

¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político»

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Todo lo dora un buen fin, aunque lo desmientan los desaciertos de los medios.

Baltasar Gracián

Triunfad siempre, no importa cómo, y siempre tendréis razón.

Napoleón Bonaparte

(anotación final en su ejemplar de *El Príncipe* de Maquiavelo)

Cum finis est licitus, etiam media sunt licita

(Cuando el fin es lícito, también lo son los medios).

Hermann Busenbaum

1. «Trate [...] un príncipe de vencer y conservar el Estado, que los medios siempre serán honorables y loados por todos», escribía Nicolás de Maquiavelo en su inmortal obra *El Príncipe* (capítulo XVIII). El célebre filósofo italiano nunca escribió la frase que por doquier se le atribuye, «el fin justifica los medios», existiendo mayor consenso historiador sobre el aroma napoleónico de la misma, que habría estampillado una versión aproximada en la última página de su ejemplar del aquel libro. Pero no es dudoso que el afamado politólogo comulgaba con un planteamiento de este tipo, que pone el acento en las virtudes de los resultados sobre las eventuales debilidades, carencias o vicios de las técnicas para llevarlas a cabo. Consecuentemente, el «principio de autoridad» (del príncipe) se legitimaría también por el de «legitimidad del fin» (propio de la sociedad, de la mayoría del vulgo según Maquiavelo). Es manifiesto que en un Estado constitucional de

En un Estado constitucional de derecho, el principio de legislación de autoridad ejecutiva debe someterse al principio democrático

derecho esta concepción estaría viciada, en la medida en que el principio de legislación de autoridad ejecutiva ([art. 86 Constitución española](#) –CE–) debe someterse al principio democrático, formal –procedimientos adecuados– y sustantivo –social–.

En el gélido tiempo de las «leyes de la tiranía de la austeridad» se excepcionó esta regla constitucional, de ahí que muchos entendieran producida una mutación constitucional (si bien su código vírico estaría escrito en el [art. 135 CE](#)). Las razones de la crisis se impondrían frente a todo, legitimando la legión de reales decretos-leyes que se sucedieron (reformas laborales de devaluación; recortes en los servicios públicos, en aras del equilibrio presupuestario, etc.). El Tribunal Constitucional (TC) avaló este (enésimo) «derecho de excepción». Sábado tras «sábado de austeridad» se iban publicando los temidos y temibles reales decretos-leyes anticrisis –luego tramitados, a menudo, como proyectos de ley por vía de urgencia–, a los que, con razón o no, se atribuye la salida de la crisis, aun a costa de enormes –desmesurados– sacrificios sociales. Años después, la prensa acuñaría una expresión opuesta, por perseguir resultados de contrarreforma, la de «viernes sociales». En ellos se sucedería ahora la aprobación de generosas y solidarias medidas con fuerte espíritu social, siguiendo idéntica técnica legislativa de autoridad ejecutiva que su opuesto: los reales decretos-leyes. En suma, una técnica concebida como extraordinaria, tan solo para asuntos de urgente necesidad, termina normalizándose para todo Gobierno y época, sean de austeridad (crisis) o generosidad (crecimiento), de un color político u otro.

Sábado tras «sábado de austeridad», se iban publicando los temidos y temibles reales decretos-leyes anticrisis. ¿Convierte, entonces, una batería de fines venerables socialmente en legítima la técnica seguida para su consecución, volviendo hogaño loable lo que antaño era criticable?

¿Convierte, entonces, una batería de fines tan venerables socialmente en legítima la técnica seguida para su consecución, volviendo hogaño loable lo que antaño era criticable? Más aún. En algún caso habría sido el propio TC el que, al reparar este uso viciado de la técnica legislativa en tiempos de austeridad, pareciera propiciar el retorno al régimen precedente (por ejemplo, recuperación del subsidio de prejubilación para personas en desempleo mayores de 52 años –[STC 61/2018](#), en relación con el [art. 1 RDL 8/2019](#), que modifica el [art. 274 Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS–). O incluso con su posición resistente a la necesaria evolución social con rumbo hacia la equiparación de los permisos de «maternidad» y «paternidad», que el TC rechaza asumir directamente desde la interpretación constitucional para endosarla al legislador de turno ([STC 122/2018](#), en relación con los [arts. 2, 3 y 4 RDL 6/2019](#)). Y si no es el TC el que espolearía este uso generoso de la técnica legislativa del real decreto-ley, se miraría al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sus decisiones de pasado (la garantía del efecto útil del derecho a la igualdad entre sexos; la inadecuación de nuestro sistema jurídico al imperativo preventivo del riesgo de despido de las trabajadoras embarazadas, según la [doctrina Porras Guisado](#), etc.) o de futuro inmediato (por ejemplo, probable fallo condenatorio a España por incumplir con la exigencia de

un sistema de registro de la jornada ordinaria, una vez que la Comisión Europea y Abogado General en sus [Conclusiones de 31 de enero de 2019](#) habrían prescrito el sentido de la sentencia del TJUE). ¿Para qué esperar, entonces, piensa el Gobierno?

Además, la opción gubernamental normalizadora como técnica legislativa de las leyes de urgencia social, con fundamento en la autoridad ejecutiva, pero sentido solidario, esto es, de inspiración en el bien común, más para los colectivos más vulnerables, no sería la querida por el Gobierno, sino que le vendría «impuesta» ante el bloqueo del procedimiento auspiciado en primera instancia: la tramitación del [Proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado 2019](#) (PLPGE/2019). De este modo, lo que la oposición tiene como un «fraude constitucional», el Gobierno lo considera «opción de legítima defensa» frente al veto parlamentario de aquella, de manera que lo fenecido con el PLPGE/2019 reviviría con los reales decretos-leyes de generosidad social, para regocijo del valor de la solidaridad, que ahora volvería a triunfar sobre la tiranía del valor de la austeridad. Si el Gobierno no tiene muchas dudas de que la mayoría de los temas que trata por esta vía son estructurales, las deficientes políticas, incluso legislativas, tanto de su pasado (la sorprendente calificación de fracaso de la [Ley orgánica 3/2007](#), obra socialista, en materia de igualdad) como del propio del adversario (por ejemplo, el crecimiento de la pobreza por las políticas de austeridad del Gobierno popular), harían del actual momento político tiempo propicio para decisiones de coyuntura (invocan las SSTC [142/2014](#), FJ 3.º, y [33/2017](#), FJ 3.º), pero con vocación –como pensaban también las leyes de austeridad– de permanencia.

2. ¿Son las cosas realmente así, como nos las pintan unos –partidarios– y otros –críticos–? ¿Es admisible este actuar legislativo en un Estado constitucional de derecho serio y creíble, donde el principio social –vapuleado por la tiranía de la austeridad– debe convivir al tiempo con el principio democrático –quebrado en unos tiempos y en otros–? Conviene enfatizar que sitúo el plano crítico en lo jurídico, el único que aquí me interesa. No ignoro –pero no valoro– la crítica económica (su paladín más egregio es el Banco de España, afanado en defender las esencias de la austeridad, aun dejando de lado el control del abuso financiero). Tampoco tengo interés en la crítica más puramente político-partidista (que ha llevado a la oposición a cuestionar ante los letrados de las Cortes la legitimidad de estas leyes de viernes solidario, pronunciándose estos por su eficacia en sede parlamentaria, otra cosa será en sede del TC, si se presenta recurso), ni en la ideológica (por quienes consideran que no estamos más que ante actos electoralistas). Ninguno de estos planos nos concierne aquí. Mi enfoque es jurídico (aunque no solo técnico, también de política del derecho, por supuesto) y no pretende quedarse en la superficie de la técnica legislativa, ni siquiera en

No ignoro –pero no valoro– la crítica económica. Tampoco tengo interés en la crítica más puramente político-partidista. Mi enfoque es jurídico y no pretende quedarse en la superficie de la técnica legislativa. Lo que someto a escrutinio jurídico es el espíritu mismo de (pretendida) innovación jurídico-social

ese dilema ético de la tensión de los fines y los medios, pese a que aquí tenga relevancia práctica, pues es condición de validez constitucional el respeto de los medios adecuados ex [artículo 86 de la CE](#). Mi afán busca más el fondo, de modo que lo que someto a escrutinio jurídico es el espíritu mismo de (pretendida) innovación jurídico-social y progreso que presupone la difusión mediática, y la «venta gubernamental», de estas «leyes».

Cuando hace más de una década afrontaba, en las páginas de esta revista –Molina Navarrete, C. (2007). [El impacto laboral de la «ley de igualdad de sexos»: lo que queda después de vender el «humo político»](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 290, 99-158–, un análisis de la, entonces, alabadísima [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), que echaba a andar, planteé, y concluí, que había más humo político que garantías de efectividad jurídica del derecho a la igualdad por razones de sexo –y género–. Para mi sorpresa, el preámbulo del [Real Decreto-Ley 6/2019](#) me da la razón. Nada importa al Gobierno actual desautorizar a Gobiernos propios y extraños, quizás siguiendo la doctrina del «cuanto peor, mejor» (cuanto más negativa sea la situación de la igualdad de sexos, más justificada estará la utilización de la potestad legislativa de urgencia), cuando, adepto a la doctrina de los resultados que defendiera Maquiavelo, critica que la LOIMH solo habría cosechado «resultados insignificantes», contraviniendo de raíz su finalidad. Difícil decir en tan poco tanto y tan demoledor de una norma jurídica pretendidamente clave en la protección jurídica de la igualdad efectiva entre sexos.

Por supuesto no le faltaría razón al Gobierno en esta descalificación de los resultados. Pero aquel, en un difícilmente justificable desliz de pretenciosidad, de nuevo siguiendo cierta filosofía maquiavélica, considerará que para tan pobres resultados (fin) no merece más vida el medio (LOIMH). De ahí que anuncie su «muerte», articulando un nuevo marco legal en el futuro –si cuenta con la mayoría necesaria, claro–. Ahora bien, al margen de estos excesos de ínfulas –el anuncio de un Estatuto de los Trabajadores a la altura del siglo XXI sigue su onda–, aquí interesa plantear en qué medida los Reales Decretos-Leyes [6 y 8/2019](#) han sabido superar ese vicio de exceso de humo político o, al contrario, han incurrido en él. En otros términos, ¿si depuramos las diferentes medidas de reforma de la venta política realizada, con esa aura de espíritu social, qué parte es realmente novedosa y qué parte solo refleja una técnica legislativa inflacionaria, en la que crece el texto legal pero no se innova la garantía del derecho que dice hacer progresar, de modo que la situación permanece como antes, o incluso cabría pensar que retrocede?

En definitiva, más que incidir en los vicios –claros– de la técnica legislativa de estas «nuevas leyes», pretendo desvelar los de fondo, cuestionando ese exhibido espíritu social. A tal fin, analizaré brevemente sus principales medidas –ni puedo ni es oportuno entrar en el detalle, para lo que habrá tiempo– en concordancia con el orden jurídico-laboral precedente –no textual

En definitiva, más que incidir en los vicios –claros– de la técnica legislativa de estas «nuevas leyes», pretendo desvelar los de fondo, cuestionando ese exhibido espíritu social

solo, sino también, y sobre todo, jurisprudencial y convencional-. De este modo, se podrá calibrar con más conocimiento –sucinto, pero ilustrativo– qué hay de mejora (innovación de garantías de efectividad de la igualdad; protección de desempleados mayores de 52 años, en riesgo de exclusión del mercado laboral; registro horario, etc.) y qué de humo político (solo muta en letra de ley lo que era palabra jurisprudencial; derechos de implantación progresiva; deberes devaluados de control de jornada; políticas de empleo juvenil obsoletas, etc.).

3. Iniciemos tal escrutinio sobre las novedades jurídicas, pretendidas o reales, del [Real Decreto-Ley 6/2019](#), que incluye variadas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (ET) para, verdad o no, reforzar las garantías de efectividad de la igualdad entre mujeres y hombres, ese fin que reprochará no haber conseguido a la LOIMH y que, como veremos, tampoco él está en condiciones de asegurar. Este desajuste entre las virtudes de lo que se proclama discursivamente y los vicios de lo que se realiza normativamente deriva de un doble déficit de técnica legislativa:

1. Pese a proclamarse la urgente necesidad de la medida para lograr el loable fin social, o se difiere en el tiempo, afirmándose una actualización gradual, o se condiciona al desarrollo reglamentario. Esta técnica no solo ensombrece la dicha urgente necesidad, también crea dudas interpretativas que luego tienen que ser corregidas por otro real decreto-ley (por ejemplo, disps. [trans. tercera](#) y [final segunda.Tres](#) RDL 8/2019, respecto de las reglas de vigencia de novedades del RDL 6/2019 –respectivamente, prestación de paternidad y cuota a cargo de la Administración General del Estado de personas cuidadoras no profesionales: a partir del 1 de abril de 2019–).
2. A menudo, la novedad responde a una técnica legislativa inflacionaria, en el sentido de o bien aumentar el texto normativo, pero sin añadir garantía de efectividad, por lo que se limita a repetir, como «regla loro», lo que está consagrado en norma superior, o bien tan solo se convierte en palabra legal lo que ya era derecho vivo (jurisprudencia).

Nada, o poco, hay que refutar respecto a la conveniencia, incluso necesidad, así como a la índole social de los fines (constitucionales) solemnemente reafirmados. El relativo a la igualdad salarial (reforma de los arts. [9](#), [12](#), [22](#) y [28](#) ET, y [art. 46 LOIMH](#)) es conforme con los imperativos y recomendaciones comunitarias (por ejemplo, [Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014](#), sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia), así como de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (por ejemplo, [Informe mundial sobre salarios 2018/2019](#): lo que hay detrás de

Nada, o poco, hay que refutar respecto a la conveniencia, incluso necesidad, así como a la índole social de los fines (constitucionales) solemnemente reafirmados

la brecha salarial de género; Informe *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos*). Su relevancia merecerá tratamiento específico en el editorial del próximo número, a cargo de la profesora M. Miñarro, que dedicaremos monográficamente al centenario de la OIT. Como exigible resulta tomarse mucho más en serio el derecho a una conciliación razonable y corresponsable (amar es compartir, dice el [art. 68 Código Civil](#)), constatada la sobrecarga femenina. No es cosa pasada. El Instituto Nacional de Estadística (INE) confirma que [subió un 31 % la cifra de mujeres a tiempo parcial por cuidar a familiares](#). De ahí la reforma de los artículos [11](#), [14](#), [34](#) y [48](#) del ET. Y, por supuesto, la credibilidad de estos objetivos precisa de mejoras en los derechos colectivos de información (reformas del [art. 46 LOIMH](#) y [art. 64 ET](#)).

Lo que cuestionamos es la coherencia de esa opción con la técnica de regulación seguida. Esta «ley de urgencia política» usa y abusa de la técnica de la vigencia aplazada en el tiempo

Ahora bien, dejando en un segundo plano –sin desmerecer su relevancia jurídica, por la inseguridad que crea y por el debilitamiento del papel del Parlamento– la cuestión de su ajuste constitucional [ex artículo 86 de la CE](#), como se decía, lo que cuestionamos es la coherencia de esa opción con la técnica de regulación seguida. Ya anticipamos que esta «ley de urgencia política» usa y abusa de la técnica de la vigencia aplazada en el tiempo, des-

naturalizando la pretendida urgencia, evidenciando la real causa de esta opción (la ausencia de mayoría parlamentaria suficiente para la deliberación en esta sede, confiando en que sí la tendrá cuando se decida su convalidación). Naturalmente, se esgrimen razones económicas y pragmáticas (repartir en el tiempo los costes, empresariales y públicos, y dar tiempo de adaptación), pero entonces lo que queda devaluado es el espíritu social proclamado con tanto bombo y platillo.

Así, sucede, por (mal) ejemplo, con la reforma estrella, la igualación de los permisos –hasta ahora– de maternidad y paternidad, a través de la reformulación del [artículo 48 –apdos. 4 a 9– del ET](#), así como sus homólogos para las personas empleadas públicas (Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–). Primero, porque se difirió al 1 de abril de 2019 por problemas de adaptación –informática– del carácter obligatorio del permiso por nacimiento del «otro», esto es, del «progenitor no madre biológica». Por tanto, una mera cuestión de «infraderecho», de «subsuelo ministerial» (el programa informático), excluirá del derecho a miles de, antaño, «padres» (se calcula que entre 10.000 y 15.000). Precisamente, en segundo lugar, la nueva [disposición transitoria trigésima segunda](#) («Periodo transitorio para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor») incluida en la LGSS convertirá en palabra de ley la temible dictadura de los programas informáticos por encima de nuestros derechos de ciudadanía: retrasa el cobro de la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor a la operatividad plena del sistema informático. La «ley del algoritmo» se impondría. Un claro aviso a navegantes (lo advierte con fina ironía el profesor E. Rojo en la entrada en su blog del pasado 10 de marzo titulada [«Estudio del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía](#)

de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación»). Tercero, la aplicación del derecho será, en todo caso, gradual, dilatándose (nueva disp. trans. [decimotercera ET](#)) 3 años el plazo de espera hasta llegar a la equiparación proclamada (16 semanas, las 6 primeras obligatorias).

¿Excepción por su coste, social, público y empresarial? No parece. Otro cambio en aras de la pretendida mejora de la implantación real de las políticas de igualdad (arts. 1 y 6 RDL 6/2019), la reducción del umbral ocupacional de 250 a 50 personas trabajadoras para poner en marcha planes de igualdad (nueva redacción del [art. 45.2 LOIMH](#)), también tendrá que esperar 3 años, en función del tamaño de la plantilla (nueva [disp. trans. décima segunda LOIMH](#)). Precisamente, tendrán que esperar más quienes más los precisan.

En otras ocasiones, la técnica dilatoria de la entrada en vigor efectiva de la novedad cacareada es, como se dijo, condicionarla a la posterior regulación reglamentaria. Así, la nueva redacción del [artículo 46.2 de la LOIMH](#) (planes de igualdad) es mucho más concreta y exhaustiva, pero su aplicación efectiva queda en buena medida suspendida en el aire, al depender del desarrollo reglamentario, que deberá articular también su registro ([art. 46.6 LOIMH](#)). O cuestiones tales como la distribución más flexible del periodo no obligatorio de los permisos por nacimiento ([art. 48 ET](#)), incluso la propia dinámica de la prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante, dado que el [artículo 183 de la LGSS](#), párrafo tercero, remite la forma de documentación de los requisitos de la situación protegida a lo que se disponga reglamentariamente.

En otras ocasiones, la técnica dilatoria de la entrada en vigor efectiva de la novedad cacareada es condicionarla a la posterior regulación reglamentaria

4. Pero el déficit de credibilidad sobre el verdadero valor de innovación jurídica de más de una de las medidas que se vociferan como inestimables progresos del sistema jurídico está a menudo en la referida técnica de legislación sociolaboral inflacionaria. Se trata de todas las reformas que aparentan, con un texto legal ampliado, una nueva garantía de efectividad del derecho protegido, pero cuya novedad se desvanece cuando se enfrenta al derecho vivo, al derecho aplicable precedentemente, descubriéndose incluso significativas lagunas –otro vicio jurídico–. Y para evidenciarlo, «la primera en la frente», el nuevo [apartado 3 del artículo 9 del ET](#), que reconoce a la persona discriminada retributivamente por razón de sexo el salario que correspondiese al trabajo de igual valor, no añadiendo más que una obviedad, como ilustra el que ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Andalucía/Málaga 246/2018, de 14 de febrero](#)), así lo garantizara. En realidad, no es sino una consecuencia obligada de la garantía de indemnidad retributiva ínsita en la protección del derecho a la igualdad de trato. En cambio, nada dice, y hubiese sido muy conveniente, de la garantía de indemnización reparadora íntegro-disuasoria ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS). Toda conducta discriminatoria exige una indemnización adicional para tutelar el daño moral que de aquella se deriva automáticamente y,

al tiempo, disuadir de eventuales nuevas discriminaciones de este tipo, con el consiguiente efecto preventivo.

No, no es un vicio episódico. Si avanzamos en las reformas pretendidamente abocadas a hacer verdaderamente efectiva la igualdad entre sexos, querida por la LOIMH, pero incapaz de lograrla, como le reprocha el autor del real decreto-ley que glosamos, hallaremos agravado este vicio de técnica legislativa, pecando tanto por exceso como por defecto. El artículo 12.4 d) del ET (para las personas trabajadoras a tiempo parcial) contiene un nuevo inciso final, de modo que la debida aplicación del principio de proporcionalidad no perjudique el deber de «garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres». ¿Qué tiene de nuevo jurídicamente el precepto, más allá de alargar el texto legal, de modo que su ausencia perjudicara la finalidad perseguida? Nada.

¿Acaso antes de esta reforma las fuentes reguladoras de las relaciones laborales de las personas trabajadoras a tiempo parcial no debían garantizar ese principio? Evidentemente sí. Y si no, ya está el TJUE para fustigar una y otra vez nuestros incumplimientos (por ejemplo, [STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15](#)), acudiéndose día tras día a sus sabias, aun oraculares, palabras. Sería el caso del [Auto del Tribunal Superior de Justicia \(ATSJ\) de Galicia de 19 de octubre de 2018 \(rec. 1876/2018\)](#), que pregunta al TJUE si es discriminatorio que un convenio o práctica a los efectos retributivos (y de promoción) calcule la antigüedad de una trabajadora parcial con distribución vertical de la jornada en cómputo anual atendiendo solo al tiempo de prestación de servicios. ¿Ayuda la nueva ley a desvanecer la duda? En absoluto, porque no introduce ni una sola pauta interpretativa concreta, limitándose a repetir el principio afirmado hasta la saciedad en numerosos textos jurídicos.

El problema no es proclamar el compromiso con la igualdad, sino establecer garantías de efectividad frente a las violaciones

El problema no es proclamar el compromiso con la igualdad en un ámbito necesitado especialmente de él, como el trabajo a tiempo parcial, fuente de discriminaciones indirectas por razón de sexo, sino establecer garantías de efectividad frente a las violaciones, de derecho y de hecho. Lo que hace ahora la ley es convertir en norma explícita lo que era ya una

norma implícita, pero sin añadir garantía preventiva y/o correctora útil. En fin, una «nueva ley» que se pretende «nuevo –y mejor– derecho» queda banalizada si se toma en serio dentro del sistema de fuentes: peca más por defecto que por exceso (desde luego nada de progreso social real).

5. Y si seguimos avanzando en las reformas en pro de la igualdad efectiva, ¿todas son así? No necesariamente, o al menos no con el mismo grado de relativización práctica. Algunas de ellas tienen una apariencia de mayor novedad jurídica, pero si no se depuran sus defectos de redacción, confirmando la improvisación extrema de la reforma, podría desembocar en otra neutralización práctica del –necesario y urgente– fin innovador. Me detengo para ilustrarlo en la pretendida voluntad gubernamental de reforzar la tutela frente al cese discriminatorio de las trabajadoras embarazadas o en su condición de madres durante el periodo de prueba. A tal fin, dejando de lado los cambios de adecuación léxica (lenguaje inclusivo) y de coherencia con otros cambios (nuevos permisos por nacimiento), de menor cuantía, lo realmente destacable es el nuevo segundo párrafo del [artículo 14.2 del ET](#):

Y si seguimos avanzando en las reformas en pro de la igualdad efectiva, ¿todas son así? No necesariamente. Algunas tienen una apariencia de mayor novedad jurídica, pero si no se depuran sus defectos de redacción, podría desembocar en otra neutralización práctica del fin innovador

La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.

Formulemos la misma pregunta: ¿sin esta nueva palabra de ley qué se perdía nuestro derecho, en términos de efectividad de la tutela antidiscriminatoria en el periodo de prueba?

Antes de responder directamente al interrogante recordemos las dos deficiencias más relevantes antes de la reforma en este ámbito. La primera obedece al persistente rechazo, por el TC y por el Tribunal Supremo (TS), a extender a la institución del desistimiento en el periodo de prueba la técnica de la nulidad objetiva y automática del despido ex [artículo 55.5 b\) del ET](#) (técnica de acción positiva, en garantía de efectividad de la igualdad de oportunidades y más allá, pues, de la tutela antidiscriminatoria), «dada la distinta naturaleza jurídica» de ambas instituciones ([STC 173/2013, de 10 de octubre](#), con fundado voto particular; [STSJ de Galicia de 26 de julio de 2018 –rec. 1301/2018–](#)). Ni que decir tiene que, sin embargo, de mediar la debida prueba –aun indiciaria– de discriminación ex [artículo 96 de la LRJS](#) por causa de embarazo o maternidad, la nulidad sí procedería en el cese dentro del periodo de prueba ([STC 17/2007, de 12 de febrero](#)). La segunda se desveló más recientemente por el TJUE, en la medida en que considera disconforme nuestro derecho con el imperativo comunitario de prohibir preventivamente el despido de una trabajadora por su condición de maternidad (parto, lactancia), que se tiene por un riesgo psicosocial ex artículo 10.1 de la [Directiva 92/85/CEE \(STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16, y STSJ de Cataluña 2520/2018, de 26 de abril](#), Porras Guisado, en el marco de los despidos colectivos).

¿Ofrece cumplida respuesta la reforma del [artículo 14.2 del ET](#) a alguna de estas deficiencias? Desde luego no a la segunda, porque incluso aceptando un cierto efecto preventivo-disuasorio a la nulidad automática del cese, tal función es insuficiente, en la medida en que ni hay una prohibición ni iría más allá de la tutela reparativa, sin equipararla a la nueva garantía de prueba reforzada que parece querer el [artículo 55.5 b\) del ET](#), tras la reforma y sobre la que volveré. Pero ¿y a la primera? Podría pensarse que sí, que esa es la voluntad legislativa, pues otra cosa no tendría sentido, dado que la mera tutela antidiscriminatoria, esto es, la basada en el despido con móvil en el embarazo o condición de maternidad, ya estaba consolidada jurisprudencialmente y así se aplica en la práctica. Lamentablemente, no queda tan claro en el texto legal, debiéndose integrar-correr esas deficiencias en sede interpretativa.

En efecto, baste comparar la redacción del [artículo 14.2 del ET](#) con la propia del [artículo 55.5 b\)](#) del mismo texto legal para verificar la incomprensible deficiencia de técnica legislativa exhibida en la reforma. En este último la tutela se produce a «b) [...] las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a) [...]», en aquel se prevé, en cambio, para «las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha [...] o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad». Si en la primera la formulación objetivada es clara, en la segunda parece incluirse la dimensión subjetiva o intencional «por razón de [...]». Pero entonces, ¿qué sentido tendrían la precisión del tiempo de la garantía y el inciso final –prueba de causa legítima–? Ninguno, o resultaría absurdo.

Ni que decir tiene que, en su improvisación y carencias técnicas, el Gobierno-legislador ofrece múltiples muestras de estas enigmáticas habilitaciones justificativas al empleador pese a constatarse claras brechas de género (por ejemplo, la previsión del [art. 28.3 ET](#), que permite justificar, incluyéndolo en el nuevo registro salarial, una brecha retributiva por razón de sexo superior al 25 %, por una razón «no relacionada con el sexo de las personas trabajadoras»). Pero una lectura de la reforma teleológica y sistemática, conforme a la realidad sociolaboral del tiempo en que ha de aplicarse, debe permitirnos superar tantas sombras de redacción y arrojar más luz sobre el sentido práctico de la reforma. Este no puede ser otro que el de equiparar la automaticidad de la tutela por despido de las mujeres por su condición de maternidad (embarazo, nacimiento y lactancia –además de en el ejercicio de sus derechos de conciliación–) ex [artículo 55.5 b\) del ET](#) con la ahora ofrecida frente al desistimiento en el periodo de prueba en las mismas condiciones.

El sentido práctico de la reforma no puede ser otro que el de equiparar la automaticidad de la tutela por despido de las mujeres por su condición de maternidad con la ofrecida frente al desistimiento en el periodo de prueba

Una equiparación que debe producirse igualmente para la tutela reparadora adicional ex [artículo 183 de la LRJS](#), aunque, una vez más el legislador la haya «olvidado», pese a su función no solo reparadora sino disuasoria, contribuyendo a un cierto efecto preventivo. Al respecto,

muy necesaria hubiese sido la intervención legislativa dada la ausencia de jurisprudencia que haya afrontado este vacío (por ejemplo, [STS 942/2017, de 28 de noviembre](#)), y las contradicciones en la doctrina judicial, pues si ciertas doctrinas de suplicación se muestran a favor de reconocer la indemnización adicional de daños cuando se constate una nulidad objetiva o automática (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 1233/2018, de 12 de junio](#), otras lo rechazan (por ejemplo, [STSJ de Madrid 442/2018, de 23 de julio](#)).

No obstante, la equiparación de tutelas entre ambas instituciones tampoco podría ser, ni el legislador ha querido que sea, plena

6. No obstante, la equiparación de tutelas entre ambas instituciones (cese durante el periodo de prueba y despido de trabajadoras madres) tampoco podría ser, ni el legislador ha querido que sea, plena. Dado el carácter causal de la segunda, ausente en la primera, ahora el [artículo 53.4](#) (extinción por causas objetivas) contiene una novedad significativa ausente en el [artículo 14.2](#). Así, fuera de las reformas meramente técnicas o de coherencia en los redactados con los cambios generales realizados –que afectan también al [art. 55.5](#) (forma y efectos del despido disciplinario), letras a), b) y c) ET–, lo únicamente novedoso en realidad es la incorporación de un inciso en relación con la prueba del carácter procedente de estos despidos, de los que parecería desprenderse una voluntad de exigir una garantía adicional de concreción e individualización justificativa de la causa. Así, frente a los requisitos de acreditación de la causa de los despidos –objetivos o disciplinarios– ajenos a cuestiones discriminatorias –por embarazo, ejercicio de los derechos de conciliación–, cumplidos solo con «acreditar la concurrencia de la causa en que se fundamentó» –y los requisitos formales–, para los ligados con aquellas causas se exigiría, como se dice, un plus de seriedad e individualización causales:

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo [...]. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

Más allá de promover un deber de diligencia justificativa especial para los empleadores a la hora de despedir objetivamente (en especial por causas económicas u organizativas) a las trabajadoras embarazadas o madres, excluyendo toda acreditación genérica o *in genere* y exigiendo una afectación particular de la causa en la trabajadora, no queda claro qué quiere decir esta formulación algo críptica del legislador. ¿Está condicionando el principio de libertad de elección del empleador de la persona trabajadora

Más allá de promover un deber de diligencia justificativa especial para los empleadores a la hora de despedir objetivamente a las trabajadoras embarazadas, excluyendo toda acreditación genérica o *in genere*, no queda claro qué quiere decir esta formulación algo críptica del legislador

afectada por la causa objetiva –la [STS 802/2018, de 20 de julio](#), para un despido individual derivado de un despido colectivo acordado, reconoce el condicionamiento cuando media acuerdo de criterios de selección–, abriendo la vía a un enfoque de gestión basado en la adecuación social de aquella decisión atendiendo al interés prevalente de la protección de la trabajadora embarazada? ¿Sugiere una preferencia indirecta o implícita de permanencia de la trabajadora-madre en la empresa?

Honestamente, no creo que el legislador haya ido tan lejos. Ni el TJUE ([Porrás Guisado](#)) exige esta prioridad de permanencia de la trabajadora-madre ni parece presumible una norma de mayor favor nacional, pues vemos que el espíritu social de la norma no da para tanto. Más aún. En realidad, no creo que la norma diga nada distinto de lo que ya se aplica por la mejor doctrina de suplicación, como la [STSJ de Asturias 515/2015, de 20 de marzo](#). En ella, la sala razona cuidadosamente –su rigor argumental ha sido reseñado por el [ATS de 19 de febrero de 2019 \(rec. 2821/2018\)](#)– la calificación de nulidad de un despido objetivo por causa económica de una mujer embarazada, porque, afectando a varias compañeras, la empresa no justificó suficientemente el criterio para seleccionar a una «trabajadora específicamente protegida» y no a otras compañeras, para las que no se acredita más cualificación o utilidad económica.

Situados en este ámbito, la norma de urgencia ha incurrido en otro «olvido» (continuos en normas improvisadas –por ejemplo, dejó fuera de las nuevas prestaciones por nacimiento a las personas del sector marítimo, integrando la laguna ex [art. 4 RDL 8/2019](#)–) de protección de un colectivo de mujeres embarazadas aún más vulnerables frente al despido: las empleadas de hogar. Su normativa especial –[art. 11 RD 1620/2011](#)– sigue con la laguna en esta materia, integrada por la doctrina de suplicación con criterios no uniformes (por ejemplo, compárese la [STSJ de Andalucía/Sevilla 2012/2018, de 21 de junio](#), que no contempla indemnización adicional por daño moral, y la [STSJ de Asturias 2232/2018, de 27 de septiembre](#), que sí).

La norma de urgencia ha incurrido en otro «olvido» (continuos en normas improvisadas) de protección de un colectivo de mujeres embarazadas aún más vulnerables frente al despido: las empleadas de hogar

7. Dejemos el ámbito de la mejora (real y/o pretendida) de la tutela discriminatoria y dirijamos la mirada a la segunda línea, la relativa a los derechos de conciliación corresponsable de los tiempos de vida y de trabajo. ¿Cabe alcanzar mejor valoración sobre el progreso jurídico-social de la «nueva ley» sobre el derecho precedente –legislado y vivo–? Al respecto, la materia estrella, la equiparación de permisos, representa una gran mejora. Aunque sea de una forma gradual, pasar de 5 a 16 semanas en el caso del, otrora, permiso de paternidad siempre será más garantista. No obstante, y si bien aquí no se pretende un análisis del alcance de la reforma más vociferada (remitimos para un análisis breve, pero ilustrativo, a la

crónica de actualidad a cargo del profesor S. García de esta misma revista y número), no es ocioso introducir algunas observaciones para ponderar su alcance realmente innovador.

Primero, ya señalamos otro tipo de deficiencias: dilaciones enigmáticas de tiempos de vigencia, aplicación gradual, remisiones reglamentarias para el margen de flexibilidad en la distribución del periodo no obligatorio de tales permisos (incluye la adopción del hijo biológico del cónyuge –homosexual–, aun habiendo convivido previamente y disfrutado la madre de su permiso: [STSJ de Castilla-La Mancha 1720/2018, de 27 de diciembre](#)); novedades opacas, como la que permite anticipar a la madre 4 semanas el permiso, cuando es evidente que tales eventualidades no deben consumir permiso sino otras situaciones (incapacidad temporal, riesgo biológico ex [art. 26 Ley de prevención de riesgos laborales](#), etc.), el retraso del cobro de la nueva prestación por cuidado corresponsable desde la semana 10 a la 12 de la persona nacida ([disp. trans. trigésima segunda LGSS](#)) por la falta de programa informático. O que exija para su percibo que los dos progenitores trabajen cuando la persona beneficiaria (tan adepto el Gobierno al lenguaje inclusivo sigue hablando de «beneficiarios») solo puede ser una. Salvo, claro, que se entienda que si uno no trabaja asumirá mayor función de cuidar, pero entonces ¿dónde queda el «amor que me jurabas» por la corresponsabilidad en el cuidar?

Segundo, es curioso que una normativa expresiva de un derecho social fundamental, por lo tanto de vigencia universal –también afecta, aunque con más dificultades, a las personas trabajadoras autónomas (el [art. 7](#) modifica la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo)–, enfatice en diversas ocasiones la índole excluyente de las medidas al personal laboral de las Administraciones públicas. No llega a tres, como san Pedro a Cristo, pero hasta por dos veces se niega a las personas empleadas públicas laborales la aplicación del marco estatutario laboral (nuevo [art. 7 EBEP](#) y nueva [disp. adic. adicional vigesimosegunda ET](#)). Sí, es una cuestión formal, pues la exclusión no lo sería en la protección, sino en el marco regulador, remitiendo a la legislación estatutaria de la persona empleada pública (también habrá que cambiar la denominación). En sustancia la tutela es idéntica, salvo las peculiaridades debidas al empleador público. De ahí la mayor presencia reglamentaria en aras del interés general ínsito en las «necesidades del servicio» (por ejemplo, [art. 49 EBEP](#)).

Tercero, y en relación con esta cuestión, precisamente, conviene poner de relieve que no representa una auténtica novedad, en la medida en que tanto el nuevo real decreto-ley como el frustrado PLPGE/2019 traen causa de un acuerdo sindical, suscrito el 29 de octubre de 2018, en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado –aunque vino precedido por otros en diversas comunidades autónomas, como la andaluza–. Como carente de novedad reguladora real es la previsión de que, durante el permiso, se pueda participar en curso de formación, pues la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, ya había considerado discriminatorio lo contrario. Por ello puede resultar sorprendente, incluso regresivo, el condicionante temporal puesto –no hay previsión equivalente en el ámbito laboral– para el ejercicio de este derecho en los casos de permisos por nacimiento, para la madre biológica ([art. 49 a\) EBEP](#)) y para «el otro» ([art. 49 b\) EBEP](#)), no para la adopción o acogimiento ([art. 49 b\) EBEP](#)): debe esperarse al periodo no obligatorio.

No hay tampoco novedad, más bien técnica inflacionaria, en la previsión expresa (último párrafo del [art. 49 c\) EBEP](#)), según la cual, las personas empleadas públicas conciliadoras no podrán sufrir perjuicio. Esta «garantía dinámica de indemnidad» en la esfera de derechos profesionales –y económicos– de quienes hagan uso de sus derechos de conciliación constituye una norma implícita, reiterada por el TC y el TJUE, por lo que la «nueva ley» solo la explicitaría. Justamente, esta garantía de indemnidad subyace en recientes decisiones judiciales –la norma jurídica precede, pues, al nuevo texto–, que aplican explícitamente el método de juzgar en clave de género ([STSJ de La Rioja 7/2019, de 10 de enero](#): el periodo de excedencia por cuidado de hijos debe integrarse, conforme a la doctrina del paréntesis, para el percibo de la prestación por incapacidad temporal), o solo implícitamente ([STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 520/2018, de 20 de noviembre](#): el periodo de excedencia por cuidado de familiares computa en los periodos de servicio activo). Esta política jurisprudencial del derecho social con perspectiva de género es analizada de forma exhaustiva, a través de experiencias judiciales recientes, en el [monográfico de diálogos con la jurisprudencia](#) dedicado al efecto en este número.

No hay tampoco novedad, más bien técnica inflacionaria, en la previsión expresa, según la cual, las personas empleadas públicas conciliadoras no podrán sufrir perjuicio

Sí tiene valor de garantía legal adicional de efectividad el apartado d) del referido [artículo 49 del EBEP](#), que, para las empleadas públicas víctimas de violencia de género, junto a derechos de adaptación, medie o no reducción, en los términos de los planes de igualdad de las Administraciones públicas, asegura la conservación íntegra de su salario, aunque haya reducido su jornada, si lo es «en un tercio o menos» ([art. 49 d\), párrafo tercero, EBEP](#)). Garantía salarial no prevista en el ET. En cambio, sí se incluye en él ([disp. adic. decimonovena ET](#)), pero no presenta alcance innovador, ya que resulta una regla de coherencia urgida por la jurisprudencia comunitaria, la garantía de cómputo íntegro del salario a efectos indemnizatorios para el nuevo supuesto de reducción previsto en el [artículo 37.4, párrafo final](#) –los demás ya gozaban de esta garantía–.

Finalmente, cabría preguntarse por la bondad general –por lo tanto por el acierto, al margen de la mayor o menor progresión jurídica– del modelo de conciliación subyacente a esta política del derecho facilitadora de permisos para liberar, total o parcialmente, tiempo de trabajo productivo en aras de un mayor tiempo, pretendidamente corresponsable, de trabajo reproductivo (trabajo de cuidar). Es una lección de experiencia, confirmada por las estadísticas más recientes, que ese modelo, lejos de favorecer la igualdad de sexos y la corresponsabilidad, no hace sino perpetuar

Cabría preguntarse por la bondad general del modelo de conciliación subyacente a esta política del derecho facilitadora de permisos para liberar, total o parcialmente, tiempo de trabajo productivo en aras de un mayor tiempo, pretendidamente corresponsable, de trabajo reproductivo

la segmentación sexista de los tiempos de vida y trabajo: la parcialidad abrumadoramente mayor del trabajo productivo de las mujeres se corresponde con la práctica exclusividad del trabajo reproductivo a su cargo. Naturalmente, esto supone un altísimo coste para las mujeres, en forma de reducción salarial (por la parcialidad laboral, inicial –el momento de contratación– o sobrevinida –solicitud de reducción de jornada ex [art. 37 ET](#)–).

Los datos son alarmantes. Como se anticipó, en 2018, el colectivo de mujeres a tiempo parcial productivo, para dedicarse a un tiempo reproductivo pleno, creció casi un 30 %. Este salto atrás en el tiempo agrava las brechas de género que tanto proclama el legislador que va a corregir, pues mientras «ellas» son cada vez más, «ellos» –nosotros– son –somos– menos. Más de 2.000.000 de casi 3.000.000 de personas trabajadoras en el mercado a tiempo parcial son mujeres y [de 358.200 personas trabajadoras que tenían una jornada reducida por el trabajo de cuidar, ellas son 344.800](#), según los últimos datos difundidos del INE. Lluve sobre muy mojado, pues.

Los datos son alarmantes. En 2018, el colectivo de mujeres a tiempo parcial productivo, para dedicarse a un tiempo reproductivo pleno, creció casi un 30 %

Una prueba institucional de esa contumaz segmentación sexista de los tiempos de vida es que la mayor parte de las personas cuidadoras informales de personas dependientes son mujeres de edad madura. Por eso, su «rescate», asumiendo estatalmente su cotización para la inclusión en el régimen general de la Seguridad Social, con convenio especial (disps. [adic. decimocuarta](#) y [trans. trigésima primera](#) LGSS), si bien se valora de forma positiva por compensar una deuda histórica con las mujeres de otra generación, deja un sabor agrí dulce. Además de otro renuncio al lenguaje normativo inclusivo (se sabe que la inmensa mayoría son mujeres, pero la «nueva ley» sigue hablando de «los cuidadores no profesionales», silenciando el sexismo y manteniendo la invisibilidad de aquellas), que evidencia la perpetuación del problema.

8. No es completamente ajena, sin embargo, la «nueva ley» a la necesidad de un modelo diferente de conciliación de tiempos de vida y de trabajo. Uno más conciliador realmente, sin la necesidad de reducción de jornada –ni, por lo tanto, de salario, ni de interrupción de la carrera–, como el promovido por el [artículo 34.8 del ET](#), si bien neutralizado por la praxis jurisprudencial.

No es completamente ajena la «nueva ley» a la necesidad de un modelo más conciliador realmente, sin la necesidad de reducción de jornada –ni de salario, ni de interrupción de la carrera–, como el promovido por el artículo 34.8 del ET

Desde esta perspectiva, ¿si la verdadera «madre de la corresponsabilidad conciliatoria» es redistribuir, sin reducir jornada, los tiempos de trabajo productivo y reproductivo (trabajo de cuidar), la reforma del [artículo 34.8 del ET](#) reconoce ya un derecho de adaptación razonable

de aquel (el trabajo remunerado) a este (trabajo de cuidar), y no viceversa, o debe seguir esperando? Si bien el sentir mayoritario de la doctrina científica parece ser favorable a reconocer la novedad del cambio legal, incluso también de la doctrina judicial, yo no estoy nada convencido de ello. De un lado, una vez más, nada hay en el nuevo texto legal que no se reconozca y aplique ya, de forma muy mayoritaria, por la doctrina judicial, que garantiza un derecho de negociación de buena fe, superador claramente de la restrictiva jurisprudencia afirmada sobre el precepto hace una década. Dos buenos ejemplos de ello, medie o no reducción junto a la adaptación de la jornada ordinaria, son las SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 12 de marzo de 2019 ([comentadas](#) por la magistrada G. Poyatos en este mismo número). De otro, la nueva regulación suscita algunos interrogantes aplicativos, con algún redactado que incluso podría conllevar cierta regresión.

En primer lugar, la norma no reconoce, menos garantiza, un derecho individual a la adaptación razonable del tiempo de trabajo a sus tiempos de vida personales y familiares. De un lado, a diferencia de la regulación precedente que hablaba también del derecho a la conciliación de su vida «personal», la norma actual lo reduce a la vida «familiar», esto es, solo los que tienen «responsabilidades familiares» podrán acceder a la garantía, sea la que sea. De otro, y más relevante, la «nueva ley» habla solo de un «derecho a solicitar las adaptaciones». En la versión anterior reconocía el «derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada», eso sí, solo «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella». En la regulación actual no desaparece esa prerrogativa o facultad colectiva, solo que, con un sano realismo jurídico, se prevé un régimen legal subsidiario en ausencia de uno colectivo:

[...] ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de 30 días. Finalizado [...], la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación [...] o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

A ello añade el derecho de la persona trabajadora a volver a la situación precedente si concluye el periodo acordado o si se produce un cambio de circunstancias que lo aconsejen, aun cuando no haya finalizado el tiempo previsto. ¿Qué hay de nuevo en todo ello atendiendo a la doctrina judicial más extendida? Honestamente, nada, o muy poco.

En segundo lugar, no se alcanza a comprender por qué la nueva norma limita, sin que estuviese en la anterior, el ámbito de protección del derecho, cuando se trata de llevar a cabo el trabajo de cuidar a personas descendientes (hijos e/o hijas), hasta que cumplan la edad de los 12 años –se homologa al supuesto del [art. 37.6 ET](#)–. Pero ¿por qué la «nueva ley» decide que ya no hay necesidad conciliatoria cuando la persona descendiente cumple 13 años?

Finalmente, por enésima vez, olvida incluir la garantía indemnizatoria adicional para los casos de incumplimiento de este derecho. La polémica sobre la misma (unas la niegan – por ejemplo, [STSJ de Asturias 71/2019, de 22 de enero](#), Zara España–, otras la consideran inherente –[STSJ de Galicia de 15 de enero de 2019, rec. 4374/2018](#)–) se analiza en las sentencias de la sala canaria referidas, a cuyo diálogo remito. En definitiva, como en 2007, la «nueva ley» desprende más «humo político» que nuevas –y mejores– garantías de efectividad respecto de la doctrina judicial mayoritaria, en la que la conciliación aflora como derecho social fundamental ([STSJ de Andalucía/Sevilla 343/2018, de 1 de febrero](#)), que garantiza un poder de negociación efectiva de buena fe, cuya ausencia penalizará al empleador –obligado a esa negociación–, y dinámica, pues admite novación sobrevenida si median razones atendibles de conciliación.

9. ¿Merece análoga valoración la otra «nueva ley de viernes social», el citado [Real Decreto-Ley 8/2019](#), o debe variar el juicio respecto del [Real Decreto-Ley 6/2019](#)? Sinceramente, y sin ánimo de ser excesivamente reiterativo, no hay demasiados motivos para ser más generosos o complacientes en el juicio de crítica jurídica. Ilustrémoslo, siquiera brevemente.

En relación con la medida de mayor trascendencia, la resurrección del subsidio para los mayores de 52 años, ninguna duda hay de su valor de mejora para un colectivo especialmente vulnerable (el [art. 1 RDL 8/2019](#) modifica los arts. 274 y ss. LGSS), en línea con lo acordado en la Mesa de Diálogo Social. La mejora es de presente y de futuro (incremento de la cuantía de la cotización y de los años de cobertura, aumentando la expectativa de pensión de jubilación más digna). Ahora bien, conviene ser realista con

Conviene ser realista con el valor de esta medida de mejora de la protección social: siendo tal colectivo (desempleados mayores de 52 años) «carne de cañón» del mercado laboral, que los excluye, la política pública renuncia a una política activa de empleo para ellos

el valor de esta medida: siendo tal colectivo «carne de cañón» del mercado laboral, que los excluye, la política pública renuncia a una política activa de empleo para ellos, asumiendo que solo puede socializar el coste de esta otra modalidad –más pobre que las prejubilaciones de empresa– de retiro prematuro. En buena medida, esta misma valoración sirve para el incremento de la cuantía mínima de la pensión contributiva de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común para menores de 60 años –[art. 3 RDL 8/2019](#)– (ahora poco menos de 7.000 euros, con pequeñas diferencias según medie cónyuge, o no, a cargo). Si su valoración es claramente de mejora, recordemos que la causa está en que este colectivo ya tampoco tiene posibilidades reales de retornar al mercado de trabajo.

Una razón de garantía que está igualmente en las medidas de corrección de la pobreza infantil ([art. 2 RDL 8/2019](#)), reanimando la pírrica rama de prestaciones familiares del sistema de Seguridad Social –un estudio más detenido, Panizo Robles, J. A. (12 de marzo de 2019). [¿Las últimas modificaciones en materia de Seguridad Social en la legislación?](#), en <[Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 433 \(abril 2019\), pp. 5-27 | 21](http://www.laboral-</p>
</div>
<div data-bbox=)

Como en 2007, la «nueva ley» desprende más «humo político» que nuevas –y mejores– garantías de efectividad respecto de la doctrina judicial mayoritaria, que garantiza un poder de negociación efectiva de buena fe

social.com>-. El alto índice de pobreza infantil de España hace especialmente necesaria esta medida, sobre la que ninguna duda puede haber ni sobre su espíritu social ni sobre la corrección de la técnica legal. Ahora bien, ¿de verdad alguien cree que con un incremento de las asignaciones por hijo a cargo hasta 341 euros anuales –hasta 588 cuando se trate de familias en situación de pobreza severa– hay alguna posibilidad de corregir significativamente el grave problema subya-

cente? ¿Con tan reducida mejora puede tenerse la más mínima esperanza fundada de lograr los [objetivos de desarrollo sostenible de la ONU](#) a tal fin –núms. 1, 5 y 10–? ¿Mejor que nada?

Un juicio mucho más crítico, no ya por la pobreza extrema de sus resultados hasta hoy, sino por la absoluta obsolescencia de los medios utilizados para su consecución, que hace que a más insisten las normas en ellos, más contumaz resulta la perpetuación del problema, debe realizarse sobre las pretendidas medidas de fomento de empleo para determinados colectivos (arts. 7, 8 y 9 RDL 8/2019), unos clásicos (por ejemplo, parados de larga duración –claves en la [Estrategia española de activación para el empleo 2018-2020](#) y las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea–, jóvenes) y otros «nuevos» (incentivos a la contratación de trabajadores eventuales agrarios de forma indefinida, incluyendo a los fijos-discontinuos). Pese a que todos los estudios ponen de relieve el «peso muerto» de la técnica de incentivo vía reducciones de cuotas, o bonificación de las mismas, y si bien existe un acuerdo básico político en la necesidad de sustituirla por otra más eficaz, ningún Gobierno parece poder vencer la tentación de perseverar en el error. Igual de perturbadora es esta metodología de ensayo-error en la continua modificación, la enésima, de la normativa reguladora de la protección a las personas jóvenes mediante el programa de garantía juvenil ([Ley 18/2014, de 15 de octubre](#)). Más insiste la norma en reducir las limitaciones aplicativas del programa, más incapacidad de los poderes públicos –incluidos los Servicios Públicos de Empleo, cuyo margen de acción incrementa el [art. 98.5 Ley 18/2014](#)– para realizar una política de empleo juvenil eficaz (como se verá, no mejor fortuna aguarda a las personas jóvenes investigadoras con el [RD 103/2019, de 1 de marzo](#), por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación). En suma, «nada nuevo bajo el sol».

10. Y de la nueva regulación del registro horario ¿qué? Junto a la mejora de la protección social de ciertos colectivos, la otra medida estrella de la reforma es el polémico registro de la jornada ordinaria. ¿La norma finalmente resultante se alejaría del espíritu social que la animó para desvaírse por el condicionante económico inherente a toda norma laboral, como critican, decepcionados, los sindicatos y exhibe, aliviada, la patronal?

Desde luego, si se compara la versión original de la propuesta socialista de reforma del artículo 34 del ET para incluir la obligación de registrar diariamente el horario concre-

to de entrada y salida respecto de cada trabajador («la jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día», sin perjuicio del modo específico de organización del mismo, a cargo del convenio), cuya transgresión sería infracción grave ([art. 7.5 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)), con la finalmente reflejada, la diferencia de redacción es muy notoria. Además de que el Gobierno se reserva la facultad, naturalmente previa consulta con los interlocutores sociolaborales, de fijar especialidades en la obligación de registro para «los sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades lo requieran» ([art. 34.7 ET](#)), deslegalizando el derecho y flexibilizando la obligación, la obligación propiamente no recae sobre un sistema de registro diario de la jornada ordinaria, sino que se limitaría a establecer, imperativamente eso sí, la posición empleadora de garante de que exista alguna forma de registro a tal fin:

La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo ([art. 34.9 ET](#)).

A la negociación colectiva (o por acuerdo de empresa) correspondería, pues, fijar cómo se ha de organizar y documentar ese registro de la jornada. No obstante, tampoco queda claro que así sea, en la medida en que la norma legal contempla incluso la posibilidad de que aquella ordenación se haga por «decisión del empresario previa consulta con la representación legal de los trabajadores de la empresa», si no media ni convenio ni acuerdo de empresa. Que se ha paniaguado la obligación empresarial se reafirma en el redactado del [artículo 7.5 de la LISOS](#), pues si bien se mantiene la infracción grave por incumplir las obligaciones en materia de registro, ya no se abre el tipo con la referencia directa al incumplimiento de la obligación de registro, sino que se diluye en un extenso tipo relativo a la transgresión de las normas sobre tiempo laboral. No sorprende, atendiendo a la superficie de los redactados, la referida crítica sindical, que ha considerado un puro eufemismo la valoración gubernamental de la regulación como eficaz medida para luchar contra el fraude de las horas extra en España y la precariedad (parcialidad abusiva), así como la «[moderada satisfacción](#)» que proclama la patronal, contenta con que el protagonismo en la ordenación se conceda a la negociación colectiva. De ese modo, habría surtido efecto su demanda (presión) de mayor flexibilidad. Un «plus de flexibilidad» que preocupa a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues entiende que solo se garantiza lo que «existe o se consensuará», pero, precisamente el problema es que no existe esa práctica de registro de la jornada ordinaria.

Y de la nueva regulación del registro horario ¿qué? La norma finalmente resultante se alejaría del espíritu social que la animó para desvaírse por el condicionante económico inherente a toda norma laboral, como critican, decepcionados, los sindicatos y exhibe, aliviada, la patronal

En este contexto de sombreado de la obligación con enunciados normativos bastante más difusos que el originario, así como de críticas desde diversos frentes, no sorprende que se haya afirmado, por ciertos sectores doctrinales y profesionales, que la obligación de registro de la jornada no será de ejecutividad inmediata, debiéndose esperar al desarrollo colectivo, si se produce, y, si no, a la decisión unilateral consultada –siempre de buena fe–. El problema se centraría, pues, en las pymes –la inmensa mayoría del tejido empresarial español, por lo tanto la parte más significativa de personas trabajadoras–, donde esas negociaciones se antojan más difíciles por la falta de la representación adecuada, por lo que, al final, la obligación legal quedaría en manos de la decisión empresarial, desnaturalizando el derecho. En consecuencia, la dilación de la entrada en vigor de la obligación podría ser muy superior a la explicitada en la norma –12 de mayo–, siendo además de relativa poca entidad la cuantía del incumplimiento, pues la infracción es por empresa o centro, no individual (entre 626 euros y 6.125 euros).

¿De aquellos polvos estos lodos? Tras tanto vaivén y pugna judicial ([STS 246/2017, de 23 de marzo, caso Bankia](#)), con actitud de conflicto en vez de diálogo, ¿tenemos que acabar de esta forma tan incierta y ambigua? ¿Seguro que la obligación legal de «garantizar un sistema de registro» no es equivalente a la «obligación de registrar» la jornada laboral, aunque el medio concreto, como ya anticipó el propio TS, requiera de una norma pactada –o una decisión unilateral consultada–? A mi juicio, la crítica es exagerada. Ni el empleador puede eludir su obligación de registro de la jornada ordinaria, en la medida en que su posición de garante le impide alegar como justificación de un eventual incumplimiento la falta de acuerdo en su organización, por lo que no tiene efecto diferido de ningún tipo, siendo exigible desde el primer día de entrada en vigor de la norma, asumiendo el coste de la inexistencia de un sistema pactado; ni la ley podía ir más allá de lo que ha ido, pues no se puede exigir el mismo modelo de registro para todos los sectores y empresas.

A mi juicio, la crítica es exagerada. Ni el empleador puede eludir su obligación de registro de la jornada ordinaria, siendo exigible desde el primer día de entrada en vigor de la norma, ni la ley podía ir más allá de lo que ha ido, pues no se puede exigir el mismo modelo de registro para todos los sectores y empresas

Así lo dijo el TS y así lo expresa el Abogado General del TJUE, cuyas [Conclusiones de 31 de enero de 2019](#) dice, en aplicación de la [Directiva 2003/88/CE](#), anticipan el [artículo 34.9 del ET](#): las empresas están obligadas a implantar un sistema de cómputo de la jornada efectiva, sin perjuicio de la libertad de los Estados para establecer la forma de registro del tiempo efectivo de trabajo que consideran más adecuada. En un sistema maduro de relaciones laborales, la fuente reguladora más eficaz a tal fin debe ser la negociación colectiva, y precisamente ese enfoque de garantía colectiva es el asumido por el artículo 37.4 del ET. No debería la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuando fije sus instrucciones, ignorar esta doble exigencia, de flexibilidad organizativa de la obligación legal y de equilibrio de posiciones –lo recordaba recientemente, respecto del uso sindical del correo electrónico, la [STS 134/2019, de 21 de febrero](#)–, como, por cierto, ya hizo la dictada en su día –[Instrucción 3/2016](#), sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo–.

En definitiva, el reforzamiento del principio de transparencia en el mercado de trabajo español, que esta norma representa (en línea con la [Propuesta de Directiva sobre transparencia y previsibilidad de condiciones de trabajo](#), aprobada por el Parlamento Europeo el 16 de abril de 2019; y el nuevo [art. 28.3 ET](#), en materia de igualdad retributiva; o en materia de política de control tecnológico –*vid.* [STS 21/2019, de 15 de enero](#)–, etc.), no solo debe acompañarse de mejoras de la información (alma social colectiva de la norma laboral), sin que las razones de empresa las frenen (por ejemplo, respecto de los deberes de confidencialidad empresarial, la [STS 93/2019, de 6 de febrero](#)), también exige la debida flexibilidad organizativa (alma económica de la norma laboral). Una vez más, pues, la pretendida autoridad de la ley como fuente de derecho nuevo no sería sino la anticipación de lo que ya se desprendía del ordenamiento jurídico vigente, aunque vulnerado por lecturas muy restrictivas jurisprudenciales que el propio sistema multinivel de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se ha encargado de corregir, sin esperar al TJUE, bastando que la Comisión Europea y el Abogado General enviaran un claro mensaje a navegantes.

11. También en viernes, pero no mediáticamente incluido –esto evidencia, lamentablemente, su consideración social subalterna– como «ley de viernes social», pese a que, a mi juicio, responde a las mismas –aquí aún más pretendidas que reales– virtudes y a análogos –silenciados– defectos de técnica jurídica, el Gobierno aprobó, por fin, el varias veces anunciado [Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo](#), que ordena el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, publicándose 2 semanas después (15 de marzo de 2019). Por supuesto, el Gobierno, en el preámbulo-cuento, tiene una altísima consideración de la norma, en cuanto que «supondría una mejora clara de las condiciones retributivas y de las condiciones de trabajo de muchos jóvenes investigadores» (el lenguaje inclusivo sigue siendo asignatura pendiente, por más que proclama haberla superado). Y ¿por qué está tan satisfecho? Pues porque, entre otras razones, impondría «un salario mínimo anual superior» al vigente: 16.422 euros.

También en viernes, el Gobierno aprobó, por fin, el real decreto que ordena el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación

¿Es así? Bastará leer con algún detalle el real decreto –un [análisis](#) anticipado del mismo se realizó por el profesor J. Moreno Gené en el número de febrero de esta revista– para darse cuenta de que no. Fijémonos en ese pretendido «salario mínimo superior». ¿Está así fijado en la norma? No, es uno de esos típicos «olvidos» de las normas «improvisadas», solo que esta lleva cocinándose años. En efecto, en el último borrador, se incluía –con dudosa técnica legislativa, todo hay que decirlo– una disposición transitoria única que preveía tal cantidad. Esa disposición ha desaparecido del texto y ahora el único beneficio retributivo real de la norma es que se establece la referencia de los porcentajes mínimos de salario –los previstos en el [art. 21 Ley de la ciencia](#) son algo inferiores a los previstos para el contrato de prácticas– atendiendo al propio del grupo 1 del Convenio único de la Administración General del Estado. Resultado: se pierden unos 300 euros.

Ni que decir tiene que ni faltan las normas enigmáticas (por ejemplo, [art. 7.3](#), cuyo tenor literal parece permitir el prorrateo de la suma resultante de los distintos porcentajes salariales aplicables según cada año a lo largo de los 4 del contrato, lo que genera más de un problema técnico) ni las ambiguas –supuestos de suspensión de la duración del contrato [ex art. 9.2](#), sin pérdida de la retribución, por tanto distintos al [art. 45 ET](#), pero sin la garantía de cobertura de la entidad convocante de los programas que financian el contrato; la nueva clave administrativa específica del contrato predoctoral debería permitir, pero no se dice, que dejen de estar penalizados en la cotización, pese a la bonificación prevista al tiempo–. Y, por supuesto, las principales reivindicaciones de las personas jóvenes investigadoras quedan en el tintero, en el proceso negociador (contratos puente entre el predoctoral y el posdoctoral; la indemnización de ruptura por tratarse sustancialmente de un contrato para crear una obra intelectual –el [ATJUE de 19 de marzo de 2019, asunto C-293/18](#), le cierra la puerta, hoy–; la inclusión plena en los convenios colectivos de las universidades, etc.).

Ni que decir tiene que ni faltan las normas enigmáticas ni las ambiguas. Y, por supuesto, las principales reivindicaciones de las personas jóvenes investigadoras quedan en el tintero

12. Soy consciente de que no es la calidad de las leyes una preocupación de ninguno de los Gobiernos ni legisladores que desde hace décadas vienen sometiendo al mundo laboral y al de la protección social a constantes reformas y contrarreformas, desestabilizando la idea –si es que existe– de orden jurídico, cuanto más la de sistema –en la que el profesor Vida Soria, como ya traté de ilustrar en el [editorial](#) pasado, no creía, ni le interesaba por la pérdida de vida real que en ella había–. No iba a serlo tampoco del actual, aunque todos cuiden de proclamar que las leyes que firman respetan los principios de buena regulación fijados en el [artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#). Sé que no debe ser misión de las personas legisladoras –físicas e institucionales– cuidar por ese valor, o al menos no especialmente, sino la de realizar de forma creíble y efectiva los compromisos y valores comprometidos en las normas de índole superior –la Constitución, el derecho comunitario, los tratados internacionales, etc.–.

Ahora bien, es una lección tanto de cultura como de experiencia jurídicas que el buen uso de las leyes –en todas sus modalidades, sean de urgencia, sean reflexivas y deliberadas en la sede de la soberanía nacional– en materia de empleo y de seguridad social, por lo que aquí nos concierne, es una condición necesaria, aunque no sea suficiente, para promover la debida confianza en la ciudadanía. Y uno de los presupuestos más determinantes de ese buen uso, y, por

Si hay una fractura relevante entre lo que se predica y lo que se ofrece, insistiendo en principios que la norma práctica y la realidad desmienten, el desamor por las leyes será moneda común en una sociedad que precisa creer en sus instituciones

lo tanto, de la confianza ciudadana (sin llegar propiamente a ser «amor», como animara Montesquieu), es corresponder en los cuerpos normativos, y en las partes extravagantes de los mismos, a las proclamaciones de los hermosos y solemnes preámbulos. Al contrario, si hay una fractura relevante entre lo que se predica y lo que se ofrece, insistiendo en principios que la norma práctica y la realidad desmienten, desconfianza y desamor por las leyes serán moneda común en una sociedad que, sin embargo, precisa creer en sus instituciones jurídico-sociales.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). ¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 5-27.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0