

Nuevas controversias de derecho vivo del trabajo y de la seguridad social: *in magister memoriam* don Efrén Borrajo

Margarita Miñarro Yanini (autora de contacto)

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat Jaume I (Castelló, España)

myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Uno de los grandes maestros del derecho del trabajo español y europeo, don Efrén Borrajo Dacruz, ha fallecido en el mes de mayo de este año. Fue un jurista de un extraordinario dominio tanto de la disciplina del derecho del trabajo como del derecho de la seguridad social, exhibiendo una vastísima cultura, no solo jurídica. Entre sus mayores aportaciones a la ciencia jurídico-social está la atribución de un marcado protagonismo al denominado «derecho vivo»: «El derecho está hecho para la vida, no la vida para el derecho», decía con frecuencia. Una máxima que aprendió de los más prestigiosos juristas de la Roma clásica, a quienes admiraba por su método del caso concreto y su practicidad, como en su día hicieron los grandes nombres del realismo jurídico norteamericano. A fin de verificar el enorme acierto del gran profesor, hemos seleccionado en este estudio, realizado como homenaje a su figura profesional y a su honradez intelectual y personal, cinco controversias jurídicas de máxima actualidad, incluso legislativa (recientes normas de reforma), para dejar plena constancia de la decisiva influencia del derecho jurisprudencial. A saber: (1) el derecho a la autodeterminación de las personas transgénero en las relaciones de trabajo, (2) la aplicación de la perspectiva de enjuiciamiento de género en el subsidio por desempleo para personas mayores de 52 años, (3) la última reforma concursal y las cuestiones de transmisión de empresa de unidades concursadas, (4) la reforma del reglamento de extranjería para facilitar la contratación de personas inmigrantes extracomunitarias y (5) el favor de la doctrina judicial más reciente por formas de tutela más garantistas (indemnización disuasoria, readmisión obligatoria) frente al despido arbitrario.

Palabras clave: Efrén Borrajo; derecho vivo; derechos laborales transgénero; subsidios de desempleo; derecho concursal; inmigración laboral; perspectiva de género.

Recibido: 22-08-2022 / Aceptado: 29-08-2022

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2022). Nuevas controversias de derecho vivo del trabajo y de la seguridad social: *in magister memoriam* don Efrén Borrajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 147-191.



New controversies of living labour and social security law: *in magister memoriam* Mr. Efrén Borrajo

Margarita Miñarro Yanini

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Professor Efrén Borrajo Dacruz has been one of the great masters of labor law and social security law, in Spain and in the rest of Europe. Unfortunately, he passed away in May of this year. He was a jurist with a great knowledge of the discipline of labor law and social security, exhibiting a vast culture, not only legal. Among his greatest contributions to legal-social science is the attribution of a great role to the so-called "living law": "Law is made for life, not life for law", he frequently said. He learned this lesson from the jurists of classical Rome, whom he admired for their concrete case method, as did the great American realist jurists. In order to demonstrate the wisdom of the great professor, we have selected in this study, carried out as a tribute to his professional figure and his intellectual and personal honesty, five legal controversies of the utmost relevance, including legislation (recent reform regulations) to leave full record of the decisive influence of jurisprudential law. Namely: (1) the right to self-determination of transgender people in labor relations, (2) the application of the gender judging perspective in the unemployment subsidy for people over 52 years of age, (3) the last insolvency reform and issues of business transfer of insolvent units, (4) the reform of the immigration regulations to facilitate the hiring of non-EU immigrants and (5) the favor of the most recent judicial doctrine for more guaranteed forms of guardianship (compensation dissuasive, mandatory reinstatement) against arbitrary dismissal.

Keywords: Efrén Borrajo; case law; transgender labor rights; unemployment benefits; bankruptcy law; labor immigration; gender perspective.

Citation: Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2022). New controversies of living labour and social security law: *in magister memoriam* Mr. Efrén Borrajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 147-191.



Sumario

- I. *Laudatio*: «el del premio», una trayectoria marcada por la excelencia profesional
- II. Cinco nuevas controversias del derecho vivo del trabajo y de la seguridad social
 - Glosa I. El derecho vivo constitucional no espera a la ley: el derecho a la identidad de género en el ámbito laboral. A propósito de la STC 67/2022, de 2 de junio
 - Glosa II. Mujer y Seguridad Social: reinterpretación en clave de género del «subsidio de jubilación» en espera de ley. A propósito de la STS 576/2022, de 23 de junio, a la luz de la Recomendación 17.^a del Pacto de Toledo
 - Glosa III. Una controversia entre el humanitarismo y la mercantilización: la pugna por regir la autorización a causa de arraigo laboral. A propósito de la STS, Sala 3.^a, 643/2021, de 6 de mayo, y sus secuelas (administrativas y judiciales) a la luz del RD 629/2022, de 26 de julio
 - Glosa IV. Mercantilización versus socialización de la sucesión de empresa en concurso: ¿quiénes pierden y ganan en este juego de tronos togados? Con ocasión de la STJUE de 28 de abril de 2022, asunto C-237/20, y de la STSJ de Madrid 316/2022, de 30 de marzo, a la luz de la reforma concursal
 - Glosa V. Controversias del pasado reviven en el futuro: ¿indemnización disuasoria versus readmisión obligatoria frente al despido por embarazo de empleada de hogar? A propósito de la STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio, a la luz de la Ley 15/2022, de 12 de julio
- III. Epílogo

I. *Laudatio*: «el del premio», una trayectoria marcada por la excelencia profesional

Jurisprudencia [*prudentia juris*] significa, además de conocimiento del derecho que ordena las relaciones de vida social, la percepción del sentimiento vivo de la justicia que le es intrínseco.

F. Clemente de Diego (*La jurisprudencia como fuente del derecho*)

La labor creadora, sistematizadora y formalizadora de los grandes jurisconsultos de Roma creó en mí imágenes que aún perduran.

E. Borrajo Dacruz [*Conversaciones sobre la justicia, el derecho y la universidad (entrevistas a diez maestros)*]

1. «En la memoria, lo mejor es el recuerdo». A la afirmación, sin duda con más tensión lírica, de que «lo mejor de la memoria es el olvido» (la magnífica novela *El olvido que seremos* de Héctor Abad lo describe bien), en la evocación hecha para las bodas de oro de sus estudios universitarios (promoción 1946-1951, Santiago de Compostela), el ilustre profesor don Efrén Borrajo Dacruz oponía otra, algo más prosaica, pero más realista y útil: «en la memoria, lo mejor es el recuerdo» [*Bodas de oro de la licenciatura en Derecho (curso 1950-1951) en la Universidad de Santiago de Compostela*]. Ciertamente, como demuestra la atormentada tramitación parlamentaria del «proyecto de Ley de memoria histórica», ni todo el mundo tiene la misma «memoria», ni guarda el mismo «recuerdo».

Memoria y recuerdo es lo que pretendemos dedicar al maestro don Efrén Borrajo con estas letras en el año en el que, lamentablemente para la comunidad científica y social, el insigne laboralista ha fallecido. Así lo anunciaron, con tanto pesar como emoción, sus principales discípulos de la Universidad de Valencia (los, también ilustres, maestros don Juan Manuel Ramírez Martínez y don Tomás Sala Franco), en las *palabras a tal fin difundidas, el 4 de mayo de 2022*, a través de la página web de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ni que decir tiene que sumamos nuestra pluma a ese hondo pesar personal y a tan debido tributo científico para con una figura de extraordinaria significación en la historia del derecho del trabajo, pero también del derecho de la seguridad social, de nuestro país.

Y nos sumamos porque excelencia y mérito en el trabajo, concretados en una obra tan ingente como de calidad, a su vez reconocida a través de numerosos premios y múltiples distinciones, han acompañado toda la trayectoria del «maestro de maestros» don Efrén Borrajo. También, por su calidad personal y su gran sensibilidad, que le conferirían una especial intuición respecto de las personas, aunque su imponente físico y su inicial seriedad pudieran turbar en un primer momento. Una dignidad de figura excelente que le viene desde el inicio, marcado como «el del premio», según comentaba en virtud de una anécdota surgida a su llegada a Santiago de Compostela para desarrollar sus estudios, nada menos con don Álvaro D'Ors Pérez-Peix, el más egregio de los catedráticos españoles de derecho romano de todos los tiempos: «¿Qué nota tuvo en el examen de Estado? –preguntó don Álvaro–. Me levanté y respondí: Premio extraordinario. Contestó él: Confirмо esa nota».

Quien conoce esta insigne y brillante carrera profesional solo puede confirmar esa «marca de excelencia», porque después fueron muchos los premios recibidos. En sus discursos de agradecimiento, siempre muy preparados, pudo mostrar tanto su cultura y su sabiduría, como su fuerte personalidad y gran emocionalidad, combinando de forma ejemplar los lenguajes de la razón (intelecto) y de la emoción (corazón). Para muestra basta un (buen) botón. [Al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011](#), concedido por la Asociación Nacional de Laboralistas, en su 25 aniversario, concluyó su triple y apasionada creencia («credo dogmático») jurídico-laboral:

- La ley que permite disponer libremente del empleo de otra persona crearía una «situación objetiva de dominio, de señor y de vasallo».
- En cambio, la ley que exige a las personas trabajadoras reducciones en las condiciones de trabajo, pero garantiza el mantenimiento de su empleo, nos haría «un poco más pobres, pero también un poco más libres».
- La legitimidad de este tipo de leyes (de reforma del mercado de trabajo) pasa porque el «cuadro de sacrificios» respete los «principios» de temporalidad en la imposición y de proporcionalidad en su reparto (juicio de equilibrio).

Y finalizaba: «Así puede ser mi credo: acaso más sentimiento que razón, lo sé. Pero es mi credo». ¿Puro dogmatismo jurídico-laboral? ¿Premonición de una persona clarividente y bien pensada? ¿Casualidad o causalidad? Más adelante volveremos sobre la profundidad y actualidad de esta forma de pensar jurídico-social. Ahora toca constatar el virtuosismo de la convicción de don Efrén Borrajo para avanzar en el conocimiento del derecho del trabajo (y de la seguridad social) de ayer, de hoy ¿y de mañana?

Prácticamente una década después, en un escenario –económico– tan diverso, y con un Gobierno en las antípodas del que en su día (1975) lo nombró asesor técnico de la Comisión parlamentaria que estudiaba el proyecto de la Ley de relaciones laborales, este credo no parece distar tanto del aliento dado a toda una legislación que, coyuntural (crisis pandémica),

sembró semillas para tiempos futuros: las leyes que favorecen la flexibilidad interna (reducción de condiciones de trabajo con socialización de buena parte de sus costes) serían más legítimas que las que promueven la flexibilidad externa (los despidos). Y ello no ya solo para el trabajo asalariado (Real Decreto-Ley –RDL– 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía; RDL 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma), sino también para el trabajo autónomo (RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia y se mejora la protección por cese de actividad –a su vez modificado profusamente por RDL 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural–), en la dirección de un nuevo derecho del trabajo sin apellidos (*¿«Estatuto de los Trabajos» al que apunta la ministra?*), de un derecho profesional. En última instancia (Borrajó Dacruz, 2009, p. 23): «el derecho laboral o es SOCIAL o no es nada [...] un nivel de intervención y coacción administrativas son indispensables para que sea efectivo el principio de solidaridad».

2. Más de medio siglo de concienzuda investigación. No creemos que hiciera falta ir más allá de lo comentado para expresar nuestro máximo respeto al descomunal (en sentido estricto: fuera de lo común) talento jurídico de la figura profesional e intelectual (cultural, en sentido amplio) del maestro Efrén Borrajó, así como a su no menos fascinante figura personal, dejando constancia viva de su inmarcesible obra en lo que ha sido y en lo que será el derecho del trabajo (y el derecho de la seguridad social). En última instancia, siguiendo la popular frase escrita por Baltasar Gracián en el *Oráculo manual y arte de prudencia*, «lo bueno, si breve, dos veces bueno», e incluso, como añadía el gran escritor barroco, «y aun lo malo, si poco, no tan malo». Aunque, dicho sea de paso, el insigne autor citado también escribió una de las novelas alegóricas de carácter filosófico más extensas de su época, y de todos los tiempos, donde reúne, en forma de ficción, toda su trayectoria: *El criticón*.

No, tampoco pretendemos aquí adentrarnos por la vasta y rica obra jurídico-laboral de don Efrén Borrajó, durante **más de medio siglo de concienzuda investigación**. En ese largo y productivo tiempo, el ya añorado profesor sumó decenas de libros y centenares de artículos, con la virtud –poco practicada– de integrar estudios del derecho del trabajo (su *Introducción al derecho del trabajo*, con sucesivas ediciones y reimpressiones, es un monumento jurídico, acaso no siempre bien ponderado) y otros del derecho de la seguridad social (sus *Estudios jurídicos de previsión social*, 1962, son imprescindibles para la posterior depuración de la institución de Seguridad Social como relación jurídica). En este segundo caso, a resultas de la conjunción entre su inquietud por el conocimiento científico-social y su práctica profesional, como funcionario del Instituto Nacional de la Previsión Social (ingresó en 1955). Ello le permitió participar en la elaboración de leyes y órdenes

ministeriales que, pese al transcurso del tiempo, ahí siguen vigentes, en su espíritu y, en parte, en su letra (órdenes ministeriales de 1967 y 1968). Una labor creativa compartida, por cierto, con otro insigne jurista, don Aurelio Desdentado, fallecido el pasado año y [al que dedicamos su merecido homenaje](#).

Sin embargo, no querríamos dar aquí por cerrado este debido homenaje, sino iniciarlo. De otro modo, entendemos que no sería suficiente y que no estaría a la altura de la memoria y el recuerdo que la señora figura del maestro Efrén Borrajo amerita. Cabría que quienes suscribimos contásemos, siempre con brevedad, la experiencia profesional-personal que guardamos del maestro. Pero ninguna de las dos personas que suscribimos este texto *in gratias memoriam* tenemos ni la misma memoria ni el mismo recuerdo (por seguir con la afortunada visión pragmática de don Efrén), ni en un plano (profesional) ni en el otro (humano). Para uno, el conocimiento de la obra y persona de don Efrén Borrajo llega de la mano de su maestro, el profesor Vida Soria, estando la mayoría de sus recuerdos vinculados a encuentros imborrables con ambos. Para la otra, el conocimiento del profesor Borrajo fue directo, marcando su inicio una llamada telefónica (para absoluta sorpresa de la receptora) de felicitación por un artículo de su autoría que le había gustado especialmente. Después seguirían invitaciones a sus magníficos «Xacobeos Laborales» y seminarios sobre derecho vivo del trabajo, que dieron pie a numerosas colaboraciones, entre ellas, a recensionar las sucesivas ediciones de su monumental *Introducción al derecho del trabajo*, lo que fue generando gran aprecio personal, llegando a cultivar con él una muy honrosa amistad.

3. «Es mi convicción certera que existe un derecho vivo del trabajo (y un derecho viviente de la seguridad social)». Sí coincidimos ambos en que este testimonio, no solo científico-social sino también personal, no debe agotarse en una simple necrológica por el profesor que se fue. Debe aspirar a ir más allá y ser, aun en su modestia, un estudio homenaje por la obra del maestro que más perdurará, sobreviviéndole en el tiempo, como un autor clásico de nuestra disciplina, al que las nuevas generaciones de laboristas deberán volver, pese a no conocerlo en vida.

En esta perspectiva de trascendencia de la obra más allá de la vida del autor, si hay algo en lo que converge todo recuerdo profesional del profesor don Efrén Borrajo es en lo determinante de una visión del derecho que la preside desde el inicio hasta el final, tan terca-mente (diría el profesor en su [discurso del premio de 2011](#)) mantenida al modo de una de las trece reglas del pensador-médico judío cordobés Maimónides (de ahí –nos confirma el maestro– el dicho popular de «mantenerse en sus trece»): «El derecho es para la vida; no la vida para el derecho».

Con ello quería expresar que la existencia o realización efectiva del derecho no pasa solo por la obra del poder legislativo (la ley), sino también, sobre todo, del poder judicial (la jurisprudencia), porque en él es donde mejor se refleja, según expresaran los libros de la mayor

sabiduría jurídica que en el mundo han sido, los del derecho romano, la vida jurídica como práctica. Como todo gran jurista normativista (lo que no está reñido en absoluto con su extraordinaria inquietud social, desde sus inicios), el profesor Borrajo admiró siempre la perfección técnica de los juristas romanos, derivada de su afán y tarea no solo exegética, sino también «creadora, sistematizadora y formalizadora», dejando «en mí imágenes que aún perduran» (confesaba el profesor al reconocer, en una entrevista del año 2009, el gran impacto del maestro Álvaro D'Ors). Así lo plasmó, durante tres décadas (1984-2014), en la revista *Actualidad Laboral*, que dirigiera y donde plasmó en gran medida su idea (compartida con ilustres figuras del mundo jurídico italiano sobre el «derecho viviente» –por ejemplo, Luigi Mengoni–) del «derecho vivo del trabajo». Con esta construcción dejaba constancia de la continua interacción entre el pasado del texto legal formalizado y su vigencia actual, a través de la diaria certificación judicial de la persistente capacidad de ordenación de la ley de la vida de cada tiempo en que ha de ser aplicada, integrando los continuos cambios que presenta la práctica, dándole sentido a la ley en la vida del mundo del trabajo y de la seguridad social.

Ahora bien, su «fe» en el quehacer jurisdiccional no quebraba la que mantenía en el principio de seguridad jurídica, pues, para el profesor Efrén Borrajo, seguía siendo –como recordaban los profesores Ramírez Martínez y Sala Franco en su *necrológica*– «el que da legitimación a todo el derecho; y, con él, al más humano de la confianza legítima de los ciudadanos en la ley». Magna tarea en la práctica, sin embargo, la de mantener ese debido equilibrio entre el principio de justicia social al que aspira el derecho vivo y el principio de seguridad jurídica, por la inseguridad e imprevisibilidad de las decisiones jurídicas. Una desafiante dificultad mayor ante la creciente conflictividad entre diversos niveles jurisdiccionales que, además, crecen ante la intensificación del llamado «sistema multinivel» de tutela de los derechos fundamentales laborales y sociales, con la tensión en ascenso entre las leyes nacionales y las internacionales (juicio de conformidad al derecho comunitario ex [art. 93 Constitución española](#) –CE–, juicio de convencionalidad ex [art. 96 CE](#)).

Su aliento a obras colectivas que recogían las ponencias y comunicaciones de los encuentros «Xacobeos Laborales», en algunos de los cuales quienes suscribimos hemos gozado (más veces una que otro) la gran fortuna de participar por invitación del profesor E. Borrajo (organizó cinco –1993 hasta 2014–), es un cumplido reflejo de este permanente afán por el derecho jurisprudencial, un «derecho con biografía y de autoría» –decía–. En el último de ellos, además, se daba cuenta de la tensión entre el derecho legislado en la reforma laboral de 2012 (dominada por el principio *pro empresario* –versión moderna del viejo principio de rendimiento que don Efrén Borrajo aprendió de su maestro, don Eugenio Pérez Botija, y derivado de la libertad de empresa, derecho constitucional al que el profesor Borrajo Dacruz dedicó notables análisis) y el derecho jurisprudencial, que en parte corregía a aquel en aras del principio de protección (por ejemplo, *Controversias vivas de derecho del trabajo*). Un papel estelar de la jurisprudencia en la vida y obra del maestro Efrén destacada una y otra vez, tanto en los *libros colectivos que él impulsó*, en homenaje a otros reconocidos laboristas (por ejemplo, *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios homenaje al profesor*

doctor Fernando Suárez González), como en los que él recibió (por ejemplo, *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al profesor doctor Efrén Borrajo Dacruz*).

En nuestro tiempo, esta centralidad del momento interpretativo-creativo de la actividad jurisdiccional lejos de limitarse, pese al extraordinario crecimiento del número de leyes y (todavía más, del uso y abuso) de reales decretos-leyes (predominio de poder ejecutivo y su principio de autoridad), habría ido a más, en ocasiones con claro exceso propio de un modelo de gobierno judicial, como, por cierto, acaba de reconocer, dicho sea de paso, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 70/2022, de 2 de junio. En ella se ha declarado inconstitucional (estimando la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias) el artículo 10.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa resultante de la reforma operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que exigía someter a autorización judicial las decisiones de los gobiernos autonómicos en las que, en plena crisis pandémica, se adoptasen medidas generales para la protección de la salud restringiendo derechos fundamentales, también de carácter económico. Para la mayoría del Tribunal Constitucional (TC) –por supuesto, tiene un voto particular que afirma su constitucionalidad ex art. 117.4 CE–, una ley no puede convertir al poder judicial en un colaborador necesario del poder ejecutivo, so pena de socavar el principio democrático de separación de poderes, quebrado cuando el poder judicial muta en «cogobernante o copartícipe de la potestad reglamentaria». Ahora bien, el artículo 1.6 del Código Civil sí llama a la jurisprudencia a «complementar» el ordenamiento jurídico, por lo que en la práctica, pese al mito o convencionalismo jurídico de la ausencia de capacidad creativa de aquella, lo cierto es que, como defendía el maestro Borrajo con «terquedad maimonidista»: «La ley solo hace derecho cuando se convierte en jurisprudencia, porque su vida está en la aplicación».

4. El dinamismo de la vida del derecho del trabajo y de la seguridad social más allá de los actuales procesos de reforma laboral y del sistema de pensiones (públicas y privadas). A diferencia de una de las leyes ético-religiosas de Maimónides, relativa al carácter pétreo de la «ley divina» («Es mi convicción certera que esta Torá no será ni en un ápice modificada ni cambiada por otra, ni Dios revelará otra Torá»), don Efrén Borrajo, concretado el carácter de producto histórico-cultural del derecho (que no es «las Tablas de la Ley»), afirmaba, al contrario, el carácter cambiante y dinámico del derecho, tanto de su componente legislada (*¿Reforma laboral o nuevo derecho del trabajo?*) como de su componente jurisprudencial, incluso doctrinal (*Nuevos iuslaboralistas para el nuevo derecho del trabajo*): «La jurisprudencia cambia, porque tiene historia, pero también tiene biografía. Es más, cada día, o, al menos, cada mes, las sentencias sociales relevantes, innovadoras, son sentencias de autoría (en forma de ponencia o de voto particular)».

He aquí otra de las grandes máximas del «credo» jurídico-social, aquí mucho más pragmática que dogmática, del maestro Efrén Borrajo, que nos hemos permitido refundir (y

actualizar con lenguaje inclusivo de género). Que son grandes verdades para el derecho (legislado y vivo) del trabajo y del derecho (legislado y vivo) de la seguridad social no requiere mucha justificación, basta con mirar todos los días (no es cuestión de fe, porque se ve) el Boletín Oficial del Estado (BOE) y los repertorios de jurisprudencia, hoy incluso antes de que lleguen a esos anaqueles digitales oficiales (o privados), a través del enorme eco mediático que leyes y sentencias en la rama social del derecho tienen en medios de comunicación y redes sociales, antes incluso, a menudo, de que se conozcan sus redactados finales (normas y sentencias publicadas). Dejando de lado los aspectos nucleares de las grandes reformas del bienio 2021-2022, relativas a la reforma laboral y a la reforma del sistema de pensiones, ambas configuradas como procesos inacabados, de cuyo alcance venimos dando cuenta en los números de esta revista, ahora merecen mención las más recientemente publicadas o en vías de serlo en pocos días.

No pretendemos aquí la exhaustividad, nos basta con lo puramente ilustrativo. Así en el plano del derecho legislado, para un nueva legislación de la emergencia, ahora asociada a la crisis inflacionaria, estaría el citado [RDL 11/2022, de 25 de junio](#), que da una nueva redacción al [artículo 44 del RDL 6/2022](#), manteniendo la «prohibición de despido» como contrapartida al goce de beneficios sociales concedidos para reducir-compensar los costes derivados de esta nueva sucesión de crisis, o cuyo nuevo [artículo 45 bis](#) ha incrementado, de forma extraordinaria, las pensiones no contributivas (incluido ahora el ingreso mínimo vital), en un 15 % (desde el 1 de julio de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2022). O, para la previsión social complementaria, la [Ley 12/2022, de 30 de junio](#) (de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones). Y, para el régimen de protección social del trabajo autónomo, el [RDL 13/2022, de 26 de julio](#) (por el que se establece un nuevo sistema de cotización para las personas trabajadoras por cuenta propia y se mejora la protección por cese de su actividad).

El listado podría ir en aumento. Piénsese, en un plano más general, pero que no puede dejar de incidir en dos de los ámbitos donde más incidencia tiene, el laboral y en el sistema de Seguridad Social, en la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que está creando un gran revuelo –como se mencionará *ut infra*– en la comunidad científico-laboral, pese a no pretenderlo (a nuestro juicio). O en el plano de las políticas de mercado de trabajo relativas a flujos laborales, el polémico (pero importante) Real Decreto ([RD\) 629/2022, de 26 de julio](#) (modifica el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). También tendrán una notable influencia en la rama social del derecho algunas de las modificaciones más significativas de la legislación concursal, que entrarán en vigor este mes de septiembre, como el régimen relativo a la adquisición (y transmisión previa) de unidades productivas (aunque también se hará referencia a esta cuestión en una de las controversias de nuestro tiempo glosadas en este estudio en homenaje al profesor Borrajo, será objeto de análisis profundo en el próximo número, a cargo del magistrado especialista don Emilio Palomo).

Y si de la inmensa maraña del derecho legislado (estructural y de emergencia –sin que, a veces, se distinga bien uno del otro, y viceversa–) de nueva producción pasamos al oceánico ámbito (a menudo más laberinto que guía) del derecho jurisprudencial, así como de la doctrina jurisdiccional innovadora, «biografía-autoría», el listado ilustrativo sería (más) interminable. Piénsese en el nuevo revés que augura, para el sistema de pensiones español, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE](#)) de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20, que apunta a la disconformidad a derecho comunitario de la regla nacional que prohíbe reconocer dos pensiones por incapacidad permanente total en el mismo régimen social, por su efecto de discriminación indirecta injustificada por razón de sexo. También, en este plano, la pionera construcción constitucional del derecho a la identidad de género en el ámbito laboral, por la [STC 67/2022](#), de 2 de junio. Volveremos sobre ello (glosa I). O, en la jurisdicción ordinaria, y en temas de derechos retributivos, en la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) 422/2022, de 11 de mayo (que abre un boquete –¿«principio del fin»?– en la condición que parecía consolidada para la operatividad de las cláusulas de absorción-compensación de las mejoras contractuales retributivas ex [artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–: la exigencia de homogeneidad entre los conceptos retributivos en juego).

O, concerniendo a los derechos de estabilidad en el empleo, la [STS 581/2022](#), de 27 de junio. En ella se excluye la condición de persona indefinida no fija para una relación temporal ilícita de un trabajador, retén forestal (servicios clave este verano, por la proliferación de incendios, mitad a causa del cambio climático, mitad por falta de políticas de cuidado de los bosques), que inició su relación con una sociedad pública empresarial en 2003, es decir, previa al [Estatuto Básico del Empleado Público](#). Con ello fija un criterio unificador de gran significación más allá del caso concreto, porque dejará fuera estos puestos del deber de consolidación ex [Ley 20/2021](#), de 28 de diciembre (estudiada por el [Dr. Ignasi Beltrán de Heredia](#) en el núm. 468 de esta revista), incidiendo en un problema de mayor calado y que no cesa de producir leyes de urgencia para afrontar problemas (por ejemplo, [RDL 12/2022](#), de 5 de julio –modifica la [Ley 55/2003](#), de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud–).

En el ámbito del derecho vivo de la seguridad social, de especial relevancia, a título de ejemplo, es el «duro mano a mano» mantenido entre el TC y el Tribunal Supremo (TS) a costa del reconocimiento, o no, de la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente (y gran invalidez) con la pensión de jubilación anticipada. Negada con reiteración y una sólida construcción conceptual (dogmática jurídica) por el TS (con votos particulares), será afirmada por el TC (también con votos particulares), hasta que el TS se ha visto obligado a rectificar (por ejemplo, [STS 379/2022](#), de 27 de abril), reafirmandose en su criterio el TC ([STC 52/2022](#), de 4 de abril). Una vez más, la claridad de la construcción dogmático-jurídica de una institución cede a favor de la garantía de efectividad de un derecho fundamental (a no padecer discriminación por razón de discapacidad en el acceso a las pensiones), en línea con el reforzamiento de garantías que implica, se espera, la aprobación de la citada [Ley 15/2022](#), de 12 de julio.

Si en este caso la ausencia de una previsión legal específica que diferenciara el trato para el acceso a la situación de jubilación anticipada, dependiendo de si se hacía por la modalidad de los artículos 207-208 (jubilación anticipada con coeficientes reductores de la cuantía) o por la modalidad del artículo 206 bis de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) (reforma por la Ley 21/2021), esto es, jubilación adelantada por causa de la situación de discapacidad, se mantiene como imperativo de la igualdad, el asunto que resuelve (con una lógica de innovación jurídica orientada por la biografía y la autoría) la STS 576/2022, de 23 de junio, la exigencia de la igualdad de resultados será, al contrario, integrar y corregir el silencio de la ley. El criterio unificado que sienta –aplicando el canon de juzgar con perspectiva de género– es el de que, a efectos del subsidio por desempleo para las personas mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (15 en total: art. 205.1 b) LGSS) cuanto del propio subsidio (6 años por desempleo: art. 274.4 LGSS). Volveremos sobre ella (glosa II). Más allá aún irá, en la integración de lagunas y corrección de antinomias para garantizar la efectividad de la prohibición de discriminación por razón de sexo-género, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio, que, desarrollado el precedente de la STS 1/2022, de 11 de enero, condena a la readmisión obligatoria de una empleada del hogar cuya empleadora ha desistido del contrato estando embarazada (nulidad objetiva). Por su importancia, formará parte de la glosa V.

Sea en el ámbito del derecho vivo del trabajo, sea en el derecho viviente de la seguridad social, la ejemplificación podría seguir, pero no se hará. Queremos evitar una imagen arbitraria y deslavazada en la selección de sentencias ilustrativas de ese protagonismo jurisdiccional en la vida del derecho (relaciones laborales y relaciones de seguridad social). Evidenciada la corrección del «credo-ideario» hermenéutico del profesor Efrén Borrajo, nuestra opción aquí es intentar ofrecer una visión más selectiva (serán cinco), pero sistemática, que, aun en apretada síntesis, exponga algunas de las cuestiones y controversias sociolaborales abiertas en el mundo del trabajo (y protección social), tanto en su concreta dimensión nacional como, por efecto del sistema multinivel ahora ya imparable, en el orden social europeo, no solo comunitario. De esta manera, daremos actualidad, en su homenaje, al inmarcesible testimonio profesional del maestro Borrajo.

5. Humanismo y buen trato. Adiós al hombre, larga vida a su magisterio de seriedad y humanismo jurídicos. Antes de afrontar este compromiso, conviene cerrar nuestra modesta, pero sentida, «*laudatio*» a la obra de don Efrén Borrajo, refiriendo a otras de las facetas que cultivó con esmero: la humana y la cultural. Don Efrén era un humanista, dotado de una vasta cultura, no solo jurídica, sino general, apasionado de las letras y de las artes. Al igual que otros maestros gustaba, no por erudición, sino por convicción, de trufar sus escritos y discursos con citas de literatura, en especial de poesía, también épica (era un enamorado del *Cantar de mio Cid*: *Derecho social y derecho legal en la España del Cid* y *Libertad y trabajo en el Camino de Santiago a través de la España del Cid*), pero también

de filosofía. Desde muy joven, mostró su fascinación por la necesidad de una «concepción antropológica» como sustrato del derecho, mostrándose tributario de la formulada por uno de los mayores pensadores de la visión institucionalista –impulsada también por Santoro Passarelli–, M. Hauriou: el «hombre como sujeto desfalleciente».

Afloran aquí las raíces orteguianas del pensamiento del profesor Borrajo. Como dijo Ortega y Gasset, «una institución no empieza ni termina realmente en su propio perfil jurídico, sino que [...] se apoya, regula y se nutre en otras fuerzas sociales». Don Efrén, siempre atento a la dimensión de política social (*Política social*), buscó «lo jurídico en un campo dominado por la política social» (sus *Estudios jurídicos de previsión social*, conforme al influjo de la doctrina italiana, ilustran ese afán por la corrección técnico-jurídica), pero siempre fue consciente de la necesidad de no relegar la función sociocultural de cada institución jurídica. Aunque era sabedor de que las instituciones jurídico-sociales, en cuanto llamadas a mantener un equilibrio continuo entre dos opuestos (el alma económica –principio de rendimiento/equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social– y el alma social –el principio de favor hacia la persona trabajadora o beneficiaria de la Seguridad Social–), eran valoradas según la «dirección del viento de las mejoras» (si se ven como cargas económicas o como beneficios): «La redistribución que posibilita [...] no es fácil que se asuma voluntariamente. La historia del derecho del trabajo corrobora este condicionante antropológico [...]».

En cualquier caso, sentía pasión por el conocimiento, en general, no solo jurídico. De ahí que, ahora de nuevo volviendo a Maimónides (de profundas creencias cristianas, el profesor Borrajo siempre fue persona de enorme tolerancia: *Humanismo cristiano en el derecho vivo del trabajo: principio pro operario v/ principio de rendimiento*), recordara una y otra vez que «no hay mayor virtud social que la tolerancia, ni peor enemigo que la ignorancia». Por eso fue un «modelo en el orden del trato humano», sin más requisitos para obtenerlo –como él predicaba de su maestro Pérez Botija– que el «respeto personal y la comprensión de las motivaciones ajenas». En última instancia, «humanidad y buen trato», tal era, sin duda, el principio que encarnaba y servía don Efrén Borrajo –como él decía de don Eugenio Pérez Botija, cuyas enseñanzas mantuvo toda su vida– y que no limitaba tan solo a la relación persona empleadora-persona asalariada, sino como pauta general de vida.

Con el tiempo, acaso ya desde hace algunos años –no es el único genuino maestro laboralista en tal riesgo, lamentablemente–, es probable que las generaciones científicas más jóvenes cambien la «memoria» debida por «olvido» de la obra del profesor Borrajo. Una vez más sus palabras son premonitorias, aunque pongan un punto de resistencia al que tendemos a aferrarnos todas las personas con el inexorable devenir del tiempo. Cuando fue elegido para representar a su promoción (otro ejemplo de su gran influjo humano, no solo profesional), en las «*bodas de oro*», 50 años más tarde de la finalización de su carrera, en la histórica Universidad de Santiago, concluía su alocución con una llamada al valor de lo clásico, por lo general relegado por lo nuevo: «No lo dudemos: la juventud nos necesita [...]. Acaso ellos no lo sepan, pero nos necesitan. No les defraudemos, pues: sigamos en el tajo».

Lo hizo durante 13 años más (2015), pero ya hacía unos años que se vio obligado a dejar esta pasión por el derecho social, por las dificultades físicas, recogiendo en las lecturas de los libros, de lírica y épica, que realmente le entusiasmaron toda su vida. Ya no podrá hacer ni una cosa ni la otra, tras su fallecimiento. Pero, como él, que terminaba su evocación en tan áurico momento conmemorativo con la cita de un [poema de Rubén Darío](#), una «salutación al optimismo» en medio de oscuros augurios («hay que seguir buscando, con el poeta –Rubén Darío, 1905–, la divina reina de la luz, ¡la celeste esperanza!»), quienes suscribimos estas letras queremos sumarnos a un «canto a la esperanza». El fin de su vida terrenal (física) no debiera suponer el fin de su obra, más bien lo contrario, pues, como se apuntó *ut supra*, y se confirmará *ut infra*, su «ideario jurídico-social» mira más al futuro derecho social del trabajo y de la seguridad social que al inmediato presente, reverdeciendo algunas instituciones de su formación clásica (que no vieja). De nuevo con el poeta Rubén Darío cabría confiar (*Cantos de vida y esperanza*, 1905, II): «Y así sea Esperanza la visión permanente en nosotros[as]/¡Inclitas razas ubérrimas, sangre de Hispania fecunda!».

Como buen (y cultivado) gallego, el profesor Borrajo leía y manejaba con soltura la poesía de Rosalía de Castro, combinando esperanza y nostalgia (y dolor). En tanto comprobamos, o mientras podamos hacerlo, si se cumplen nuestros augurios para el renacer de la ilustre obra del profesor Borrajo en las nuevas biografías del derecho del trabajo y del de la seguridad social, no nos resistimos a los versos de la poetisa ([Follas novas](#)): «Eu levo unha pena/Eu levo unha pena/gardada no peito;/eu lévoa, e non sabe/ninguén por qué a levo [...]».

II. Cinco nuevas controversias del derecho vivo del trabajo y de la seguridad social

Glosa I. El derecho vivo constitucional no espera a la ley: el derecho a la identidad de género en el ámbito laboral

A propósito de la **STC 67/2022, de 2 de junio**

Tengo que agregar dos largas estancias en el extranjero: en París, una [...]; y la otra en Londres, donde encontré de nuevo la vida jurídica propiamente dicha por obra y gracia de la jurisprudencia; al modo de una recreación a la altura de nuestro tiempo del «derecho del caso», que me había deslumbrado en el derecho romano.

E. Borrajo Dacruz [*Conversaciones sobre la justicia, el derecho y la universidad (entrevistas a diez maestros)*]

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*)

1. En virtud del [artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la «expresión de género» queda especificada como una cualidad personal a proteger frente a eventuales conductas discriminatorias. Como es bien conocido, el [artículo 14 de la CE](#) explicita el sexo a tal fin, no el «género». Tampoco las leyes de desarrollo, estatales y autonómicas, hasta hace poco tiempo, habrían hecho una construcción jurídica específica de la diferencia entre ambos conceptos, utilizándose indistintamente, como reflejaría la [Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre](#), de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un cierto atisbo de diferenciación aparecía en la [STC 59/2008, de 14 de mayo](#), al precisar que la referencia de la citada ley al género no refería a una discriminación por razón de sexo, pero la [STC 159/2016, de 22 de septiembre](#), sigue la «tradición de intercambiabilidad» entre ambos conceptos, sin que tampoco –lo que sorprende más– la [STC 99/2019, de 18 de julio](#), que se pronunció sobre el derecho de las personas menores transexuales a variar en el registro el sexo con el que fueron inscritas al nacer y que no se corresponde con el que se identifican, lo precise, en contraste con la «evolución» internacional.

En efecto, que «sexo» (condición biológica que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, en virtud de una serie compleja de rasgos morfológicos, hormonales y genéticos, a los que se asocian determinadas características y potencialidades psicofísicas que las definirían en sí y en las diferentes facetas de su vida relacional) y «género» (condición sociocultural que permite a las personas forjar su identidad basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres) son conceptos jurídicos diversos, aunque no se excluyan mutuamente, se refleja en el artículo 4.3 del [Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica](#) (Convenio de Estambul, de 2011 –CEDAW, por sus siglas en inglés–). En él se establece que:

La aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género [...], la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación.

Justamente, la protección diferenciada de la identidad de género, que está hoy en el ojo del huracán, político y social, encontrará un específico estatuto jurídico estatal en virtud del [proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales \(LGTBI\)](#), que en este momento se tramita en el Congreso de los Diputados. Entre las novedades (polémica –también para el movimiento feminista, que teme que las conquistas en favor de la igualdad de género arrumben algunas a favor de la igualdad de sexo–) estará el derecho subjetivo a la libre determinación de la identidad de género. Se avanzaría, así, respecto de lo que ya se viene reconociendo en la nueva generación de leyes autonómicas sobre la igualdad de trato. Sería el caso –por citar una reciente–, para las islas Canarias, de la [Ley 2/2021, de 7 de junio](#), de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales. Al igual que ha sucedido con la referida [Ley 15/2022](#), la futura Ley de garantía de los derechos de las personas LGTBI contiene importantes contenidos en el ámbito sociolaboral, sobre los que habrá que volver en su día, cuando se publique en el BOE.

2. Ahora bien, como una nítida manifestación de la gran pujanza del derecho vivo también en el derecho constitucional del trabajo (muy consciente de ello, en 2003, el profesor Borrajo codirigió una egregia [obra colectiva relativa al derecho vivo del trabajo y Constitución](#)), la [STC 67/2022, de 2 de junio](#), se ha adelantado a la ley. Con ella, el Alto Tribunal de Garantías ha empezado a tomar nota del movimiento social diferencial, dando carta de naturaleza a la distinción entre sexo y género, de un lado, y construyendo constitucionalmente los derechos a la identidad y expresión de género, de otro. Una vez más, el campo de experimentación del derecho constitucional vivo elegido es el trabajo.

La [STC 67/2022](#) resuelve un recurso de amparo por infracción de los artículos [14](#) (prohibición de discriminación) y [18 de la CE](#) (derecho a la imagen), interpuesto por un trabajador que no encontró acogida para sus pretensiones en la jurisdicción ordinaria. En síntesis, el trabajador demandaba la calificación como nulo de su cese en el periodo de prueba, incluyendo una pretensión de condena indemnizatoria (10.000 € por daños materiales y 50.000 por los morales). ¿Qué conducta discriminatoria denunciaba?

El trabajador acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros falda. En una única ocasión será objeto de reprensión por la dirección al entender que su vestimenta era inapropiada, solicitándole que regresara a su casa y se vistiera correctamente. A raíz de ello, se ausentó y no regresó ese día. El trabajador había mantenido una entrevista con la dirección en la que se le advirtió de problemas con su vestimenta, exigiéndole mayor corrección, para evitar conflictos con la clientela, aunque no se le hizo prohibición alguna. Cuatro meses después del inicio de la relación contractual bajo un periodo de prueba acorde a la cualificación (ingeniería), la empresa le comunicó su cese por la no superación [ex artículo 14.1 del ET](#)¹. En el tiempo transcurrido entre la reunión y el cese no consta se produjese incidencia ni reproche alguno por su forma de vestir, a pesar de que continuó yendo a trabajar vistiendo falda ocasionalmente.

El cese fue recurrido como un despido discriminatorio (por el modo de vestir, a su vez derivado de la condición sexual), desestimándose en la jurisdicción ordinaria al valorar que ninguna razón discriminatoria medió. Fallidos los recursos en vía ordinaria (los extraordinarios de suplicación y casación para la unificación), el TC admitirá el que se produzca en amparo, por constatar una clara trascendencia constitucional, porque si la discriminación laboral por razón de sexo habría sido profusamente analizada desde hace décadas en su doctrina, carecería de todo precedente significativo respecto de la prohibición de discriminación laboral por razón de identidad de género.

3. En este sentido, la sentencia, una vez asume la diferencia entre la «discriminación por razón de sexo, la discriminación por razón de identidad de género y la discriminación vinculada a la expresión de género», incluirá estas dos modalidades últimas dentro del ámbito de tutela o protección del [artículo 14 de la CE](#): se trata de una persona que se identifica como transexual, exteriorizándolo en su trabajo diario. A tal fin, realizará un detenido y profuso recorrido por los principales instrumentos normativos europeos, no solo comunitarios, así como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), evidenciando

¹ Recuérdese que su reforma mediante el [RDL 6/2019, de 1 de marzo](#), extendió la declaración de nulidad objetiva del cese de trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba. Reforma que la citada [STS 1/2022, de 11 de enero](#), aprovechó para extenderla a las empleadas del hogar embarazadas, pese a no constar conocimiento de la empleadora. Aunque se considere que, en tal caso, no proceda indemnización complementaria ([STSJ del País Vasco 467/2022, de 7 de marzo](#)), por no vulnerarse derecho fundamental alguno, lo que es muy discutible.

la intensidad que adquiere en el derecho vivo el sistema multinivel de protección (arts. 10.2, 93 y 96 CE). Se pone de manifiesto, así, el carácter evolutivo y de «obra histórico-cultural abierta» del derecho constitucional (STC 198/2012, de 6 de noviembre –legitimidad del matrimonio gay–).

Hace tres advertencias conceptual-normativas el TC de interés para una mejor comprensión de la cuestión. En primer lugar, al margen del alcance normativo que se dé al concepto de género, constata que no podría ser definido (tampoco el sexo) «en sentido estricto como derecho, sino como condición o estado que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales». Como elemento identitario, integra el «derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar la propia identidad personal» (FJ 3.º, letra a). En segundo lugar, observa que el término «trans» es técnicamente impreciso, porque incluye una amplia diversidad de situaciones (transexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, *queer*, personas de género fluido, polisexuales, quienes definen su género como «otro»). Por eso, en el actual «estado de indefinición jurídica de la identidad de género», por la falta de consenso técnico, seleccionará los conceptos jurídicos de referencia, «sabiendo que esa conceptualización no coincide plenamente con la contenida en las SSTC 176/2008 [...] y 99/2019, que abordaron en su momento diversas cuestiones relacionadas con personas trans». Finalmente, el TC enfatiza que:

La identidad de género es una faceta especialmente importante de la identificación de un individuo, por lo que el margen de apreciación que se concede al Estado es limitado [...] pudiendo ampliarse cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo según el TEDH (FJ 3.º, letra b).

En esta clave, selecciona la [Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre](#), por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En ella se define –no entraremos en ello, pero el art. 2 de la citada [Ley 2/2021, de 7 de junio](#), contiene definiciones legales mucho más precisas– como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética. En consecuencia, no solo se asociaría al marco de protección antidiscriminatoria ex [artículo 14 de la CE](#), sino también del derecho a la propia imagen ex [artículo 18 de la CE](#). Por lo tanto, gozaría de la máxima protección, sustantiva y procesal (desplazamiento de la carga de la prueba).

Sin embargo, en el asunto aquí contemplado, tal protección no habría resultado suficiente. No se constata una vulneración del [artículo 14 de la CE](#), porque, probado el indicio discriminatorio, la empresa cumplió con su carga de acreditar que, pese a estar ante la institución del periodo de prueba, las causas de interrupción del contrato laboral eran ajenas a la condición de persona transgénero. Acaso, una nueva expresión de justicia constitucional



salomónica, o más bien tópica, de manera que el denso análisis doctrinal realizado por el TC pudiera albergar fundadas expectativas de protección efectiva, que luego se verían frustradas, en la aplicación del «caso concreto», al no darse los requisitos exigidos para la violación. En última instancia, parafraseando el credo-ideario del profesor Borrajo, su confesado «amor a la tópica casuística», no solo como fuente de conocimiento, también como criterio operativo del derecho vivo, unas veces beneficia, otras incomoda. Veamos ahora otro en el que aventaja, aunque tenga una vocación de reconstrucción evolutiva sistemática del derecho (legislado y vivo) del trabajo y del derecho (legislado y vivo) de la seguridad social: el juicio con perspectiva de género.

Glosa II. Mujer y Seguridad Social: reinterpretación en clave de género del «subsidio de prejubilación» en espera de ley

A propósito de la **STS 576/2022, de 23 de junio**,
a la luz de la **Recomendación 17.^a del Pacto de Toledo**

Fue una fortísima vivencia [en su etapa de opositor a Cátedra dio clases de Derecho del Trabajo para personas que por trabajar solo podían acudir a clases nocturnas] del sacrificio que comporta la conciliación de la vida familiar y laboral, que ha pasado a ser una de las líneas de investigación que más me preocupan en mis estudios.

E. Borrajo Dacruz [*Conversaciones sobre la justicia, el derecho y la universidad (entrevistas a diez maestros)*]

[...] la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma [...] nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes [...] a través de su reinterpretación en sentido constitucional [...].

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*)

1. En esta segunda glosa de nuevas controversias de derecho social vivo, seguimos en el ámbito de las garantías de los derechos fundamentales a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de género ex **artículo 14 de la CE**, pero ahora nos adentramos por sendas que abre en su rama de derecho de la seguridad social y respecto a las mujeres. A diferencia de las personas trans, las mujeres no son un colectivo vulnerable, sino más de la mitad de la población, de ahí la trascendencia sistémica de la cuestión social que ahora referimos. Justamente, uno de los retos más trascendentales, y más complejos, del derecho de la seguridad social en general, y del derecho de pensiones en particular, es la corrección de la profunda «brecha de género» que existe en este ámbito. Una nueva fractura entre la norma (igualdad) y la realidad (desigualdad y discriminación) en parte derivada de las brechas laborales (retributivas, sobre todo², pero no solo, también ocupacionales), en parte fruto de la desatención del propio sistema de protección social.

² La **STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de junio de 2022**, reconoce una discriminación retributiva indirecta por razón de sexo en el Ayuntamiento de Écija.

La [Recomendación 17.^a del Pacto de Toledo](#), apenas atendida en la [Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#), en el ámbito de la primera fase de las reformas para las pensiones públicas (tampoco por la citada [Ley 12/2022, de 30 de junio](#), si bien contiene un mandato al respecto, como prueba su art. único.Cinco que modifica el art. 5.1 a) 2.º del texto refundido de la Ley de planes y fondos de pensiones, donde se ordena «evitar la brecha de género» en los planes del sistema de empleo), alienta un programa de reforma integral del sistema de Seguridad Social para hacer efectiva la igualdad en la protección social. Si bien llama particularmente:

- de un lado, a «acometer de modo enérgico la cuestión de los cuidados con el objetivo de que las carreras profesionales de quienes tengan personas dependientes a cargo no generen vacíos de cotización por esta causa»;
- de otro, a realizar «reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios» por perjudicar de una forma desproporcionada a las mujeres, como en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, pero no solo.

Ante la pasividad y/o incompletitud del plan reformador del poder legislativo a tal fin, la jurisprudencia comunitaria (y, por lo general, a su estela, la doctrina del TC, permaneciendo en tanto igualmente desidioso) ofrece ejemplos, mes sí y (casi) otro también, de llamadas a adoptar ese programa de reformas para adecuarse al derecho antidiscriminatorio de seguridad social de la Unión Europea. Sería el caso de la referida [STJUE de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20](#) (la incompatibilidad legal ex [art. 163.1 LGSS](#) entre dos pensiones por incapacidad permanente total en el mismo régimen de Seguridad Social, cuando sí es compatible si se causan en dos regímenes diferentes, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo que difícilmente puede justificarse por razones de equilibrio financiero del sistema). O, como en su día [se comentó en la página web \[www.laboral-social.com\]\(http://www.laboral-social.com\)](#), de la [STJUE de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20](#) (la exclusión del colectivo de personas empleadas en el hogar familiar de la prestación por desempleo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, vulnerando el art. 4.1 [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#)), una sentencia condenatoria que nunca se habría producido de haberse ratificado antes el [Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT), cuyo artículo 14 prohíbe dejar extramuros de la protección por desempleo a las empleadas de hogar (la ratificación del convenio por España debe acelerar la reforma normativa, de inminente aprobación).

2. No le faltó sensibilidad al profesor Borrajo, profundo humanista, para promover estudios jurídicos, tan solventes técnicamente como comprometidos en el plano de la política social, que reconocieran y alentaran el valor de la lucha por la igualdad real entre mujeres y hombres, en el ámbito de las relaciones laborales y las de la seguridad social. Así, merece la pena recordar el libro de ponencias ([Mujer, trabajo y Seguridad Social](#)) del IV Xacobeo Laboral (en el año santo compostelano de 2010). Sin duda, un paso «serio y responsable» –en palabras del maestro Borrajo– en el «Camino de búsqueda del ser de Europa que es la obra y el afán de todos los Caminos de Santiago».

En un plano más secular, esa misma ánima de impulso, desde el derecho vivo de la seguridad social, en clave de reinterpretación constitucional de las leyes en un sentido máximamente favorable a la igualdad efectiva de género, subyacería a la ya citada [STS 576/2022, de 23 de junio](#). En ella se discute –resolviéndose el debate casacional en sentido favorable– si cabe aplicar al subsidio por desempleo para personas mayores de 52 años (55 antes de la contrarreforma de 2019) la previsión legal sobre cotizaciones ficticias por razón de parto que establece el artículo 235 de la LGSS (2015), en relación con la derogada disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS (1994). La sentencia de instancia (Jaén) consideró que sí, reconociendo el derecho al subsidio a la mujer peticionaria, pero la de suplicación (Granada) estimó el recurso y la revocó, confirmando la negativa a tal reconocimiento del beneficio social efectuado en la práctica administrativa. El TS, en cambio, casará la STSJ de Andalucía y reafirmará el derecho de la trabajadora al denominado «subsidio de prejubilación»³.

La actora cotizó a regímenes que protegen la contingencia por desempleo por un total de 1.861 días, siendo madre de tres hijos (nacidos en 1980 y 1981). Su solicitud de subsidio por desempleo (enero de 2019) para mayores de 55 años fue denegada porque no reunía el periodo de carencia suficiente (no había cotizado al menos 6 años a un régimen que proteja la contingencia de desempleo). Su reclamación fue desestimada por la entidad gestora (Servicio Público de Empleo Estatal) porque –a su entender, sin clave de género– los periodos de cotización asimilados al parto solo se computarían a efectos de las pensiones contributivas (jubilación e incapacidad permanente), no para este tipo de subsidios, propios de la protección asistencial por desempleo. Criterio que compartiría la doctrina de suplicación, apelando a una aplicación rigorista, literal, del precepto legal, ante un tenor de la norma tan claro y que evidenciaría la voluntad legal de excluir del beneficio de las cotizaciones ficticias (técnica que reflejaría el principio jurisprudencial de interpretación pro persona beneficiaria y la concepción humanitaria de la Seguridad Social) para la protección asistencial por desempleo.

3. No comparte esta interpretación el TS, como se ha adelantado. A esta conclusión llega, tras un exhaustivo recorrido por el marco normativo y los precedentes de derecho jurisprudencial, con una interpretación teleológica y sistemática ([art. 3 Código Civil](#)) orientada en una clave constitucional típica del contemporáneo canon de enjuiciamiento social con una perspectiva de género. En consecuencia:

A efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años [hoy 52], los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta

³ Recuérdese que la revalorización del contrato de fijeza discontinua con la reforma laboral motivó el [RDL 3/2022, de 1 de marzo](#), que [modificó los artículos 277 y 280 de la LGSS](#). El objetivo buscado era corregir la contradicción creada por la reforma laboral, que alienta las relaciones laborales de carácter indefinido, aun discontinuo, y el persistente déficit de protección asistencial por desempleo de las personas trabajadoras fijas-discontinuas, en especial de las actuales beneficiarias del subsidio de mayores de 52 años (que hubieran visto extinguidos sus subsidios en el instante en que accediesen a tal contrato).

para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (15 años en total: art. 205.1 b) LGSS) cuanto del propio subsidio (6 años por desempleo: art. 274.4 LGSS).

Consciente el derecho vivo (jurisprudencial) de que introduce una modulación de gran calado en el derecho legislado (formalizado) de la seguridad social, advierte, a fin de evitar la –usual– crítica de «uso social alternativo del derecho», de que con este modo de interpretar las leyes (la dimensión crítica del derecho del trabajo preocupó y ocupó al maestro Borrajo –por ejemplo, *Derecho crítico del trabajo [Critical labor law]–*):

[...] no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador. Mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas [...]. Lo que sucede es que las pautas interpretativas que acabamos de exponer (perfil del subsidio para mayores de 55 años, concordancia interna de la LGSS, finalidad de la LOI, mandato constitucional) convierten en razonable y deseable el resultado a que llega la sentencia referencial. Las dudas que pudieran subsistir se disipan [...] aplicando este resorte interpretativo [juizar con perspectiva de género y su transversalidad promocional].

Esta pauta interpretativa, precisamente, tiene el máximo sentido a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento (FJ 6.º).

Ante la elección de palabras como «razonable» y «deseable» para justificar, junto a criterios estrictamente jurídicos, un resultado de claro progreso social (en términos de justicia de género) como el que representa esta doctrina, difícil no recordar, como citara el profesor Borrajo en su evocación para las «*bodas de oro*» de su promoción, los versos del egregio Lope de Vega: «Mas me dice el corazón que principios de obras son la esperanza y el deseo». No obstante, rememorando la técnica (cognitiva y prescriptiva) del derecho del caso, otro «amor hermenéutico» (tópica –de Viehweg–) del maestro Borrajo, rememorando una herencia del derecho romano que, paradójicamente, mejor recibiera y transmitiera el derecho anglosajón (*common law*) que el continental, el derecho del caso, la sentencia glosada precisa, evitando comprometerse de futuro con las –amplias– expectativas de ampliación protectora que genera, que: «no estamos preconizando la extensión del beneficio a otras prestaciones de Seguridad Social, ni siquiera a otros supuestos de protección por desempleo» (FJ 7.º 1).

Pero, se entiende, tampoco cabe afirmar lo contrario, dada la transversalidad del canon hermenéutico y del principio jurídico que aplica. Una vez más, el derecho vivo se autolimita, tratando de dar certeza a la estabilidad del orden jurídico dado, al tiempo que se reserva nuevas evoluciones de apertura y progreso de aquel orden, conforme al signo de cada momento interpretativo, se modifiquen o no las leyes.

Glosa III. Una controversia entre el humanitarismo y la mercantilización: la pugna por regir la autorización a causa de arraigo laboral

A propósito de la **STS, Sala 3.^a, 643/2021, de 6 de mayo**,
y sus secuelas (administrativas y judiciales)
a la luz del **RD 629/2022, de 26 de julio**

Recordad: lo que hará justas las leyes es la manera de juzgar –decía [el *iudex* Martí de Ripoll] al terminar la lección de cada noche [a sus discípulos en la Escuela de foristas de Jaca, finales de febrero de 1188]–. La justicia es dar a cada uno lo suyo.

[...]

En medio de tanta incertidumbre, solo hay una ley inquebrantable, que es la misma que rige la creación: el fuerte somete al débil. Es una escalera sagrada e inamovible en la que cada uno ocupa su peldaño –contesta al *iudex* Martí de Ripoll don Ramón Blanes, hidalgo–.

J. F. Ferrándiz (*El juicio del agua*)

1. Como otra muestra de la pasión por todo lo jurídico que se asocia a las nuevas cuestiones de política social (y económica) de cada tiempo, también de su sensibilidad humanista, la obra del maestro Borrajo ofrece diversos estudios relativos a la extranjería y la inmigración, en su proyección sociolaboral, esto es, en lo relativo al desarrollo de la relación de trabajo, incluso en situaciones irregulares, y de la protección social. Respecto de uno de ellos, el propio profesor contaba una anécdota con la que quería expresar su convicción de que las controversias de derecho vivo siempre deben atender, muy de cerca, al principio de legalidad. Así, rememorando su publicación *Accidentes de trabajo y extranjería*, mencionaba que un «querido e ilustre comentarista de tal estudio» lo felicitaba por su capacidad para adentrarse en temas tan preñados de «derecho de justicia y de derecho humanitario». En cambio, él, consideraba que solo trataba de resolver estas cuestiones sociales desde el respeto al principio de legalidad, porque el poder legislativo, «por su base democrática, ha de ser respetado por los aplicadores de la ley, ya sean funcionarios del poder ejecutivo, ya sean miembros del poder judicial».

Viene a cuento esta doble dialéctica (tensión entre los principios de legalidad material y de legalidad formal, de un lado; el conflicto entre el poder ejecutivo y el poder judicial, de otro), con la que el profesor Borrajo enmarcaba las cuestiones de extranjería, para dar cuenta de cómo siguen marcando los aspectos sociolaborales más actuales del derecho de la inmigración y la extranjería. Un derecho este que, dirigido a ordenar las «cuestiones

de fronteras» y los flujos de entrada y salida que se producen en ellas, con gran frecuencia conoce normas (a veces leyes –piénsese en las «devoluciones en caliente», pese al aval de la [STC 172/2020, de 19 de noviembre](#)–) y prácticas que se sitúan al «otro lado de la frontera» del derecho (para otro tiempo y para otro escenario esa idea es evocada por ese magnífico *revival* de cine quinqué: [Las leyes de la frontera](#), adaptación de la [novela homónima de Javier Cercas](#)). Nada mejor para ilustrarlo que las controversias y críticas, también alabanzas, generadas por el [RD 629/2022, de 26 de julio](#), que, con vigencia desde el 16 de agosto, modifica el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley orgánica 2/2009, aprobado por el [RD 557/2011, de 20 de abril](#) (RLOEx).

En el último párrafo del primer apartado de su preámbulo explicita que, además de corregir «los desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio», adecuando «el marco de las autorizaciones de trabajo al [...] Real Decreto-Ley 32/2021 [...]», esta reforma pretende: «actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de extranjería [arraigo laboral] tras las novedades jurisprudenciales [derecho vivo] [...] integrando en el reglamento soluciones que se habían aportado a través de instrucciones [práctica aplicativa administrativa]». Pero ¿esta integración entre innovación jurisprudencial y soluciones reglamentarias aparece tan pacífica y dialógica como se sugiere o, al contrario, oculta una intrahistoria de duro conflicto que se resuelve elevando el rango normativo de la palabra ejecutiva para imponerla a la jurisprudencia? Veámoslo, sucintamente, y comprobaremos cómo, si en los primeros borradores de la reforma la respuesta cierta estaba cerca de lo segundo (enfoque conflictual), la versión final resultante se muestra más adherente a lo primero (enfoque dialógico), aunque mantenga algunos aspectos conflictivos.

2. Atendiendo inicialmente a los objetivos principales de esta reforma, que se está más en una lógica mercantilista (favorecer la disposición de mano de obra extranjera en sectores económicos que evidencian su incapacidad para encontrarla en nacionales, dada la precariedad de condiciones) que en una lógica humanitaria (regularización de miles de personas en situación irregular para que tengan oportunidades de vida digna, dejando la economía informal) se refleja en el utilitarismo de los cambios al servicio de las necesidades del mercado de trabajo. Entre otros aspectos, la nueva redacción del [artículo 65 del RLOEx](#), relativa a la situación nacional de empleo (permitiendo la incorporación automática de los empleos en sectores donde hay mayor desajuste entre la oferta y la demanda –construcción, hostelería, transportes, etc.–), la reforma de la autorización por residencia para estudiantes (arts. [42](#) y [199](#) RLOEx), propiciando un nuevo canal de flujos laborales más flexible, o la nueva figura de autorización de residencia (no de trabajo) por arraigo por formación para atraer «talento» ([art. 124.4 RLOEx](#)), así lo evidenciarían.

El favor empresarial contrasta con la [crítica sindical](#), porque la reforma facilita más la cobertura de los empleos que ahora quedan vacantes, por miles, en sectores precarizados, a

través de la «mano de obra inmigrante», que la corrección de la precariedad (de ahí la crítica por utilitarismo y clasista). Paradójicamente, algunos aspectos de la crítica sindical se alinean con la del Ministerio del Interior, que cuestionó la reforma porque alentaría usos oportunistas y fraudulentos, con «efectos llamada». Además, se ha tramitado por la vía de urgencia y sin un diálogo social fértil, todo lo contrario que la reforma laboral, si bien ha podido aportar algunos elementos que mejoran la regulación de aspectos concretos –bendecidos por el [Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 2022](#), que solo reparó tres aspectos, corregidos en la versión final–:

- en materia de reagrupamiento familiar –arts. [54](#), [59.1](#) y [61.11](#) RLOEx–: minora la exigencia de recursos económicos en interés superior de la persona menor, trasladando la [Instrucción 4/2020](#), para la residencia de forma independiente de las personas reagrupadas se sustituye la exigencia de duración del contrato de 1 año por la referencia al salario mínimo interprofesional, la autorización renovada por reagrupación familiar habilita para trabajar por cuenta propia o ajena;
- amplía las autorizaciones de renovación, cuenta ajena y propia –arts. [72.1](#) y [109](#) RLOEx–, autorizando para trabajar en ambas formas (ajena, autónoma);
- arraigo ([art. 124 RLOEx](#)): se bifurca la figura del arraigo laboral (arts. [124.1](#) y [127](#)); mejora el arraigo social (reduce las horas exigidas de 30 a 20 si se tiene a cargo personas menores o dependientes; se admiten distintas ocupaciones); flexibiliza el arraigo familiar (incluye las situaciones de parejas de hecho de personas de nacionalidad española, autorización para trabajar por 5 años);
- gestión colectiva de contrataciones en origen –[art. 167 RLOEx](#)–, que no solo se amplían a más sectores y se aumentan los periodos de concesión, sino que se flexibiliza su gestión, incluyendo los contratos fijos discontinuos.

Sin duda, la institución de arraigo, tenida como situación de residencia temporal por razones excepcionales ([título V, capítulo I](#), RLOEx), es de las más afectadas. Ahora se incluirá una cuarta: el arraigo formativo (no autoriza para trabajar, pero superada con éxito la formación, abre una vía facilitada de autorización de residencia y trabajo, lo que se presta a usos abusivos de sujetos intermediarios que ofrezcan «pack completo» aun en condiciones precarias: formación más oferta de empleo posterior). El tipo de arraigo que más conflictividad judicial había generado fue el laboral ([art. 124.1 RLOEx](#)), consolidándose un derecho de precedentes que amplió la previsión reglamentaria (por ejemplo, [SSTS, Sala 3.ª, 452/2021, de 25 de marzo](#), [599/2021, de 29 de abril](#), y [643/2021, de 6 de mayo](#)). Ante esta respuesta judicial expansiva, que consideró abiertos los medios para acreditar su arraigo laboral (vínculos de empleo), la autoridad administrativa reaccionó volviéndolos a restringir: [Instrucción SEM 1/2021, de 8 de junio](#), sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral.

3. ¿Esta es la instrucción administrativa integrada tal cual, según reconoce el preámbulo del RD 692/2022, en el nuevo [artículo 124](#)? Afortunadamente no, al menos no tal cual. De un lado, la figura del precedente arraigo laboral, [la anterior redacción del artículo 124.1 del RLOEx](#) ahora se ha trasladado, con matices de importancia, a su [artículo 127.2](#), que regula una autorización de residencia por colaboración con las autoridades (a modo del premio a la denuncia o confidencia):

- se debe acreditar, por cualquier medio válido, que se ha trabajado de forma irregular al menos 6 meses durante el último año (precisa, pues, denuncia);
- no se necesita ya acreditar 2 años de estancia;
- la autorización se puede solicitar a instancia de parte o de oficio por la autoridad laboral, incorporando la resolución judicial o acta de infracción;
- no solo habilita para trabajar por cuenta ajena, también por cuenta propia, lo que estaba excluido por la [instrucción](#), pero sí admitía la doctrina judicial (por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso –SJC– núm. 6 de Bilbao 37/2022, de 5 de mayo: acudiendo a su vida laboral se comprueba que estuvo en el régimen especial de trabajadores autónomos desde el 1 de octubre de 2016 al 31 de diciembre de 2017).

De otro, la actual redacción del [artículo 124.1](#) contiene una figura de arraigo laboral revisada que se reserva para quienes (residiendo durante un periodo mínimo continuo de 2 años y sin antecedentes penales –al igual que antes–) acreditan:

- estar actualmente en situación irregular en España (si se está recurriendo en reposición o en vía contenciosa una denegación de asilo, no se puede aplicar este supuesto –se podrá renunciar al recurso o seguir recurriendo y no presentar solicitud de arraigo laboral–);
- una relación laboral cuya duración no sea inferior a 6 meses. A estos efectos, la persona interesada deberá presentar cualquier medio de prueba (vida laboral, bases de la cotización, etc.) que acredite la existencia de una relación laboral previa prestada en situación legal, por estancia o residencia.

La mención expresa de la estancia permite incluir al personal estudiante, que fue excluido por la citada [Instrucción SEM 1/2021](#), aunque aceptado por la doctrina judicial en aplicación de la jurisprudencia citada (por ejemplo, [SJC núm. 16 de Barcelona 240/2022, de 20 de julio](#)). En cambio, se sigue el criterio restrictivo administrativo respecto a la compatibilidad de la situación de arraigo y protección internacional. Así, por ejemplo, si tras denegarse el asilo (o protección internacional) no se recurre y se sigue trabajando, tales periodos se excluyen del cómputo. Así lo prevé la [Instrucción SEM 1/2021](#) que, sin embargo, fue contradicha por numerosas sentencias que reconocen la compatibilidad (por ejemplo, [SJC núm. 12 de](#)

Sevilla 59/2022, de 25 de marzo, o SJC núm. 4 de Bilbao 86/2022, de 5 de mayo, entre otras muchas⁴).

- la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, si laboral, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o 15 semanales en un periodo de 12 meses, si por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, 6 meses (la clave es la cotización continuada –aún no se aplica el trabajo autónomo parcial–).

También en este caso podemos ver una regulación claramente transaccional entre los criterios amplios de la jurisprudencia, aplicada aún más expansivamente por la doctrina judicial que le ha sucedido, y los mucho más limitados administrativos. El origen de estos criterios de concreción temporal (arco temporal para el cómputo de los 2 años, la duración de la jornada laboral) está en la referida [instrucción](#) y tiene un inequívoco sentido restrictivo, a fin de prevenir usos abusivos, eliminando las relaciones de mayor sospecha o precarización (explotación). La doctrina judicial posterior trató de flexibilizarlos, incluso desarmarlos, aceptando la institución del arraigo, sobre la ponderación concreta de las diferentes «circunstancias del caso concreto» (de nuevo la técnica más operativa del derecho vivo), para jornadas laborales inferiores a 30 horas, incluyendo empleos con salarios inferiores al mínimo interprofesional (por ejemplo, [SJC núm. 1 de Granada 159/2022, de 14 de julio](#), con cita de la STSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2022, rec. 49/2022; entre otras muchas, como la [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Valencia 18/2022, de 17 de enero](#), que expresamente desautoriza la [instrucción](#), vinculante solo para la Administración, no para los tribunales, ni propiamente para la ciudadanía –FJ 2.º–).

En suma, como podemos comprobar, la reforma reglamentaria ha llevado a cabo una reinterpretación transaccional del (más generoso) derecho vivo jurisprudencial y de la práctica administrativa (más restrictiva), a fin de integrar como norma reglamentaria un régimen para el arraigo laboral que sin contradecir abiertamente al primero, como sí sucedía en borradores iniciales, sí restrinja su alcance, en línea con la [Instrucción SEM 1/2021](#). La nueva regulación reglamentaria bebe, pues, de una «fuente jurídica viva» y de la «otra», dotando de rango normativo criterios que, de otro modo, seguirían siendo «carne de cañón», eso sí, a golpe de decenas de recursos administrativos y contenciosos, para el derecho vivo. En cualquier caso, y por lo que a este análisis concierne, no parece dudoso lo ilustrativo de esta controversia sociolaboral inmigratoria para verificar, una y otra vez, la centralidad de la doctrina jurisprudencial para la vida del derecho.

⁴ Vid. <https://legalteam.es/recopilacion-de-todas-las-sentencias-de-arraigo-laboral-organizadas-por-temas/>

Glosa IV. Mercantilización versus socialización de la sucesión de empresa en concurso: ¿quiénes pierden y ganan en este juego de tronos togados?

Con ocasión de la **STJUE de 28 de abril de 2022, asunto C-237/20,**
y de la **STSJ de Madrid 316/2022, de 30 de marzo,**
a la luz de la reforma concursal

[...] incoherencia [...] antinomia y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el Estado constitucional de derecho [...]. Pero el hecho de que estas cualidades [...] no puedan existir nunca íntegramente no significa que no constituyan el objetivo [...] de la ciencia jurídica: la *coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas [...].

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*)

[...] la vida del derecho [...] está en su aplicación. [...] La ley solo hace derecho cuando se convierte en jurisprudencia.

E. Borrajo Dacruz (*Palabras de don Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011*)

1. Hay que reconocer que, en su vastísima y cuidada obra, el derecho concursal y su interacción con los derechos del trabajo y de la seguridad social no encontró especial atención en el profesor Borrajo, aunque, por supuesto, no le fue indiferente (por ejemplo, *Despido colectivo y concurso de acreedores*). Ahora bien, lo que resulta igualmente indudable es que el marco general, es decir, las interacciones entre el derecho mercantil y el derecho del trabajo, desde sus orígenes hasta épocas de renovación de ambos sectores del ordenamiento jurídico, sí que ocuparon una parte de gran importancia en la primera época de su obra [por ejemplo, *Problemas comunes al derecho mercantil y al derecho del trabajo (derecho especial y derecho nuevo); Los auxiliares del comerciante en derecho español*]. En este escenario normativo y socioeconómico, no es dudoso que las relaciones entre ambas ramas jurídicas, que son de muy larga data y que tienen múltiples dimensiones, se reactualizaron, en parte de una forma cooperativa, en parte de una manera conflictual, con la primera reforma concursal en época moderna, la realizada ahora hace casi dos décadas (*Ley 22/2003, de 9 de julio*).

Esta constatación gana viveza en un momento en que está a punto de entrar en vigor la *nueva reforma concursal* (aunque prevé una vigencia con plazos variables –disp. final decimonovena–). No se trata propiamente de un «nuevo derecho concursal», como hubiese

sido preferible y necesario, sino de una reforma más, aun profunda, ciertamente, del texto refundido de la Ley concursal (RDleg. 1/2020, de 5 de mayo –TRLR–), y en gran medida debida a la trasposición –venció el 17 de julio, tras la prórroga de 1 año dada– de la «Directiva sobre reestructuración e insolvencia» (en el caso, [Directiva 2019/1023/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio](#): marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas que, a su vez, modifica la [Directiva 2017/1132/UE del Parlamento Europeo y del Consejo](#), sobre determinados aspectos del derecho de sociedades). Por supuesto, no pretendemos ni aquí ni ahora dar cuenta de sus diversas novedades, ni siquiera en la forma enunciativa y básica de «puntos críticos», tan caros a la obra del profesor Efrén Borrajo. Tiempo habrá en estudios venideros (por ejemplo, el que será publicado en el próximo número por el magistrado especialista don Emilio Palomo).

El propósito, más limitado, de esta penúltima glosa-diálogo jurisdiccional es dejar constancia de la permanente tensión entre poderes reguladores, formalizados y vivos, a la hora de conformar el derecho legislado, también el derecho viviente, incluyendo en este caso una amplísima y heterogénea gama de interacciones entre poderes: entre el poder legislativo y el poder ejecutivo entre sí, entre estos y el poder jurisdiccional, e incluso, dentro de este último, entre diversos órdenes jurisdiccionales intervinientes en una materia tan compleja como la gestión sociolaboral de los concursos mercantiles (social, mercantil). De los tres grandes ámbitos de cuestiones de este tipo en juego, es la tercera la que adquiere una mayor significación teórica y práctica a tales efectos:

- la tutela de los créditos laborales –y de seguridad social– frente al resto de personas acreedoras de la empresa, típicamente guiada por la lógica concursal, sin perjuicio de la atención debida a las especialidades laborales;
- las vicisitudes del empleo y de las relaciones de trabajo a lo largo del proceso concursal, donde es apreciable una lógica cooperativa entre lo concursal y lo laboral, con cierta orientación predominante de esta última, si bien conducida por el órgano jurisdiccional del concurso y siguiendo el interés «superior» del mismo; y
- la enajenación de unidades productivas como mejor solución concursal para equilibrar los intereses en juego (mayor cobro de créditos posible con la mayor cantidad de conservación de empleo factible), donde la lógica dominante ha venido siendo la laboral, tanto en el plano sustantivo (régimen legal aplicable) como en el competencial (dominio retenido o reservado para el orden social).

2. Es respecto de esta última gran cuestión sociolaboral (transmisión-sucesión de empresa) concursal donde más radicales novedades jurídicas encontraremos, reflejando con más intensidad esa lógica conflictual entre poderes de regulación en la producción del derecho que tanto entretuviera la obra del profesor Borrajo Dacruz a la hora de analizar las reformas legales (por ejemplo, [Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo](#)

derecho del trabajo). Ciertamente, si se compara la legislación vigente a tal fin en el TRLC anterior (arts. 57 y 221.1 y 2, 222 y 224) hallaremos diferencias notables en el texto del artículo 221.2 (el apdo. 1 se mantiene inalterado) y en la ordenación del artículo 224 (efectos de la transmisión-sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social precedentes a la transmisión), porque incluye nada menos que siete nuevos preceptos, articulados bajo la pésima técnica legal de artículos 224 bis a septies. No podemos aquí entrar en su análisis, como se dijo, sin perjuicio de alguna observación por su relación con el derecho vivo y su capacidad anticipatoria de las reformas legales. Centraremos la glosa básicamente a la cuestión competencial, ¿por qué?

Porque, si bien entre esta controversia viva y la precedente (reforma del arraigo laboral) hay marcadísimas diferencias, sin duda, hay algo en lo que convergen y permite, precisamente, su inclusión en este estudio: en las dos, la reforma, bien reglamentaria bien legal, blindada la decisión del poder ejecutivo frente al jurisdiccional más garantista. En el primer caso, el desbalance de poderes se hace a favor del reglamentario acotando el derecho jurisprudencial contencioso-administrativo. Aquí, el desbalance rectifica la palabra jurisprudencial social (por ejemplo, STS 745/2020, de 9 de septiembre, reafirmando una doctrina aquilatada –por ejemplo, STS 455/2018, de 26 de abril, entre muchas–) a favor de la lógica mercantil de los juzgados del concurso (por ejemplo, Auto –firme– del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 25 de abril de 2022: no solo anticipa la nueva figura legal del «pre-pack» –la persona experta en enajenaciones de unidades productivas como solución precoz al concurso, ahora reconocida en los nuevos arts. 224 ter y 224 quater TRLC–, sino que afirma su competencia ex art. 221.2 TRLC para una delimitación *ad hoc* de la sucesión de empresa claramente opuesta –por más liberalizadora de deudas laborales y de seguridad social– a la asentada en el orden social).

En suma, la reforma consolida el decisionismo ejecutivo a la hora de cambiar las reglas de juego. Si en el plano interpretativo los juzgados del concurso habían venido perdiendo su batalla por el fuero procesal, que era también sustantiva (aligerar cargas laborales y de seguridad social, haciendo más atractiva la enajenación de empresa o unidad productiva como solución concursal), ahora, en el plano de la producción formal del derecho, la ley se pone del lado del «trono togado mercantil» (aunque en ciertas materias la jurisdicción concursal integra la jurisdicción social). De este modo, también desautorizaría –otra cosa serán los problemas de derecho transitorio– la doctrina judicial que, con corrección técnica (como ya evidenció el voto particular del Informe del Consejo General del Poder Judicial a estos efectos), inaplica el artículo 221.2 del TRLC, en la versión de 2020, por considerar que se trata de una norma *ultra vires* y, en consecuencia, susceptible de anulación (por el orden contencioso), con un valor solo reglamentario, en tanto, que permite a la jurisdicción social excluirlo (por ejemplo, STSJ de Madrid 316/2022, de 30 de marzo). Con la reforma, será ley.

3. En efecto, el nuevo artículo 221.2 del TRLC reafirma ahora que el «juez del concurso» (el lenguaje inclusivo de género sigue brillando por su ausencia) será «el único competente»

para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar su perímetro concursal («activos, pasivos y relaciones laborales que la componen»)⁵. Eso sí, en la medida en que el apartado 1 no se modifica, se entiende que el régimen sustantivo a aplicar será el laboral (art. 44.3 ET), una exigencia de la [Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo](#). Aunque su artículo 5 prevé la opción legal estatal para establecer un régimen excepcional de sus artículos 3 y 4 (conservación de los derechos laborales –la responsabilidad solidaria es norma de mejora nacional, que sí podría ser modificada–), exigiendo medidas de protección equivalente (STJUE de 9 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-674/18 y C-675/18, sobre jubilación de previsión social complementaria profesional), seguiría sin introducirse en nuestro sistema, salvo la regla del [artículo 224.1.3 del TRLC](#) (créditos del Fondo de Garantía Salarial). Como novedad, se reconoce al órgano judicial del concurso la potestad de recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las relaciones laborales y créditos de seguridad social afectados por la enajenación de la unidad productiva (a emitir en un plazo improrrogable de 10 días, nuevo apdo. 3).

En consecuencia, con el fin de la moratoria concursal (medida adoptada hasta ahora para dar aire a un tejido empresarial asfixiado por la pandemia, manteniendo cierto equilibrio patrimonial para sostener la empresa su mayor volumen de empleo posible), que reactivará el deber legal de solicitar el concurso voluntario –sin perjuicio de la renegociación ex art. 583 TRLC pidiendo precurso–, el nuevo (o así lo pretende) paradigma de regulación y gestión concursal estructural buscará cumplir con ambiciosos objetivos de política económica (procurar la continuidad de las empresas viables) y de mercado de trabajo (procurar la seguridad en el empleo mediante la conservación de los puestos), contribuyendo a la protección del tejido empresarial español (grandes empresas –por ejemplo, [Abengoa](#)–, también pymes), con la menor intervención posible del orden social, a favor del orden mercantil. La ley (formalización parlamentaria de la decisión ejecutiva de «reajuste de cuentas») considera la competencia social como un «obstáculo» a tan nobles fines, viendo en el órgano judicial concursal un «facilitador».

4. Otras novedades legales, en cambio, en este mismo ámbito de cuestiones sobre la transmisión de empresa como solución revigorizada para dar credibilidad al concurso como institución de gestión óptima, lo más precoz y ágil posible, de los procedimientos de crisis de liquidez-insolvencia (dificultades notables) de las empresas, hasta ahora un fiasco (en torno al 90 % de los concursos terminan con la liquidación de la empresa), son el reflejo de una relación más dialógica entre poder legislativo y jurisdiccional. Ese sería el caso, por ejemplo, de la introducción en nuestro derecho de la figura gestora del «*pre-pack* concursal», hasta ahora de creación en la práctica de los juzgados de lo mercantil, impulsada a través de protocolos de buenas prácticas como el de Barcelona o Baleares, sin respaldo normativo expreso. De este modo, la eficacia se imponía a la seguridad jurídica.

⁵ En coherencia, el nuevo artículo 52.4.^a atribuye esta materia como de competencia exclusiva y excluyente para el órgano judicial del concurso.

No obstante, recibió un sólido aval comunitario. La [STJUE de 28 de abril de 2022, asunto C-237/20](#) (ilustra la importancia del régimen de protección laboral en el seno de las transmisiones de empresa actuadas en procedimientos concursales), reconoció que el «*pre-pack*» (persona experta en enajenación de empresas o unidades productivas), pese a tratarse de una institución preconcursal, puede beneficiarse de la regulación especial prevista para las transmisiones de empresa (art. 5.1 [Directiva 2001/23](#), en relación con sus arts. 3 y 4). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) considera que cumple con los dos requisitos exigidos (que se abra con vistas a la liquidación de los bienes de la empresa en crisis, obteniendo el mayor rendimiento posible para el interés acreedor, al tiempo que permite conservar empleos, en lo posible, y que tal procedimiento sea supervisado por autoridad pública). Eso sí, la sentencia requería que esta figura («*silenced trustee*» en el ordenamiento neerlandés) tuviera cobertura legal o reglamentaria, lo que era dudoso antes (se recurría a los arts. 583 y ss. TRLC –por ejemplo, citado Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 25 de abril de 2022–).

De ahí la importancia de los nuevos artículos 224 ter y 224 quater del TRLC: nombramiento de «experto» (el lenguaje inclusivo de género sigue pendiente) para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva en situaciones de riesgo de «insolvencia probable» (antes pues que un riesgo inminente de insolvencia). Asimismo, el nuevo artículo 224 bis del TRLC contempla una alternativa a aquella figura enajenadora profesional que, a falta de previsión legal específica de esta, había sido usada en ciertos casos de gestión o administración concursal: solicitud de concurso con presentación de oferta vinculante de adquisición de una o varias unidades productivas⁶.

Justamente, en esta nueva regulación se incorpora otra novedad relevante, en el plano sociolaboral, como es la preferencia que se concede a la adquisición de la empresa por las personas trabajadoras a través de una fórmula de autoempleo colectivo o asociado: sociedad cooperativa, laboral o participada (arts. 224 bis.3 y 219.2 TRLC). Así, en igualdad de condiciones a otras ofertas vinculantes (art. 224 bis.6 TRLC) o si se sitúa por debajo de la mejor en un 15 % o menos (art. 219.1 TRLC), la oferta laboral (de personal de la empresa) tendrá prioridad o preferencia (art. 219.2 TRLC). Como es conocido, en el orden social se ve con especial favor este tipo de situaciones, hasta el punto de que en más de una ocasión se descarta la «sucesión de empresa», a fin de facilitar la viabilidad de la nueva empresa (cooperativa de trabajo asociado, sociedad laboral).

No podemos ir más allá aquí. Sin querer ser agoreros, quizás estemos en esta novedad, como en otras del pretendido nuevo paradigma regulador, más ante un loable desiderátum legislativo que ante soluciones realmente eficaces. Pero tal análisis ya es «harina de otro costal» y dependerá de su suerte aplicativa en el nuevo derecho vivo.

⁶ Difundida en capitales como Madrid, a raíz, una vez más, de instrumentos de «*soft law* concursal» («[Guía de buenas prácticas](#)», 2021), implica, para facilitar la adquisición de la empresa o sus unidades productivas autónomas y aumentar la eficiencia del futuro procedimiento concursal, presentar la declaración de concurso con una oferta vinculante (seria y firme) de compra de la empresa o unidad productiva.

Glosa V. Controversias del pasado reviven en el futuro: indemnización disuasoria versus readmisión obligatoria frente al despido por embarazo de empleada de hogar?

A propósito de la **STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio**, a la luz de la **Ley 15/2022, de 12 de julio**

Libertas inaestimabilis res est [La libertad es una cosa que no tiene precio].

Corpus iuris civilis, Digesta

Y ya termino [...] mi testamento profesional [...]

¿Cuál es o [...] cómo se mueve, el nuevo derecho del trabajo? [...]

Hace años, muchos años, en 1975 [...] me aceptaron que [...] si el despido se declaraba improcedente, la sentencia imponía la readmisión en el empleo. [...] No había derecho de opción para el empresario.

El precepto duró poco. [...]

¿Qué sostendría yo hoy [...]? [...] Sinceramente, no lo sé si se plantea el tema como hipótesis de una política legislativa de urgencia. Pero [...] si un hombre o una mujer [...] puede disponer plenamente sobre el empleo de otro o de otra, se genera una situación objetiva de dominio, de señor y de vasallo, cuando no de amo y servidor [...]

Así puede ser mi credo: acaso, más sentimiento que razón lo sé. Pero es mi credo.

E. Borrajo Dacruz (Palabras de don Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011)

Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho. [...] También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una excesiva confianza en el papel garantista del derecho. Pero yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo [...] no existe otra respuesta [...]. Este es el único camino para responder a la complejidad social y salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*)

1. Nada mejor para afrontar la última glosa de controversias vivas del más reciente derecho del trabajo en homenaje al maestro Borrajo que transcribir lo que llamó su «testamento profesional». Nos referimos a su visión del derecho subjetivo-institución social clave de

todo el ordenamiento jurídico-laboral (y también de otra institución nuclear a la que dedicó mucho tiempo, como es una jubilación digna): la protección real de la estabilidad en el empleo frente al cese injustificado. Evidenciando el fuerte contraste (2011), que al año siguiente iría a más normativamente, entre los dos principios axiales sobre cuyo equilibrio, difícil e inestable, se construye todo el derecho del trabajo, el principio de favor hacia la persona trabajadora (seguridad) y el principio de favor hacia la gestión rentable del trabajo (flexible) por la empresa (lo aprendió de su maestro, Pérez Botija, y lo desarrolló en varias ocasiones, a propósito de las numerosas reformas del mercado de trabajo), el egregio maestro don Efrén Borrajo lamentaba la poca vida que tuvo la aportación de la que más orgulloso se sentía en la histórica [Ley de relaciones laborales](#) (LRL): la obligación de readmitir a la persona trabajadora que fuese despedida sin justa causa (sin opción empresarial).

De este modo, en línea con el entonces ideal normativo referencial, el *Statuto dei Lavoratori* (1970), hacía gala de un garantismo fuerte del puesto (art. 35 LRL), a modo de un derecho real (propiedad) inalienable (innegociable), salvo justa causa extintiva. No aceptaba el juego de mercado: predeterminación legal de un precio (indemnización) a cambio de permitir un poder de despedir sin causa. Para él, la regla de indisponibilidad venía exigida por el principio-valor superior de la libertad humana, actuando, *de facto*, la regla de disponibilidad arbitraria como un privilegio dominical, resabio feudal (desterrado por la [STC 88/1985, de 19 de julio](#)): vasallaje («señor/vasallo») y/o servidumbre («amo/siervo»). Ni siquiera en época de emergencia aceptaba esa disponibilidad, preconizando la lógica sacrificial: la empresa debe comprometerse a salvaguardar el empleo, la persona trabajadora deberá aceptar el empeoramiento (temporal) de condiciones de trabajo («más pobres, pero más libres»).

«*Libertas inaestimabilis res est*» («La libertad es algo que no tiene precio»), diría nuestro egregio *legum doctor*. O, en versión más literaria –prólogo del *Quijote*–: «*Libertas nullo venditur auro*» («La libertad no se vende por ningún oro»). Pero una cosa es el ideal normativo, otra la práctica legal. Todos/as sabemos que el modelo de estabilidad real no solo no duró, sino que fue volviéndose excepcional, a favor de la estabilidad obligacional (la arbitrariedad se resuelve con la indemnización tasada, salvo que la empresa decida unilateralmente readmitir, lo que se desincentivaría al tener que pagar salarios de tramitación). El TC avaló todas las fases de ese proceso de devaluación ([STC 8/2015, de 22 de enero](#)), salvo que se probara un plus de arbitrariedad-antijuridicidad: la violación de derechos fundamentales. El TS también, poniendo fin abruptamente, con la excusa (más que por razón) de la reforma de 1994, a la figura del despido nulo por fraude de ley, incluso en tiempos próximos, cuando ciertos juzgados han querido resucitarlo ([STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#); [STS 356/2022, de 22 de abril](#)).

En términos jurídico-metodológicos clásicos (Karl Larenz), cabría decir que la típica «jurisprudencia de intereses» (primacía de las razones de interés empresarial y económico global a una gestión flexible externa del trabajo frente a las personales de seguridad en el empleo) terminó por imponerse a una «jurisprudencia de valores» (principios jurídicos extrapatrimoniales). Cierto, podría decirse que la tendencia general de favor por la indemnización (tasada) como precio por despedir sin causa, con la excepción de la vulneración de

un derecho fundamental de la persona trabajadora, también respondería al primado de valores liberales: la libertad de empresa (hoy derecho-principio fundamental comunitario ex art. 16 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)) y la seguridad jurídica de su decisión. Pero –acaso se preguntaría el maestro Borrajo como sus admirados juristas romanos, o sus sucesores en el *Studium* de Bolonia– ¿puede prevalecer la libertad de quien tiene una posición dominante en la decisión de despido sobre la de quien tiene una posición de subordinación sin una justa causa que lo ampare o, en tal caso, cabría invocar la protección del «*ius commune*», prohibiendo la libertad de despido cuando suponga ejercicio antisocial, abuso o vaya en contra de la buena fe ex artículos 6 y 7 del Código Civil, reinterpretados según un nuevo tiempo de derechos sociales, constitucionales e internacionales –por ejemplo, [art. 24 Carta Social Europea revisada](#)–?

2. Ni es una cuestión (puramente) retórica ni forma parte del pasado, sino que tiene una sorprendente actualidad, como todo lo clásico –que diría el maestro Vida Soria, gran amigo del maestro Borrajo e integrante de una misma escuela jurídica, aun plural–. Por más que resulte sorprendente para la mayoría de las personas cultoras del derecho del trabajo, de una orientación ideológica u otra, esta convicción del profesor Borrajo ahora emerge premonitoria, como advertimos al inicio, del paradigma de legislación de escudo sociolaboral ensayada para afrontar la pandemia: obligaciones y garantías de mantener el empleo, aunque suponga empeoramiento de condiciones de trabajo, en buena parte compensadas socialmente (socialización de la protección). De ahí los mandatos relativos a la «prohibición de despedir» y a los «compromisos de salvaguardia del empleo». Todo un modelo positivo de «flexiguridad» (flexibilidad interna en la gestión, seguridad en el empleo, con socialización de los costes, que actúen de contrapartida a los sacrificios).

No se agotó ese modelo de garantismo fuerte de la seguridad ocupacional en la legislación sociolaboral excepcional por la emergencia pandémica, como pudo creerse. Además de su continuación, con modulaciones, en las nuevas legislaciones de urgencia que se vienen sucediendo por las nuevas crisis, en gran medida solapándose unas con otras (costes desmedidos de la energía, guerra de Ucrania, crisis mundial de suministros, etc.), hallamos trazas, técnicamente deficientes, de política del derecho en preceptos de la reforma laboral «estructural» (aun mediante una ley de urgencia). En el primer plano, el de la legislación de emergencias ligadas a la crisis energética e inflación desbocada, lo evidencia el citado [artículo 44 del RDL 6/2022](#) (modificado por el [RDL 11/2022](#)) y sus (reales o pretendidas) «prohibiciones» de despedir (que plantea varios problemas análogos a las originarias de las que procede, de la legislación por COVID-19). Como auspiciaba el maestro Borrajo, la norma sociolaboral asume un papel más activo en la pervivencia de las empresas, como presupuesto de la conservación de empleo, sin perjuicio de ciertos sacrificios y compromisos a tal fin.

Nuestra misión aquí no es volver (*vid.* [Menéndez Sebastián y Rodríguez Cardo, 2021](#)) sobre las muchas controversias creadas por una deficiente técnica legislativa sobre la

eficacia de esas «prohibiciones de despedir», así como de las «cláusulas de salvaguarda del empleo». Fuente de numerosas cuestiones de dudosa respuesta jurídica (*quaestiones disputatae*), el TS aún no ha resuelto ninguna, ni siquiera cuando ha tenido una gran oportunidad para hacerlo, prefiriendo acogerse a la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad (art. 24 CE), en vez de valorar si procede la nulidad como efecto del incumplimiento de una ley prohibitiva de despido (STS 168/2022, de 22 de febrero). Aquí nos limitamos a poner de relieve la reemergencia del paradigma de regulación del despido orientado a hacer de él una «extrema ratio», limitando la soberanía de decisión empresarial respecto de las técnicas de gestión más adecuadas para rentabilidad de la empresa, dentro de un marco plural a tal fin (STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014), incluyendo las extintivas (liberalizadas y a menor coste), para favorecer, en cambio, la flexibilidad interna, priorizando la obligación de conservar el empleo con la contrapartida de una novación peyorativa de condiciones laborales, si bien compensadas socialmente (por ejemplo, STS 358/2022, de 20 de abril).

Un modelo que también tendría su continuidad, como se decía, en la reforma laboral. Como advierte el preámbulo (aunque su concreción técnico-jurídica conoce, una vez más, numerosos defectos que inducen a confusión comprensiva y abren polémicas aplicativas nuevas del derecho vivo), junto a la estabilidad contractual (reducción al mínimo de la temporalidad contractual y maximización de la indefinición, aunque sea discontinua), la otra gran novedad de una «reforma transformadora del mercado» sería «el impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones». Con ello, se buscaría «dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo». Si quedaba alguna duda de la ambición (idealismo) normativa de la reforma, al menos en los propósitos (deseos), se insiste (recuérdese que el preámbulo no se negocia, es obra unilateral del Gobierno), remarcándose que se quiere completar «de una vez por todas la transición de nuestras relaciones laborales hacia un modelo más justo y garantista [...]. Un cambio de paradigma que ayude a desterrar el desasosiego que la precariedad ha provocado [...]» (Preámbulo I).

A tal fin, uno de los sistemas será fijar «un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo». Este –porque cuenta con importantes beneficios en las cuotas sociales– se quiere «alternativo a la destrucción de empleo». Su protección pasará por «primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano» (Preámbulo III). Se concretará en los artículos 47 (como «fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones») y 47 bis del ET (Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo), así como en la **disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS** (Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED). Otra cosa será –pero no lo analizaremos aquí– cómo queda, realmente, esa prioridad pretendida en el «preámbulo-cuento» y la ausencia de esa misma exigencia en el régimen concreto regulador, lo que, como es obvio, generará interpretaciones varias y alimentará controversias aplicativas.

3. Nuevas piezas jurídicas en este puzzle regulador, sobre todo de fuente comunitaria (derecho antidiscriminatorio y jurisprudencia pretoriana del TJUE) e internacional (universal y europeo –[ratificación de la citada Carta Social Europea revisada](#)–), han dado un nuevo aliento de derecho vivo a la cuestión de la respuesta más adecuada al despido sin justa causa (improcedente) en España. Un movimiento de cuestionamiento y erosión de las soluciones legislativas basadas en la prioridad de las indemnizaciones tasadas, promoviendo, en cambio, un mayor favor por soluciones de estabilidad real, esto es, de readmisión obligatoria y/o indemnización de reparación íntegra y disuasoria, que cuenta con otras experiencias europeas, como la francesa y, sobre todo, la italiana. Es el caso de la [Sentencia de la Corte Constitucional italiana 183/2022, de 22 de julio](#) (sentencia con clara biografía y autoría –como diría el maestro Borrajo–: la ponente es la catedrática de Derecho del Trabajo doña Silvana Sciarra).

En ella se insiste en la necesidad de reformas del régimen del despido para recuperar el equilibrio perdido entre los intereses contrapuestos en relación con los despidos sin causa justa, exigiendo la doble función de reparación adecuada y de efecto disuasorio. Los automatismos de la tarificación legal impedirían satisfacer la función constitucional a sistemas basados en indemnizaciones constreñidas dentro de estrechos márgenes resarcitorios que frustran la necesidad de ajustar el importe a la «especificidad de cada caso individual». Afloja así, bajo veste constitucional, el canon clásico de derecho romano de la equidad o justicia del caso concreto –*suum cuique tribuere*–: dar a cada persona trabajadora despedida sin causa justa (improcedente) la reparación apropiada. No otra cosa sería, en el fondo, la solución aportada por artículos como el 10 del [Convenio 158 de la OIT](#) o el [artículo 24 de la Carta Social Europea revisada](#), evidenciando que es una cuestión «común», claro ejemplo de un principio de civilización jurídica, al menos europea (nuevo *ius commune*).

No insistiremos mucho sobre ello, porque ya se ha tenido oportunidad de incidir al respecto en recientes análisis del derecho vivo en materia (*vid. núm. 469, julio-agosto/2022, de esta revista*). Nos limitamos a recordar que nuestra doctrina judicial, salvo excepciones (la doctrina de suplicación social catalana), y la jurisprudencia se muestran reacias a dar el paso de modernización de las garantías de efectividad de la tutela frente a la arbitrariedad del despido que, en cambio, sí dan otros tribunales y órganos máximos de garantías, nacionales e internacionales (por ejemplo, Comité Europeo de Derechos Sociales). Un ejemplo reciente de función conservadora del *statu quo* legal estatal sería la [STSJ de Galicia 2729/2022, de 8 de junio](#), según la cual:

[...] la pretensión de que se reconozca [...] una indemnización adicional no puede ser estimada, pues el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada se encuentra salvaguardado [...] en los arts. 110 LRJS y 56 ET (FJ 3.º).

De ahí que la efectividad de la tutela frente a la arbitrariedad extintiva siga asociada a la constatación de una violación de derechos fundamentales. Se explica así que adquieran

una creciente vis atractiva, expandiendo sus fronteras respecto a la visión más tradicional, que inicia su dilución, como demuestran el derecho vivo y el derecho legislado más reciente.

Por supuesto, en el derecho vivo, asistimos a un extraordinario florecimiento de una serie de derechos fundamentales, clásicos (por ejemplo, libertad de expresión y el derecho a la crítica satírica⁷, garantía de indemnidad, etc.) o modernos (derecho a la protección de datos) que en otro momento no han tenido la dimensión garantista que adquieren en esta nueva época, expandiendo la tutela real frente al despido (readmisión obligatoria) y, al tiempo, la tutela reparadora reforzada (una indemnización adicional, de reparación íntegra y finalidad disuasoria ex [art. 183 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–). La ampliación de su ámbito aplicativo es una vía de ir acotando espacios antes dominados, de derecho o *de facto*, por la tutela obligacional (garantismo débil) propia de la improcedencia, para reintegrarlos a la tutela real vía calificación de nulidad⁸. Pero creemos más relevante para ilustrar este proceso de ampliación de fronteras de la nulidad, a costa de la simple improcedencia, el ejemplo que proporciona (al modo de la ciencia jurídica tópica: parte de la retórica clásica –aristotélica– entendida como arte de descubrir argumentos con que abordar y resolver cuestiones de derecho para la vida que son esencialmente problemáticas; [Viehweg](#)) el análisis de una «novela»: la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Por supuesto, no es nuestro objetivo glosar las novedades más relevantes en el ámbito laboral (y de seguridad social) de esta nueva ley-sistema integral de garantías de tutela efectiva de derecho antidiscriminatorio, que sigue, si bien para todas las causas, no solo para las vinculadas al sexo y al género, las pautas normativas de la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), evidenciando también la vis expansiva de la igualdad de sexos-géneros. Aquí nos contentaremos con indicar, aun sucintamente, sus utilidades para provocar un notable cambio de orden en el derecho vivo hasta ahora existente en torno a una de las cuestiones más debatidas y conflictivas en este ámbito: ¿qué calificación jurídico-laboral merece el despido a personas basado en su mayor disposición a las bajas por enfermedad? En otros términos: ¿una vez que la ley derogó de forma expresa el despido por absentismo laboral (pese al aval constitucional, previo a la derogación, y jurisdiccional ordinario, posterior a la

⁷ [STSJ de Madrid 585/2022, de 17 de junio](#): despido nulo por vulneración de la libertad de expresión de guionista de RTVE por rotular una noticia con el siguiente mensaje: «La infanta Leonor se va de España como su abuelo». «[...] el actor, sin perjuicio del juicio crítico que pueda merecer el rótulo por carácter simplista, burdo y tendencioso, no transgredió los límites del derecho a la libertad de expresión admisible en la relación laboral» (FJ 6.º). Además, considera razonable a las circunstancias del caso «fijar la indemnización en la suma de 10.000 euros, que permite resarcir en sus justos términos los perjuicios morales sufridos por el trabajador y al mismo tiempo que la indemnización cumpla su función preventiva/disuasoria» (FJ 7.º).

⁸ No entramos aquí, pero sí es útil recordar la polémica abierta tanto legal ([art. 55.5 ET](#)) como constitucionalmente ([STC 61/2021, de 15 de marzo](#)) en torno a la distinción «entre el despido con violación de derechos fundamentales y la infracción de derechos fundamentales para la obtención de prueba de los hechos que justificaron el despido», el primero sancionable con la nulidad y la segunda no necesariamente, no obstante, la existencia de doctrinas de suplicación social contradictorias.

derogación –de ahí que no tenga efecto retroactivo alguno: [STS 784/2020, de 17 de septiembre](#)–, y sin perjuicio de la crítica jurídica interna en parte de la doctrina judicial), la nueva ley implicaría una rectificación tácita de la doctrina –constitucional y jurisprudencial ordinaria– que niega la nulidad de los despidos en tales circunstancias, *per se*, al no ser discriminatorios, salvo que se trate de situaciones por enfermedad asimilada a la discapacidad –[STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20](#)–?

Aquí la «*quaestio disputatae*» surgiría por la notable ampliación de supuestos de discriminación respecto de la lista –aun abierta– del [artículo 14 de la CE](#), incluyendo expresamente no solo la enfermedad (distinta, pues, a la discapacidad), sino la «condición de salud», así como «el estado serológico y/o predisposición genética» a sufrir patologías ([art. 2.1 Ley 15/2022](#)). Ciertamente, no es la primera vez que la ley dota a la enfermedad de autonomía como causa de discriminación. El [artículo 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio](#), de seguridad alimentaria y nutrición, lo hace para el sobrepeso y/o la obesidad. Nunca tuvo tan moderna ley el más mínimo impacto en la jurisprudencia social, como muestra el caso Ruiz Conejero ([STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16](#)), alcanzándose el juicio de nulidad del despido por traer causa de bajas reiteradas vinculadas a una enfermedad asimilable a la discapacidad (el trabajador padecía obesidad, aunque no solo), criterio que ha adquirido firmeza en sede interna (por ejemplo, [STS 188/2022, de 23 de febrero](#)). Sin embargo, no menos verdad es que, en tal caso, se trata de una situación específica y de difícil apreciación práctica; ahora la ley tiene una vocación generalizadora e impacta de lleno –aunque no haga ni una sola referencia a tal fin en el preámbulo– en la controversia arrastrada desde hace décadas en esta materia, proponiendo como soluciones a la discriminación por la condición de salud una doble garantía reforzada: la nulidad de la decisión –[art. 26](#)– y la reparación del daño moral asociada a la vulneración, que se presume –[art. 27](#)–.

Entonces ¿estamos ante la palabra legal –esperada por las personas empleadas, temida por las empresas– rectificadora de la doctrina jurisprudencial que califica el despido fundado en estados poco saludables de improcedente, salvo prueba de su carácter discriminatorio *per se*, recalificándolo de forma generalizada no solo como de nulidad, sino también discriminatoria, con la consiguiente indemnización adicional, más los salarios de tramitación, tras la readmisión obligatoria? Aunque la solución no es tan pacífica ni nítida [como algunos análisis sugieren](#), parece claro que hay razones sólidas para confiar en que, a través del derecho vivo finalmente triunfante, se impondrá este nuevo orden favorable a la estabilidad real reforzada indemnizatoriamente, conforme a la prédica del maestro Borrajo de prohibir la disposición empresarial del empleo de una persona, hombre o mujer, solo pagando un precio (reducido, además), sin justa causa.

4. Más inequívoco será, a nuestro juicio, el efecto expansivo de esta «novela» (*novae lege*) en la protección antidiscriminatoria de ciertos colectivos cuya regulación especial ha significado siempre un tratamiento peyorativo, alejando la diferencia reguladora del más mínimo vestigio de «privilegio» para situarla claramente en el ámbito del «agravio», cuando

no lisa y llanamente de la discriminación. Nos referimos al despido en una relación laboral a la que el maestro Borrajo dedicó atención: el trabajo doméstico (por ejemplo, [El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación](#)) y su conexión con las garantías de la igualdad de sexo ([La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el derecho español del trabajo](#)). La [STS 1/2022, de 11 de enero](#), y, sobre todo, la [STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio](#), que parece llevar la doctrina jurisprudencial a una máxima (acaso desmesurada) cota garantista, actualizan estas cuestiones.

La sentencia de unificación resolvió la cuestión relativa a la calificación que se debe dar a la extinción del contrato de trabajo de una empleada de hogar que, estando embarazada en el momento del cese (sin conocimiento de la empleadora), ve extinguida su relación, comunicándosele por SMS, estando de baja por incapacidad temporal al sufrir una caída mientras hacía su trabajo, el desistimiento de la relación. El debate se resuelve a favor de la calificación de nulidad, por razones de legalidad ordinaria (inobservancia de requisitos exigidos por el desistimiento⁹; aplicación supletoria, de conformidad con los arts. 3 b) y 11.1 RD 1620/2011, las normas de despido del ET, incluyendo el [art. 55.5 b\) ET](#) –en los mismos términos el [art. 53.4 b\) ET](#) sobre nulidad objetiva del despido de las trabajadoras–; interpretación expansiva del [RDL 6/2019](#), pese a no ser de aplicación por razones temporales), así como por una interpretación en clave de género (FJ 4.º, punto 3). Sin embargo, en este caso, no hubo readmisión obligatoria, sí indemnización adicional, por cuanto la sentencia de suplicación recurrida (STSJ del País Vasco) valoró la imposibilidad de esa readmisión en tales casos, estableciendo la indemnización propia del despido improcedente más una indemnización adicional. El TS puntualizó que, dada la ausencia de recurso por la defensa de la trabajadora (que mostró su conformidad con la triple respuesta indemnizatoria en suplicación social: salarios de tramitación –[STS 77/2020, de 29 de enero](#)–, indemnización común de despido improcedente, indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales), esa cuestión quedaría firme y, en consecuencia, no hay aún unificación de doctrina al respecto, predominando en la doctrina de suplicación la respuesta indemnizatoria (estabilidad obligacional reforzada) frente a la de estabilidad real (readmisión obligatoria).

Sin embargo, la citada [STSJ de Andalucía/Sevilla 2108/2022, de 14 de julio](#), tan interesante y sugerente como discutible (normativa y realistamente), va a optar por una tutela jurídica fuerte, condenando en estos casos (en el asunto juzgado se deja constancia de que sí se conocía el embarazo al momento del despido) a readmitir de forma obligatoria por tratarse de un despido nulo con vulneración de uno de los derechos fundamentales, no un desistimiento lícito, como entendió la instancia social. La sentencia –como suele ser habitual en el actual quehacer jurisdiccional– no identifica los fundamentos de doctrina científica sobre los que se asienta su razonar. Pero sí apela a una (pretendida o real) «regla de

⁹ Los incumplimientos formales son usuales: la [STS 145/2022, de 14 de febrero](#), considera como despido tácito, y no abandono, de una empleada de hogar la baja en Seguridad Social sin mediar comunicación.

inalienabilidad del derecho al puesto de trabajo», incluso en contra de la estrategia procesal de la trabajadora, que «pretende enajenar su derecho a la readmisión por una indemnización», cuando en juego están derechos fundamentales, esto es, la máxima expresión de autodeterminación (libertad humana). Por eso nos recuerda el enfoque de la «propiedad del empleo» que exhibió el maestro Borrajo, aunque en el trasfondo doctrinal de la sentencia se rastree una construcción típica del análisis económico del derecho, si bien conforme a la corriente menos basada en el valor de la eficiencia económica (corriente dominante: Posner) y más en el de la equidad social (Calabresi).

5. En apretada síntesis, partiendo de la identificación del vicio jurídico de antinomia (aunque podría tratarse también del vicio de laguna) entre el artículo 11 del RD 1620/2011 y el artículo 55.6 en relación con el artículo 55.5 b) del ET, «el primero no contempla la nulidad de la decisión de extinguir de estas empleadas y el ET sí», concluye que, tras el RDL 6/2019, la regla aplicable solo puede ser la del artículo 55.6 del ET. Y ello siguiendo la norma laboral común ex artículo 55.5 b) del ET, o bien aplicando la norma civil común, esto es, si «aplicamos el art. 6.2 CC» (FJ 4.º). Una vez más, como hace siglos promoviera la nueva escuela de juristas de Bolonia y sus sucesivas generaciones, a partir del siglo XII (la práctica totalidad eran hombres, pero hubo mujeres, como la egregia Bettisia Gozzadini), frente a la norma particular y los «malos usos» el reclamo a la norma común y su entendimiento conforme a los principios jurídicos permitiría hallar la solución jurídica auténticamente reparadora. No cabría –dice la sentencia, sin duda también con biografía y autoría– acudir a las reglas económicas de mercado cuando en juego está la dignidad de la mujer, porque:

[...] es más deseable [juicio ético-social, añadimos nosotros] vivir en una sociedad en la que las trabajadoras puedan embarazarse sin temor a represalias, que en una sociedad en la que los contratos de trabajo hicieran inexistente prácticamente tal posibilidad, de forma que si la extensión de la posibilidad de «permutar» lo legalmente reconocido por un «precio» tiene ese efecto, debemos negar la validez porque aquellos que tienen una preferencia de menor intensidad (están dispuestas a renunciar a la readmisión a cambio de un precio) estarían afectando a las que tienen una preferencia intensa por conservar ese derecho [jurisprudencia de intereses: tiene más valor el interés general que el interés particular –cabe glosar por nuestra parte–] (FJ 4.º).

Frente a la regla de la estabilidad obligacional se impondría la propia de la estabilidad real, en aplicación tanto de valores constitucionales (dignidad humana de la mujer, prohibición de discriminación) cuanto de principios de derecho común (orden público), imponiendo la readmisión obligatoria para toda extinción discriminatoria o que vulnere derechos fundamentales, sin posibilidad de transacción contractual, «al margen de la utilidad, que no eficiencia, que tales operaciones pudieran acarrear» (FJ 4.º). La firmeza e inflexibilidad de tal

regla jurídica no podría ser cuestionada –dice la sentencia que busca primar la justicia frente al formalismo de las leyes antiguas, pero vigentes– por la tradicional especificidad de esta relación laboral. Primero, porque no sería realmente tal, sino una pura «falacia», dado que estamos ante una «relación de mercado» como las demás (ni las unidades familiares dejan de ser empleadoras como las demás ni las empleadas domésticas trabajan por «placer ni amor al arte, y aún menos por devoción»). Segundo, porque igualmente falaz sería invocar el principio de confianza en la relación para justificar la «excepción doméstica», dado que:

[...] los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas y, en la regulación del mercado de trabajo no se opta por dar importancia a la confianza salvo en el ámbito de los contratos de dirección, en el resto esa variable carece de protagonismo en la regulación laboral.

En fin, una extinción unilateral discriminatoria por embarazo tiene una sola consecuencia: la readmisión obligatoria.

Al no entenderlo así la sentencia, se revoca declarándose el cese [...] como un despido nulo con las consecuencias del art. 55.6 ET (FJ 5.º).

Ante tal riqueza argumental y el enorme rigor empleado en su fundamentación, nada improvisada, es difícil sustraerse a la seductora tesis que sostiene, concluyendo que no solo sería la más justa, sino incluso la única correcta en nuestro derecho (*vid.* [Beltrán de Heredia Ruiz, 2022](#)). Aunque tampoco podemos entrar aquí en el detallado análisis que amerita tan cuidada decisión, sí es nuestro deber, como juristas sociales críticos que somos, evidenciar que, si se profundiza en sus razonamientos y en su fallo, la sentencia es muy discutible. De un lado, por exceso: en nuestro derecho ni la única solución justa y correcta cuando se vulnera la dignidad humana, e incluso derechos fundamentales personalísimos, sería la preservación del puesto, admitiéndose decisiones unilaterales y tutela indemnizatoria (por ejemplo, [art. 50 ET](#) –extinción causal por incumplimiento que viola la dignidad–; [art. 286.2 LRJS](#) –derecho de opción en caso de despido por acoso o violencia de género–), ni debe dejarse en el más absoluto silencio la concurrencia de otro derecho fundamental de la persona empleadora: la inviolabilidad de su domicilio ex [artículo 18 de la CE](#). De otro, por defecto: pese a considerar discriminatoria la extinción de la empleada de hogar, no ha aplicado la regla legislativa y jurisprudencial de la automaticidad de la indemnización de reparación disuasoria (por ejemplo, [STS 356/2022, de 20 de abril](#)), aun cuando esta sala se caracteriza por prestar una especial atención a esta cuestión (por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Sevilla 1429/2022, de 19 de mayo](#): 90.000 € por un acoso sindical a dos representantes sindicales).

Que la «excepción doméstica» existe ha sido reconocido recientemente, si bien en otro ámbito de ponderación de derechos fundamentales entre la persona empleada de hogar (protección de datos) y la persona empleadora (derecho a la prueba para el despido), por la interesante (y también discutible) [STS 692/2022, de 22 de julio](#). En ella, entre otros

argumentos para justificar un sistema de videovigilancia *ad hoc*, sin previa información sobre su existencia, ante fundadas sospechas de delito de la empleada de hogar en la vivienda, validando la prueba tecnológica obtenida a fin de justificar la toma de la decisión de despido disciplinario, se acepta que:

[...] el ámbito doméstico es un lugar bien específico y singular desde la perspectiva de la protección de datos personales. Y ciertamente en el hogar familiar su titular y quienes con él conviven ejercen derechos fundamentales de especial importancia y reforzada tutela (FJ 3.º, punto 4).

Si uno de esos derechos es la tutela judicial efectiva, otro es la inviolabilidad del domicilio y eso significa que no es posible jurídicamente, sin perjuicio de otras coerciones y sanciones que se entiendan por adecuadas, obligar a dar acceso a un domicilio personal a quien se rechaza desde las personas titulares del mismo, como viene considerando la mayoría de la doctrina judicial en la materia. Eso sí, tal negativa en el caso del despido por embarazo exige una reparación adecuada al caso, como una indemnización disuasoria, justamente la solución adoptada en la sentencia confirmada por la citada [STS 1/2022, de 11 de enero](#), y que había aceptado la defensa letrada de la empleada de hogar despedida.

En suma, al margen del idealismo de esta sentencia, la justicia del caso requiere de la correcta ponderación de todas las circunstancias, jurídicas y fácticas, en juego. Sin el aliento vital que la sentencia –en cada nivel– insufla a la ley no habría derecho.

III. Epílogo

Cuentan los libros y las novelas de historia jurídica (no se pierdan *El juicio del agua*, de Juan Francisco Ferrándiz) que quienes estudiaban leyes en la antigua *Universitas Scholarium* de Bolonia debían someterse a una prueba última, a fin de obtener el grado de *legum doctor*: examen público en la catedral (una vez superado el examen de la última parte del *ius commune* ante el claustro de maestros –la primera maestra que se conoce es del siglo XIV–). El obispo de la ciudad, los rectores y cuatro maestros glosadores integraban el tribunal, desarrollándose en audiencia pública ante una muchedumbre (algo que horroriza hoy a la mayoría del alumnado, que se incomoda con los exámenes orales) que, atenta, escuchaba la declamación de las *quaestiones* y la *disputatio*. Tras la defensa individual, que duraba horas, el tribunal debatía en voz baja, permaneciendo el templo y la plaza en respetuoso silencio, hasta que el obispo daba, nominalmente, el listado de quienes habían aprobado. Uno a uno (las mujeres que, por lo general procedentes de la nobleza, habían asistido a los 4 años de curso tenían vetada la prueba final pública, sometiéndose a una prueba privada) oían expectantes las dos palabras mágicas tras escuchar su nombre: «*legum doctor*».

Pero, ávidos de dar vítores de júbilo por el honor logrado, debían todavía pasar un último acto. En pie, el obispo, cruz en mano por su parte, e inclinación de cabeza por quienes han obtenido el grado de doctor en leyes, clamaba (Ferrándiz, *El juicio del agua*, 2021, p. 389):

–¿Jurisprudencia es...? –nos preguntó a voz en grito–.

–El conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto –respondimos como uno solo–.

–¿Los preceptos del derecho son...?

–Vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo.

[...]

–Estas palabras del libro I del *Digesto* las escribieron hace siglos sabios juristas. ¡Serán las que rijan vuestra vida a partir de hoy allá donde el oficio os lleve!

Quienes suscribimos este modesto, pero sentido, homenaje al maestro don Efrén Borrajo no tenemos ninguna duda de que él profesó su oficio de «jurista-glosador» de nuestro tiempo siguiendo esas máximas de los juristas romanos, que tanto admiró. Con ellas, adaptadas a su época, su obra reflejó el honesto afán de hacer primar siempre lo jurídico (el justo equilibrio entre razones y valores de todas las personas desde su igual y libre dignidad, aun reconociendo las profundas diferencias de poder entre unas personas contratantes –empleadoras– y otras empleadas) sobre lo ideológico, sin dejar de atender siempre, de cerca, lo social. Aunque las actuales y futuras generaciones de personas cultivadoras de los derechos del trabajo y de la seguridad social pudieran llegar a olvidar su nombre, les será imposible ignorar su obra y sus gestas jurídico-literarias.