Y así lo refleja también la realidad actual.

Sin embargo, este objetivo no quedó plasmado en el art. 60 LGSS. La improvisación en su diseño y la deficiente regulación normativa del complemento ha contribuido de manera decisiva a que el TJUE se pronuncie en los términos señalados, con las consecuencias que de esta resolución derivan para nuestro sistema de Seguridad Social. Por una parte, y como consecuencia directa, un considerable aumento del coste derivado tanto del mayor número de potenciales beneficiarios/as como de la mayor cuantía de las pensiones reconocidas a los hombres. Y por otra, y como efecto indirecto, el incremento de la, ya amplia, brecha de género prestacional, al reconocerse esos complementos más elevados a quienes, con carácter general, acceden a pensiones más elevadas, los hombres. Precisamente lo contrario del objetivo buscado con

16. La STSJ de Canarias/Las Palmas 44/2020, de 20 de enero, reconoce ya el derecho al complemento a un trabajador viudo que se hizo cargo del cuidado de sus cuatro hijos, puesto que “la práctica de cuidar ‘de facto’ puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres”.

17. En este sentido, Molina Navarrete, C.: “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viuda o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia de, Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 445, 2020, p. 194.

18. V.gr. STSJUE de 19 de septiembre de 2013, Betrio Montull, C-5/12.

la medida enjuiciada y un factor más de discriminación indirecta por razón de género en el sistema de pensiones español.

Cierto es que la sentencia del TJUE sigue apostando por una visión excesivamente formalista del principio de igualdad por razón de sexo que sería necesario superar si se pretende contribuir al objetivo de alcanzar una verdadera igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en nuestro caso en el sistema de pensiones. Pero también lo es que el Tribunal ni niega la existencia de diferencias por razón de género en el ámbito socio-laboral ni cuestiona la puesta en práctica de medidas dirigidas a corregirlas. Lo que se deriva de la sentencia es que estas medidas han de ser diseñadas de forma correcta, y no improvisada, indiscriminada o desproporcionada.

Este ha de ser el camino que deba seguir el legislador español a la hora de acometer las necesarias reformas derivadas del pronunciamiento del TJUE. Un proceso en el cual necesariamente habrá de tener presente tanto la situación de déficit estructural de nuestro sistema de pensiones (que ya se ha visto –y previsiblemente se verá aún más– acrecentado por la necesaria atención a las situaciones de necesidad derivadas de la actual situación de crisis derivada del coronavirus Covid-19) como las diferencias por razón de género que existen en el mismo.

Es más, la actuación legislativa debiera ir más allá del simple rediseño del complemento por maternidad de las pensiones contributivas, acometiendo reformas que, con carácter general, contribuyan a paliar la brecha de género y a la consecución de una igualdad real y efectiva en el sistema de pensiones. Reformas que deben concretarse en medidas que realmente se dirijan a compensar las consecuencias que para las carreras de seguro derivan de la asunción de responsabilidades familiares –ya las asuman los hombres o, como mayoritariamente sigue ocurriendo en la práctica pese a los discretos avances en materia de corresponsabilidad, las mujeres–.

Bibliografía

- Benito Benítez, M. A.: “La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 4, núm. 1, 2016.
- Errandonea Ulaiza, 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*, núm. 7, 2016.
- Flor Fernández, M. L. de la: “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.
- Gallego Losada, R.: “El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones”, *Revista CEF Trabajo y Seguridad Social*, núm. 403, 2016.
- García Romero, M. 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*, núm. 74, 2016.
- Molina Navarrete, C.: “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viuda o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia de, Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 445, 2020.

- Ron Latas, R. P. y Lousada Archeda, J. F.: "Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12, 2017.
- Villar Cañada, I. M.: "Últimas reformas en materia de pensión de jubilación; la sostenibilidad del sistema desde un enfoque de género", en AA.VV: *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Laborum, Murcia, 2019.



El cálculo de la prestación por desempleo a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2020, ZP, asunto C-29/19

THE CALCULATION OF UNEMPLOYMENT BENEFIT CONSIDERING THE RECENT JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, ZP, CASE C-29/19

José Manuel Pazó Argibay

Doctorando

Universidad de Santiago de Compostela

josemanuel.pazo@usc.es 0000-0003-3718-0247

Recibido: 25.03.2020 | Aceptado: 26.03.2020

RESUMEN

El Reglamento (CE) nº 883/2004 constituye la herramienta esencial para una colaboración más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros. Su finalidad es la de coordinar los sistemas de Seguridad Social evitando que el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores suponga la disminución o pérdida de derechos en relación con su protección social. No obstante, en ocasiones, las disposiciones de los Reglamentos de coordinación presentan un difícil acomodo con las normativas de los Estados miembros, obligando a la intervención interpretativa del Tribunal de Justicia. En este marco, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de enero de 2020, ha puesto sobre la mesa un nuevo escenario sobre los criterios para el cálculo de la prestación por desempleo, criterios que constituyen el objeto de este trabajo.

ABSTRACT

EC Regulation 883/2004 is an essential tool for more effective collaboration between unemployment insurance systems and employment services in all Member States. The purpose is to coordinate Social Security systems, preventing that the exercise of free movement of workers involves the reduction of rights in relation to their social protection. However, sometimes, provisions of coordination regulations are difficult to adapt with regulations of member States, forcing the Court of Justice to interpret. The *ZP* case stimulate a new debate about the criteria for calculating unemployment benefits, criteria that are the object of this paper.

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Prestaciones por
desempleo
Coordinación

KEYWORDS

Social Security
Unemployment benefits
Coordination

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LA LUZ DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN
3. ASPECTOS BÁSICOS DEL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y SU INTERRELACIÓN CON LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 23 DE ENERO DE 2020, ZP, ASUNTO C-29/19 (ECLI:EU:C:2020:36)
5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que las disposiciones en materia de Seguridad Social en el Derecho de la Unión fueron concebidas como un instrumento para el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores y, obviamente, las relativas a la prestación por desempleo presentan también este carácter instrumental para alcanzar dicho fin. El propio Reglamento (CE) nº 883/2004¹, en su considerando número 32, aboga por una colaboración más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros para fomentar la movilidad de los trabajadores y facilitar la búsqueda de empleo. Su finalidad es la de coordinar los sistemas de Seguridad Social evitando que el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores suponga la disminución o pérdida de derechos en relación con su protección social². No obstante, en ocasiones, las disposiciones de los Reglamentos de coordinación presentan ciertas fricciones con las normativas de los Estados miembros, lo que requiere la intervención del Tribunal de Justicia en una peculiar función normativa³.

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de enero de 2020, ha puesto sobre la mesa una nueva interpretación de los criterios para el cálculo de la prestación por desempleo contenidos en el artículo 62 del Reglamento (CE) nº 883/2004 que, en su adecuación con los criterios nacionales al respecto, abre la vía a un nuevo enfoque acerca del período de referencia de los últimos 180 días de cotización sobre el que la normativa española realiza el cálculo de la prestación por desempleo.

La presente comunicación no pretende ser un estudio pormenorizado de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables al cálculo de la prestación por desempleo, sino simplemente poner de manifiesto aquellos aspectos de ambas normativas que presentan un encaje más forzado, así como las líneas de interpretación abiertas a raíz de la propia Sentencia del Tribunal de Justicia, ZP, de 23 de enero de 2020.

1. Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO nº L166/1, de 30 de abril de 2004).

2. García Viña, J.: "La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010, p. 256.

3. Miranda Boto, J. M.: "El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.

2. EL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LA LUZ DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

El Reglamento (CE) n° 833/2004 dedica su artículo 62 a las disposiciones aplicables al cálculo de la prestación por desempleo. Su apartado primero dispone que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores, tendrá en cuenta *exclusivamente* el sueldo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia con arreglo a dicha legislación⁴. De esta manera, la base sobre la que debe calcularse la prestación será la del empleo o actividad desarrollada en último lugar, sin que se establezca duración mínima alguna a esta última actividad sobre cuya retribución debe calcularse la prestación⁵.

Sí lo hacía su antecesor. El Reglamento (CEE) n° 1408/71⁶, establecía en su artículo 68 que si un Estado preveía que la cuantía de la prestación por desempleo debía ser calculada en función del importe del salario anterior, debía tenerse en cuenta exclusivamente el salario percibido por el interesado en su último empleo en el territorio de dicho Estado, siempre y cuando hubiese prestado servicios bajo la legislación de ese Estado durante, al menos, cuatro semanas. En caso contrario, las prestaciones debían ser calculadas sobre el salario *usual* que correspondiera a un empleo equivalente o análogo al que hubiera desarrollado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro. Tanto el cómputo del período de cuatro semanas que establecía el antiguo artículo 68 como criterio principal⁷, como la consideración del salario usual a tener en cuenta cuando no resultaba posible acreditar dicho período⁸, han sido objeto de análisis constante por los órganos judiciales.

4. Como señala Serrano García, el cálculo de la prestación se hace sobre la base de la "remuneración perdida". Serrano García, J. M.: *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Altabán Ediciones, Albacete, 2005, p. 89.

5. En la propuesta de reforma del Reglamento (CE) n° 833/2004 se plantea la exigencia de un período mínimo de carencia de tres meses en el Estado miembro donde se haya ejercido la actividad más reciente para que se tenga derecho a totalizar los períodos de seguro anteriores lo que, en consecuencia, implicaría contar con un período de referencia mínimo de tres meses a efectos del cálculo de la prestación. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 833/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 833/2004. Estrasburgo, 13/12/2016. COM (2016) 815 final.

6. Reglamento (CEE) n° 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO n° L149/2, de 5 de julio de 1971).

7. A modo de ejemplo, la STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2013, n° rec. 3414/2011 (ECLI:ES:TSJGAL:2013:9623) giró en torno a la exactitud en el cómputo de los días a tener en cuenta para el período de cuatro semanas exigido por el artículo 68.1 del Reglamento. Por su parte, la STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2005, n° rec. 1351/2005 (ECLI:ES:TSJM:2005:3239) y la STSJ de Canarias de 22 de octubre de 2014, n° rec. 1021/2013 (ECLI:ES:TSJICAN:2014:3500) analizaron, en similares asuntos, la determinación del período de cuatro semanas en dos supuestos de cotización a tiempo parcial.

8. En su Sentencia de 28 de febrero de 1980, *Fellinger*, asunto 67/79 (ECLI:EU:C:1980:59), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó el alcance de lo que debía entenderse como salario *usual* en el supuesto de un trabajador fronterizo. Por otro lado, la identificación del salario *usual* para al cálculo de la prestación por desempleo al amparo del artículo 68 fue también objeto de análisis en la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2005, n° rec. 679/2004 (ECLI:ES:TSJCLM:2005:2985).

No cabe duda de que su eliminación en el Reglamento (CE) nº 883/2004 ha sido un ejercicio de simplificación normativa y judicial importante. Sin embargo, la regulación del actual artículo 62, que omite ambos requisitos, plantea el debate sobre los diferentes niveles salariales o de ingresos profesionales que pueden darse entre los distintos Estados miembros. Así, si el empleo o actividad desarrollado en el último Estado, y ante el cual se solicita la prestación, es superior a los percibidos en los otros Estados, la prestación será calculada sobre este último lo que, en general, permitiría lucrar una prestación de mayor cuantía y, en consecuencia, con mayor carga económica para este último Estado⁹. No obstante, teniendo en cuenta el carácter neutro del Reglamento de coordinación, esta regulación podría también producir el efecto contrario. Sin obviar la tendencia general de que los desplazamientos se producen a Estados con mayores niveles salariales, en aplicación de esta disposición, un beneficiario podría ver calculada su prestación por desempleo sobre una cuantía inferior, según la retribución acreditada en el último Estado, a pesar de acreditar mayores cuantías en otros Estados.

Continuando con la regulación del artículo 62, su apartado segundo establece que las disposiciones del apartado primero se aplicarán igualmente en caso de que la legislación que aplique la institución competente prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones, y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro, pero sin concretar tampoco duración mínima alguna. Esta disposición, novedosa con respecto a la regulación anterior¹⁰, es trascendental para el caso español, al establecer nuestra normativa el período de referencia de los últimos 180 días de cotización para el cálculo de la prestación por desempleo.

Por tanto, en sentido estricto y siguiendo lo dispuesto en el artículo 64.2, las retribuciones percibidas en otros Estados miembros en los que se hayan prestado servicios con anterioridad carecen de validez a efectos del cálculo de la prestación, incluso en aquellos supuestos en los que la legislación nacional prevea el cálculo tomando un período como referencia y este período alcance períodos de actividad en otros Estados¹¹. Ahora bien, a la vista del reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia ZP¹², que se abordará seguidamente, esta última reflexión debe tomarse con cierta cautela.

9. Novales Bilbao apunta también a las posibilidades de fraude que ofrece esta regulación, al posibilitar “la realización de actividades de muy corta duración para el acceso a prestaciones totalizando los período de otros países”. Novales Bilbao, A.: “La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, p. 109.

10. Fernández Orrico, F. J.: “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010, p. 110.

11. Miranda Boto, J. M.: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II): prestaciones”, en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M. (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 228.

12. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2020, ZP, asunto C-29/19 (ECLI:EU:C:2020:36).

Finalmente, el apartado tercero del artículo 62 contiene una regla particular para el cálculo de la prestación por desempleo de los trabajadores fronterizos¹³, al establecer al respecto que la institución del lugar de residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación¹⁴.

Sobre esta cuestión, el Reglamento (CE) n° 987/2009, aborda en su artículo 54 los aspectos prácticos de aplicación en relación con el cálculo de las prestaciones por desempleo. En su apartado segundo emplaza a la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada con respecto a su última actividad, por cuenta propia o ajena, a comunicar sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de esta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones por desempleo que puedan obtenerse en el Estado miembro en el que esté situada y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos.

Por su parte, el apartado tercero contiene las disposiciones relativas a aquellas prestaciones cuyo cálculo pueda variar en función del número de miembros de la familia¹⁵. Al igual de lo que sucedía en la regulación anterior, si una legislación dispone que el cálculo de la prestación varía en función de los miembros de la familia, deberá también tener en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado miembro competente¹⁶. Esta disposición no se aplicará si, en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración esos miembros de la familia. A estos efectos, según dispone la Decisión U1, las instituciones deben intercambiar, sin demora, los datos necesarios para determinar los derechos y obligaciones de la persona solicitante, configurándose estos datos como un medio de prueba, nunca como generadores de un derecho. La información relativa a los miembros de la familia que residen en otro Estado miembro, a efectos de su cómputo para el cálculo de la prestación, debe comunicarse una vez iniciado el período de disfrute de la prestación¹⁷. No obstante,

13. A los que el artículo 1.f) del Reglamento (CE) n° 883/2004 define como “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana”. En profundidad sobre las particularidades que caracterizan a los trabajadores fronterizos, véase Carrascosa Bermejo, D.: “Los trabajadores fronterizos. Presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto. 1408/71/CEE y Rgto. 883/2004/CE)”, en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 398 y ss.

14. Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO n° L284/1, de 30 de octubre de 2009).

15. Ampliadas por la Decisión N° U1, de 12 de junio de 2009, relativa al artículo 54, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere a los complementos de prestaciones de desempleo por cargas familiares (DO n° C106/42, de 24 de abril de 2010).

16. Sobre este particular, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de agosto de 1993, *Acciardi*, asunto C-66/92 (ECLI:EU:C:1993:341) y de 16 de octubre de 2001, *Stallone*, asunto C-212/00 (ECLI:EU:C:2001:548).

17. El apartado 2 de la Decisión N° U1 dispone que “cuando a la institución que comunique el documento previsto en el apartado 1 no le sea posible certificar que los miembros de la familia no se tienen en cuenta para el cálculo

esta comunicación realizada una vez iniciado el cobro de la prestación dará derecho al pago, con efecto retroactivo, de la cantidad resultante del cómputo de dichos familiares, siempre y cuando dichos familiares se encontraran ya a cargo del beneficiario de la prestación desde el inicio del período de prestación reconocida.

3. ASPECTOS BÁSICOS DEL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y SU INTERRELACIÓN CON LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

El cálculo de la prestación por desempleo desde el punto de vista nacional no presenta, a priori, especial dificultad en relación con lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación. Su regulación básica se encuentra contenida en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El artículo 4, apartado 1, del Real Decreto 625/1985 dispone que la base reguladora de la prestación por desempleo se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo¹⁸ o a aquel en el que cesó la obligación de cotizar. Por tanto, la legislación española establece un período de referencia para el cálculo de la prestación y, en consecuencia, en supuestos de cálculo de la prestación al amparo del Reglamento (CE) nº 883/2004, resultaría aplicable lo dispuesto en su artículo 62.2. No se tendrán en cuenta para este cálculo las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación por parte de la entidad gestora o, en su caso, la empresa, ni la retribución por horas extraordinarias.

Seguidamente, el artículo 4.3, en relación con lo dispuesto en el artículo 62.3 del Reglamento, establece los requisitos para la consideración de los hijos a cargo¹⁹ a efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo de nivel contributivo²⁰. Además, en línea con lo también establecido en el artículo 54.3 del Reglamento 987/2009, de aplicación, no es necesaria la convivencia cuando el beneficiario

de las prestaciones por desempleo debidas a otra persona en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen, el interesado podrá completar dicho documento con una declaración en ese sentido”.

18. Situaciones tipificadas en el artículo 267 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

19. Art. 4.3 RD 625/1985: “[...] se entenderá que se tienen hijos a cargo, cuando éstos sean menores de veintiséis años o mayores con una incapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con el beneficiario. La carencia de rentas se presumirá en el caso de no realización de trabajo por cuenta propia, o por cuenta ajena cuya retribución sea igual o superior a la cuantía indicada en el párrafo anterior, sin perjuicio de que en dichos supuestos la entidad gestora pueda solicitar la acreditación de inexistencia de otras fuentes de ingresos”.

20. Para el año 2020, la cuantía mínima de la prestación por desempleo de nivel contributivo es de 501,98 €, sin hijos/as, y de 671,40 € con un hijo/a o más. Por lo que respecta a las cuantías máximas de la prestación, estas oscilan entre los 1.098,09 €, sin hijos/as, y los 1.411,83 € con dos hijos/as o más.

declare que tiene obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial o que sostiene económicamente al hijo²¹. Cuando lo requiera la entidad gestora el beneficiario deberá aportar la documentación acreditativa que corresponda.

Esta cuestión planteó en España, en su momento y bajo la regulación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, la duda acerca de la exigencia de que los familiares tenidos en cuenta para el cálculo de la prestación tuvieran que vivir con el solicitante²². La controversia fue resuelta por vía jurisprudencial, exigiendo únicamente que los familiares tenidos en cuenta para el cálculo dependiesen económicamente del solicitante, no siendo necesaria una convivencia con el mismo²³. En cualquier caso, como se ha señalado, el propio artículo 4.3 del Real Decreto 625/1985 ya exime de esta exigencia cuando hay dependencia económica.

No obstante, llama la atención que en la propia página web del Servicio Público de Empleo Estatal, en la información que se facilita al ciudadano en relación con la cuantía de la prestación, se informe de que “se consideran hijos o hijas a cargo si son menores de 26 años o son mayores con discapacidad o las personas menores acogidas, *si conviven con usted* y no tienen rentas mensuales superiores al salario mínimo interprofesional”, lo que claramente presenta un difícil encaje con lo establecido sobre este particular en el Real Decreto y en el Reglamento de coordinación.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 23 DE ENERO DE 2020, ZP, ASUNTO C-29/19 (ECLI:EU:C:2020:36)

305

El Sr. ZP, ciudadano de nacionalidad alemana y con residencia en Alemania, prestó servicios como trabajador fronterizo en una empresa situada en Suiza entre el 1 de julio de 1990 y el 31 de octubre de 2014. A partir del 1 de noviembre de 2014 desempeñó una actividad por cuenta ajena en Alemania, que fue rescindida por el empresario con efectos a partir del 24 de noviembre de 2014. La retribución que debía abonarle la empresa al Sr. ZP por los 24 días que había trabajado en el mes de noviembre fue liquidada y pagada el 11 de diciembre de 2014.

Encontrándose en situación de desempleo solicitó la correspondiente prestación, que le fue reconocida por la entidad gestora alemana por un período de dos años, aunque calculada sobre la base de una retribución diaria ficticia, al no haberse tenido en cuenta para el cálculo de la prestación, ni la retribución percibida por el demandante en su última actividad por cuenta ajena en Alemania, ni la desarrollada en Suiza. De haberse hecho así, la cuantía de la prestación resultaría más elevada.

21. Luelmo Millán, M. Á.: “La prestación contributiva de desempleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010, p. 63.

22. Olarte Encabo, S.: “La protección por desempleo en la relaciones laborales extraterritoriales”, en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 233.

23. En este sentido, entre otras, STSJ de Castilla y León de 16 de mayo de 2012, nº rec. 804/2012 (ECLI:ES:TSJ-CL:2012:2966); STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2012, nº rec. 1819/2012 (ECLI:ES:TSJPV:2012:2904) y STSJ de Andalucía de 23 de junio de 2015, nº rec. 2530/2014 (ECLI:ES:TSJAND:2015:5680).

Para reconocer la prestación por desempleo, la entidad gestora tuvo en cuenta los períodos trabajados al amparo de la legislación suiza a efectos de totalización, de conformidad con el artículo 61, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004²⁴. Sin embargo, por lo que respecta al cálculo la prestación, la entidad gestora aplicó la normativa nacional y tomó como retribución de referencia un salario ficticio, al entender que el demandante no podía acreditar el período de referencia que exigía el Derecho nacional aplicable, es decir, un período de empleo sujeto a cotizaciones obligatorias de, al menos, 150 días con derecho a salario en Alemania.

Además, la entidad gestora consideró que no podía tenerse en cuenta la retribución percibida en el mes de diciembre de 2014, por la actividad por cuenta ajena desempeñada en Alemania en el mes de noviembre de 2014, al considerar que la normativa nacional exigía que las retribuciones a tener en cuenta para el cálculo debían ser las percibidas antes de la extinción de la relación laboral. Al haber percibido el abono en el mes de diciembre, la entidad gestora no tuvo en cuenta estas retribuciones para el cálculo de la prestación, a pesar de haber sido generadas en virtud de los servicios prestados en el mes de noviembre.

Recurrida la resolución de la entidad gestora, esta fue estimada parcialmente en primera instancia, obligando a un nuevo cálculo del importe de la prestación por desempleo. Esta sentencia de instancia fue recurrida, a su vez, por ambas partes en apelación. El Tribunal Regional de lo Social desestimó ambos recursos de apelación y estableció que el cálculo del importe de la prestación por desempleo solo debía basarse, con arreglo al artículo 62 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en la cuantía de la retribución percibida por el demandante en el litigio principal correspondiente al último puesto de trabajo desempeñado en Alemania, y no sobre un salario ficticio como el que se había calculado aplicando disposiciones del Derecho nacional, dado que el Reglamento prevalece sobre estas últimas disposiciones.

En un recurso de casación interpuesto por la entidad gestora contra la sentencia de este último órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo estimó que una *interpretación estricta* del tenor del artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004 coincidía con la adoptada por los tribunales nacionales inferiores. Sin embargo, este órgano judicial recordó que, tanto el artículo 48 TFUE como el Reglamento de coordinación, solo prevén una coordinación, y no una armonización, de los Derechos de los Estados miembros en materia de seguridad social, y que estos últimos son competentes para fijar los requisitos que el Derecho interno establece por lo que respecta a las prestaciones de seguridad social.

Ante esta tesitura, este órgano jurisdiccional se debatió acerca de si la mención del artículo 62 del Reglamento a la retribución percibida por la última actividad suponía únicamente una referencia general para la coordinación de la normativa social que no afectaba al método de cálculo de las prestaciones sociales aplicado por los Estados

24. En virtud del Acuerdo sobre la Libre Circulación de Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y la Confederación Suiza, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (DO n° L114/6, de 30 de abril de 2002).

miembros. Albergando ciertas dudas al respecto, planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

En primer lugar, ¿debe interpretarse el artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004, en relación con su apartado 2, en el sentido de que, en caso de desempleo de un trabajador, la institución competente del Estado miembro de residencia debe basar el cálculo de las prestaciones en la cuantía de la “retribución percibida” por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena en el territorio de esa institución, aun cuando, con arreglo a la legislación nacional aplicable a la institución competente, por causa de la insuficiente duración de la percepción de dicha retribución esta no puede tenerse en cuenta para el cálculo de las prestaciones por desempleo y, en su lugar, se dispone un cálculo ficticio?

En segundo lugar, ¿debe interpretarse el artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004, en relación con su apartado 2, en el sentido de que, en caso de desempleo de un trabajador, la institución competente del Estado miembro de residencia debe basar el cálculo de las prestaciones en la cuantía de la “retribución percibida” por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena en el territorio de esa institución, aun cuando, con arreglo a la legislación nacional aplicable a la institución competente, en defecto de liquidación oportuna dicha retribución no puede utilizarse como base para el cálculo de las prestaciones en el período de referencia y, en su lugar, se dispone un cálculo ficticio de las prestaciones?

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente interesaba saber si el artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento se oponen a la legislación de un Estado miembro que, previendo que el cálculo de las prestaciones por desempleo se base en la cuantía de la retribución anterior, no permite, cuando la duración de la percepción de la retribución abonada al interesado no cubre el período de referencia previsto por la citada legislación, tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad.

Sobre este particular, el Tribunal consideró que del artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004 se desprende inequívocamente y sin excepciones que, cuando la legislación de un Estado miembro establece que el cálculo de las prestaciones por desempleo se basa en el importe de la retribución anterior, debe tenerse en cuenta exclusivamente la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación.

Asimismo, de conformidad con el artículo 62, apartado 2, del Reglamento, la exigencia de tener en cuenta exclusivamente la retribución correspondiente a la última actividad por cuenta ajena desempeñada conforme a la legislación de dicho Estado miembro se aplica también en el supuesto de que esa legislación prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro. En opinión del Tribunal, de esta última disposición se desprende que, si bien la legislación de un Estado miembro puede definir un período de referencia para determinar la retribución que sirva de base para el cálculo de las prestaciones, los períodos durante los cuales

el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro deben ser tenidos en cuenta a efectos de dicho período de referencia.

Por tanto, del artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004 se desprende que, por una parte, cuando la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se basa en el importe de la retribución anterior, debe tenerse en cuenta exclusivamente la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación y, por otra parte, si esta prevé un período de referencia a efectos de determinar la retribución que servirá de base para el cálculo, ese período de referencia debe incluir los períodos trabajados tanto con arreglo a la citada legislación como a la de otros Estados miembros.

En opinión del Tribunal, el hecho de no tener en consideración dicha retribución porque durante una parte del período de referencia el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro, supone un trato menos favorable que el de otros trabajadores que hayan desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en un único Estado miembro.

En definitiva, el Tribunal consideró que la legislación de un Estado miembro que basa el cálculo de las prestaciones por desempleo en la cuantía de la retribución anterior, y no permite, cuando la duración de dicha retribución no cubre el período de referencia previsto por la citada legislación para la determinación de la retribución que sirve de base para el cálculo de las prestaciones por desempleo, tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad, es contraria a lo dispuesto en el artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004.

Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de remisión pretendía clarificar la compatibilidad del artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004 con una legislación que, previendo que el cálculo de las prestaciones por desempleo se base en la cuantía de la retribución anterior, no permitía tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad, al ser esta liquidada y pagada tras la extinción de la relación laboral.

El origen de la controversia radicó en lo dispuesto en la legislación aplicable alemana, que prevé que el período de referencia para determinar el cálculo de las prestaciones por desempleo «comprende los períodos de salario ya liquidados en el momento de la resolución de la relación laboral». Con arreglo a esta disposición, la entidad gestora no había tenido en cuenta la retribución correspondiente al empleo desempeñado por el demandante en Alemania en el mes de noviembre de 2014, al haber percibido ese salario en el mes siguiente, es decir, una vez extinguida su relación laboral.

Sobre esta cuestión, el Tribunal consideró que el artículo 62.1 del Reglamento se opone a legislación de un Estado miembro que para el cálculo de las prestaciones por desempleo, no tiene en cuenta la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena desempeñada con arreglo a dicha legislación.

En su fundamentación, el Tribunal reconoció que la versión en lengua alemana del referido artículo 62, apartado 1, establece, a diferencia de las demás versiones

lingüísticas del mismo, que se tenga en cuenta exclusivamente la retribución percibida por el interesado «durante» su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación, como defendió la entidad gestora para justificar la no consideración de la retribución liquidada y pagada al interesado con posterioridad a la extinción de su última relación laboral en Alemania. Ahora bien, el propio Tribunal recordó sobre este particular que, según reiterados pronunciamientos del propio órgano²⁵, una versión lingüística de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición, ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas y que las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión²⁶. Si, aun procediendo de esta manera, existe divergencia entre distintas versiones lingüísticas de una disposición, esta deberá ser interpretada en función de la estructura general y de su finalidad.

Aplicando estos criterios, el Tribunal consideró que, habida cuenta de los objetivos del Reglamento, no podía considerarse que esta disposición supeditase la toma en consideración de la retribución correspondiente a la última actividad como trabajador por cuenta ajena del interesado al hecho de que esa retribución se hubiese liquidado y percibido por el interesado a más tardar el último día de desempeño de esa actividad.

Por tanto, la fecha en la que se abonó la retribución al interesado resultaba irrelevante para el cálculo de su prestación por desempleo. Más bien, todo lo contrario, es decir, el hecho de condicionar el derecho garantizado por el artículo 62.1 del Reglamento a la fecha de liquidación y pago de la retribución puede obstaculizar la libre circulación de trabajadores.

En consecuencia, el Tribunal consideró que el artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación de un Estado miembro que, previendo que el cálculo de las prestaciones por desempleo se base en la cuantía de la retribución anterior, no permite, cuando la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación fue liquidada y pagada tras la extinción de su relación laboral, tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad.

5. CONCLUSIÓN

De la resolución del Tribunal de Justicia en su sentencia *ZP*, se desprende que el artículo 62.2 del Reglamento (CE) n° 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que si

25. Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2019, *A y Otros*, asunto C-347/17 (ECLI:EU:C:2019:720) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2018, *Tänzer & Trasper*, asunto C-462/17 (ECLI:EU:C:2018:866).

26. En profundidad sobre la interpretación de las distintas versiones lingüísticas de las disposiciones de la Unión Europea, Ordóñez Solís, D.: "Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998, pp. 593-618.

una legislación prevé un período de referencia a efectos de determinar la retribución que servirá de base para el cálculo de la prestación por desempleo, este período de referencia debe incluir los períodos trabajados tanto con arreglo a la citada legislación como a la de otros Estados miembros.

En palabras del propio Tribunal, el hecho de no tener en consideración dicha retribución porque durante una parte del período de referencia el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro, supone un trato menos favorable que el de otros trabajadores que hayan desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en un único Estado miembro.

A mi parecer, aun teniendo presente el carácter neutro de los Reglamentos de coordinación, esta resolución del Tribunal de Justicia abre la puerta a que, en el caso español, en el período de los últimos 180 días de cotización a tener en cuenta para determinar la cuantía de la prestación²⁷, puedan tenerse en cuenta los períodos de cotización que el interesado haya efectuado en otro Estado miembro si este no acredita un período suficiente en España. De esta manera, el período de referencia para el cálculo de la prestación se equipararía, con independencia de si este se acredita íntegramente en España o parte del mismo se ha efectuado en otros Estados miembros.

Bibliografía

- José Manuel Pazó Argibay: *El cálculo de la prestación por desempleo a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2020*, ZP, asunto C-29/19
- Carrascosa Bermejo, D.: "Los trabajadores fronterizos. Presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto. 1408/71/CEE y Rgto. 883/2004/CE)", en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.
- Fernández Orrico, F. J.: "La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010.
- García Viña, J.: "La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.
- Luelmo Millán, M. Á.: "La prestación contributiva de desempleo". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010.
- Miranda Boto, J. M.: "El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- Miranda Boto, J. M.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II): prestaciones", en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M. (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Novales Bilbao, A.: "La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.

27. Tal y como establece el artículo 4, apartado 1, del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

- Olarte Encabo, S.: "La protección por desempleo en la relaciones laborales extraterritoriales", en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.
- Ordóñez Solís, D.: "Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998.
- Serrano García, J. M.: *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Altabán Ediciones, Albacete, 2005.



La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 relativa al concepto de “miembros de la familia” y su relación con la libre circulación de trabajadores (asunto C-802/18)

THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF APRIL 2, 2020 CONCERNING THE CONCEPT OF “FAMILY MEMBERS” AND ITS RELATION TO THE FREE MOVEMENT OF WORKERS (CASE C-802/18)

Carmen Jover Ramírez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

maricarmen.jover@uca.es  0000-0001-7096-4487

Recibido: 01.06.2020 | Aceptado: 26.03.2020

RESUMEN

Se plantea ante el TJUE una petición de decisión prejudicial referida a la interpretación del artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en relación a precepto de la legislación nacional luxemburguesa y del derecho de libre circulación reconocido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en conexión este último con el artículo 7.2 del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y con el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. ¿Vulnera el derecho a la libre circulación de trabajadores el precepto del Código de Seguridad Social luxemburgués que solo otorga al trabajador transfronterizo un subsidio familiar, vinculado al ejercicio de su actividad por cuenta ajena en ese Estado, por el hijo con el que le une un vínculo filial, denegándolo por el hijo de su cónyuge integrado en la unidad familiar y respecto del que asume su manutención, siendo que todos los menores residentes en Luxemburgo sí tienen derecho a percibir dicho subsidio, sea cuál sea la filiación que le una al trabajador? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) concluye declarando la obligación de todo Estado miembro de respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, cuya aplicación al caso determina que a las mismas se oponga una disposición nacional como la referida.

PALABRAS CLAVE

Libre circulación de trabajadores
Trabajador transfronterizo
Procedimiento prejudicial
Subsidio familiar
Miembro de familia

ABSTRACT

A request for a preliminary ruling regarding the interpretation of article 1 letter i) of Regulation 883/2004 (EC) of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, in relation to the provisions of Luxembourg national legislation and the right of free movement, recognized in article 45, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), in connection with the article 7.2 of Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union Text with EEA relevance, regarding the free movement of workers within the Union and with article 2.2 of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. Does the right to free movement of workers violate the precept of the Luxembourg Social Security Code that only grants the frontier worker a family benefit, linked to the exercise of his activity as an employee in that State, by the son with whom he is connected by filial bond, denying it by the son of his wife integrated in the family unit and with respect to the one who assumes this support, being that all the minors resident in Luxembourg do have the right to receive benefit? The Court of Justice of the European Union (CJEU) concludes by declaring the obligation of every Member State to respect Union law and, in particular, the provisions regarding the free movement of workers, which are opposed to a national provision such as the one referred to above.

KEYWORDS

Freedom of movements of workers
Frontier worker
Preliminary ruling
Family benefits
Members of the family

SUMARIO

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL
 - 2.1. Marco jurídico
 - 2.1.1. Derecho luxemburgués
 - 2.1.2. Derecho de la Unión Europea
 - 2.2. Cuestiones prejudiciales
 - 2.2.1. El “subsido familiar” y su consideración como “ventaja social”
 - 2.2.2. El artículo 1 letra i) del reglamento (ce) 883/2004 *versus* artículo 2.2 De la directiva 2004/38/ce
 - 2.2.3. La posible discriminación indirecta de la definición de “miembro de familia” del código de seguridad social luxemburgués
3. CONCLUSIONES

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El asunto que origina el pronunciamiento de la Sala Sexta del TJUE mediante sentencia de 2 de abril de 2020, Asunto C-802/18, tiene en su origen, como litigio principal, la suspensión, por parte de la entidad luxemburguesa *Caisse pour l'avenir des enfants* (Caja para el futuro de los niños, en adelante CAE), del subsidio familiar que trabajador transfronterizo, residente en Francia y prestando sus servicios en Luxemburgo, venía percibiendo por uno de sus tres hijos, respecto del cual no tiene la condición de padre biológico pero que era aportado al matrimonio por su esposa, quien era

titular de la patria potestad exclusiva sobre el menor. Se alega como fundamento de dicha suspensión, la ausencia de filiación entre el trabajador y dicho menor. La suspensión afecta única y exclusivamente al subsidio relativo a dicho miembro de la familia pues el trabajador sí percibe dicho subsidio por sus otros dos hijos, estos sí propios e integrados igualmente en dicha unidad familiar y respecto de los que asume idénticas obligaciones que respecto del hijo de su esposa. Tras la resolución de la entidad que comunica al trabajador que el mismo deja de tener derecho a dicho subsidio familiar, el interesado interpone recurso ante el *Conseil arbitral de la sécurité social* (Consejo Arbitral de la Seguridad Social de Luxemburgo), el cuál estimó la petición del trabajador, admitiendo la procedencia de la continuidad del pago de dicho subsidio. Frente a dicha sentencia del Consejo arbitral, la CAE interpone recurso de apelación ante el *Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale* (Consejo Superior de la Seguridad Social de Luxemburgo). En estas circunstancias, dicho Consejo Superior decide suspender el procedimiento, planteando ante el TJUE diferentes cuestiones prejudiciales tendentes a aclarar la jerarquía e interpretación de las disposiciones normativas comunitarias y nacionales aplicables, en aras de poder resolver la cuestión litigiosa planteada, es decir, la procedencia o no en la continuidad del percibo de dicho subsidio familiar.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

2.1. Marco jurídico

2.1.1. Derecho luxemburgués

El cambio originado en la percepción del subsidio por parte del trabajador transfronterizo y que determinó el cese en el percibo de aquél, tiene su origen en la modificación producida en el Código de Seguridad Social de Luxemburgo por Ley de 23 de julio de 2016, concretamente en los artículos 269 y 270 de dicho texto normativo.

Reconocido en el artículo 269 de dicho Código el derecho a un subsidio para el futuro de los niños (“subsidio familiar”), se determina quiénes darán derecho al mismo, reconociéndose tanto a favor de cada menor que resida de manera efectiva y continuada en Luxemburgo y que tenga su domicilio legal en este país (delimitación que no comprende el supuesto que nos atañe) como de, y he aquí el sustento de la controversia, los miembros de la familia, tal y cómo se definen en el artículo 270 de dicho Código, de toda persona sujeta a la legislación luxemburguesa e incluida en el ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos y que prevea el pago de subsidios familiares con arreglo a la legislación del país de empleo; exigiéndose que los miembros de la familia deban residir en un país comprendido en el ámbito de aplicación de dichos Reglamentos. Hasta aquí, el trabajador protagonista parece reunir los condicionantes exigidos para tener derecho a la percepción del subsidio familiar en cuestión. Sin embargo, como puede colegirse de lo expuesto, es el artículo 270 de dicho Código de Seguridad Social el que delimitará quiénes serán miembros de la familia a los efectos

señalados en el artículo anterior y que, por tanto, podrán determinar el percibo del mismo. A tales efectos, el artículo 270 dispone que tendrán dicha consideración y, por tanto, darán derecho a percibir dicho subsidio “los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y los hijos adoptivos de esa persona”, requisitos que exigen pues un vínculo filial entre el trabajador y el hijo de su esposa, vínculo que, al no concurrir, determinó el cese en el percibo del subsidio en cuestión.

2.1.2. *Derecho de la Unión Europea*

El Derecho de la Unión en el que el TJUE sustenta su pronunciamiento se engloba en dos grandes cuestiones: el derecho de libre circulación de trabajadores y sus familias y la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Entre las disposiciones relativas a la primera de las materias señaladas, el artículo 45 TFUE. Precepto en el que se reconoce el derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión (apartado 1), suponiendo ello la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. En conexión directa con el mismo, el artículo 7.1 y 2 del Reglamento (UE) n° 492/2011, de 5 de abril en virtud de los cuales “en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo; beneficiándose de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Asimismo, el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, que, tras identificar en su artículo 1, como objeto de la misma, las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, incluye, entre otros, dentro de estos últimos, a los descendientes directos del ciudadano de la Unión, menores de 21 años así como a los de su cónyuge.

Entre las disposiciones concernientes a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, el artículo 1, letra i) y el artículo 67 del Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril. En virtud del primero, se entiende por “miembro de familia”, toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones. El segundo de los preceptos, el artículo 67, respecto de las prestaciones familiares y, concretamente respecto de los miembros de familia residentes en otro Estado miembro, señala que “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente”.

Debe señalarse que el Derecho de la Unión resulta ya alegado por las distintas instituciones internas francesas ante las que el interesado recurre, sirviendo las disposiciones integrantes de aquél para pronunciarse sobre el derecho al subsidio familiar en cuestión. Disposiciones que, como veremos, van más allá de las estrictamente referidas a la coordinación de sistemas de Seguridad Social, las cuales podría pensarse son en un primer momento las llamadas a solventar la cuestión planteada.

La primera instancia que decide suspender la percepción del subsidio en litigio, la CAE, fundamenta su decisión en los artículos del Código de Seguridad Social luxemburgués indicados así como en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Dicho precepto comunitario referido, como se ha indicado, a las prestaciones familiares y, concretamente, a los miembros de la familia residentes en otro Estado miembro, llevan al CAE a entender que, al amparo de la nueva consideración de la familia por el Código de Seguridad Social, el menor no tiene dicha consideración respecto del trabajador y por tanto, queda suspendida la percepción de dicho subsidio.

Sin embargo, el Consejo Arbitral ante el que el interesado recurrió la decisión del CAE estimó el derecho al subsidio, al entender que, dicho subsidio como prestación familiar que es, constituye una “ventaja social”, en el sentido previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, en el que se señala, en relación con el apartado 1 del mismo precepto que, el trabajador nacional de un Estado miembro, en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, beneficiándose de las mismas ventajas sociales y fiscales que dichos trabajadores nacionales. A tal efecto, entiende el Consejo arbitral que se instaure una diferencia de trato entre el trabajador nacional que se hace cargo de menor hijo de su cónyuge y residente en Luxemburgo (al que sí se le reconocería el derecho al subsidio) y el trabajador transfronterizo no residente en Luxemburgo sino en su Estado miembro de origen. Considerando, igualmente, que lo previsto en el artículo 1, letra i) del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, respecto de la remisión del concepto de “miembro de familia” a la legislación “en virtud de la cual se sirvan las prestaciones”, es incompatible con lo indicado en el artículo 7.2 referenciado.

La sentencia emitida en sentido favorable por el Consejo arbitral, en base a las argumentaciones señaladas, fue recurrida en apelación por el CAE ante el Consejo Superior de Seguridad Social, el cual decidió a la vista de lo señalado y de la alegación del interesado sobre la vulneración del principio de igualdad de trato, suspender el procedimiento y plantear tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

2.2. Cuestiones prejudiciales

2.2.1. El “subsidio familiar” y su consideración como “ventaja social”

La primera cuestión prejudicial analizada por el Tribunal es la consideración o no del subsidio familiar en litigio como “ventaja social”, a los efectos de establecer su conexión con el derecho a la libre circulación de trabajadores consagrado en el TFUE.

El Tribunal parte en su disquisición del artículo 45 TFUE, el cual establece en su apartado 1 que “quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión”, disponiendo en su apartado 2 que dicha libre circulación “supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, concretándose dicho precepto, según indica el propio Tribunal, en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, al reconocer al trabajador de un Estado miembro el derecho a beneficiarse de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. A tal efecto, entiende el Tribunal que esta igualdad de trato propugnada por este último precepto lo es respecto de cualesquiera ventajas de dicha índole que tuvieran reconocidos los trabajadores nacionales, bien por su condición objetiva de trabajador o por el hecho de residir en dicho territorio nacional, sin que estén o no pues directamente vinculadas al contrato de trabajo. En esta materia recuerda el Tribunal varios asuntos en los que se ha reconocido la aplicabilidad de dicho precepto a los trabajadores transfronterizos. Se citan así las sentencias de 15 de diciembre de 2016 (Sala Segunda), C-401/15 - *Depesme y Kerrou* y de 18 de diciembre de 2019 (Sala tercera), C-447/18 - *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*. Jurisprudencia en virtud de la que se corrobora la aplicabilidad del artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, al litigante, trabajador que prestando sus servicios en Luxemburgo reside en Francia.

Ahora bien, se hace necesario determinar la inclusión del subsidio familiar controvertido en el concepto de “ventaja social” reflejado. Debe indicarse que la concesión de dicho subsidio vinculado a la condición de trabajador transfronterizo del interesado y, por tanto, al desempeño de su actividad como trabajador por cuenta ajena en un Estado miembro así como la jurisprudencia citada, conforme a la que no procede una interpretación restrictiva del precepto “ventaja social”, llevan al Tribunal a admitir la consideración del subsidio familiar como “ventaja social”, a los efectos previstos.

2.2.2. El artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004 versus artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE

La segunda cuestión prejudicial hace necesario que el TJUE se pronuncie sobre la correlación entre el concepto de “miembro de familia” del artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el del artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004

relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, concretado en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011.

El artículo 2.2 de la citada Directiva considera, en su apartado c) como “miembro de la familia”, a “los descendientes directos menores de 21 años o a su cargo y los del cónyuge”. Definición esta que determinaría, en el caso en litigio, la inclusión del menor hijo del cónyuge del trabajador transfronterizo. Frente a dicha definición, el artículo 1 letra i) del Reglamento (CE) 883/2004, remite a tales efectos a la persona definida o admitida como miembro de familia o designada como miembro del hogar por la “legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones”, en el caso que nos afecta, la legislación luxemburguesa que, por ende, excluye como miembro de la familia al menor hijo del cónyuge del trabajador transfronterizo.

A efectos de conocer si procedería o no la aplicabilidad de lo señalado en el Reglamento (CE) 883/2004, se hace necesario, a juicio del Tribunal, identificar si el “subsido familiar” en litigio está comprendido dentro del ámbito de aplicación material de dicho Reglamento. Para ello, debe identificarse primero, si estamos en presencia de una prestación de Seguridad Social y, segundo, si como tal prestación estamos en presencia de una prestación a favor de familiares. Cuestiones ambas a las que el TJUE responde afirmativamente en base a la jurisprudencia del propio tribunal, ya sentada en la materia. Respecto de la primera cuestión, la consideración de una prestación como prestación de Seguridad Social incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento, el TJUE recuerda cómo se han de delimitar los elementos necesarios para la consideración de una prestación como prestación de Seguridad Social, indicando cómo para ello es esencial conocer los elementos constitutivos de la prestación, sus fines y requisitos de concesión, independientemente de que la legislación nacional la califique o no como prestación de Seguridad Social. A tal efecto, es tomada de referencia por el Tribunal la sentencia de 18 de diciembre de 2019 (Sala tercera), C-447/18 - *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

Respecto de la segunda cuestión, la consideración de una prestación como prestación familiar a los efectos señalados en el artículo 3.1 z) de este Reglamento -prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo I-, el TJUE sustenta su respuesta en aquella jurisprudencia que ha interpretado la expresión indicada, “hacer frente a los gastos familiares”, como una contribución pública al presupuesto familiar, destinada a aligerar las cargas derivadas de la manutención de los hijos” (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 21 de junio de 2017, C-449/16 - Martínez Silva).

En base a las argumentaciones señaladas, el TJUE afirma la consideración del “subsido familiar” en litigio como prestación de Seguridad Social y, específicamente, como prestación familiar comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 883/2004. Reglamento en cuyo ámbito personal de aplicación se encuentra el litigante-trabajador transfronterizo como nacional que es de uno de los Estados miembros y que está sujeto a la legislación de uno de tales Estados.

Resultando pues de aplicación tanto el Reglamento (CE) 883/2004 como el Reglamento (UE) 492/2011, compete al Tribunal pronunciarse respecto de la aplicabilidad de los mismos, estimando que no puede “excluirse la aplicación combinada” de ellos. A tal efecto, de nuevo la cuestión se solventa sobre la jurisprudencia del propio Tribunal, el cual ha admitido que el alcance general de la libre circulación de trabajadores permite su aplicabilidad a las llamadas “ventajas sociales”, las cuales quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004¹.

2.2.3. *La posible discriminación indirecta de la definición de “miembro de familia” del Código de Seguridad Social luxemburgués*

Reconocida por el Tribunal la aplicabilidad de ambos Reglamentos, se recuerda aquella jurisprudencia en virtud de la cual se ha entendido que el principio de igualdad de trato reconocido al trabajador por el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, es igualmente aplicable, como beneficiarios indirectos, a los miembros de su familia, recordando asimismo como este Tribunal ha considerado hijo de trabajador transfronterizo, a los efectos de ser beneficiario de una “ventaja social”, no solo al hijo propio de dicho trabajador sino también al hijo del cónyuge, cuando es dicho trabajador fronterizo el que prevé de manutención a aquél. Dicho lo cual no cabe sino afirmar, señala el Tribunal, que el concepto de “miembro de familia” del trabajador transfronterizo a tener en cuenta es el previsto en el artículo 2.2. de la Directiva 2004/38/CE, precepto que, a los efectos que aquí nos interesan, comprende al hijo del cónyuge del trabajador.

Expuesto lo anterior, se hace necesario dilucidar si la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad respecto de las ventajas sociales, consagrada en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011, se opone a aquellas disposiciones de los Estados miembros (en este caso las disposiciones citadas del Código de Seguridad Social luxemburgués) que impiden a un trabajador transfronterizo percibir un subsidio familiar por el hijo de su cónyuge y respecto del que, por tanto, no tiene vínculo de filiación. La respuesta a dicha cuestión reclama del Tribunal la apreciación o no de concurrencia de una discriminación indirecta, ya que, tal y como se señala, el principio de igualdad de trato del artículo 45 TFUE y del artículo 7 del Reglamento 492/2011 prohíbe no solo las discriminaciones directas sino también las discriminaciones indirectas.

Será pues necesario identificar si la exclusión del menor como causante del subsidio familiar en litigio constituye o no una discriminación indirecta del principio de igualdad de trato, al tener su origen en el lugar de residencia de aquél. El punto de partida

1. Mediante la aplicación *mutatis mutandi* de lo señalado por Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, C-85/96 - Martínez Sala/Freistaat Bayern).

es el siguiente: la residencia en territorio luxemburgués es un criterio dirimente para reconocer o no el derecho al percibo de dicho subsidio familiar, independientemente de que sea hijo del propio trabajador o de su cónyuge ya que si el menor reside en el territorio nacional de Luxemburgo percibirá dicho subsidio aunque no sea hijo del trabajador, a diferencia de si su residencia radica fuera de dicho territorio, circunstancia esta última que determina la no percepción del mismo. Lo señalado supone, a juicio del Tribunal, una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. ¿Por qué por razón de la nacionalidad? Por el hecho, matiza el TJUE, de que la mayoría de los no residentes son no nacionales. Esta discriminación indirecta únicamente podría admitirse, señala el Tribunal, si estuviera objetivamente justificada. Por lo que llegado este punto es necesario dirimir si las causas alegadas por el Estado de Luxemburgo responden o no a dicha “justificación objetiva”.

Dos son a este respecto las circunstancias alegadas por Luxemburgo: primero, el objetivo nacional del Estado miembro de consagrar el derecho personal del menor y, segundo, la necesidad de proteger a la Administración del Estado miembro. Justificaciones ambas no admitidas por el TJUE en base a las siguientes argumentaciones. Respecto de la primera cuestión, entiende el Tribunal que, siguiendo lo señalado por la Comisión, si bien la legislación nacional confiere el derecho a dicho subsidio al menor que reside en Luxemburgo, en el caso del trabajador no residente, dicho derecho le es reconocido a este por los miembros de su familia y así le es reconocido por aquellos hijos propios pero no, sin embargo, respecto de los hijos de su cónyuge. Hecho este que lleva al Tribunal a admitir pues que no se confiere ningún derecho personal a los menores hijos de los trabajadores no residentes. En cuanto a la segunda cuestión, la protección de la Administración del Estado, teniendo en cuenta el alto índice de exportabilidad de prestaciones del mismo, entiende el Tribunal que desde el momento en el que dicho subsidio se concede sin tener en cuenta la existencia de un hogar común o la asunción de obligaciones respecto del hijo por parte del trabajador, la propia opción de Luxemburgo por una interpretación amplia de los beneficiarios de dicho subsidio hace que dicha justificación no se entienda “ni apropiada ni necesaria para resolver el supuesto problema de exportación de las prestaciones familiares luxemburguesas”, señalando el Tribunal que, si ese fuese el objetivo perseguido, otras serían las medidas a adoptar tanto para trabajadores residentes como para los transfronterizos.

A la vista de lo expuesto, la respuesta a la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas es clara. La disposición de un Estado miembro en virtud de la cual los trabajadores no residentes únicamente pueden percibir un subsidio familiar, como el controvertido, por sus propios hijos y no por los de su cónyuge se opone a lo previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) 492/2011. A este respecto, el TJUE destaca la obligación de que los Estados miembros respeten el Derecho de la Unión y en concreto, las disposiciones concernientes a la libre circulación de trabajadores. Ello lleva a afirmar que, una interpretación conjunta de lo señalado en los artículos 1 i) y 67 del Reglamento (CE) 883/2004, del artículo 7.2 citado y del artículo 2.2 de la Directiva

2004/38/CE, permiten al Tribunal concluir que los mismos se oponen a la disposición nacional cuya aplicabilidad suscita el litigio de origen de esta sentencia.

3. CONCLUSIONES

Tras la lectura y el análisis de la sentencia, no se puede sino quedar sorprendido por el detallado entresijo de preceptos que es realizado por el Tribunal y que le conduce a inclinar la balanza de la justicia hacia la pretensión del litigante en origen, pretensión que ha suscitado el pronunciamiento analizado. Se hace necesario, a nuestro juicio, una labor inversa, cual es la de “destrenzar” los preceptos alegados por el Tribunal a fin de poder conocer cómo dicho entresijo lleva a la resolución de las cuestiones planteadas.

A la vista de lo expuesto, puede resultar clarificador una separación de los preceptos objeto de análisis en dos compartimentos diferentes, en un principio separados pero entre los cuales el Tribunal “entreteje” sus lazos de unión para dirimir la cuestión planteada.

Uno de tales compartimentos recepciona, primero, el artículo 45 TFUE en el que se reconoce el derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión (apartado 1), suponiendo ello la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Segundo, el artículo 7.1 y 2 del Reglamento (UE) N° 492/2011, de 5 de abril en virtud de los cuales “en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo; beneficiándose de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Tercero, el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, que tras identificar en su artículo 1, como objeto de la misma, las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, incluye, entre otros, dentro de estos últimos, a los descendientes directos del ciudadano de la Unión, menores de 21 años así como a los de su cónyuge.

El segundo de los compartimentos queda integrado por el artículo 1, letra i) y por el artículo 67 del Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril. En virtud del primero, se entiende por “miembro de familia”, toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones y, en virtud del segundo de los preceptos, respecto de las prestaciones familiares y, concretamente respecto de los miembros de familia residentes en otro Estado miembro, se señala que “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente,

que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente". Precepto este que, ante su remisión, hemos de conectar con los artículos 269 y 270 del Código de la Seguridad Social luxemburgués; articulado que, tras la reforma llevada a cabo por Ley de 23 de julio de 2016, no incluía como "miembro de familia", al hijo del cónyuge del trabajador, es decir, única y exclusivamente lo son aquellos hijos respecto de los que les une vínculo de filiación, exigencia que no se cumplía, como hemos visto, entre el litigante y el menor causante del subsidio familiar en litigio.

Pues bien, ha de señalarse que la cuestión problemática no radica evidentemente en la residencia del trabajador transfronterizo o del menor, pues ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina como las prestaciones familiares no se pueden denegar alegando cláusulas de residencia previstas en la legislación interna². De hecho, el propio precepto del Código señalado admite el disfrute de dichas prestaciones familiares, residiendo en el territorio de otro Estado miembro. Lo que se trata pues de analizar es la exigencia del vínculo de filiación requerida entre el trabajador transfronterizo y el menor a su cargo hijo de su cónyuge.

¿Cómo entrelaza pues el Tribunal los compartimentos que hemos señalado para llegar al pronunciamiento final?

Primero, reconociendo la condición del subsidio familiar como "ventaja social", al amparo de lo previsto en el artículo 7.2 del Reglamento (UE) nº 492/2011, de 5 de abril; de ahí pues que ya quede establecido el vínculo del subsidio familiar con la libre circulación de trabajadores, lo que ya ha reconocido la doctrina que permite su exportabilidad aunque no lo sea conforme a la legislación nacional³. Hecho, no obstante, no concurrente en el litigio en cuestión. La limitación a la exportabilidad del subsidio no es tal pues se admitiría siempre que hubiera vínculo de filiación con el trabajador transfronterizo (lo que corrobora el hecho de que los dos hijos propios del trabajador transfronterizo sí generan tal prestación económica).

Segundo, el concepto de "miembro de familia", que, a efectos de esa libre circulación de trabajadores, cómo se ha señalado, es el previsto en la Directiva 2004/38 (CE) que sí incluye el menor hijo del cónyuge.

Tercero, en virtud de los dos preceptos citados, el principio de igualdad de trato resulta aplicable a los miembros de la familia del trabajador transfronterizo, constituyendo una discriminación indirecta de dicho principio de igualdad, el hecho de que el menor residente no unido con vínculo de filiación con el trabajador transfronterizo sí sea causante del subsidio en tanto que el menor en idéntica relación con el trabajador transfronterizo, es decir, no unido a este con vínculo de filiación no sea causante de aquel al residir en otro Estado miembro. Efectivamente, la "residencia" es en este caso el elemento determinante de la no percepción de dicho subsidio familiar, no la

2. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.

3. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de las cláusulas de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 410.

exigencia del vínculo familiar pues sin existir este vínculo pero concurriendo la residencia en Luxemburgo sí se reconoce el mismo. Se trata, pues, tal y como señala el Tribunal de una discriminación indirecta sin justificación objetiva razonable, dado que, mayoritariamente los no residentes son no nacionales. Es en estos últimos, nacionales de otros Estados miembros, en quienes redonda principalmente, perjudicándolos, la distinción basada en la residencia.

No obstante lo señalado, debe destacarse que las disposiciones comunitarias citadas no han resultado suficientes al Tribunal para resolver las cuestiones planteadas sino que dicha resolución ha requerido, en no pocas de las argumentaciones realizadas, el sustento en sus propios pronunciamientos judiciales (entre otras, la consideración de “ventaja social”, de “prestación de Seguridad Social”, de “subsidio familiar”, el “ámbito personal del principio de igualdad de trato” o la “discriminación indirecta”). Ya la doctrina ha puesto de manifiesto, en relación con la Directiva 2004/38/CE, la necesidad de codificar toda la jurisprudencia al respecto en un Reglamento y ello como vía para lograr un “nivel de derechos común y uniforme”, siendo pues necesario para mantener el apoyo a los ciudadanos de la Unión y a sus familias dar un nuevo paso y reforzar el ámbito de los derechos derivados de la libre circulación de aquellos⁴.

Así pues, la cuestión que en un principio parecía tener cabida en el segundo de los compartimentos estancos que señalábamos en un principio, y que hemos derivado hacia la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, tras la labor de conexión realizada por el TJUE entre ambos compartimentos es resuelta al amparo de las disposiciones del primero, es decir, al amparo de la libre circulación de trabajadores y del principio de igualdad de trato. Prevalencia que, podemos pensar, lleva a hacer inaplicable lo señalado en el Reglamento (CE) 883/2004 respecto de la remisión a la legislación nacional para la conceptualización de “miembro de familia”. Solo cuando dicha definición no vulnere el Derecho de la Unión -en nuestro caso, la libre circulación de trabajadores y su familia y el principio de igualdad de trato- podrá la misma resultar de aplicación, en otro caso, se entenderá que la misma resulta contraria a aquél, originando pues su inaplicación.

Bibliografía

- García Coso, E., “Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familiares en España: retrospectiva y retos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de las cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.

4. En este sentido, García Coso, E., “Quince años de movilidad y libre circulación de trabajadores de la UE/EEE y sus familiares en España: retrospectiva y retos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, p. 310.



Recensión de la obra de Michele Tiraboschi:
*Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova
ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT
University Press, Bergamo (Italia), 2019

Juan Raso-Delgue

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de la República (Uruguay)

Vice Presidente de la Sociedad Internacional
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

juanraso@redfacil.com.uy

Recibido: 14.06.2020 | Aceptado: 14.06.2020

Acabo de terminar la lectura del último libro del Prof. Michele Tiraboschi: *Persona e lavoro tra tutele e mercato*. El argumento central de la obra es de gran actualidad en esta época de profundas transformaciones, en la que la condición humana y las tecnologías (que empujan hacia el bien y el mal) plantean un complejo debate, del que no es fácil escapar.

El camino que el Prof. Tiraboschi nos invita a recorrer está inicialmente marcado por consideraciones del escritor italiano Primo Levi, que muestran una fascinante propuesta: mirar hacia el trabajo como la principal expresión de nuestra identidad y a la vez como vehículo de nuestra inserción en el mundo. Porque el trabajo posee la doble dimensión del sufrimiento (*trepalium*) y de la creación. Es así que el libro plantea desde sus primeras páginas la idea de un concepto más amplio del trabajo: el trabajo no solo como oportunidad del salario, sino como principal expresión de la autorealización del hombre, que culmina en la construcción de la propia profesionalidad.

En esta línea, el enfoque del Prof. Tiraboschi me recuerda anteriores reflexiones de Mario Grandi (a quien cita), cuando refiere a “la instancia ética de revalorización de perfil subjetivo de la relación (de trabajo), animada por el intento de separar el trabajo del mundo de las cosas, para reconducirlo a la esfera existencial de la persona (a su *Dasein*)”.

Ante un nuevo paradigma -afirma el Prof. Tiraboschi- es necesaria una nueva dimensión principista, que promueva la persona-trabajador en su dimensión social y relacional. Ante las nuevas realidades, cae -en su tradición histórica- la centralidad de la subordinación, porque vivimos “la explosión de una pluralidad de formas de trabajo”. Concebir el trabajo humano afuera del mercado es una utopía, una ilusión que termina por vaciar de contenidos

la propia acción productiva. Pero, por otra parte, someter la persona a las leyes dura del mercado, transformarla en una simple mercancía, repugna a un sistema de valores, que es propio de quienes estudian nuestra disciplina. No es posible imaginar un derecho del trabajo sin valores humanos, pero es necesario reajustar la dimensión ontológica del trabajo ante una realidad, que se transforma dinámicamente.

El Prof. Tiraboschi transita desde los grandes desafíos de ayer a los de hoy, examinándolos desde una nueva construcción de valores que promueve la “instancia personalista” del trabajador: el debate en torno a la estabilidad en el “lugar de trabajo”; el cuestionamiento del mercado, planteando lo que es y lo que puede y debe ser; el pasaje del mercado de trabajo asalariado a los “mercados transicionales del trabajo” en una nueva lectura jurídica que permita una visión más actual de la relación entre la persona y el trabajo.

También cuestiona el tema de la renta básica o “reddito di cittadinanza”, que se proyecta hacia “una economía del subsidio” distinta de la economía del mercado.

Y finalmente plantea con coraje el problema del trabajo sin un valor de mercado y el consiguiente debate entre el deber ser jurídico tradicional y el desafío de una nueva ontología del trabajo.

Las conclusiones apuntan a la valorización de la profesionalidad como dimensión necesaria en la relación entre la persona y el trabajo, entendiendo por profesionalidad no la simple “formación para el mercado”, sino la elaboración de aquellos conocimientos y aprendizajes que conforman el proceso de “educación” de la persona. Para ello es necesario fijar la atención sobre la necesaria integración entre los recorridos educativos y los formativos con el trabajo, pero también sobre el rol que la realidad juega en la construcción de la propia empleabilidad. Más que “saber para hacer”, la nueva profesionalidad se construye sobre la idea de “hacer para aprender”, que conjuga en un diseño unitario la práctica con la teoría, es decir la acción con la reflexión.

Finalmente destacamos el aspecto medular de la obra: la idea de revalorizar -y no relegar el Derecho del trabajo- a través del ajuste de su sistema ontológico a la realidad de mercados “transicionales” del trabajo y que constituye -en palabras del autor- “una confirmación de la persistente actualidad del paradigma originario de nuestra disciplina”. Sin embargo para que el Derecho del trabajo no renuncie a su función histórica, debe ser capaz de “repensar” sus técnicas y tutelas para garantizar el justo equilibrio entre las tutelas de las personas y la *eficiencia* del mercado, que es un concepto que se aparta ya sea de la *exaltación* que de la *negación* del mercado.

Como agregado final, señalo el impactante dibujo de la carátula, realizado por nuestra amiga y coordinadora de la Red Cielo, Lavinia Serrani, que es una libre interpretación del cuadro *Les trois camarades* de Fernand Léger.



Recensión de la obra de Carmen Jover Ramírez: *La protección de los whistleblowers en el seno de la relación jurídico laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*

LABORUM, MURCIA, 2020

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es 0000-0001-9780-7860

Recibido: | Aceptado:

La autora aborda en esta obra un tema a la vez que novedoso casi desconocido en el ámbito jurídico laboral español. De hecho, pocas son a la fecha las obras doctrinales que han acometido su estudio. A ello debe añadirse que, si algo caracteriza a aquél, es el carácter pluridimensional de la figura que constituye el punto de partida de su estudio, el *whistleblowing*. Su repercusión mediática es innegable y de todos conocida, principalmente como consecuencia de los grandes escándalos financieros que han acompañado a la misma y que han llevado a traspasar las barreras de lo sensacionalista para reclamar, como no podía ser de otro modo, la respuesta del ordenamiento jurídico.

Desde el momento en el que el *whistleblowing* hace mella en el ámbito de las relaciones laborales, la perspectiva jurídico laboral de la institución y de su principal protagonista, el trabajador, en su condición de *whistleblower*, marca la necesidad de poner en marcha el engranaje normativo para así hacer frente a la problemática que en dicha realidad pueda originarse. Y he ahí donde la autora se detiene, en una pequeña parcela de ese fenómeno mundial que tanto y tanto ha dado que hablar y que continuará dando y que recalca en uno de los protagonistas más débiles, el trabajador, el cual, como en tantas y tantas otras ocasiones, necesita de nuevo de mecanismos de protección frente al empresario. En este caso, frente a las posibles represalias de las que pueda ser objeto tras cumplir con un deber moral y ético, en la mayoría de las ocasiones, y legal, en algunas otras.

Llama la autora la atención sobre la aún parca regulación de la cuestión en el ordenamiento jurídico laboral español frente a la existente a nivel internacional, tanto de países comunitarios como extra comunitarios. Ello exige, como no podía ser de otro modo,

realizar el análisis de ese entorno para así poder aprender del mismo, en aras de su futura aplicabilidad en España. Así se justifica en el propio título de la obra, *“una mirada actual con perspectiva de futuro”*. A juicio de la autora, se hace necesario conocer las distintas legislaciones que en la actualidad abordan la cuestión pues cuanto mayor sea el conocimiento de lo ajeno mejor será lo propio, pues se aprenderá de los errores de otros y se intentará salvar sus lagunas y carencias.

A este fin responde el análisis que la autora aborda en la parte II y III de la obra, destinadas respectivamente a la perspectiva internacional y comunitaria de la cuestión. La incidencia de la institución objeto de estudio en organismos internacionales lleva a estudiar necesariamente las mismas y a profundizar sobre su papel al respecto. Pero es necesario detenerse, y así lo hace la autora, en legislaciones concretas que ya han abordado el tratamiento de la materia, lo que se hace ofreciendo una visión de su plasmación normativa en los cinco continentes.

Pero desde lo más lejos, debemos ir aproximándonos a lo más cercano, siendo pues necesario, como no podía ser de otro modo, conocer el entorno de la Unión europea, tanto del propio compendio normativo del Derecho comunitario, por la incidencia que el mismo puede tener en España como Estado miembro que somos, así como de las legislaciones de aquellos países que ya han abordado la materia en sus propios ordenamientos.

El tratamiento que se hace es de gran actualidad desde el momento en el que se incorpora el estudio y análisis de la primera norma comunitaria en la materia y recientemente promulgada, cual es la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Se realiza un recorrido por todo aquel articulado de la norma comunitaria que, directa o indirectamente, incide, a juicio de la autora, en el tema que recaba su atención, es decir, la protección del trabajador denunciante en el seno de la relación jurídico laboral, destacando el interés del estudio abordado pues el plazo de transposición de la misma está ahí y a ello tendrá España que responder.

Pero el interés por el entorno vuelve a exigir un estudio de algunos de los países de la Unión en los que la materia ya ha sido objeto de regulación y así lo hace la autora analizando las legislaciones de Francia, Italia, Luxemburgo, Irlanda y Hungría. No podemos dejar de mencionar el análisis de la normativa de Reino Unido efectuado por la autora, como normativa pionera en la materia y que, si bien, dados los acontecimientos que han llevado a su salida de la Unión, la autora redirige su estudio a los países externos a la Unión, ello no es óbice para que se resalte su consideración como referente en algunos de los otros ordenamientos jurídicos de la misma, como el irlandés, y su posible consideración por el ordenamiento español en la regulación que sobre la cuestión analizada llegue a efectuarse.

Esa mirada al panorama actual desde la perspectiva internacional y comunitaria tiene su reflejo en España en las partes IV y V de la obra, en las que la autora responde, respectivamente a lo ya anunciado en el título de la obra, a la mirada actual con perspectiva de futuro.

A la autora no le pasa desapercibido el hecho de que la materia analizada lo haya sido en el ordenamiento jurídico español desde perspectivas diferentes y no expresamente referidas a la protección del trabajador denunciante pero que, sin embargo, constituyen un primer avance en la materia. La mirada al panorama actual exige de la autora bucear entre disposiciones normativas, convencionales, propuestas legislativas, códigos de conducta, códigos éticos de las empresas, protocolos frente al acoso etc. buscando todas aquellas medidas que, de una u otra forma, den respuesta a la protección del denunciante frente a posibles represalias del empleador. Ello, sin olvidar, el análisis del poder por excelencia con el que cuenta el empleador para sancionar al trabajador, el poder disciplinario. Estudio este último en el que la autora se detiene y del que llama la atención la diversidad de su contenido, entendemos que reclamado por el propio carácter plural que señalábamos y que le lleva a centrar su atención en instituciones tales como las llamadas “listas negras” así como a indagar sobre la protección jurisdiccional ofrecida al trabajador frente a las represalias empresariales. Igualmente, el estudio no se olvida de analizar la vía de reacción de nuestro ordenamiento jurídico laboral ante los incumplimientos del empresario, la potestad sancionadora de la Administración en el orden social. Materia en la que, como se pone de manifiesto, deberá el legislador prestar una especial atención.

Pero, como se decía al inicio, la autora realiza esa mirada al panorama actual con una perspectiva de futuro. Perspectiva esta que plasma en la parte V de la obra ofreciendo interesantes propuestas de *lege ferenda* al legislador y que ponen de manifiesto la necesidad de que el ordenamiento jurídico español acompañe su paso al ámbito internacional y comunitario.

La obra es así pues un revulsivo para el legislador español avisándolo de que tiene una tarea pendiente, de que está llamado a actuar y de que debe dar respuesta a una cuestión a la que muchos de los países ya se han enfrentado. No obstante, solo el tiempo dirá si el legislador español abordará dicha regulación o, continuará, como señala la autora viene sucediendo hasta ahora, pasando de soslayo sobre la misma.



VARIA

El sentido de la Justicia en los pliegos de cordel españoles

THE SENSE OF JUSTICE IN THE SPANISH “STRING” SHEETS

María Dolores Rubio de Medina

Doctora en Derecho y Licenciada en Antropología Social y Cultural

md.rubio.de.medina@gmail.com

Recibido: 30.05.2020 | Aceptado: 26.03.2020

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto realizar una aproximación al concepto de justicia divina, justicia terrenal y justicia social a través de los romances, una manifestación de la literatura popular, que se vendían al público en un formato peculiar denominado “pliegos de cordel”.

ABSTRACT

The objective of this work is to carry out an approach to the concept of divine justice, earthly justice and social justice through the romances, a manifestation of popular literature, which were sold to the public in a peculiar format called “string sheets”.

PALABRAS CLAVE

Justicia divina
Justicia terrenal
Justicia social
Literatura popular

KEYWORDS

Divine justice
Earthly justice
Social justice
Popular literature.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ARRAIGO POPULAR DE LOS PLIEGOS DE CORDEL
3. LAS COLECCIONES DE PLIEGOS DE CORDEL Y SUS CLASIFICACIONES TEMÁTICAS
4. EL SENTIDO DE LA JUSTICIA DIVINA
5. RASGOS DE LA JUSTICIA TERRENAL
 - 5.1. El indulto en la justicia terrenal
 - 5.2. La falta de humanidad de la justicia terrenal
6. LA RELACIÓN ENTRE LA JUSTICIA RELIGIOSA Y LA TERRENAL
 - 6.1. El predominio de la justicia divina sobre la terrenal
 - 6.2. La iglesia como límite al ejercicio de la justicia terrenal
7. LA JUSTICIA SOCIAL
8. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Si repasamos cualquier libro dedicado a los romances españoles, como por ejemplo, el *Ensayo sobre la Literatura de Cordel* de Julio Caro Baroja (1990), no tardamos en observar que explicar qué se entiende por justicia en esta literatura es una labor bastante complicada. Esta dificultad no se encuentra en su catalogación que, a grandes rasgos, podremos diferenciar en tres clases de justicia: la divina, la jurídica o terrenal y la social; sino cómo se manifiesta cada tipo de justicia en el desarrollo de las historias.

En los romances, por el contexto histórico en que surgieron y se consolidaron, especialmente a partir del siglo XVIII, lo más habitual será encontrarnos con un volumen considerable de pliegos de cordel que desarrollan una historia que imparte una Justicia Divina, propia de una deidad omnipresente que controla al mundo, que premia a los buenos y castiga a los malos. Mientras que los documentos que hablan de este tipo de justicia suelen ser muy básicos y claros; no ocurre lo mismo con las historias en la que se desarrolla la Justicia Terrenal (entendida como los castigos y penalizaciones impuestos por los Tribunales en aplicación de las normas vigentes en cada época), o aquellas en la que se manifiesta la Justicia Social. Estas historias no acaban de diferenciarse y separarse, plenamente, de la Justicia Divina. Son raros los romances que, en la aplicación de las leyes vigentes en cada momento histórico –o fantástico, todo hay que decirlo–, no tengan referencias religiosas.

Con el objetivo de exponer algunos ejemplos de lo que se entiende por justicia en esta literatura popular, de clases bajas o -como observa algún estudioso de estos pliegos de cordel o folletines- de «literatura marginada»¹, comienzo situando el contexto de los pliegos de cordel para, posteriormente, resumir como aparece la justicia a lo largo de su trama.

2. EL ARRAIGO POPULAR DE LOS PLIEGOS DE CORDEL

Los romances españoles, cuya definición de la RAE es una «combinación métrica de origen español que consiste en repetir al final de todos los versos pares una misma asonancia y en no dar a los impares rima de ninguna especie», se caracterizan por su forma de presentación. Se presentaban para su venta al público en un formato muy específico, que entre otros nombres, se conoce como de pliegos de cordel. Estos romances son un producto netamente español que llegó rápidamente a Latinoamérica, donde se expandió con una popularidad superior a la de nuestro país. En algunos países como en Brasil, esta literatura se ha declarado Patrimonio Cultural Inmaterial (2018).

Uno de los muchos nombres con los que se designan estas historias, tiene su origen en su formato. Se imprime en una hoja de papel con un tamaño similar a un A-3. En cada cara de ese A-3 se imprimen 4 bloques -o páginas-. Estos documentos doblados sobre si mismos dos veces, hasta hacer disminuir su tamaño en una cuarta parte,

1. Casas Delgado, I.: *Romances con acento andaluz. El éxito de la prensa popular (1750-1850)*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2012, p. 15.

eran vendidos al público por libreros y ciegos -que frecuentemente eran guiados por una joven esposa-lazarilla- en tenderetes en los que se colgaban los pliegos en cuerdas o cañas muy finas para mostrar sus dibujos a los espectadores. En sus primera y quinta caras destaca el mismo grabado, impreso con un taco de madera, que reproduce una escena relacionada con la historia de cada folleto o pliego. El público, inculto y analfabeto, más que por el texto adquiriría el producto por los grabados (monstruos, bandoleros, santos, crucificados, ahorcados, etc.).

Estos papeles también son conocidos con los nombres de romances, pliegos de ciego, pliegos sueltos, hojas sueltas, hojas volantes o volanderas, literatura de cordel, literatura marginal, relaciones (en el Nuevo Mundo), etc. Llegó un momento en que los viajeros románticos extranjeros que cruzaban nuestro país, durante los siglos XVIII y XIX, comenzaron a recopilar los distintos pliegos para encuadernarlos en libros.

Como se ha anticipado, estas historias impresas comenzaron a adquirir cierta aceptación entre las clases populares -que por su escasez de recursos económicos no podían acceder a los libros, que más caros-, especialmente, a partir del siglo XVIII². En los pueblos y ciudades «las plazas y calles más concurridas en las ciudades españolas se llenaban de pliegos sueltos vendidos por ciegos cantores (...)», los cuales utilizaban su memoria para sobrevivir, relatando extraordinarias historias sobre milagros, bandidos, piratas, amores prohibidos, etc.³. Esta literatura no era aceptada por todos, especialmente por las clases cultas. La literatura de cordel, «expresión perfecta del gusto popular, (...) [cayó] bajo la condena de quienes además de escribir razones morales contra ella, esgrimieron razones de tipo estético, para considerarla despreciable: razones de 'mal gusto'»⁴; por ello, sobre todo, a partir del siglo XIX, «se ausentó casi por completo de la literatura y se refugió en pueblos retirados y en los campos entre la gente menos letrada»⁵.

Estos documentos eran el medio a través del cual los pueblos más apartados tenían conocimiento de las hazañas históricas reales, de los misterios de la religión, y de ciertas fantasías mitológicas o villanías -reales o ficticias-. Lo habitual es que accedieran a estos conocimientos de forma oral, mediante la declamación de los textos por los ciegos, por esta vía conocían determinados valores morales, religiosos, propagandísticos, civiles, administrativos, etc. Dentro de estos valores, la justicia ocupa, junto a la religión católica, la cúspide. Nos encontramos ante una concepción de la Justicia Divina, y en menor medida, frente a una Justicia Administrativa, Penal o Terrenal que no suelen mostrarse completamente desprovistas de rasgos religiosos. Lo más frecuente es que la Justicia Divina y la Terrenal compartan protagonismo en los pliegos de cordel, realizando la primera incursiones en el campo de la segunda; y solo en algún caso sorprendente, como veremos, en el campo de la Justicia Social.

2. Caro Baroja, J.: *Ensayo sobre la literatura de Cordel*, Ediciones Istmo, Madrid, 1990, p. 23.

3. Casas Delgado, I.: *Romances con acento andaluz. El éxito de la prensa popular (1750-1850)*, ob. cit., p. 13.

4. Caro Baroja, J.: *Ensayo sobre la literatura de Cordel*, ob. cit., p. 20.

5. Menéndez Pidal, R.: *Flor Nueva de Romances Viejos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 42.

El concepto de justicia que impregna esos documentos, en cada una de sus épocas, aunque es difícil datarlos, estaba bastante controlado por el poder político. Su impresión, sobre todo respecto a los temas que podían tratar, se encontraba muy regulada. Pasó desde etapas de represión con Carlos IV hasta su utilización como medio para propagar determinados conocimientos entre el pueblo, como ocurrió en los reinados de Fernando VI y Carlos III⁶.

3. LAS COLECCIONES DE PLIEGOS DE CORDEL Y SUS CLASIFICACIONES TEMÁTICAS

Existen excelentes colecciones de pliegos de cordel en bibliotecas, universidades y archivos municipales españoles, como ejemplos cito la Biblioteca Nacional, la Universidad de Sevilla (Fondo Hazañas) o el Archivo Municipal del Ayuntamiento de Málaga; no obstante, la colección que considero más importante se encuentra fuera de nuestro país y es accesible al público con el nombre de *Collection Spanish Chapbooks* de la *Cambridge Digital Library*⁷. Está formada por más de 2000 pliegos, aunque es difícil concretar el número exacto de las historias contiene porque alberga varias versiones o ejemplares del mismo romance o historia. Esta colección ofrece una particularidad frente al resto de las bibliotecas o colecciones de pliegos de cordel, y es que clasifica cada historia dentro de una o varias temáticas, en función del tema tratado, con mucha precisión.

Lo habitual es que los investigadores especializados en literatura de cordel -Julio Caro Baroja, Manuel Álar, Menéndez Pidal, Casas Delgado, etc.- realicen su propia clasificación de los romances para presentarlos al público, para ello se le atribuye una categoría para agrupar los pliegos en un conjunto homogéneo. Si acudimos este tipo de clasificaciones, observamos que no nos sirven mucha ayuda para buscar pliegos que desarrollen aspectos relacionados con la ejecución de la justicia o la aplicación del derecho. Ante esto, lo más razonable elegir algunos de los temas más populares: los romances de bandoleros, piratas o los pliegos de crímenes para seleccionar historias. La labor no es fácil, puesto que tropezamos con una dificultad: la insuficiencia de romances de crímenes para realizar un análisis exhaustivo, especialmente en sus etapas más tempranas.

Durante mucho tiempo los romances de crímenes estuvieron prohibidos y circularon en versiones piratas. La normativa de la época, concretamente el Reglamento de Edición y Circulación de Libros de la Resolución Real de 1752⁸ exigía que el pliego del cordel llevase la indicación del impresor, así como el lugar y el año de la impresión; además, la Real Cédula de 21 de julio de 1767 prohibía otorgar licencia a los romances sobre los ajusticiados, en razón a que «perjudicaban el bienestar del orden social

6. Casas Delgado, I.: *Romances con acento andaluz. El éxito de la prensa popular (1750-1850)*, ob. cit., pp. 26 y ss.

7. Dirección web Cambridge Digital Library: <https://cudl.lib.cam.ac.uk/collections/spanishchapbooks/1>.

8. Casas Delgado, I.: *Romances con acento andaluz. El éxito de la prensa popular (1750-1850)*, ob. cit., p. 31.

establecido»⁹. Por todas estas razones, lo habitual era realizar impresiones piratas de romances de ajusticiados sin los datos oficiales. No hay que olvidar que era un producto muy demandado, pues despertaban el morbo de la población; sin embargo, al carecer de la fecha de impresión, no podemos datarlos, con lo que nos encontramos con la dificultad de realizar estudios sin su año de publicación.

Pese a lo expuesto, se conservan romances en los que se expone, con toda crudeza, tanto el crimen cometido como la pena impuesta. Como claro ejemplo, reproduzco este grabado de un ahorcado, que es una auténtica rareza. El pliego podría estar fechado entre 1760-1778 y lleva por título: *Caso sucedido con un soldado voluntario del Regimiento de Infantería de Cazadores de la Corona, el qual fue sentenciado a muerte de horca por el Consejo de Guerra en la ilustre ciudad de Valencia, llevándolo a enterrara, dió señas de vivo, y se le aplican varios remedios*. El grabado que da inicio al pliego de cordel es tan significativo que permite que el público iletrado se haga idea de su contenido. Era un producto que se compraba por su impacto en los ojos. (ver imagen).

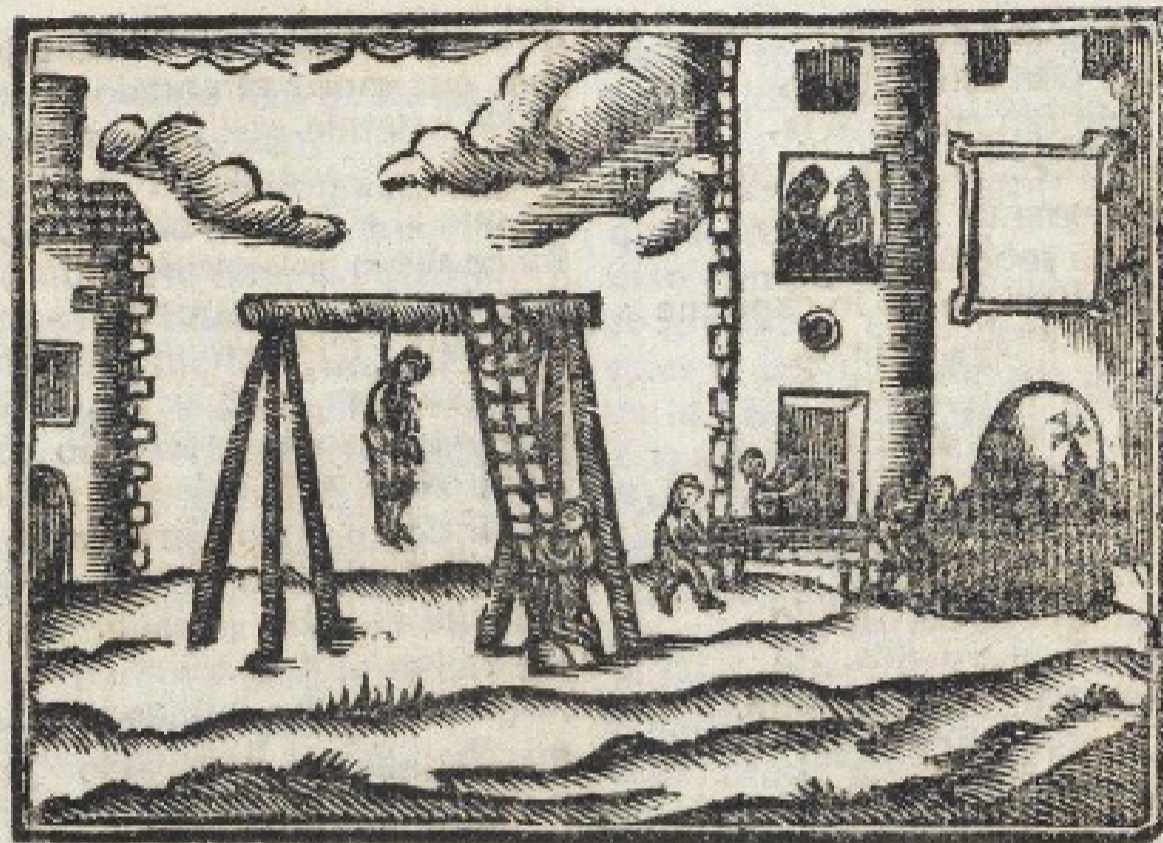
Los romances que he escogido para aproximarnos al concepto de justicia, salvo en lo que se refiere a la Justicia Divina que precisamente se clasifica bajo este concepto por varios autores, los he tomado de este grupo de historias llenas de morbo: los romances de bandoleros, piratas y crímenes.

4. EL SENTIDO DE LA JUSTICIA DIVINA

Si repasamos la *Collection Spanish Chapbooks de Cambridge Digital Library* observamos que la clasificación de los romances como temática relacionada con la Justicia Divina -o *Christianity and justice*- aparece reflejada en unos 116 romances; aunque como ya se ha avanzado, existen varias copias del mismo romance con la misma o diferente versión, por lo que la cifra es cuestionable.

Uno de los ejemplo más claros de la aplicación del castigo divino a un colectivo que reside en un lugar concreto lo encontramos en el *Romance del Monstruo de Jerusalén*, fechado en 1788, que fue escrito por el interventor de alcabalas del duque de Béjar, Manuel Sancha de Belasco. La historia que cuenta el pliego -con dos partes, aunque se cuestiona la autoría de la segunda al mismo autor- gira sobre la aparición de un enorme monstruo, cuyo cuerpo es una mezcla de partes de diversos animales en los alrededores del monte Doresta. El monstruo mata y devora a animales y personas, implantando el terror en la zona de sus correrías, hasta el punto que se precisa de un escuadrón militar para matarlo y acabar con su terror. El autor justifica las tropelías cometidas por el monstruo con estas palabras: «Reflesionado el asunto, / cristianamente pensamos, / ha sido por castigar / los continuos desacatos / con que los Turcos molestan / martirizando y robando / à los Santos Religiosos / hijos del Orden Seráfico, / que aquello Santos Lugares». Es decir, que la Justicia Divina actúa en esta historia por la necesidad de imponer la religión católica sobre las creencias de ciertos infieles: los turcos. No obstante, el predominio de una religión

9. Casas Delgado, I.: *Romances con acento andaluz. El éxito de la prensa popular (1750-1850)*, ob. cit., p. 29.



CASO SUCEDIDO CON UN SOLDADO
voluntario del Regimiento de Infantería de Cazadores de la Corona, el qual fue sentenciado á muerte de horca por el Consejo de Guerra en la ilustre Ciudad de Valladolid, y executada la sentencia, llevándolo à enterrar, dió señas de vivo, y se le aplicaron varios remedios. Con lo demás que verá el curioso.

Oid, mortales, oid
el mas admirable caso

que han oido los que viven,
ni sé ha visto en muchos años,
Y

sobre otra deberá de interpretarse de forma muy particular, porque hay quien considera que esta Justicia Divina está muy influenciada por la visión del autor, al que califica como «un ingenio moralizador, con nociones también muy medievales acerca de la vida en la superficie de la Tierra y sobre la naturaleza de las criaturas de Dios»¹⁰.

5. RASGOS DE LA JUSTICIA TERRENAL

Cuando analizamos la aplicación del derecho o de la justicia al margen de las leyes divinas descubrimos que es una labor casi imposible. Es difícil encontrar romances en los que Dios, la religión católica o las creencias particulares de los protagonistas de las historias no aparezcan en la trama argumental; sin embargo, aunque se puede analizar el tema bajo muchísimas ópticas, pretendo resaltar dos aspectos: la concesión del indulto y la falta de humanidad de la Justicia Terrenal.

5.1. El indulto en la justicia terrenal

Como ya se ha expuesto, los romances de crímenes, largo tiempo prohibidos, eran muy populares entre el pueblo, aunque las historias basadas en crímenes reales estaban prohibidas, sí se permitían aquellas basadas en la figura del bandido o bandolero, los cuales tenían la particularidad de que el malo, en algunos casos, podía redimirse y convertirse en bueno; es decir, que el malvado «puede convertirse en fuerza de orden»¹¹, a pesar de las todas las atrocidades con las que adornaban sus crímenes para conseguir sus fines y satisfacer sus ansias de venganza. La explicación para este fenómeno es que los romances de bandoleros o piratas -algunos de ellos inspirados, en parte, en hechos reales- entraban más dentro de la fantasía y de la leyenda, interpretándose como fábulas o cuentos con moraleja, necesarios para educar al pueblo.

Este tipo de romances responden a los cánones de una época en la que la separación de poderes no existía: el poder legislativo, ejecutivo y judicial residían en una sola persona, que repartía gracias o desgracias sometiéndose a un corpus normativo, o no. La pedagogía que se imparte a los lectores u oyentes en este tipo de historias es que, esa justicia real, aunque se impartiese por las personas competentes en nombre del rey, no siempre culminaba con la imposición de una pena por los desafueros cometidos (daños a los bienes y las personas, incluso físicos o asesinatos), sino que el mal podía redimirse con el perdón real. Las fechorías se perdonaban por el valor demostrado al margen de la ley, se buscaba la rehabilitación de quien demostraba mucho arrojo, por lo que era frecuente que el rey les otorgase los reconocimientos necesarios para que siguieran ejerciendo esa voluntad indomable dentro de la ley.

10. Caro Baroja, J.: *Ensayo sobre la literatura de Cordel*, ob. cit., p. 175.

11. Alvar, M.: *Romances en pliegos de cordel (siglo XVIII)*, Delegación de Cultura del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, Málaga, 1974, p. 30.

Como ejemplo de este máximo don, correspondiente a la Justicia Terrenal, opto por resaltar un par de romances muy similares; precisamente en esa semejanza se encuentra otra de las peculiaridades propias de los pliegos de cordel: cuando una historia tenía mucha divulgación y popularidad -digamos, cuando alcanza el rango de *best-sellers* en términos actuales- solía reproducirse en otras historias similares, que se publicaban con mínimos cambios, pues se alteraba, a lo sumo, el nombre de los protagonistas, los lugares, los reyes que impartían justicia, etc. De forma más simple y menos romántica, podríamos decir que los pliegos que triunfaban eran plagiados de una forma muy burda. Los autores y los impresores buscaban repetir la misma fórmula en productos futuros, para hacerlos populares, vendibles y oíbles. Entre los romances que indultan a sus protagonistas se encuentran:

- a) *El Romance de Felipe Centellas*. El villano tras cometer diversas fechorías y delitos de sangre es indultado por Felipe V y revaloriza su valor, antes destinado al mal, prestando servicio al rey en la guerra.
- b) *El Romance de José María el Tempranillo* (s. XIX). El protagonista se convierte en bandolero a la fuerza por haberse situado al otro lado de la ley al defender la honra de su hermana y dar muerte a su acosador. Huyendo de la justicia comete diversos excesos, por los que, finalmente, es detenido y juzgado. La pena no se ejecuta al ser indultado por Fernando VII a quien presta servicios, dirigiendo un escuadrón de caballería en busca de malhechores.

En otras ocasiones, la concesión del indulto no se realiza de forma total, sino parcial. Así se refleja en el *Romance de Francisco Correa*, en el que el protagonista después de diversos lances en los que mata a varias personas, tras refugiarse en diversas iglesias entre crímenes, es detenido y juzgado, y «a Ceuta lo remitieron, / dónde está por presidiario, / haciendo notables hechos / siempre que se le ofrece al campo / salir á medir su espada / contra los Mahometanos».

Este último romance abunda en dos tópicos propios de este tipo de literatura; el primero es la referencia a Ceuta como una clase destierro de segunda clase, por estar situada en «tierras de moros», por decirlo de alguna manera; y el segundo, resalta qué se considera justo y legítimo -tanto desde el punto de vista religioso como terrenal-; catalogando como un comportamiento correcto el ejercicio de la violencia contra las personas que practican una religión diferente a la católica. La gracia parcial que se le concede al villano en esta historia le permite salir de la cárcel, de vez en cuando, para luchar desde el bando de los que se consideran los buenos, los católicos.

Los pliegos citados muestran de manera clara los atributos de la Justicia Terrenal, esta aunque acaba alcanzando a los protagonistas, a los que juzga y condena, muestra también otros dos elementos que, también, funcionan como tópicos:

- a) Los protagonistas son buenos conocedores de que la justicia ejercida por los tribunales penales tiene limitaciones y no puede ejecutarse si están en terreno o lugares religiosos, por ello buscan refugio en iglesias o conventos para obte-

ner una protección provisional. Sobre este rasgo volveré más adelante. Esto se refleja en *el Romance de Felipe Centellas*, donde el protagonista, tras enfrentarse a unos hombres, matar y herir a alguno, cuando aparece la ronda para prenderlo se refugia «à un templo que cerca estaba, / a donde escribe un papel, / con nota muy cortesana, / para el Juez, à quien rendido / le suplica, que le valga / en este empeño, y que mire / la evidente razón clara, / que le asiste, y como noble / ampare acciones horadas. / El juez (...) / hizo que quedase libre / de la referida causa».

- b) Que el pueblo tiene muy asimilado que el rey imparte justicia, pero, al mismo tiempo, tiene en su mano anularla. Los romances están contruidos de forma que pueda mostrarse a los reyes en su doble faceta: impartiendo la justicia y perdonándola. Son hombres justos y magnánimos. El mismo *Romance de Felipe Centellas* muestra estos atributos reales. Felipe, tras diversas aventuras en las que tiene varios encontronazos con la justicia, por haber liberado a una dama secuestrada, encuentra cierto beneficio, pues «indultaron à este mozo, / dándole al gran Rey de España / un precioso donativo. / Y atendiendo a las hazañas / de Felipe, liberal / una compañía le daban / de caballos; porque muestre / su valor en campaña».

5.2. La falta de humanidad de la justicia terrenal

En los pliegos de cordel se practica una justicia muy propia de los principios recogidos en *El Príncipe* de Maquiavelo, donde el asesinato y la tortura podrían estar justificados en contextos determinados, en franca contradicción con el contenido de los Derechos Humanos. En algunos pliegos de cordel la justicia se imparte imponiendo la pena, pero sin que se mencione la existencia de un juicio previo que sirva de soporte al castigo, es el caso con que nos encontramos en el *Romance de Francisco Pomares*.

Pomares, villano al uso, mata a varias personas por lo que «la justicia lo buscó / pero no pudo encontrarle / (...)». El huido se refugia en una casa, como no quiere entregarse, el Gobernador «mandó que la casa echasen / en tierra, y que le pegaran / por una, y por otra parte / tanto fuego, que en pavesas / la bolvieran los bolcanes. / (...)». El villano, ante esta decisión, opta por entregarse a la justicia. Es decir, la incierta legislación que sirve de soporte a los tiempos del romance permite que, según esta fórmula, el malo pague por sus delitos de forma inhumana sin existencia de juicio previo. La persona autorizada para apresarlo y llevarlo ante la justicia puede actuar con la misma crueldad y falta de humanidad como la del asesino. Más que establecer una pedagogía sobre una determinada concepción de la justicia, se está informando al pueblo de la posible aplicación de un tipo de justicia muy popular, extraída del refranero: «ojo por ojo y diente por diente».

La inhumanidad en la aplicación de las penas no se detiene en la vida del delincuente, si seguimos leyendo el romance descubrimos que, una vez que se ha entregado Pomares y es sentenciado a muerte, su condena no finaliza con su ejecución.

La justicia se vuelve didáctica y tenebrosa, pues ejemplifica a los vivos lo que podría ocurrirles si comenten esos mismos delitos, actuando con una total falta de humanidad, al enseñarles lo qué podría hacerse con un cuerpo sin vida. Así leemos en el *Romance de Pomares* que una vez que se ejecuta la sentencia de muerte, se dispone que «y por las calles lo arrastren / y después descuartizado, / en los caminos Reales, / dividan todo su cuerpo, / la mano en los Arrabales, / la cabeza en Calandura, / para ejemplo a los mortales».

Muy similar es el *Romance de Agustín Florencio*, que por sus crímenes «Se vió mi pleyto en la Sala, / y de allí salió de Acuerdo / se me lea Sentencia / de horca; y al mismo tiempo, / que me corten la cabeza, / porque sirva de escarmiento, / y la fixen en Osuna / a donde la vea el Pueblo. / Y que mi mano derecha, / la que causó tantos yerros, / vaya a Villa de Herrera, / adonde maté sobervio / aquel Alcalde sin causa, / sino es el querer hacerlo.». El narrador se permite la licencia de concluir recomendando a los cristianos que tomen nota del trato que da Dios «a los sobervios».

6. LA RELACIÓN ENTRE LA JUSTICIA RELIGIOSA Y LA TERRENAL

6.1. El predominio de la justicia divina sobre la terrenal

A estas alturas de este artículo ya ha quedado claro que la justicia aplicada por los Tribunales trasciende las normas del Derecho Positivo o de la costumbre, hasta el punto que las personas que son condenadas no solo buscan cumplir su castigo ante los hombres, sino también ante Dios. Tal como se enfocan las distintas historias, el cumplimiento total de la pena requiere también del perdón divino. Un ejemplo de este tipo de narraciones la encontramos en el *Romance de Sebastiana del Castillo*, una muchacha que asesina a sus padres y hermanos, en venganza a la oposición paterna a aceptar a su enamorado. Sus crímenes los paga siendo ejecutada en Ciudad Rodrigo.

En este pliego, la separación entre el Estado y la Religión, en contexto de la impartición de la justicia, no está clara, pues se lee que a sus familiares «les sacó los corazones / y en aceyte los ha frito / (...)», siendo muy consciente de que su comportamiento requiere un castigo; sin embargo, la justicia que la atormenta es la divina, pues comenta atrocidades «aunque sepa que al Infierno / vaya a pagar mis delitos / (...)». Esta noción de la justicia vuelve a aparecer cuando es detenida y llevada a la cárcel «donde la cargan de grillos; / le leyeron la sentencia / (...) / al tercer día la sacan, / a que pague sus delitos. / Llegan al pie de la horca / (...)», y la mujer pide el perdón celestial por sus yerros con estas palabras: «te pido que me perdones; pequé, Señor, mala he sido / más vuestra misericordia / es mayor que mis delitos. / Al verdugo avisaron, / para que hiciera su oficio, / y al instante la arrojó / y quedó el cadáver frío».

En definitiva, con una total falta de empatía, la asesina no pide el perdón de los humanos, sino el perdón divino. Se observa que convive con un concepto de justicia donde la Divina es más valiosa que la Justicia Terrenal, que la ha sentenciado a la horca.

6.2. La iglesia como límite al ejercicio de la justicia terrenal

Como se ha anticipado, uno de los rasgos más reiterados en los romances es que retroceden a las concepciones medievales de un poder religioso enfrentado al poder terrenal. Es la justicia de dios frente a la justicia real. Por ello, frecuentemente, nos encontramos con que el villano -que suele tener una inteligencia sobresaliente, muchas veces por ser de clase alta, lo que le da acceso a unos conocimientos que no suelen estar al alcance del pueblo- es consciente de que la protección de la iglesia es una barrera eficaz para parar la actuación de la Justicia Terrenal.

Es un argumento recurrente en muchos pliegos de cordel tirar de este recurso narrativo, como si existieran unas técnicas tradicionales que hay que seguir al pie de la letra, al tratarse de productos destinados a un determinado gusto popular. Es un recurso que el protagonista, para ponerse a resguardo de la Justicia Terrenal cuando comete una villanía y/o un asesinato corra a refugiarse en una iglesia o un convento para evitar ser condenado. La razón para establecer este límite a la justicia está, ante todo, en el gusto popular: el pueblo necesita que se produzca un giro argumental en el relato para seguir prestando interés. Si la Justicia Terrenal actuase de forma rápida y eficaz, el interés por esta literatura popular hubiera sido menor y, sobre todo, menos rentable para los impresores.

7. LA JUSTICIA SOCIAL

La aparición de esta etiqueta para calificar la temática de uno de los pliegos de cordel procede de la clasificación realizada en la *Collection Spanish Chapbooks* de *Cambridge Digital Library*. El romance titulado *Relación nueva el valor bien empleado por la hermosa doña Blanca* -de 8 caras y fechado entre 1700-1800- es catalogado con la etiqueta de Justicia Social (*Social justice*) y también con la de adulterio. Francamente, su calificación como de Justicia Social sorprende, pues es el único pliego que recibe este calificativo dentro de la enorme colección. De este romance la biblioteca atesora cinco pliegos distintos.

La historia que cuenta es la de un joven dedicado al monte y a la caza, actividades necesarias para adiestrarse para la guerra. En una de sus correrías tiene un altercado con un hombre que lleva el rostro cubierto, al que mata. El desconocido resulta ser un caballero. El protagonista, para evitar caer en manos de la justicia inicia un peregrinaje lleno de aventuras transitando por diversas ciudades: Madrid, Sevilla y Cádiz; en ese último lugar se enrola en la armada, pero estando en el mar, riñe con un capitán y para evitar la orden de muerte del almirante, se lanza al mar y alcanza la playa. Sus aventuras lo llevan hasta París, lugar donde adquiere fama de Marte entre los hombres y de Adonis entre las mujeres. En esta ciudad conoce a Blanca, una mujer casada que ha sido sentenciada a muerte por adúltera, y que «seis horas tiene de vida, / término que se señala / à quien defender quisiere, / su honor, su vida y su fama.» El pueblo se encuentra dividido en bandas, «sobre si era justo, ó no / civiles guerras armaban; / si bien ser injusta muerte / todos los más afirmaban».

Nuestro héroe, después de encomendarse a Dios, se ofrece voluntario para defender el honor de Blanca y se enfrenta a tres caballeros -entre ellos al marido de Blanca, que la había acusado falsamente- a los que mata. Una vez que ha quedado limpio el honor de Blanca, pide al rey la mano de la dama.

Con este resumen comprendemos que la etiqueta de Justicia Social hace referencia a que se ha producido la reparación social de una mujer injustamente acusada de adulterio por su propio marido y a la que se restituye el prestigio que la sociedad le ha arrebatado. Se trata de una clasificación muy novedosa, que no existía en la época en la que fue escrito el romance, pues responde a la revalorización jurídica-social de la mujer, cuya invisibilidad pretende rescatarse, incluso en el contexto de este tipo de literatura marginal. Es de esperar que, en el futuro, este concepto de justicia permita que sean muchos más los romances a los que se puede aplicar esta etiqueta de Justicia Social.

8. CONCLUSIÓN

El gusto popular por un determinado tipo de literatura -repudiado por las clases cultas y especialmente valorado fuera de nuestras fronteras- es una vía excelente para analizar cómo se adoctrinaba en las nociones de la justicia y del derecho a una colectividad de personas que, en su gran mayoría, eran analfabetas. Sobre todo, nos sirve para dejar claro que este tipo de literatura, bajo su apariencia de simpleza, esconde piezas narrativas muy bien construidas y que reproducen unos patrones muy elementales en relación con la justicia, entre ellos uno fundamental: la dualidad entre la Justicia Divina y la Justicia Terrenal. Se pretende que los hombres y mujeres se sientan identificados con ambos tipos de justicia, al mismo tiempo, dándole «al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios».

Bibliografía

- Alvar, M.: *Romances en pliegos de cordel (siglo XVIII)*, Delegación de Cultura del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, Málaga, 1974.
- Caro Baroja, J.: *Ensayo sobre la literatura de Cordel*, Ediciones Istmo, Madrid, 1990.
- Casas Delgado, I.: *Romances con acento andaluz. El éxito de la prensa popular (1750-1850)*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2012.
- Menéndez Pidal, R.: *Flor Nueva de Romances Viejos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1968.